

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIV
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXXI

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 D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

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 NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registros
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 D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>Aspecto cuantitativo de las legítimas</i>	3
JOSÉ BONET CORREA: <i>Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa</i>	149
ANTONIO CANO MATA: <i>La interpretación de los contratos civiles</i>	193

Vida Jurídica

I. Notas Críticas

<i>Una nueva forma del pensar jurídico</i> , por F. D. C.	207
--	-----

Bibliografía

Libros 213

MONTOLLA MELGAR, Alfredo: *Jurisdicción y administración de trabajo*, por Manuel Trenzado Ruiz.—STAUDER, Bernd: *Le contrat de «finance-equipment leasing»*, por José Bonet Correa.—VARRONE, Claudio: *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, por Luis Humberto Clavería Gosálvez.

Revistas

A cargo de Antonio Manuel Morales Moreno y Rodrigo Bercovitz 218

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas:

1. Propiedad horizontal. Reglas de comunidad otorgadas por los promotores (Sentencia de 2 de junio de 1970), por Francisco Lucas Fernández 227
2. La Ley sobre venta de bienes muebles a plazos y su registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer (Notas a la Sentencia del T. Supremo de 17 de junio de 1970), por Rodrigo Bercovitz 240

II. Sentencias 244

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 XXIV
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXI

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

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

Aspecto cuantitativo de las legítimas*

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. DETERMINACIÓN DEL DIVIDENDO: A) *Determinación del "relictum" líquido.* A₁) *En el régimen del Código civil.* 1. El art. 818 C. c., § 1.º *Composición y valoración del activo bruto relicto.* 2-a) *Composición del activo hereditario bruto.* a) *Derechos que no se transmiten porque se extinguen:* 3. Por su duración vitalicia 4. Por su carácter personalísimo. β) *Bienes o derechos que no integran el caudal hereditario porque tienen un destino predeterminado por el título adquisitivo o por la ley, o que se desvinculan del fenómeno sucesorio.* 5- 1) El lecho cotidiano y las ropas y vestidos de uso ordinario del cónyuge viudo. 2) Los derechos del arrendatario rústico y del inquilino. 3) Los bienes sometidos a sustitución fideicomisaria. 4) Los bienes donados con pacto de reversión a favor de tercero. 5) Los sujetos a la reversión del art. 812 C. c. 6 -6) Los bienes sujetos a reserva viudal con respecto a quienes no sean hijos comunes. 7- 7) Los bienes sujetos a reserva lineal del art. 811, con respecto a quienes no sean descendientes comunes del reservista y del descendiente de quien proceden los bienes. 8- 8) El capital de los seguros a favor de tercera persona concertados por el causante sobre su propia vida. γ) *Derechos causados por el fallecimiento del causante, pero desvinculados de su sucesión y no dimanantes de prestaciones económicas suyas:* 9. Pensiones o indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo. Obligaciones de indemnizar por la muerte del causante. b) *Valoración del activo hereditario bruto:* 10. Criterios generales y especiales. 11. ¿Qué valor sucesorio tienen los pactos sociales acerca de la forma de valorar los derechos a liquidar o adquirir de los herederos del socio fallecido? c) *Determinación y estimación del pasivo hereditario:* 12. Requisitos para la deducibilidad de deudas y cargas. 13. ¿Son deducibles las obligaciones naturales y los deberes morales del causante? 14. Quid de las deudas reconocidas por el causante pero no acreditadas. 15. Deducción de los gastos de última enfermedad, los lutos de la viuda y los alimentos de ésta cuando quedare encinta. 16. Quid de los gastos de entierro, funeral y sufragios. A₂) *Particularidades de las regiones forales:* 17-a.) *Aragón.* 18-b.) *Balcares.* c.) *Cataluña:* 19. Legítimas pro-

(*) Este trabajo corresponde al Capítulo 7.º del libro en elaboración "Limitaciones de Derecho sucesorio de la facultad de disponer", que debe constituir el volumen LVIII del "Tratado práctico y crítico del Derecho civil", del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

piamente dichas. 20. Bienes comprendidos en la sucesión de un impúber. 21. Bienes reservables. 22. Contenido de la cuarta marital. d₂) *Vizcaya*. 23. Determinación del activo. Bienes troncales. 24. Deducción de deudas y disposiciones piadosas. 25-e₂) *Navarra*. B) *Computación del "donatum"*. B₁) *En el régimen del Código civil*. 26. Introducción histórica. 27. Interpretación de la ley 25 de Toro. 28. Posiciones en el período precursor del Código civil. 29. El art. 818, § 2.º, C. c. y los diversos conceptos de colación. 30. Distintas opiniones acerca del significado que tiene en ese precepto la expresión "donaciones colacionables". 31. Donaciones que no se computan para calcular las legítimas. 32. Momento al que debe referirse la valoración. B₂) *Especialidades de las regiones forales en orden a la computación de donaciones*: 33-ab) *Aragón*. 34-bb) *Balears*. cb) *Cataluña*. 35. En las legítimas ordinarias. 36. Computación de la participación del cónyuge premuerto en los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia. 37. Computación de donaciones para el cálculo de la cuarta marital. 38-db) *Vizcaya*.—II. DETERMINACIÓN DE LOS DIVISORES. A) *Determinación de las legítimas globales*. A₁) *En el Código civil*. 39. Para los descendientes y ascendientes legítimos. 40. Para los hijos y padres naturales. A₂) 41. *En las regiones forales*. B) *Determinación de las legítimas individuales*. B₁) *En el Código civil*: 42- a) En el parentesco de consanguinidad legítima. 43. Distribución por cabezas entre los hijos y por estirpes entre los nietos en cuanto no haya mejora. 44- b) En la relación de adopción plena. c) En el parentesco natural: a) Legítima de los hijos naturales: 45. En concurrencia con hijos legítimos. 46. En otros supuestos de concurso y en el específico de concurrir con adoptados plenamente, no concurriendo descendientes legítimos. 47. En concurrencia conjunta con adoptados plenamente y con descendientes legítimos. β) Legítima de los padres naturales. 48-d) Legítima en la adopción simple de hijos y padres adoptivos. 49-e) Legítima del cónyuge viudo. B₂) *En las regiones forales*. 50-a₂) *En Aragón*. 51-b₂) *En Balears*. 52-c₂) *En Cataluña*. 53-d₂) *En Vizcaya*.—III. PROBLEMAS QUE SUSCITAN LOS COCIENTES. A) *Cuestión de la connixtibilidad y la inconmixtibilidad de las cuotas de legítima absoluta y relativa, y de libre disposición*: 54. ¿Se divide o no la herencia en compartimientos estancos? 55. Importancia práctica de la cuestión. 56. Su aplicación a los supuestos de donaciones con dispensa de colocación y con carácter de mejora. 57. Los bienes troncales y los sujetos a reserva. B) *Problemas que para la determinación de los cocientes plantea la existencia de masas distintas en una misma sucesión*. B₁) *Código civil*: bienes reservables y herencia del reservista: 58-a) Si hay reserva viudal. 59-b) Si hay reserva lineal. B₂) *Regímenes forales*: a) *Cataluña*. 60. Sucesión del impúber, y reservas viudal y lineal en las legítimas de Cataluña. b) *Vizcaya*. 61. Reserva lineal y viudal en la legítima troncal. 62. La sucesión de los vizcaínos de las villas y los bienes raíces por ellos relictos en la tierra llana. C) *Concurrencias de cocientes de legítimas distintas*: C-I) *Supuestos en los cuales la concurrencia de legítimas de legitimarios de distinta clase disminuye la parte de libre disposición, sin que aquéllas se compriman entre sí mientras quepan en ésta*. C-I₁) *Código civil*. 63. Supuestos que se dan: 1) hijos y descendientes con cónyuge viudo cuando alguno de aquéllos sea de anteriores nupcias; 2) hijos legítimos y naturales; 3) ascendientes legítimos y cónyuge

viudo; 4) ascendientes legítimos e hijos naturales; 5) ascendientes legítimos, hijos naturales y cónyuge viudo; 6) cónyuge viudo e hijos naturales; 7) cónyuge viudo y padres naturales; 8) ascendientes legítimos o naturales con adoptantes en adopción simple. C-I₂) *En los regímenes forales o especiales.* 64. *En Mallorca, Menorca y Cataluña.* C-II) *Supuestos en los cuales la concurrencia de legitimarios comprime todas o algunas de las legítimas.* C-II₁) *En el Código civil.* 65. *Concurrencia de cónyuge viudo, hijos legítimos de un anterior matrimonio, e hijos naturales y/o adoptivos con adopción simple.* C-II₂) *En el Derecho de Mallorca y Menorca.* 66. *Supuestos previstos:* 1) descendientes legítimos adoptados plenamente e hijos naturales; 2) cónyuge viudo, hijos legítimos, y naturales y/o adoptados plenamente; 3) ascendientes, viudo e hijos naturales en la sucesión del padre.

Las legítimas, tanto cuando jurídicamente se traducen en una declaración legal (atribución positiva) como cuando se circunscriben a una serie de normas protectoras del legitimario para asegurarle que no será privado de un mínimo determinado (protección negativa o de freno) y cualquiera que sea objetivamente su contenido cualitativo (*quale*), siempre se refieren, de un modo u otro, a una masa de bienes contemplada cuantitativamente (*quantum*).

La regla general para determinarlas, en ese aspecto, consiste en fijar una masa de bienes y en valorarla, para obtener el dividendo, al que se habrá de aplicar, como divisor, la cuota fraccionaria que la ley determina para cada supuesto.

La legítima cuantitativamente es casi siempre una parte alícuota de la herencia.

Son excepciones los supuestos en los cuales el contenido cualitativo de la legítima es puramente simbólico (v. gr., en la legítima navarra o en la individual vizcaína) o bien se concreta en bienes determinados, v. gr., por razón de su procedencia (caso de la legítima troncal vizcaína, o, en sentido lato, de los bienes reservables).

Salvados estos supuestos excepcionales, el objeto de nuestro estudio, en este epígrafe, debe englobar sucesivamente las operaciones precisas para la determinación del dividendo, del divisor y la aplicación de éste a aquél a fin de determinar el *quantum* de cada legítima.

I. DETERMINACION DE DIVIDENDOS

A) DETERMINACIÓN DE "RELICTUM" LÍQUIDO.

A₁) EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.

1. En el régimen del Código civil español tenemos un precepto que, con más o menos perfección terminológica, expresa el modo de computar el dividendo para fijar las legítimas.

Es el art. 818, que dispone:

“Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.”

“Al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.”

Las variantes que se observan entre las dos primeras ediciones del Código civil son mínimas. Se reducen a la supresión de dos comas y al tiempo de un verbo (1).

Con respecto al texto de sus precedentes legislativos —art. 648 del Proyecto de 1851 (2) y art. 803 del Anteproyecto 1882-1888 (3), idénticos entre sí—, se observan las siguientes diferencias:

— en el § 1, en lugar de “que quedaren”, decían “que hayan quedado”;

— en el § 2, en lugar de “que los bienes hereditarios tuvieren”, decían “de los bienes hereditarios”; la palabra “colacionables” no aparecía, y en lugar de las palabras finales “las hubiera hecho”, concluían “las hizo”.

La lectura del precepto nos indica que la masa de cálculo de la legítima, o sea, el dividendo al que luego habrá de aplicar el divisor para conocer la cuantía de la legítima, comprende la determinación previa de tres cifras, con las cuales hay que hacer dos operaciones aritméticas: una resta, por la cual de la primera cifra se detrae la segunda, y una suma, con la cual a este resto se adiciona la tercera cifra. Entre las tres cifras determinadas por sendas operaciones de valoración y las dos resultantes de la resta y de la suma indicadas, tenemos los cinco siguientes valores: activo bruto, pasivo y activo líquido relictos, donado y masa de cálculo de las legítimas, o dividendo, al que sólo habrá que aplicar el divisor para fijarlas.

Vamos a ocuparnos, pues, en primer término, de la determinación de las tres cifras, con las cuales se deben hacer las operaciones aritméticas sucesivas de resta y de suma, para obtener la base o dividendo, y de división de ésta, para fijar el montante de la legítima.

(1) Cfr. la versión crítica de JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, Madrid, I. N. de Estudios Jurídicos 1967, p. 262, que señala las siguientes: En la versión de la *Colección Legislativa* de la edición reformada no apareció la coma entre “testador” y “con deducción de las deudas”. En la *Gaceta*, la edición primitiva tenía una coma en el § 2.º entre “tuvieren” y “se agregará el que”. En la edición primitiva la penúltima palabra del artículo era “hubiere” en lugar de la actual “hubiera”.

(2) Cfr. en las “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español” de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, Madrid 1882, vol. II, p. 97.

(3) Cfr. la versión anotada y concordada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Madrid 1965, vol. I de la Sec. IV de los volúmenes conmemorativos del Centenario de la Ley del Notariado, p. 247.

Composición y valoración del activo bruto relicto.

El art. 818 C. c., a efectos de determinar la primera de las tres valoraciones que requiere para fijar la legítima, es decir, la obtención del minuendo de la primera operación matemática a efectuar, dice que “*se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*”.

Se trata, pues, de delimitar los bienes que integran la herencia y de valorarlos. Para mayor claridad estudiaremos primero el contenido y luego la valoración de ese activo bruto relicto, que coincide con el haber hereditario.

2. a) Composición del activo hereditario bruto.

Según el art. 659 C. c.: “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por la muerte.*”

Este precepto nos indica el contenido que ha de tenerse en cuenta para obtener no sólo de la primera, sino también la segunda de las cifras que tratamos de analizar: el contenido para calcular la primera cifra, es decir, el activo bruto hereditario; y el contenido para calcular la segunda, esto es el pasivo hereditario.

Como ahora nos toca ocuparnos sólo de la primera, nos interesa reparar en que la herencia comprende, conforme dice el art. 659, todos los bienes y derechos de una persona “*que no se extinguen por la muerte*” y que, conforme el art. 818, “*quedaren a la muerte del testador*”, o, en general, del *de cuius*.

Sin embargo, hay que hacer una previa salvedad a la puesta en relación de los arts. 818 § 1 y 659 C. c. Hay acciones de impugnación de determinados actos del causante, que, si él mismo no ha iniciado su ejercicio, no se transmiten a sus herederos voluntarios, pero que sí pueden ser ejercitadas por sus herederos forzosos. Así:

1) Conforme al art. 646, § 2.º la acción de revocación de donaciones por superveniencia de hijos “*se transmite por muerte del donante, a los hijos y descendientes legítimos*”.

2) Según jurisprudencia reciente, la nulidad total de las donaciones disimuladas (4) en una compraventa simulada (SS. 3 marzo 1932, 22 febrero 1940, 12 julio 1941, 23 junio 1953, 29 octubre 1956, 5 octubre 1957, 9 diciembre 1959, 1 diciembre 1964), pueden

(4) Esta doctrina estima que el contrato de compraventa simulado que encubre una donación, aun cuando se haya formalizado en escritura pública, no cumple el requisito de forma exigido para la validez de las donaciones porque no refleja el *animus donandi*, ni la aceptación como tal de su liberalidad, y que, por ello, la donación es nula y no vale la compraventa como tal ni como donación. Cfr. el *Comentario* que a la S. 23 junio 1953 dedicó FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO en A.D.C. XII-IV, octubre-diciembre 1953, pp. 1003 y ss.

obtenerla los herederos forzosos, pero no los herederos voluntarios (SS. 3 abril 1962, 22 abril 1963, 21 marzo 1964, 16 octubre 1965) (5).

Es de notar que, en este caso y en el anterior, la herencia se acrecentaría en su totalidad y para todos sus copartícipes si triunfase la acción de revocación ejercitada por los hijos o descendientes, en el primer caso, o la acción de nulidad por simulación instada por los herederos forzosos, aunque tan sólo éstos y aquéllos, en sus respectivos supuestos, están legitimados para promover tales incrementos.

3). Según otra jurisprudencia, la acción de simulación que no puede ejercitar el heredero voluntario, dada su subrogación en la posición jurídica del causante, si éste no hubiese iniciado su ejercicio, en cambio sí pueden ejercitarla los herederos forzosos, en cuanto perjudique a su legítima (S. 12 abril 1944), pues a éstos no puede oponérseles el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos (6), e, igualmente, sólo ellos pueden impugnar las donaciones disimuladas en forma de compraventa en cuanto perjudiquen a su legítima (SS. 11 octubre 1943, 2 enero 1945, 2 junio 1956) (7).

Con este criterio los bienes objeto del acto que es impugnado, si la acción de impugnación prospera, integrarán la masa de cálculo de la legítima, pero —como las donaciones— no formarán parte de la herencia del *de cuius*, por lo cual de esa integración no se beneficiarán los herederos voluntarios. Tampoco forma parte de la herencia esta acción de impugnación pues les corresponde a los legitimarios por legitimación propia, pero no como integrante del caudal relicto. E igual ocurre con las acciones de impugnación que los legitimarios pueden ejercitar contra determinados actos del causante respecto de ciertos bienes que les correspondan por otro título (peculios, reservas, fideicomisos) por derecho propio no derivado del causante (8).

Hecha esta aclaración, conviene precisar los derechos que integran el caudal hereditario, o a la inversa para mayor simplicidad, dado que la regla general es la transmisibilidad, aquéllos que no

(5) Véase, en R.C.D.I., XLIII 1967, p. 180, nuestra nota a la S. 16 octubre 1965, donde destacamos que esta tercera posición fue iniciada por la S. 3 abril 1962 de la cual fue ponente Bonet Ramón.

(6) Cfr. LUIS DíEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, "La doctrina de los actos propios", Barcelona 1963, cap. IX, IV, p. 235.

(7) Cfr. el comentario que a las SS 11 octubre 1943 y 30 mayo 1958 dedica JOSÉ PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho Civil", VI-I, Barcelona 1961, cap. I, t. 5, C, pp. 44 y s. y p. 51.

(8) Cfr. respecto la reivindicación por los legitimarios de bienes indebidamente enajenados por su causante y que éste debía restituirles, nuestro estudio "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil", II, § 7, 44, A, pp. 367 y ss. o A. D. C., XIII-III, julio-setiembre 1960, pp. 833 y ss.; y respecto la reivindicación por un legitimario reservatario, de los bienes reservables que su causante, a la vez que reservista, hubiese enajenado, ver *ibid*, 44, B y C, pp. 375 y ss. y A.D.C. cit., pp. 841 y ss.

se transmiten, sea porque se extinguen o porque tienen otro destino predeterminado.

a) *Derechos que no se transmiten porque se extinguen.*

3. La mencionada S. 11 octubre 1943, en su 4.^o Considerando, expone que, si bien es cierto que en nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles "mortis causa", no lo es menos que en el Código civil abundan pasajes en que, con referencia a relaciones jurídicas individualizadas o concretas, se declara que el derecho fenecce o no con la muerte del titular y que, en último término, la deficiencia o aparente laguna legislativa de que se trata puede ser remediada cumplidamente por las vías y procedimientos normales de la interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica y las declaraciones legales y convencionales que la afectan, cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinadas personas por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y, a veces, exclusiva en el elemento o circunstancias que sólo se dan en el titular —"osibus inhaerent"—, y, por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona;...".

Como reconoce la referida sentencia, la regla general es la transmisibilidad de las relaciones jurídicas del causante y la excepción la intransmisibilidad de las que tienen carácter público, de las que fueren personalísimas del causante y de las que, aún siendo patrimoniales, son de duración vitalicia (9).

No se transmiten *por su duración vitalicia*: el usufructo (artículo 513, núm. 1 C. c.), el uso (art. 525 C. c.) y la habitación (art. 529 Código civil), la renta vitalicia (art. 1.808 C. c.), los derechos obtenidos como beneficiario en virtud de la legislación de accidentes del trabajo (S. 17 abril 1959, Sala de lo Social).

Son transmisibles, en cambio, los derechos temporales mientras no hayan caducado, como ocurre con los derechos de autor y de la propiedad industrial.

4. No son transmisibles, por extinguirse, dado su *carácter personalísimo*:

1.^o Los derechos de carácter familiar, derivados de la potestad marital, la patria potestad, la tutela, incluso el usufructo sobre la

(9) Cfr. PUIG BRUTAU, op., vol. y loc. cit., p. 46 A.

dote de la mujer o los bienes de los hijos, así como la asignación de frutos por alimentos al tutor, o los alimentos entre parientes (art. 150 C. c.) y los alimentos *mortis causa* de los hijos ilegítimos previstos en el art. 845. Ni lo es la condición de miembro de la sociedad conyugal, aunque sí su contenido patrimonial, así como también es transmisible a los herederos del marido la acción de inimpugnación de los actos otorgados por mujer casada sin licencia de aquél (art. 65 C. c.) y, de modo general, los derechos sobre bienes o a frutos y rentas y otras prestaciones ya vencidas que el causante haya adquirido a consecuencia de relaciones familiares (10).

2.º Los dimanantes de relaciones contractuales consideradas *intuitus personae*. Entre ellas se señalan las dimanantes: del contrato de trabajo que se extingue por muerte del trabajador; del arrendamiento de obra cuando se ha encargado a una persona "por razón de sus cualidades personales" (art. 1.595 C. c.); del mandato (arts. 1.732, n. 3.º, con las peculiaridades previstas en los arts. 1.738 y 1.739); de la comisión mercantil respecto al comisionista fallecido (arts. 280 C. de c.), y del comodato hecho en contemplación a la persona del comodatario (artículo 1.742 C. c.) (11). Sin perjuicio de la transmisión de las resultas patrimoniales de esos contratos pendientes de liquidar.

Por lo que se refiere a las sociedades (12):

No se transmite la condición de socio en las sociedades civiles (arts. 1.680 y 1.700, n. 3.º C. c.), ni en las compañías mercantiles colectivas y en comándita por muerte de un socio colectivo (art. 221, núm. 1. C. de c.), sin perjuicio de la validez del pacto de continuar la sociedad entre los socios sobrevivientes y los herederos del fallecido (art. 1.704 C. c. y 222 núm. 1 C. de c.), y, en ese caso, según la S. 3 marzo 1959, la mera aceptación de la herencia no implica la adquisición de la condición de socio, sino sólo de la facultad de aceptarla, si bien cabe también "la aceptación tácita mediante hechos que demuestren la intención de realizarlo...". De no transmitirse la condición de socio, se transmite, en cambio, el contenido patrimonial inherente. El art. 1.704 C. c. dispone, en el ap. 2.º de su § 1.º: "*En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se le haga la partición, fijándola en el día de la*

(10) Cfr. PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., *h*, pp. 49 y s.; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones. Parte General", Barcelona 1961, 119, pp. 120 y siguiente.

(11) Cfr. PUIG BRUTAU, loc. cit., *c*, p. 47; LACRUZ, op. cit., n. 113, pp. 112 y ss.

(12) Cfr. FRANCISCO PALÁ MEDIANO, "El problema de la sucesión en los derechos de socio", en *Curso de Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona 1945: "Estudios de Derecho Sucesorio"* (Barcelona 1946), pp. 95 y ss.; PUIG BRUTAU, loc. cit., *f* y *g*, pp. 47 y ss. y LACRUZ, op. cit., n. 118, pp. 119 y s.; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, "La mujer casada y el derecho de sociedades", III, B, en R.G.L. y J. 118, 2 sem. 1969, pp. 259 y ss., ROBERTO BLANQUER UBEROS, "Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria", Conferencia en la Ac. Matr. del Not. 12 marzo 1970.

muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día."

En las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas la condición de socio y de accionista, respectivamente, es naturalmente transmisible sin perjuicio de las limitaciones estatutarias (art. 21 L. S. R. L. y 46 L. S. A.) que conceden a los socios o accionistas supérstites el derecho a adquirir las participaciones o acciones del fallecido.

Para este último supuesto, y también para aquellos en los que está prevista la compensación económica de los herederos del socio civil o colectivo fallecido, se suelen establecer criterios valorativos en los pactos o estatutos sociales, de los que deberemos ocuparnos luego al tratar de la valoración del activo hereditario para cómputo de la legítima.

Con respecto a los arrendamientos (13), podemos distinguir tres diversos supuestos:

I) En unos, el arrendamiento es transmisible a los herederos del arrendatario:

Es el caso del arrendamiento de local de negocio aún en situación de prórroga legal mientras no se haya agotado el límite de transmisiones posibles (cfr. art. 60 L. A. U. de 4 diciembre 1964, que resuelve en su art. 33 la posibilidad de dos transmisiones *mortis causa*) (14).

En los arrendamientos ordinarios se ha discutido su transmisibilidad *mortis causa* mientras su duración convenida no haya concluido. Es de observar que el Código civil no incluye el fallecimiento del arrendatario entre las causas extintivas del arrendamiento de cosas. Por esa razón y dada la posibilidad de subarrendar, si el contrato no lo prohíbe expresamente (art. 1.550), se ha estimado como regla general su transmisibilidad sucesoria. Y, como excepción la intranmisibilidad, en los supuestos de: a) pacto expreso en contrario; b) arrendamiento constituido por un usufructuario (art. 480 C. c.); c) que la duración del arrendamiento pendiere de la voluntad del arrendatario; d) que por sus circunstancias deba entenderse celebrado *intuitus personae*; e) que los sucesores no puedan cumplir las obligaciones del arrendatario (15). Sin embargo, el Tribunal Supremo, en

(13) PUIG BRUTAU, *i*, p. 50 y LACRUZ, *op. cit.*, n. 114, pp. 114 y s.

(14) Cfr. CESÁREO RODRÍGUEZ AGUILERA y JOSÉ PERÉ RALUY ("La transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio de local de negocio, n. 6, en R.J. de Cataluña LIX, marzo-abril 1960, pp. 211 y ss.) expusieron la interpretación restrictiva dada por el Tribunal Supremo, en SS. 9 diciembre 1959 y 20 febrero 1960, a la L.A.U. de 1955, pese a que el texto del art. 60 L.A.U. de 1955 era favorable a entender indefinido el número de sucesiones autorizadas, insistiendo en la misma interpretación que del art. 70 L.A.U. había dado la Jurisprudencia anterior a la reforma de 1960.

(15) Cfr. JOSÉ FERRÁNDIZ VILELLA, "Sucesión en los arrendamientos", en A.D.C., VII-II, abril-junio 1954, pp. 404 y ss. Cfr. también: JOSÉ CASTÁN TO-

SS. 15 noviembre 1950, 20 octubre 1952, 13 diciembre 1952, 29 abril 1960, ha generalizado el carácter *intuitus personae* del arrendamiento, estimando que un contrato de goce y disfrute de cosa ajena “la mayor o menor garantía personal de quienes lo estipulan es factor moral que influye en la determinación de la voluntad para otorgarlo”, según consideró la segunda de las sentencias citadas.

II) En otros, es intransmisible, sea por no haber persona que reúna los requisitos exigidos para su transmisión (arts. 18 L. A. R. 1935, 4, § 3 L. A. R. 1942 y 58, § 1 L. A. U.), o por haberse agotado el número de transmisiones admitidas (art. 60 L. A. U.).

III) Y, en otros, es transmisible, pero sin formar parte de la herencia (16), ni computarse a efectos de calcular la legítima por no considerarse como un valor patrimonial negociable, sino como una relación derivada de un contrato conmutativo no disponible (17). En estos casos hay que considerar la relación arrendaticia no incluida en la herencia por tener un destino específico extrahereditario, y entre este grupo de relaciones deberemos situarlos luego.

3.º No se transmite, aunque no se hubiere formulado *intuitus personae*, la oferta contractual, pues no da lugar al nacimiento de derecho subjetivo alguno, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda entenderse mantenida la oferta a los herederos (18) después de fallecido el destinatario.

B) *Bienes o derechos que no integran el caudal hereditario porque tienen un destino predeterminado por el título adquisitivo o por la ley, o que se desvinculan del fenómeno sucesorio.*

5. Hay una larga y heterogénea lista de bienes y derechos que al fallecer el *de cuius* se separan de la herencia porque el título adquisitivo así lo había establecido, o bien porque la ley les señala una trayectoria especial. Y también existe otra lista de derechos que nacen

HEÑAS y JULIO CALVILLO y MARTÍNEZ DE ARENAZA, “Tratado de arrendamientos urbanos”, vol. II, Madrid 1957, pp. 49 y ss. y 937 y ss., y LACRUZ, loc. cit., n. 114, a, en nota 3 bis, p. 114.

(16) Cfr. FRANCISCO DE A. CONDOMINES VALLS (“Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna”, en Curso de Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona 1945, cit., pp. 142 y ss.). El carácter no herencial de esa sucesión, a diferencia de la de local de negocio, fue subrayada en relación al arrendamiento urbano de viviendas por CASTÁN y CALVILLO (op. y vol. cit., p. 940, y por RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY (loc. cit., pp. 207 y s.).

(17) Notemos que el arrendamiento, como contrato conmutativo, parte primigeniamente de la equivalencia de las prestaciones recíprocas. El valor del goce equivale a la renta pactada. Pero la inflación, en especial si va unida a la prórroga forzosa y la tasa de los alquileres, desfigura esa conmutabilidad. Con respecto a los efectos de inflación que destruyen el carácter conmutativo del arrendamiento y convierten el derecho del arrendatario “en un momio con una contrapartida que para el arrendador podrá ser muy inferior a la utilidad obtenida por el arrendatario”, cfr. nuestro trabajo “La antítesis inflación-justicia”, en R.J. de Cataluña, LIX, setiembre-octubre 1960, pp. 565 y ss.

(18) Cfr. LACRUZ, op. cit., 116, pp. 117 y s.

precisamente al fallecer el causante y dimanar del mismo, pero que se desvinculan, absoluta o relativamente del fenómeno sucesorio. Enumeraremos a continuación, a salvo de cualquier omisión, los bienes y derechos integrados en una y otra, de esas categorías.

1) En el matrimonio contraído en régimen dotal, según el artículo 1.374 C. c.: “*Se entregará a la viuda, sin cargo a la dote, el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya, y las ropas y vestidos de uso ordinario de la misma*”; y en el matrimonio regido por la sociedad legal de gananciales, conforme al art. 1.420: “*No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva*”.

Precedente legislativo de esos artículos son los 1.301 y 1.342 del Proyecto de 1851. García Goyena, al glosar el art. 1.342 (19), se remite a su comentario al art. 1.301 (20), donde señala el antecedente de la ley 6, tít. VI, Lib. III del Fuero Real, por lo que se refiere al lecho: “*Si el marido o la muger moriere, el lecho que habían cotidiano finque al vivo, e si casare tornelo a partición con los herederos del muerto*”. Esta devolución (21) le pareció a García Goyena (22) “odiosa y casi penal” y no fue prevista en el Proyecto. Febrero (23) indicó que el lecho había de ser deducido de los gananciales y, si no los hubiera, del caudal del difunto, pero no del quinto, sino del caudal hereditario.

En cuanto al vestido ordinario, García Goyena (24) dice que “no había ley expresa, pero sí práctica general y constante”. Febrero (25) había explicado que los vestidos ordinarios o cotidianos de la mujer e hijos del difunto no debían inventariarse, que así lo había visto practicar y lo había practicado: que “por vestido ordinario se entiende, y estima aquél con que la muger salía diariamente a la calle con decencia, según su esfera, y haberes del marido, cuya graduación se debe dexar al arbitrio del Juez docto, imparcial, y prudente”; y que los de uso precioso debían inventariarse, salvo costumbre, del lugar o pacto contrarios.

2) *Los derechos del arrendatario rústico y los del inquilino en los supuestos en que legalmente se produce su sucesión o subrogación*

(19) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”, vol. III, Madrid 1852, art. 1.342, p. 345.

(20) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 1.301, p. 315.

(21) JOSEF FEBRERO (“*Librería de Escribanos e Instrucción jurídico teórico práctica de Principiantes*”, II Parte, Lib. I, Cap. VI, § III, n. 66 y ss.; Cfr. ed. Madrid 1781, II P., vol. I, pp. 388 y ss.) estudió cuidadosamente esta devolución.

(22) GARCÍA GOYENA, p. 316.

(23) FEBRERO, op., cap. cit., cap. I, § III, nn. 56 y ss., pp. 381 y ss.

(24) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., p. 315.

(25) FEBRERO, op., parte y lib. cits., cap. I, § I, n. 23, pp. 28 y ss. y cap. VI, § III, n. 55, pp. 380 y s.

"mortis causa" en favor de la persona que reúna las condiciones legalmente previstas.

Como hemos visto antes, estas relaciones no se consideran como un valor patrimonial transmisible y su destino es fijado por la ley, atendiendo a razones objetivas, fuera de toda relación hereditaria (26). Por ello, puede decirse que no integran la herencia del causante, y no deben computarse para calcular las legítimas ni otra cuota alguna del haber hereditario (27).

(26) Cfr. *supra*, notas 16 y 17.

(27) Art. 18 L.A.R. 1935: "Por fallecimiento del arrendatario se extingue el arrendamiento, salvo el caso en que los herederos sean el cónyuge, parientes en cualquier grado de la línea directa o hasta el segundo grado de la colateral, los cuales podrán optar por la rescisión del contrato o su continuación con todos los derechos y obligaciones que, emanados del arrendamiento, correspondían a su causante.—El arrendador no estará obligado a dividir el arrendamiento aunque sean varios los herederos del arrendatario."

Art. 4, § 3.º L.A.R. 1941: "Los derechos conferidos en esta Ley a los arrendatarios cultivadores directos y personales de fincas sujetas a arrendamiento con renta regulada por una cantidad de trigo que no exceda de cuarenta quintales métricos, no se extinguirán por el fallecimiento de aquéllos y se entenderán transmitidos, en tal caso al familiar cooperador del causante en el cultivo de la finca que éste hubiese designado en su testamento. Si no se hubiese hecho esa designación, los familiares cooperadores, en el plazo de dos meses a contar desde el fallecimiento del arrendatario, elegirán por mayoría entre ellos al que haya de figurar como titular del arriendo. Cuando dichos arrendatarios no procediesen en el plazo fijado a hacer esa elección, deberá el arrendador designar entre todos los familiares cooperadores al sucesor".

Art. 58, § 1.º L.A.U.: "1. Al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes, con preferencia los hijos varones menores de edad, las hijas solteras y los mayores impedidos físicamente, hijos adoptivos que hubieran sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años, ascendientes y hermanos, con preferencia las hermanas solteras, tanto en el parentesco legítimo como en el natural, que con aquél hubiesen convivido habitualmente en la vivienda con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento. No será necesaria la convivencia de los que estuviesen sometidos a la patria potestad del fallecido, y respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelación.

2. Cuando fueren varios los beneficiarios del derecho a que se refiere el número anterior, sólo uno de ellos podrá utilizarlo. A falta de acuerdo entre los mismos, se observará el orden de prelación establecido en el número anterior con preferencia dentro de cada grupo de la proximidad de grado, de la legitimidad, y en su caso, del doble vínculo y de la consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad a favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con prioridad del sexo femenino. Los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes.

3. En el caso de arrendamiento de local destinado por el arrendatario al ejercicio de su profesión facultativa y colegiada, al fallecimiento del titular del contrato podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento, en primer lugar, su cónyuge, y en su defecto o renuncia, sus hijos, siempre que aquél o éstos ejerzan la misma profesión que el arrendatario fallecido, y en el propio local."

Art. 59. "Al fallecimiento del subrogado en la vivienda por actos "inter vivos" o "mortis causa", sólo podrá continuar ocupándola con el mismo carácter su cónyuge o descendientes legítimos, naturales o adoptivos, sin que se auto-

3) *Los bienes sometidos a sustitución fideicomisaria* (arts. 781 y ss. C. c.) que del patrimonio del sustituido pasan al del sustituto, pero éste trae causa del fideicomitente y no del sustituido por él (28).

Sin embargo, formarán parte de la herencia del sustituido las deducciones que a éste "correspondan por gestos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa" (art. 783, § 2.º, C. c.).

4) *Los bienes donados con pacto de reversión a favor de tercero* (art. 641). Pacto que entraña una verdadera sustitución del donatario, o fideicomiso convencional, en virtud de la cual el segundo donatario no trae causa del primero, sino del donante (29).

5) *Los bienes en los que se verifique la reversión legal o retorno sucesorio regulado en el art. 812 C. c.*, que dispone:

"Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posterioridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido o en los bienes con que se hayan sustituido si los permutó o cambió".

Los bienes, objeto de esta reversión o retorno, revierten al donante en virtud de una condición resolutoria, tácita o legal, no retroactiva, según unos autores (30) o, según otros, en virtud de una sucesión legal anómala y especial o singular (31). No ofrece duda

ricen posteriores subrogaciones, debiendo observarse, en cuanto a convivencia, orden de prelación y notificación, lo preceptuado en el artículo anterior".

(28) Como ha dicho ROCA SASTRE (*Notas* al "Derecho de Sucesiones" de Theodor Kipp, vol. II, Barcelona 1951, § 92, II, pp. 88 y s.): "Indudablemente el heredero fideicomisario es heredero del causante, o sea, sucesor jurídico de él, ya que por bien que adquiere los bienes por conducto del heredero fiduciario, no es sucesor jurídico." En efecto, como nota LACRUZ (*Notas* al "Derecho de sucesiones" de Julius Binder, Barcelona 1953, § 28, p. 237), "fiduciario y fideicomisario son herederos de un mismo causante".

(29) Cfr., respecto a la reversión convencional a favor de terceros, lo que expusimos en nuestros trabajos "La donación «mortis causa» en el Código civil español", "XIII. Las donaciones mortis causa superpuestas", en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, vol. V, Madrid 1950, pp. 779 y ss., y "Donación, condición y conversión jurídica material", "III. Las donaciones de ulterior grado. Su naturaleza", en *A.D.C. V-IV*, octubre-diciembre 1952, pp. 1270 y ss.

(30) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil", vol. VI, 2.º, 2.ª ed. Madrid 1910, cap. XV, 168, pp. 1048 y ss.; ENRIQUE PÉREZ ARDÁ, "Alrededor del artículo 812 del Código civil", en *R.G.L. y J. CXII*, primer semestre 1908, pp. 122 y s.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, "Instituciones de Derecho civil", vol. III, Madrid 1932, Lec. 88, pp. 203 y s., si bien observa en nota (pág. 204) que, "como el cumplimiento de esas condiciones está remitido al momento de la muerte, además de inter vivos tiene [la reversión] algo de acto mortis causa". CALIXTO VALVERDE VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", vol. V, cap. X, 4.ª, ed. Valladolid 1939, pp. 239 y ss., afirma a la vez que se trata de una sucesión anormal (mortis causa) y de una condición resolutoria impuesta a la donación.

(31) MANRESA, "Comentarios al Código civil español", vol. VI, art. 812, D, 6.ª ed. Madrid, 1932, pp. 320 y ss.; MUCIUS SCAEVOLE, "Código civil comen-

que, con la primera configuración, los bienes sujetos al retorno no integran la herencia del donatario y no se computan para calcular las legítimas (32); pero incluso los autores que se inclinan por la segunda configuración creen, casi unánimemente, que esa sucesión especial actúa fuera de la herencia del donatario y que, por consiguiente, tales bienes no se computan para calcular la parte forzosa ni la de libre disposición de la misma (33).

6- 6) *Los bienes sujetos a reserva viudal con respecto a quienes no sean hijos comunes.*

Se ha discutido mucho si los bienes sujetos a la reserva clásica integran o no la herencia del reservista. De ello nos hemos ocupado

“tado y concordado extensamente”, vol. XIV, pp. 362 y ss.; DE BUEN *Notas* al “Curso elemental de Derecho Civil”, de A. COLIN y H. CAPITANT, Madrid 1928, cap. IV, sec. IV, p. 400; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español común y foral”, I-II, 4.^a ed. Madrid, 1939, tema LXI, p. 288; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, “Derecho sucesorio «mortis causa»”, Sevilla, 1931, cap. XIX, § 4, pp. 216 y s.; JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, “Recobro «mortis causa» de donaciones a descendientes”, I, D, en A. D. C. XI-I, enero-marzo 1958, pp. 39 y ss.; JOSÉ LÓPEZ GARZÓN, “La reversión legal de donaciones”, VII, B, en A. D. C. XII-III, julio-setiembre 1959, p. 925; JOSÉ PUIG BRUTAU, op. cit., vol. V-III, Barcelona, 1963, cap. III, 4, pp. 363 y s.; FRANCISCO BONET RAMÓN, “Compendio de Derecho Civil”, vol. V, Madrid, 1965, n. 108, pp. 605 y s.

(32) Así lo dicen expresamente: SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., n. 172 pp. 1063 y s.; PÉREZ ARDÁ, loc. cit., p. 124, quien dice: “no formando parte del haber hereditario del donatario tales donaciones..., ni la viuda tiene derecho a exigir que se compute en aquél para obtener su cuota usufructuaria, ni es viable la pretensión de que el ascendiente suceda en ellas a cuenta de la legítima”; DE DIEGO, loc. cit., p. 205; ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. II, § 131, 2, a, p. 301.

(33) En ese sentido SCAEVOLA, loc. cit., p. 362, cree que a la muerte del descendiente donatario se abren dos sucesiones distintas e independientes, una integral, la de todos los bienes, y obligaciones del difunto, y otra especial, circunscrita y limitada a la cosa donada; la primera regida por los preceptos generales de la sucesión testada; la segunda, regida por los principios derivados de su especial naturaleza”. Consecuentemente, con igual criterio: CASTÁN, loc. cit., p. 289, cree que “el derecho concedido por el art. 812 es independiente de la cuota legitimaria”; DE BUEN, loc. cit., precisa que los bienes sujetos a recobro forman “una masa de bienes especial que no debe ser tenida en cuenta”. “para el cómputo de la legítima y de la parte de libre disposición”; ROYO MARTÍNEZ, loc. cit., p. 217, cree que el art. 812 “impone la no inclusión en el as hereditario de los bienes objeto de la donación, y los atribuye directamente al ascendiente que los haya donado”, y es completamente independiente de la legítima. En igual sentido MEZQUITA, loc. cit., V, A, b, pp. 102 y ss., que lo trata muy extensamente; PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., pp. 385 *in fine* y s., y BONET RAMÓN, loc. cit., pp. 606 *in fine* y s., que recalca que “las cosas donadas o aquéllas en que se han subrogado realmente no entran en el cómputo de la legítima ni de la parte de libre disposición, atribuyéndose por otro título”.

La excepción la constituyen MANRESA, loc. cit., p. 834, según el cual no cabe separar del caudal relicto los bienes sujetos a retorno, que se computarán para calcular la legítima y se cargarán a la porción libre y en lo que exceda de la legítima; y LÓPEZ GARZÓN, loc. cit., VII, C, pp. 934 y ss., que equipara su computación a la de los legados y donaciones, y afirma su imputación a la porción libre. Soluciones que nos parecen poco equitativas, en cuanto exclusivamente reducen, o eliminan, la cuota disponible de quien, además, sufre forzosamente la reversión.

en otra ocasión (34). Nuestra conclusión fue entonces que los reservatarios sucedían al reservista en los bienes reservables, y que éstos integraban su herencia, pero tan solo y exclusivamente con respecto a los beneficiarios de aquélla (35). De ahí que, “con relación a quienes no sean descendientes del anterior matrimonio, los bienes reservados formarán una masa diversa y separada de los demás bienes integrantes de la herencia del bínubo. Pero, con relación a los descendientes comunes, todo —incluso los datos que vamos comprobando respecto de las facultades del bínubo de mejorar y desheredar a los descendientes comunes— inclina a considerar que esos bienes integran la herencia del reservista”.

“Así —proseguíamos (36)—, resulta que forman en su herencia una masa especial, que será indisponible a favor de quienes no sean descendientes comunes de ambos cónyuges, el premuerto y el reservista. Dichos bienes, por tanto, no podrán computarse para calcular las legítimas ni las mejoras de los descendientes no comunes, ni la legítima del segundo cónyuge, ni la de los hijos naturales, ni la parte libremente disponible a favor de quienes no sean descendientes comunes. E incluso los derechos de los acreedores privativos del reservista, por créditos posteriores al nacimiento de la reserva —ulteriores bodas o nacimiento de un hijo natural—, se detendrán sin alcanzar los bienes reservados, por lo menos en cuanto el importe de tales créditos no los hayan incrementado (impensas o mejoras, pago de cargas de los bienes reservables o de deudas correspondientes al caudal sujeto a reserva)”.

En cambio, han de opinar lo contrario, los autores que creen que los bienes reservables no integran en caso alguno la herencia del reservista (37), bien sea por entender que el cónyuge bínubo al contraer las ulteriores nupcias o tener en estado de viudez un hijo natural: pierde *ex lege* la nuda propiedad de los bienes reservables (38), o su pleno perfecto e irrevocable dominio, que pasa a ser revocable condicional o temporal (39), o provisional, interino y preventivo a la

(34) “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil”, II, 8, Madrid, 1958, pp. 38 y ss., y A. D. C. XI-III, pp. 684 y ss., y especialmente, II, 31, II, c, pp. 250 *in fine* y ss., y A. D. C. XIII-III, pp. 716 y ss.

(35) Cfr. op. últ. cit., II, 8, p. 53, y A. D. C. XI-III, p. 699.

(36) Op. últ. cit., II, 31, II, c, pp. 251 y A. D. C. XIII-III, p. 717.

(37) Cfr. la clasificación que establecimos —de este grupo de opiniones— en la obra a que nos estamos remitiendo, II, 8, a), pp. 43 y ss., y A. D. C. XI-III, pp. 688 y ss.

(38) MODESTO FALCÓN, “Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral”, 5.^a ed. Barcelona, 1897, p. 403.

(39) SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, VI-III, cap. XXVII, n. 4, 2.^a ed. Madrid, 1910, pp. 1858 y ss.; JOSÉ MORELL y TERRY, “Comentarios a la legislación hipotecaria”, 2.^a ed. Madrid, 1930, p. 390; ANTONIO MAURA GAMAZO, Diccámenes, vol. IV, dict. 5 B, ed. Madrid, 1930, p. 69; JENARO GIL SOCH, “Comentario a la Resolución de 30 de marzo de 1925 en R. C. D. I., I, junio 1925, pp. 471 y ss.; PASCUAL LACAL FUENTES, “Las expectativas de derecho y los

vez (40), con su facultad de disponer limitada (41); naciendo para los reservatarios correlativamente bien sea la nuda propiedad o un derecho bajo condición suspensiva, una expectativa o sólo una esperanza, o una titularidad, preventiva, o a la vez aplazada y suspensivamente condicionada, o bien la pendencia de una sucesión legal del cónyuge premuerto a favor de los reservatarios (42); sea por someterse *ex lege* al supérstite a una sustitución fideicomisaria a favor de los reservatarios (43), por ser revocable la titularidad recibida en tanto dimana del premuerto un derecho bajo condición suspensiva para los reservatarios (44), o por tener el dominio del reservista condicionalmente limitada la facultad de disponer y los reservatarios una correlativa expectativa derivada del cónyuge premuerto (o de los hermanos o tíos de doble vínculo de quienes éste hubo los bienes) (45).

Aun dentro del grupo de autores que consideran que en la reserva viudal los reservatarios suceden siempre al reservista (46), ha abun-

derechos expectantes”, en R. C. D. I. VII, noviembre 1931, p. 830; PEDRO JOSÉ DE AZURZA y OZCOZ, “Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición del reservatario”, R. G. L. y J. 180, 2.º sem. 1946, pp. 120 y ss.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, “Instituciones...”, vol. III, lec. 97, pp. 388 y s.; FEDERICO PUIG PEÑA, “Tratado...”, V-II, cap. XVII, 4. D, pp. 491 y ss.; DIEGO ESPÍN CAÑOVAS, “Manual de Derecho Civil español”, vol. V, 1.ª ed. Madrid, 1957, cap. III, 2. p. 80; FRANCISCO BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, 118, p. 632.

(40) FEDERICO DE CASTRO BRAVO, “Derecho Civil de España. Parte General”, vol. I, 3.ª ed. Madrid, 1955, p. 685, nota 1; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho Civil español común y foral”, vol. VI-I, 7.ª ed. Madrid, 1960, CXXXIX, II, 5, c, a”, p. 185.

(41) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, “Derecho sucesorio “mortis causa”, p. 231; E. CAPÓ BONAFIOUS, “Sobre la reserva de los artículos 968 al 980”, en R.C.D.I. IV, junio 1928, pp. 450 y ss.; JUAN OSSORIO MORALES, “Reserva-Posición jurídica de los reservatarios”, Comentario a la S. de 18 abril 1942, en R. G. L. y J. 171, 1er. semestre 1942, p. 675.

(42) Cfr. la clasificación que hacemos de este grupo de opiniones en la obra a que nos venimos remitiendo, II, 8, o, pp. 46 y ss. Según ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA (“Designación hereditaria «mortis causa», vocación hereditaria y adquisición automática”, VI, C, c, c’, en A. D. N. XXIV, abril-junio 1959, pp. 111 y s.) el reservatario “no sucede al reservista”, porque su derecho viene en la reserva ordinaria “de la relación de parentesco entre el causante de la reserva y el reservatario”, si bien “no ocupa la posición jurídica del causante de la reserva, a quien en rigor sucede, por la interposición de persona del reservista en el tránsito del patrimonio del causante de la reserva al reservatario y recibe un patrimonio o una parte alícuota del mismo a título singular, pues el patrimonio sujeto a reserva ya está liquidado”.

(43) MUCIUS SCAEVOLE, op. cit., vol. XVII en las primeras ediciones de su obra ROCA SASTRE, “Estudios de Derecho Civil”, vol. II, cap. IX, pp. 317 y ss.

(44) MANRESA, “Comentarios...”, vol. VI, 6.ª ed. revisada por BONET RAMÓN, art. 811, pp. 239 a 242; VALVERVE VALVERDE, “Tratado...”, vol. V, cap. XXI, § II, p. 475 nota; LUIS GÓMEZ MORÁN, “Las «reservas» en el Derecho español y en el comparado”, Oviedo, 1949, pp. 55 y ss.; VICENTE JAÉN, “Derecho Civil”, Madrid, 1928, pp. 831 y 825.

(45) DEMÓFILO DE BUEN, *Notas* al COLIN y CAPITANT, vol. VIII, pp. 385 y ss.

(46) Cfr. la clasificación de este grupo de opiniones en nuestra ref. obra, II, 8, c, pp. 48 y ss.

dado más la opinión de quienes separan totalmente la sucesión en los bienes reservables de la herencia propiamente dicha del reservista, bien sea como una especie de manda legal forzosa (47), o como una legítima especial, entendida como una forma de delación legal concretada a una masa determinada de bienes, aislada de la herencia general del bínubo y reforzada con medidas conservativas previas (48).

Hemos sido los menos (49) quienes hemos defendido (50), que simplemente los reservatarios tienen un derecho colectivo a que los bienes reservables no sean dispuestos por el reservista en contravención a la reserva legalmente ordenada, sin que por ello los bienes reservables dejen de integrar su herencia en cuanto se refiera a la descendencia común, de modo tal que no hay delación legal de los bienes reservables, sino limitación o freno a su disponibilidad *inter vivos* y *mortis causa*. La diferencia entre la tesis de la delación legal forzosa del reservista a los reservatarios y la tesis de la limitación del poder dispositivo de aquél, es esencial como hicimos notar en el trabajo al que hacemos continua referencia (51): “En la tesis de la delación legal, la masa reservada forma un conjunto netamente diferenciado de la herencia del reservista e incommixtible con ella. Para la subtesis de la limitación dispositiva del reservista, los bienes reservables y el resto de la herencia del reservista no son masas incommixtibles, y ni siquiera totalmente distintas: Los bienes reservables integran la herencia del reservista, aunque por hallarse especialmente reservados a la descendencia del matrimonio anterior, no son computables para calcular la legítima ni la porción de mejora de los hijos del reservista que no sean del anterior matrimonio, ni la legítima del viudo del bínubo, ni la parte libremente disponible a favor de extraños, ni

ANTONIO MAURA Y GAMAZO, *Dictámenes*, vol. IV, dict. n. 5, p. 72 y en R. G. L. y J. 144, 1er. sem. 1924, p. 17, escribió que “no se le ocurre a nadie poner en duda que la descendencia del primer matrimonio, cuando adquieren los bienes sujetos a la tradicional reserva suceden a la madre o al padre bínubo y no a la persona de quien provenían a él”.

(47) VALVERDE MARURI, “De los bienes reservables”, 1897, cit., por SÁNCHEZ ROMÁN, op. y vol. últ. cit., p. 1856.

(48) ANTONIO MARÍN MONROY, “La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución” (Conclusión), en R. C. D. I. VII, enero 1931, pp. 8 y ss.; JOSÉ M.^a TORRES MURCIANO, “La desheredación por el reservista”, en R. G. L. y J. 173, 1er. sem. 1943, pp. 270 y ss., en especial 278; CIRILO GENOVÉS AMORÓS, “La desheredación y las reservas”, en R. D. P. XXXI, octubre 1947, pp. 737 y ss.

(49) Antes que nosotros CRISTÓBAL LOZANO SICILIA, “Interpretación del artículo 811 del Código civil y reserva del ascendiente del cónyuge viudo”, Córdoba, 1898, pp. 207 y ss.

(50) Cfr. nuestros trabajos “Las reservas en el Capítulo V, del título IV, Libro III del Proyecto de Compilación redactado por la comisión de Juristas catalanes”, en R. I. de Cataluña LVII, año 1958, pp. 144 y ss., y “La jurisprudencia...”, II, 8, c, β), pp. 50 y s. y A. D. C. XI-III, pp. 696 y ss. Ha seguido posteriormente este criterio PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. III, 2, D, pp. 275 y s.

(51) “La jurisprudencia...”, II, § 2, 8, c, β , p. 51, y A. D. C. XI-III, pp. 697 y ss.

puede disponerse de ellos a favor de persona distinta de los reservatarios. En cambio, respecto a éstos, dichos bienes integran la herencia del reservista, fundiéndose en ella en cuanto no perjudique a los derechos colectivos de los reservatarios.”

La *razón* por lo cual los bienes reservables se excluyen de la herencia del binubo con respecto a quienes no son hijos y descendientes de su anterior matrimonio, dimana de la específica mayor defensa que se concede a estos descendientes comunes, en virtud de los especiales supuestos que concurren. Por tanto, en cuanto se refiere a las relaciones de estos descendientes comunes entre sí, con respecto a la herencia del binubo, *no hay razón* finalista ni lógica —por lo menos partiendo de la posición del Código civil— que impida al binubo desheredar a los reservatarios, cuando conforme las reglas de estas instituciones haya lugar a ello, o mejorarles y distribuir entre ellos los bienes reservados. Y, con referencia a las legítimas individuales estrictas de los hijos y demás descendientes comunes, precisamente *hay razón para computar dichos bienes en la herencia del binubo*, y esa razón consiste en que la reserva no debe mermar las legítimas de aquellos a quienes precisa y específicamente se trata de favorecer con ella (52).

7- 7) *Los bienes sujetos a reserva lineal del art. 811, con respecto a quienes no sean descendientes comunes del reservista y del ascendiente de quien proceden los bienes.*

La S. 4 enero 1911 consideró que los bienes reservables eran integrantes de la herencia deferida por el reservista a efectos del cómputo de la legítima de sus descendientes que también lo fueron del otro ascendiente y consideró que la legítima era preferente a la reserva del 811. La S. 25 marzo 1933 estimó al reservista del 811 como dueño de los bienes reservables, y, por tanto, que puede disponer de ellos en los términos que permiten los arts. 972, 974, 975 y 976, y, como la sentencia de 4 enero 1911, computó los bienes reservables para calcular la legítima de los hijos comunes, reiterando la preferencia de dicha legítima sobre la reserva del 811.

En cambio, el criterio dogmático que respecto de la reserva viudal expuso la S. 1 abril 1914 —según el cual “no cabe suponer el derecho de reserva equivalente al de un posible legitimario de una herencia futura”, por estimar que en vida del reservista los reservatarios tienen un derecho real sobre los bienes reservables susceptible de disposición— influyó en que la S. 18 abril 1942 insistiera en que el reservatario del 811 no tiene meramente un derecho eventual con relación a una herencia no deferida, sino que deriva del descendiente causante un derecho condicional y disponible. Este criterio, de estimar al descendientes como causante de los reservatarios, fue el acep-

(52) “La jurisprudencia” II, § 5, 31, II, c, pp. 253 y s., y A. D. C. XIII-III, pp. 719 y s.

tado por la legislación del *impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes*, hoy en *sucesiones*, y por las SS. de 8 de marzo 1930, 8 julio 1942, 24 mayo 1945, 8 junio 1954, 17 abril 1956, 30 mayo 1956.

El tema de la naturaleza de la reserva del 811, y concretamente las cuestiones de si los bienes reservables los reciben los reservatarios directamente del descendiente que originó la reserva o bien del reservista y de cuál es el título de esa transmisión han dado lugar entre los autores a gran diversidad de opiniones (53).

Entre quienes derivan la reserva lineal de la herencia del descendiente, podemos catalogar las siguientes tesis: la que descompone usufructo y nuda propiedad (54), la que la considera como un fideicomiso condicional o impuesto por la ley (55), la que la califica de derecho condicional disponible derivado del descendiente, ya se trate de una doble pendencia recíprocamente interdependiente (56), ya se

(53) Cfr. nuestra op. últ. cit. II, 2, nn. 10 a 17, pp. 62 y ss. y A. D. C. XI-III, pp. 708 y ss.

(54) FALCÓN, op. y vol. cit., p. 236; MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, "Código civil de España", Madrid, 1890 y "Diccionario de la Administración Española", vol. III, voz *Legítima*, V. 1, pp. 839 nota a la 1.^a columna; JESÚS FIRMAT Y CABRERO, "Antinomias y oscuridades del Código civil" X, a La Reforma Legislativa, año XIX, n. 684, 16 noviembre 1890, p. 362; y, con salvedades importantes, JOSÉ MARÍA PLANAS Y CASALS, "Derecho civil español común y foral", vol. II, Barcelona, 1925, cap. IV, n. 7, p. 66.

(55) MARIO NAVARRO AMANDI, "Cuestionario del Código civil reformado", vol. III, Madrid, 1880, art. 811, cuest. 2.^a, p. 299; MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, art. 811, E, a, pp. 306 y ss.; MANUEL CALDERÓN NEIRA "La jurisprudencia sobre el art. 811 del Código civil", en R. G. L. y J. 197, 2.^o sem. 1905, pp. 478 y ss.; LUIS ZAPATERO, "El derecho a los bienes reservables", en R. de los Tribunales LVI, n. 16, 26 abril 1922, p. 187; PEDRO JOSÉ DE AZURZA Y OZCOZ, loc. cit., p. 120; MANUEL VILLARES PICÓ, "Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811 del Código civil", en R. C. D. I. XXIX, enero-febrero 1956, pp. 69 y ss. Acepta solamente su analogía ROCA SASTRE, "Estudios...", II, cap. IX, n. III, pp. 311 y ss.

GARCÍA BERNARDO (loc. últ. cit.) cree que el reservatario sucede a título singular al causante de la reserva por la interposición de persona del reservista.

(56) MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 811, p. 253; GREGORIO BURÓN GARCÍA, "Derecho civil español", t. II, Valladolid, 1898, n. 969, p. 799; JOSÉ MORELL Y TERRY, "Reserva creada en el artículo 811", en R. G. L. y J. 82, 1er. sem. 1893, p. 528 y en "Estudios de Derecho Civil", Madrid, 1894, p. 304, y "Comentarios a la Legislación Hipotecaria", vol. cit., pp. 389 y ss.; RAFAEL DE UREÑA, "Bienes reservables", en R. G. L. y J. 86, 1er. sem. 1896, pp. 103 y ss.; FRANCISCO ACOSTA INGLOTT, "El artículo 811 del Código civil", en R. G. L. y J. 112, 1er. sem. 1908, p. 76; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, "Resumen presidencial sobre un caso propuesto a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", extractado en R. G. L. y J. 148, 1er. sem. 1926, p. 681, e "Instituciones...", vol. cit., p. 201; PASCUAL LACAL, loc. cit., p. 830; ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, "El artículo 811 del Código civil", San Fernando, 1940, p. 20; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil común y foral", ed. y vol. últ. cit., § CXL, II, B, a, p. 225 y C, a, p. 229; ROCA SASTRE, "Estudios...", II, cap. IX, pp. 315 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XIX, § 3, p. 212; ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cit., p. 304; PUIG PEÑA, op. y vol. últ. cit., cap. XIX, 4, pp. 530 y s.; FRANCISCO BONET RAMÓN, op. y vol. últ. cit., 107, p. 593; PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", vol. V-III, cap. III, 3, VI, p. 321. Según JOAQUÍN DOMÍNGUEZ DE MOLINA ("Algunas consideraciones sobre el artículo 811 del

refiera la condición sólo a la facultad de disposición por lo que respecta al reservista, y en lo relativo a los reservatarios superponga un término inicial y una condición suspensiva (57), o se descomponga en una titularidad interina y varias titularidades preventivas (58); la que lo circunscribe a una expectativa indisponible derivada del descendiente, como una modalidad de la sucesión intestada de carácter excepcional (59).

Y entre quienes afirman que los reservatarios suceden al reservista, hallamos: a quienes estiman la reserva como una delación legal forzosa (60), y a quienes destacan preferentemente su aspecto negativo de limitación de la facultad dispositiva del reservista (61), sin

Código civil". IV, C, en "Estudios jurídicos varios", vol. II, en Centenario de la Ley del Notariado", Madrid, 1962, pp. 632 y s.), que opina: "El ascendiente reservista hereda los bienes reservables", pero la obligación de reservar "tiene su origen, evidentemente, fuera del reservista y fuera, por tanto de la voluntad del ascendiente heredero; y si surge con la obligación de reservar que la ley impone al ascendiente y esta obligación nace por muerte del descendiente intermedio y con relación a bienes determinados de su herencia, su origen no puede estar más que en ésta, aunque por mandato legal"; y "la adquisición definitiva de los bienes reservables por el presunto reservatario", resulta "porque la supervivencia de éste al reservista simplemente da lugar a la ampliación y desarrollo previsto de aquella raíz, de aquel comienzo de derecho que nació con la reserva y que virtualmente o *in potentia*, o sea, en germen contenía el derecho a los bienes para ese preciso supuesto de sobrevivir al reservista", de tal modo que "esos bienes que por razón de la condición a que estaban sujetos sólo provisionalmente ingresaron en el patrimonio del reservista, salen de él de modo definitivo para constituir una transmisión directa de la herencia del descendiente al patrimonio de los reservatarios, aunque aparentemente se realice a través del reservista".

(57) CAPÓ BONAFUS, loc. cit., pp. 451 y ss.

(58) FEDERICO DE CASTRO, op. y vol. cit., pp. 683 a 685.

(59) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", VI-II, cap. XV, n. 130, pp. 986 y ss.; DÍAZ COBEÑA, Dictámenes. Madrid, 1919, dict. XV, C, p. 235 y s.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, op. y vol. cit., pp. 201 y ss.; MANUEL R. CADABAL, "Sobre el art. 811 del Código civil", en R. G. L. y J. 96, 1er. sem. 1900, pp. 100 y s. RAMÓN NOVOA SEOANE, "Un supuesto caso de reserva troncal", R. D. P. VI, diciembre 1919, pp. 370 y ss.; DE BUEN, Notas y vol. cit., p. 385; OSSORIO MORALES, loc. cit., p. 675; HERNÁNDEZ GIL, "La prelación de órdenes y grados en la reserva lineal española", en R. D. Español y Americano", año I, núm. 1, junio 1956, pp. 4 y ss.; AZURZA y OZCOZ, loc. cit., p. 120; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, "Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español", IV, A, b, en II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, octubre 1950, vol. IV, p. 60.

(60) VALVERDE MARURI, op. cit. (citado por CAPÓ BONAFUS, p. 446); LOZANO SICILIA, op. cit., pp. 218 y ss.; JOSÉ REINO y CAAMAÑO, "La reserva como objeto de contrato", R. G. L. y J. 124, 1er. sem. 1914, pp. 34 *in fine* y ss.; ANTONIO MAURA y GAMAZO, Dictámenes, vol. últ. cit., dict. 5, pp. 69 y ss. y R. G. L. y J. cit., pp. 13 y ss.; MARÍN MONROY, loc. cit., pp. 8 y ss.; TORRES MURCIANO, loc. cit., p. 278; CIRILO GENOVÉS, loc. cit., pp. 738 y nota 30; J. RUIZ ARTACHO, Algo más sobre las reservas", en R. C. D. I. XXVII, junio 1951, p. 425 y s.; y tal vez ESCOBAR DE LA RIVA, op. cit., p. 39 y s., donde afirma que los bienes reservables se desintegran de la herencia del reservista formando una masa especial con trayectoria específica.

(61) RAMÓN GAYOSO ARIAS, "Un nuevo caso dudoso de aplicación del artículo 811 del Código civil" en R. D. P. II, mayo 1914, p. 258 *in fine*; JE-

perjuicio de que subsidiariamente pueda actuar un poder específico de recobro de los reservatarios cuando éstos son personas no llamadas a la sucesión del reservista ni por testamento ni abintestato (62).

De acuerdo con ese último criterio, hemos sostenido (63) las siguientes aplicaciones:

I) Si el reservista al fallecer sólo deja descendencia común al otro ascendiente de la línea de la que procedían los bienes, las legítimas y mejoras tendrán su juego normal y para su cálculo se deberán computar en la herencia del ascendiente los bienes que heredó del descendiente y que éste había recibido a título lucrativo de otro ascendiente (64).

II) En el caso opuesto de que el ascendiente reservista no dejase descendencia común al otro ascendiente, sin duda alguna la *ratio* del art. 811 sustrae de las masas de cálculo y de extracción de las legítimas

RÓNIMO GONZALEZ MARTÍNEZ. "Intervención en la discusión del caso propuesto por Ossorio y Gallardo en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia cfr. en R. G. L. y J. 148, p. 455; TOMÁS ALBI AGERO, "Reserva del artículo 811. Derechos del medio hermano del descendiente causante de la reserva, al fallecer el reservista con hijos, hermanos de doble vínculo de aquél", en R. D. P. XXIV, diciembre 1940, p. 320. Había ya hecho notar el carácter fundamental negativo de la reserva del art. 811, SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", vol. y cap. últ. cit., p. 129, 4.º, p. 986.

Nosotros ("La jurisprudencia...", II, 16, p. 113 y A. D. C. XI-III, p. 759) hemos sostenido que el incumplimiento de los deberes del reservista, en el caso de que el reservatario sea persona llamada a su sucesión intestada, ya sea en primer grado o en grado ulterior, da lugar a un juego de invalidaciones "muy parecido al que se produce en el régimen de las legítimas": "1. El reservatario podrá pedir la anulación de la institución en cuanto perjudique a su reserva y para que respecto a los bienes reservables actúe a su favor la sucesión intestada. 2.º Podrá también, pedir la invalidación de los legados y fideicomisos que pesen sobre los mismos. 3.º Y, en su caso, la resolución de las enajenaciones de bienes inmuebles reservados."

"La sucesión intestada del reservista, respecto de los bienes reservables, no podrá actuar a favor de las personas que no tengan la condición de reservatario. El cauce de esta sucesión, en caso de darse la reserva y por efecto de ésta, sufre la obturación de alguno de sus canales, de modo que su curso, en cuanto a dichos bienes, sólo puede llegar a aquellos sucesores que reúnan a la vez la condición de reservatarios."

(62) Esa idea de reversión ha sido destacada por SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., n. 129, 3.º, p. 986. ACOSTA INGLOTT, loc. cit., p. 65 *in fine* y s., y DE DIEGO, "Instituciones...", loc. cit., p. 202.

Nosotros (loc. últ. cit., pp. 113 y ss. y A. D. C. últ. cit., pp. 759 y ss.) hemos entendido que si el reservatario es persona que no está llamado testamentariamente ni en grado alguno a la sucesión intestada del reservista, la reserva se consuma mediante un derecho personalísimo de recobro o reversión, de naturaleza semejante a los llamados derechos potestativos de adquisición dirigido a instar la recuperación de los bienes reservables para la persona a quien corresponda de la línea familiar de que se trate (Cfr. op. cit. II, § 7, nn. 36 y ss., pp. 287 y ss. y A. D. C. XIII-III, pp. 753 y ss.).

(63) "La jurisprudencia...", I, 49, p. 180, o A. D. C. X-IV, p. 1118, y II, 17, 9.º, p. 117, A. D. C. XI-III, p. 763.

(64) I, 34, β, 1.º y 2.º, pp. 125 y s. o A. D. C. X-III, julio-septiembre 1957, p. 749 y s.

mas, para formar con ellos una masa especial, fuera del caudal relicto por el reservista, aquellos bienes que éste hubiese heredado de un ascendiente de otra unión, que a su vez los hubiese habido a título lucrativo de un ascendiente de la otra línea (65).

III) Y, si el presunto reservista dejase descendencia común al otro ascendiente y, además, descendientes habidos de otro matrimonio, posterior o anterior, para el cómputo y extracción de las legítimas (corta y larga) respectivas, se tomarán bases distintas: la de los hijos comunes abarcará los bienes reservables, mientras que la de los descendientes no comunes no puede computarlos en su masa de cálculo ni, por tanto, incluirlos en la de extracción. Es decir, que el art. 818 jugará para unos y otros sobre masas diversas (66).

8- 8) *El capital de los seguros a favor de tercera persona concertados por el causante sobre su propia vida.*

El art. 428 del Código de Comercio dice: "*Las cantidades que el asegurador deba entregar a la persona asegurada en cumplimiento del contrato serán propiedad de ésta, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del que hubiere hecho el seguro a favor de aquélla.*"

Algún autor (67) ha llegado a decir de este precepto "que con él quedan burladas todas las limitaciones que a la facultad de disponer por causa de muerte oponen nuestras leyes".

Otros (68) en cambio, han reducido su ámbito a entender que tiene la única finalidad de liberar de toda responsabilidad a la compañía aseguradora frente a los legitimarios y a los acreedores del asegurado por la entrega del capital al beneficiario de la póliza.

Sin embargo, la letra del art. 428 C. de c. no se limita a proteger a los aseguradores por razón del pago del capital asegurado, sino que también salvaguarda específicamente a los beneficiarios frente a aquellas reclamaciones. Y su finalidad de proteger los seguros, estimulando con acicates su estipulación, necesita comprender esa protección al beneficiario (69).

Se ha hablado también de que, si bien ha de respetarse en su letra y en su espíritu, crea un privilegio, que se debe interpretar res-

(65) I, 34, 5.º, p. 128 y A. D. C. X-III, p. 752.

(66) I, 34, 3.º y 4.º, p. 128 y A. D. C. X-III, pp. 751 y ss.

(67) FRANCISCO DE A. CONDOMINES VALLS, "Formas nuevas de sucesión...", loc. cit., p. 137.

(68) JULIO MARTÍNEZ DE LA FUENTE, "La atribución del beneficio del seguro de vida como materia de disposición testamentaria", en A. de Ac. Matritense del Notariado, T. VIII, pp. 272 y ss. y ALVARO CALVO SORIANO, "Adquisiciones con pacto de sobrevivencia". "F) Algo a propósito de la estipulación a favor de tercero y del seguro de vida para caso de muerte", en R. D. P. XXXV, mayo 1952, pp. 377 y ss.

(69) Cfr. nuestro cit. trabajo "La Jurisprudencia...", I, 20, nota 131, p. 56 y A. D. C. X-II, abril-junio 1957, p. 380.

trictivamente, y que no puede entenderse en contradicción con las normas básicas del ordenamiento sobre legítimas, bienes de los cónyuges y responsabilidad respecto los acreedores (70).

La S. 22 diciembre 1944, a efectos de la liquidación de la sociedad legal de gananciales, distinguió capital asegurado y primas satisfechas, afirmando "que las primas deben ser reembolsadas a la comunidad al tiempo de su liquidación, para que el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, que estén legitimados para la impugnación tomen la parte que en derecho les corresponda evitando así un posible abuso en la facultad de disposición de los gananciales que, en definitiva, por medios indirectos, como el del seguro de vida o el de renta vitalicia, se tradujeran en institución mutua de herederos en los bienes gananciales, total o parcialmente, defraudando la Ley y lesionando el derecho de legítimos y acreedores".

En el caso en cuestión, en que el beneficiario de la póliza era el cónyuge supérstite (71), las primas debieron computarse para calcular el haber de la sociedad conyugal y el importe de la mitad de ellas (correspondiente a la mitad de gananciales del premuerto) imputarse al tercio de libre disposición y restituirse en el exceso (72).

El criterio de no computar el capital pero sí las primas es el que predomina en las legislaciones del occidente continental europeo (73).

Sin embargo, la correlatividad del empobrecimiento del donante con el enriquecimiento del donatario, consustancial a toda donación, por lo menos a efectos de la aplicación a las mismas de las limitaciones legales (74), inclina a entender que la computación e imputación de las primas pagadas tienen el tope máximo del capital asegurado (75).

(70) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "La indemnización por causa de muerte", en A. D. C. IX-II, pp. 484 y ss.

(71) No olvidemos que, en otros casos, el seguro puede pactarse para defraudar al cónyuge supérstite, si se estipulan a favor de tercera persona en detrimento de los gananciales y, en ese otro caso, las primas habría que imputarlas totalmente a la mitad de gananciales del estipulante.

(72) Cfr. nuestro trabajo "Teleología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia", en La Notaría, 4.º trimestre 1946, p. 391. Véase también el comentario de PUIG BRUTAU en sus notas al libro de GUSTAV BOEHMER, "El Derecho a través de la Jurisprudencia", Barcelona, 1959, pp. 234 y ss., y en sus "Fundamentos...", vol. V-I, cap. I, 5.º q, p. 54.

(73) Así ocurre en Francia conforme a la ley de 13 de junio de 1930, en Italia según el art. 1.923 del *Codice civile*, y en Alemania como explica KIPP (op. y vol. cit., § 136. II, p. 339, nota 4). En cambio, el art. 476 del Código suizo solamente considera computable el valor de rescate que tenía el seguro en la fecha de la defunción del asegurado.

(74) Leyes 5 y 6 del Tit. XI de la 4.ª Partida.

(75) Así lo indicamos en "La donación «mortis causa» en el Código civil" XV, "Las donaciones «mortis causa» indirectas en el Derecho civil y en el mercantil", 5, en An. Ac. Matritense del Notariado, vol. V, p. 818; y así opinaron también IGNACIO NART FERNÁNDEZ, "Notas sobre los contratos a favor de tercero", 6, "Del seguro de vida con tercero beneficiario" en el mismo

Este límite máximo fue señalado en la ley francesa de 12 julio 1930, que además sólo computa hasta este límite las primas que fuesen manifiestamente exageradas en relación con las posibilidades del causante.

Entre nosotros, la opinión más restrictiva entiende que las primas son computables “únicamente cuando éstas representen una vulneración de los derechos que merezcan ser reconocidos, no como regla general” (76). También se ha estimado aceptable el sistema francés de distinguir si es o no excesivo el importe de las primas pagadas, atendidas la potencialidad económica del estipulante y a su procedencia de las rentas o del capital de éste (77). Nosotros hemos opinado que las primas satisfechas no deben computarse cuando se las pueda considerar comprendidas entre las donaciones usuales o los deberes de previsión jurídicos o meramente morales, ya sea debido a su modicidad, o por razón de la persona y circunstancias del beneficiario y a los deberes morales que para con éste tuviera el estipulante (78).

En cambio, *si no hay beneficiario del seguro, el capital pasa a formar parte del caudal relicto* (79).

Ha dado lugar a discusiones el supuesto de que los herederos hubiesen sido designados genéricamente como beneficiarios. No ha faltado quien haya sostenido que en ese caso el capital del seguro es un crédito de la herencia que debe computarse (80). Pero, en general, se ha entendido que la cualidad de heredero sólo vale para determinar la persona o personas del beneficiario —que incluso puede independizarse del hecho de su aceptación o no— y la proporción de la atribución (81).

Cuanto se ha dicho del capital de los seguros de vida, puede hacerse extensivo a los seguros sociales y derechos sucesorios mutuales, con la particularidad de que en este caso no habrán de computarse ni siquiera las prestaciones del asegurado por estar comprendidas entre los deberes normales de previsión.

En cambio, hay que computar la prestación que hubiere efectuado el estipulante en los contratos a favor de tercero, aun cuando los derechos que éste adquiriera a la muerte de aquél no formen parte de su sucesión ni se deban computar en ella.

to mo de los anales citados, p. 460, y ROCA SASTRE. *Notas al Kipp*, vol. II, § 136, II, pp. 346. Véase, asimismo, nuestros “Apuntes...” III, parte, § II, B, g, p. 489.

(76) LUIS RIERA AISA, “El llamado derecho propio del beneficiario de un seguro de vida al capital del mismo y a las relaciones jurídicas familiares, sucesorias y obligaciones del que lo contrató”, en *An. de la Ac. Matr. del Notariado*, vol. VII, p. 314.

(77) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, vol., § y pág. últ. cit.

(78) “Apuntes...”, loc. últ. cit., p. 490.

(79) Regl. 2 febrero 1912, art. 24.

(80) ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.*, 107, p. 170.

(81) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, vol. I, § I-II, p. 16; LACRUZ BERDEJO, *op. últ. cit.*, n. 126, p. 130.

γ) *Derechos causados por el fallecimiento del causante pero desvinculados de su sucesión y no dimanantes de prestaciones económicas suyas.*

9. Clasificamos en este grupo aquellos derechos que no sólo no han sido nunca del causante, pues nacen con su muerte, sino que ni siquiera son la contraprestación de primas o prestaciones por él satisfechas (82).

Se incluyen en este grupo las ayudas, pensiones e indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo, o de la ley, a favor de viuda, hijos u otros parientes de los trabajadores o de los funcionarios públicos, que nacen primigeniamente en la cabeza del beneficiario y no responden a prestaciones hechas en vida por el trabajador o funcionario fallecido.

También debe incluirse en este grupo *la obligación a indemnizar surgida a consecuencia de la muerte del causante*. Según el detenido análisis de la jurisprudencia hecho por el Profesor de Castro Bravo (83) el derecho a estas indemnizaciones no lo adquieren los herederos del fallecido sino que corresponden, por derecho propio, a quienes con el fallecimiento de que se trata hayan sufrido el daño material o moral y, por ello, se hacen acreedores a la indemnización correspondiente. Si bien, ha hecho notar Puig Brutau (84) “que tal doctrina no ha quedado establecida con absoluta firmeza o que es preciso distinguirla cuidadosamente de algún otro caso en que se concede la indemnización como derecho del causante que se transmite con su herencia, en virtud de especiales circunstancias”; y que es menester, por tanto, “examinar y diferenciar las decisiones del Tribunal Supremo español con una técnica bastante afín a la que prevalece en los sistemas de Derecho casuístico, para que sean invocadas en relación con los casos para los que precisamente pueden tener valor general”.

b) *Valoración del activo hereditario bruto.*

10. Es cierto que el concepto de valor no es absoluto, sino relativo (85), pues tenemos un valor en uso, un valor de producción,

(82) Nótese que, por esa circunstancia, damos menos amplitud a ese grupo de derechos que la atribuida por LACRUZ (op. últ. cit., núm. 126, pp. 129 y s.) a los que clasifica como “derechos desvinculados del fenómeno sucesorio”, entre los que coloca los nacidos por muerte del estipulante para el beneficiario del contrato a favor de tercero y, entre ellos, al seguro de vida a favor de tercera persona.

(83) FEDERICO DE CASTRO BRAVO, “La indemnización por causa de muerte”, en A. D. C. IX-II, abril-junio 1960, pp. 448 y ss.

(84) PUIG BRUTAU, op. cit., vol. III-I, cap. I, 5. s, pp. 61 y ss.

(85) GIDE (“Curso de Economía Política”, traducción al castellano de CARLOS DOCTEUR y JOSÉ MUÑOZ, 8.ª ed. París 1932, pp. 59 y ss.) transcribió la afirmación de RICARDO de que: “Cada hombre tiene su módulo particular

un valor de reproducción (es decir, por el coste de producción en el día de la fecha de una cosa igual a la valorada), un valor en renta, un valor en cambio, y aun cada uno de estos valores es igualmente relativo: subjetivo el primero, variables casi todos los demás según las circunstancias de tiempo, lugar, oportunidad, etc., los intereses concretos que tengan comprador y vendedor, o la necesidad sentida por éste o por aquél (86).

La perplejidad que suscita toda valoración invita a una prudente ponderación. Maura (87) la muestra cuando dictamina: "Para señalar las estimaciones no están sujetos los contadores a ninguna facultad preceptiva; pueden asesorarse de peritos cuando lo conceptúen conveniente, o guiarse por su propio juicio, señaladamente cuando les cerciore del acierto el costo de la adquisición, o el amillaramiento, o la capitalización de los réditos, o una razonable ponderación que resuelva o promedie la disparidad de estas condiciones, u otras análogas."

Sin embargo, tratándose de disposiciones de derecho necesario, la ley no puede dejar los problemas de valoración, que puedan plantearse, a la particular apreciación del testador ni del contador partidario por él designado, ni de uno solo o de varios de los interesados. La valoración debe hacerse lo más objetivamente posible. En caso de entablarse el litigio será el juzgador quien deba resolver, atendiendo las cotizaciones y demás datos oficiales o a las tasaciones hechas por peritos designados de conformidad a las normas procesales correspondientes.

Es cierto que la voluntad del testador es ley de la sucesión, y no lo es menos para valorar los bienes que para disponer de ellos y asignarlos. Pero para todo ello tiene, precisamente, el límite que le impone el respeto de las legítimas debidas. En el cálculo de éstas la libertad de valoración del testador halla uno de sus límites. Como institución de derecho necesario, su cálculo debe hacerse conforme la ley ordena (88).

El art. 1.046 L. E. C., a este respecto previene:

"Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los derechos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas."

"Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos siempre que no resulten perjudicados o gravados en sus legítimas."

para apreciar el valor de sus goces, y este módulo es tan variable como el carácter humano"; y casi un siglo después de que STUART MILL afirmara que la teoría sobre el valor había quedado completa con sus conclusiones, el propio GIDE calificó de temeraria esa afirmación y confesó que "son innumerables las teorías nuevas sobre el valor, sin que pueda afirmarse que ninguna de ellas sea definitiva".

(86) Cfr. "Apuntes...", II Parte, § 3, C, p. 196 y A. D. C. p.

(87) MAURA, "Dictámenes", vol. cit., dict. 7, pp. 198 y ss.

(88) ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. II, § 131, I. 3, a, p. 302.

Es decir, que no puede resultar perjuicio en las legítimas de la valoración hecha por el testador. En este sentido, la S. 29 noviembre 1889, relativa a un pleito al que era aplicable el Derecho anterior al Código civil, afirmó, en su 4.º considerando, “que no puede tomarse como base para el avalúo lo consignado por el testador, y mucho más siendo muy anterior a la época en que se abrió la sucesión, porque es indispensable conocer los aumentos y menoscabos que hayan tenido los bienes para poder liquidar la herencia y ver si las mejoras hechas caben en el tercio y quinto del caudal relicto”.

Algunos autores han afirmado que el valor a que se refiere el art. 818 C. c. para computar los bienes a efectos de fijar la legítima, es su valor en venta y no el valor en renta (89). Este es el criterio del B. G. B., que excepcionalmente, en su § 2049, admite el temperamento de que el causante pueda ordenar que un legitimario asuma una finca rústica por su valor en renta, que en ese caso será el valor determinante del cálculo de la legítima, facultad que el § 2312 extiende al supuesto de que el propio causante señale un precio de ascunción no menor al valor en renta ni mayor al valor en venta (90).

Sin embargo, en el Código civil español no hay regla alguna para determinar el valor de los bienes, como hizo notar Scaevola (91), quien añadió que “ni tampoco tiene por qué haberla”. De lo que se trata es, sin duda, de hallar su valor real y verdadero (92), y para ello lo prudente y temperador es promediar los criterios de valoración, como propuso Maura, según antes hemos visto. Pero tampoco puede asegurarse que sea siempre esto lo más correcto, porque en ciertos casos la naturaleza o el destino de las cosas puede aconsejar la aplicación, a cada una, de un criterio único o bien inclinar a que sea desestimado alguno o varios (93).

Así, tratándose del mobiliario parece que normalmente resulta más justo atenerse al valor en uso, y de tener un especial valor artístico o histórico no debe olvidarse la diversidad de propuestas que quienes trafican con ellos suelen hacer según traten de comprarlos o de venderlos. Respecto de edificios antiguos no resulta equitativo estimarlos por el coste de su construcción (que, dada su antigüedad y la continua desvalorización de la moneda, normalmente resultaría exiguo), ni por el que importaría su reconstrucción (que, seguramente, sería excesivo en relación a su utilidad), ni tampoco sólo por su valor en venta o en renta (muchas veces dependientes del capricho o necesidad de un círculo reducido de posibles aspirantes).

(89) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, vol. II, § 131, I, 2, a, p. 301; LACRUZ BERDEJO, *Notas al Binder*, § 33, I, p. 303 BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, 96, C, p. 556.

(90) Cfr. Kipp, *op. y vol. cits.*, § 131, I, 2, a y c, pp. 290 y s.

(91) SCAEVOLA, *op. cit.*, vol. XIV, art. 818 a 822, A, b, p. 450.

(92) Cfr. MANRESA, *op. cit.*, vol. VI, art. 818, A, p. 371; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. VI-II, cap. XV, n. 113, p. 946.

(93) Así lo observamos en nuestro Dictamen publicado en A. D. C. XVIII-I, enero-marzo 1965, p. 264.

Para valorar los bienes arrendados con rentas bajas, no puede desatenderse esa circunstancia, ni a la posibilidad más o menos probable y próxima de desahuciar a los arrendatarios, supuesto ante el cual deben sopesarse los trámites, plazos, litigios, costas o indemnizaciones que para ello haya que emprender o satisfacer.

Tampoco se debe olvidar, al efectuar valoraciones por renta, el hecho de que usualmente en el mundo económico no se pide igual rentabilidad para una clase de bienes que para otra, atendida la mayor seguridad que unos representan y la menor de los otros, así como su distinta susceptibilidad de sufrir las consecuencias de la depreciación de la moneda, etc.

En resumen, se trata de una cuestión muy compleja y casuística, en la cual no se puede olvidar tampoco la visión de conjunto, a fin de que los criterios aplicados en un caso no arrojen una valoración que en relación a las otras practicadas resulte desequilibrada y, por ende, injusta.

Aunque ciertamente deben ser tenidos en cuenta, a efectos del impuesto de sucesiones, los criterios de valoración que, para su percepción, el liquidador haya de aplicar (94), ese cálculo no puede imponerse en modo alguno a efectos civiles (95).

Debe prescindirse del valor de afección (96), por lo cual no deben computarse los recuerdos de familia y escritos, retratos, diplomas, etc., faltos de valor venal, ni la correspondencia del causante (97).

Por su total carencia real de valor no deben computarse los créditos incobrables, aunque si luego se cobrasen habría que hacer con ellos una liquidación complementaria (98).

Como reglas especiales para valorar determinadas clases de bienes, la doctrina propone las siguientes:

I) Las unidades económicas, complejas u orgánicas, v. gr., una empresa mercantil, industrial o agraria, deben valorarse como constitutivas de un objeto único, prescindiendo de si la suma del valor de los objetos singulares que la componen arroja un valor superior al de la unidad compleja u orgánica en régimen de empresa, o aun cuando lo arroje superior, pues no puede ni debe forzarse al aniquilamiento de una unidad de producción (99). Además, al valorar las empresas, debe promediarse, dentro de cierto margen, las vicisitudes que atravesasen en un ciclo normal, y no debe olvidarse la influencia

(94) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, loc. y pág. últ. cit.; SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., p. 946.

(95) Cfr. ROCA SASTRE, *Notas y § cits.*, p. 301.

(96) MANRESA, ROCA SASTRE, BONET RAMÓN, locs. y págs. últ. cit.

(97) LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones", n. 123, pp. 126 y s.; PUIG PEÑA, "Tratado...", vol. V-II, cap. XII, 1, B, nota 6, 3.º, p. 323.

(98) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., p. 946; PUIG PEÑA, nota cit., núm. 1, p. 323; BONET RAMÓN, loc. últ. cit., p. 556.

(99) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., a, p. 301, y BONET RAMÓN, loc. y pág. últ. cit.

que en la marcha de la empresa puedan tener las condiciones personales del empresario, que no deben computarse, sino descontarse al hacer la estimación (100).

II) Los créditos bajo condición suspensiva no deben computarse sin perjuicio de que se proceda a una liquidación complementaria. Y a la inversa los sometidos a condición resolutoria deben computarse como incondicionados, pero de extinguirse deberán deducirse en una rectificación adicional (101).

III) A los derechos dudosos, inseguros o inciertos o litigiosos debe aplicárseles un criterio análogo a los expuestos para los condicionales (102), o bien estimarlos con una valoración que pondere las mayores o menores probabilidades de que la condición se cumpla (103), o por su valor venal (104).

IV) A los créditos aplazados debe descontárseles el *interusurium* (105).

V) Los créditos del causante contra los herederos también deben computarse (106), aunque se extingan por confusión, pues también en ese caso significan un enriquecimiento del heredero deudor causado por su condición de heredero de su acreedor.

VI) Los inmuebles que el causante poseía *ab usucapionem* y hayan pasado a posesión de los herederos deben valorarse según las probabilidades de consumir su usucapión (107).

11. Un problema específico, que repercute en esta materia, es el referente a la eficacia de las normas referentes a los modos de efectuar valoraciones previstas en los pactos sociales para los supuestos de liquidación o compra de los derechos que, en la sociedad correspondieron al *de cuius*, y deban satisfacerse a sus herederos, o a alguno de ellos.

Hemos visto antes, que la condición de socio puede ser intransmisible mortis causa; pero que ello no empee la transmisibilidad de su contenido patrimonial que debe liquidarse a los causahabientes del socio fallecido. El problema radica en resolver acerca de la validez de las normas que en muchas sociedades determinan el modo de efectuar la valoración de ese contenido económico.

Ese problema también se suscita en las sociedades de responsa-

(100) BONET RAMÓN, loc. cit., p. 557.

(101) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 302, rel. p. 290; PUIG PEÑA, nota cit., 2.º, p. 323.

(102) FEBRERO, op. cit., Parte II, Lib. I, Cap. I, I, n. 21, ed. 1781, vol. I, cit., p. 27.

(103) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., b y c, p. 302.

(104) PUIG PEÑA, nota cit., 1.º, p. 323.

(105) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., b *in fine*, p. 302.

(106) FEBRERO, cap. y § últ. cit., n. 20, p. 25.

(107) PUIG PEÑA (nota cit., núm. 7, p. 323) cree que la solución más equitativa en este caso es la de valorar la posesión corrida.

bilidad limitada (108) y en algunas anónimas (109) de las calificadas de "cerradas" (110), cuando los pactos sociales o los estatutos respectivos prevengan que, en el caso de fallecimiento de un socio o accionista, se dé lugar al posible ejercicio de un derecho de preferente adquisición por parte de los demás socios y se prevea también el modo de valorar las participaciones o acciones respecto de las cuales se ejercite.

No faltan tampoco pactos sociales que, para caso de fallecimiento de un socio, determinan la persona que deba suceder al finado, generalmente su viuda o uno de sus hijos (111), señalando igualmente la forma de valorar sus derechos para compensar a los demás posibles herederos de aquél.

(108) El art. 21, § 2 de la ley sobre régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, previene que "*en la escritura social podrá establecerse que los socios sobrevivientes tendrán derecho a adquirir, dentro del plazo que ella determine, las participaciones sociales del socio fallecido, apreciadas en su valor real, según lo prevenido en el artículo anterior. Si fueran varios los socios que quisieron adquirir esas participaciones, se distribuirán entre todos a proporción de sus respectivas partes sociales.*"

El artículo anterior —art. 20— de la misma Ley prevé en su § 2 la fijación por mutuo acuerdo del precio de la venta y, en su caso de discrepancia por tres peritos nombrados, dos, uno por cada parte y un tercero de común acuerdo, o si éste no se logra, por el juez. No obstante, en su § 3 autoriza que la escritura de constitución establezca "otros pactos y condiciones para su evaluación".

(109) El art. 46 de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, admite, sin hacer distinción entre las transmisiones *inter vivos* y las *mortis causa*, que las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción, sean "válidas frente a la sociedad", "cuando estén expresamente impuestas por los Estatutos". Por esa razón ha entendido RODRIGO URÍA ("Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas", Madrid, 1962, art. 46, n. 11, p. 477 y ss.) que debe admitirse que las cláusulas limitativas pueden afectar tanto a las transmisiones *inter vivos* como a las *mortis causa*, si bien para que jueguen en éstas es preciso que se declare así en los estatutos expresamente. Antes de la Ley de Sociedades Anónimas, la validez de las cláusulas limitativas de la transmisibilidad *mortis causa* de la condición de socio, con tal de que aplicándolas a los herederos se les compensara su contenido económico, fue defendida para este tipo de sociedades por ANTONIO PEDROL RIUS, "Cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisibilidad de acciones en las sociedades anónimas", 12, c, en R. D. Priv. XXXIII, setiembre 1949, pp. 725 y ss. y J. GARCÍA RUBIO, "Las cláusulas estatutarias restrictivas en las sucesiones «mortis causa»", en R. D. Mercantil, julio-agosto 1950, pp. 83 y ss.

(110) Acerca de las "sociedades anónimas cerradas" o familiares, cfr. JOSÉ PUIG BRUTAU, Comentario de Derecho español al libro de Rolph Serick, "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles", Barcelona, 1958, pp. 332 y ss., y "Algunas consideraciones sobre la llamada sociedad anónima familiar", en R. J. de Cataluña, LVII, 1958, pp. 567 y ss. y Dra. Ngo. BÀ THANH, "La sociedad anónima familiar", Barcelona, 1963, III Parte, pp. 169 y ss. y IV Parte, pp. 205 y ss. y, también, el Prólogo de esta obra de ANTONIO POLO, pp. XVI y ss.

(111) Cfr. PALÁ MEDIANO, "Los problemas de la sucesión en los derechos de socio", loc. cit., pp. 112 y ss. y JOSÉ MADRIDEJOS SARASOLA, "Sobre la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", VI, en R. D. Pr. XXXIX, marzo 1955, p. 275, nota 96.

Finalmente esa *preemptio* se establece en ocasiones con parecidas previsiones en sindicatos de accionistas de bloqueo (112).

Entre las posibles fórmulas para la determinación del precio podemos inventariar: su fijación en una cifra exacta al modo de una opción por precio prefijado; por su valor nominal; su determinación por la Junta general o por el Consejo de Administración; por su valoración según el último balance o por su cotización en bolsa al fallecimiento del accionista, caso de tratarse de acciones que se coticen en bolsa, o por el promedio de su cotización en el lapso de tiempo previsto; por la capitalización de sus beneficios de una o varias anualidades; por tasación pericial; etc., etc.

Creemos que debe ser rechazada toda fórmula de opción de compra, para el caso de fallecer el socio, que se estipule por un precio fijo, predeterminado, pues, en ese caso, se dispondría *mortis causa* por acto *inter vivos* y fuera de testamento del plusvalor que tuviere su cuota, participación o acción. Y, aún en caso de haberla ratificado en testamento, el socio fallecido, la disposición de ese plusvalor no

(112) JULIO ALBI AGERO, ("La potestad de mando en las sociedades anónimas", III, G. g. en Anales de la Ac. Matr. del Not. III, pp. 662 y ss.), estudió el pacto de un sindicato de bloqueo en el cual se establecía que, fallecido don X, "no habiendo disposición expresa en contrario, los herederos de este señor, estarán obligados, al producirse el fallecimiento del mismo, a vender sus acciones, por partes iguales, y por su valor nominal a don I y don E". A su juicio, en esa cláusula, "se pretendía dar vida a un negocio jurídico *mortis causa*, porque se trataba de regular una relación jurídica para después de la muerte de don X, y el patrimonio dejado por éste a su fallecimiento, pudiendo revocarse la disposición por otra "testamentaria expresa en contrario", produciéndose sus efectos al «fallecimiento del mismo», por lo cual, "como los negocios jurídicos *mortis causa* son, en el ordenamiento español, negocios solemnes, el que trataba de crear en ese pacto, que carecía de la forma prescrita en aquél, era nulo, y así se reconoció".

ANTONIO PEDROL RIUS ("La anónima actual y la sindicación de acciones", Madrid, 1969, n. 114, p. 302) ante el mismo supuesto, distingue y observa que "podría quizá hablarse de un negocio *mortis causa* cuando el sindicado disponía libre y legítimamente de sus acciones para el supuesto de que falleciese sin testamento", pero que "si el derecho de preemción había surgido a favor de otros sindicados a virtud de un pacto en el que estos últimos se lo habían reconocido para análogos supuestos al sindicado fallecido, éste carecía de libertad dispositiva para subordinar la subsistencia del derecho a la condición de que falleciese sin testamento, y faltaría el requisito de la libre revocabilidad (característico de los negocios *mortis causa*). En realidad el derecho de los demás sindicados no provendría de la disposición del causante en el documento estudiado, sino del sindicato de bloqueo".

A juicio nuestro, hay que deslindar, de una parte, la eficacia del pacto de transmisión que se pacte en la sindicación para dicho supuesto, pero remitiéndose al precio justo que tengan las acciones en el momento del fallecimiento del sindicado de que se trate, y, de otra, la inadmisibilidad de todo pacto que determine un precio distinto del "justo precio" fijado "en el momento de la transmisión", pacto que supondría —como luego veremos en el texto— una apropiación por un sindicado, con ocasión de la muerte de otro, del sobrevalor de la acción respecto al precio determinado en la forma pre-establecida.

podrá dejar de ser computada para cálculo de las legítimas e imputado conforme correspondiere, ya que lo referente a la cuantía de éstas se halla fuera del ámbito discrecional del causante.

En los casos normales de ser establecido un derecho de compra para esos supuestos, debemos tener en cuenta:

1) Que conforme al art. 1.449 C. c.: “*El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*”

2) Que para el supuesto de haberse pactado la continuación de la sociedad civil entre los socios sobrevivientes, el art. 1.704 C. c. concede al heredero del que haya fallecido “derecho a que se haga la partición *fijándola en el día de la muerte*” (113).

3) Que el art. 21 L. S. R. L. admite el pacto de que los socios supérstites puedan adquirir las participaciones del socio fallecido “*apreciadas en su valor real*”.

Creemos que, tanto la exigencia del art. 1.704 C. c. de fijar el precio “*en el día de la muerte del socio*” —sin perjuicio de que pueda referirse también al momento posterior de efectuarse la compra, con tal de que este momento no fuese arbitrariamente determinado por el comprador—, como la del art. 21 L. S. R. L. de que las participaciones sean “*apreciadas en su valor real*”, son analógicamente aplicables, por razón de identidad de *ratio*, a todas las sociedades. Esta es, por otra parte, la solución correcta al conflicto de intereses entre sociedad y herederos del socio fallecido, respetándose el *intuitus personae* de la sociedad pero sin vaciar el contenido hereditario de parte de su valor económico (114), por un pacto extratestamentario que resultaría tontinario.

Como ha dicho Broseta (115) “la licitud de la negativa de la sociedad a reconocer como accionista al adquirente *mortis causa*, está necesariamente condicionada a que la sociedad presente un adquirente de las acciones y a que el precio que se pague por ellas sea justo”, pues “de lo contrario podría vaciarse de todo valor económico a la sucesión hereditaria”.

Se ha llegado a decir, a efectos de la liquidación de la sociedad de ganancias (116), que “el procedimiento de valoración establecido en el pacto social debe ser irrelevante en tema de liquidación de la sociedad de ganancias”, pudiendo presuponerse que igual se habría afirmado con respecto al cómputo y satisfacción de las legítimas.

Sin embargo, el procedimiento de valoración pactado puede no ser incompatible con el requisito de computar el valor real de las acciones para calcular las legítimas, y no debe serlo, por las razones

(113) Considera, de modo general este requisito, PALÁ MEDIANO, loc. cit., p. 106.

(114) En este sentido cfr. GARCÍA RUBIO, loc. cit., p. 88.

(115) MANUEL BROSETA PONT, “Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones”. Madrid, 1963, cap. VII, p. 214.

(116) MANUEL SERRANO MONFORTE, Comentario a la S. de 17 de abril de 1967 en R. Dr. Merc. XLIII, julio-diciembre 1967, p. 215.

antes expresadas, puesto que tampoco puede despojar al heredero voluntario de contenido económico alguno.

El *quid* se halla en establecer qué modos correctos de fijar el precio pueden admitirse como válidos (117).

Desde luego no pueden admitirse aquellos procedimientos en los cuales la voluntad del adquirente, actuando directa o indirectamente en el Consejo de Administración o en la Junta General, sea decisiva para la formación del precio, infringiéndose el art. 1.449 C. c. (118).

Y debe admitirse siempre su impugnación cuando el precio que resulte por el procedimiento pactado no sea justo, es decir, no corresponda a su valor real (119).

c) *Determinación y estimación del pasivo hereditario.*

12. El art. 818, § 1, C. c., añade que la computación debe hacerse: "...con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en testamento".

Ello responde a la inclusión en la herencia, conforme dice el artículo 659, de las "*obligaciones de una persona que no se extingan por la muerte*".

Combinadas ambas disposiciones recogen dos requisitos naturales para deducir las deudas y cargas (120) para el cómputo del caudal relicto líquido.

1.º *Que sean obligaciones del causante*; no obligaciones creadas por éste *mortis causa*, es decir, los legados o modos que él hubiera dispuesto.

Estas, en cambio, si bien se deberán *imputar* al caudal, como todas las disposiciones testamentarias, para juzgar si son inoficiosas o no, en cambio, no se han de *computar* como deducción para el cálculo del importe líquido de la cuota con cargo a la cual deben ser satisfechas tan sólo en cuanto quepan en la misma y sean oficiosas (121). No forman parte del pasivo propiamente dicho de la herencia: afectarán al líquido remanente, en cuanto no deban ser reducidas, pero no se deducen

(117) Cfr. PALÁ MEDIANO, loc. cit., p. 123, y BROSETA, op. cit. cap. IV, A, e, pp. 131 y ss.

(118) En este sentido BROSETA, loc. últ. cit., nn. 5 y 6, pp. 134 y ss.

(119) En ese sentido BROSETA, loc. últ. cit., pp. 132 y ss. estima no recomendables las referencias al último balance, al dividendo medio repartido, o al valor nominal.

(120) En la palabra carga se incluyen indudablemente las cargas reales que gravan los bienes hereditarios, como observaron MANRESA (op. cit., vol. VI, art. 818, b, p. 372), SCAEVOLA (op. cit., vol. XIV, arts. 815 a 822, A. c. p. 451), SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., VI, II, cap. XV, 113, p. 947).

(121) Como dice MANRESA (loc. últ. cit., p. 372): "Las cargas impuestas en testamento que nazcan verdaderamente de él, tienen distinto carácter, y como gravan de ordinario la porción libre, y en casos determinados el tercio de mejora, no han de bajarse del caudal, sino que después de fijada la legítima con arreglo al art. 818, serán baja en dicha porción libre o en dicho tercio de mejora, cumpliéndose o no, según que perjudiquen o no las legítimas."

para calcular ese líquido (122). La razón es obvia: no se trata de obligaciones del causante, sino de obligaciones impuestas por éste con cargo a su herencia. Por ello, si “antes es pagar que heredar”, ha de ser preferente no sólo el pago de las deudas hereditarias, sino también el cumplimiento de los deberes legitimarios del causante, que la satisfacción de las obligaciones voluntariamente dispuestas por éste en su testamento, las cuales sólo podrán valer en cuanto no sobrepasen sus deberes con los legitimarios (123).

Precisa Scaevola (124) que el inciso final del art. 818, § 1.º, excluye la deducción de las deudas y cargas que “sean unilaterales, sin reconocer una paternidad anterior o una confirmación posterior contractual”.

2.º *Que no se extingan por la muerte.*

Se extinguen a su muerte las obligaciones meramente vitalicias y las personalísimas. Es decir, las que tienen como término final la vida del causante y las que sólo éste puede cumplir.

Son personalísimas las contraídas *intuitus personae*, calificación que debe resultar de la naturaleza y circunstancias del negocio del que deriven. Sin embargo, muchas veces estas obligaciones, si bien, en sí mismas, se extinguen a la muerte del obligado, en cambio, dan lugar a una liquidación de las contraprestaciones o anticipos verificados por la otra parte de la relación obligacional.

Como hace notar Lacruz Berdejo (125), refiriéndose a las relaciones de este tipo, el fallecimiento no da lugar a una inmediata cancelación de todos los derechos y obligaciones entre la otra parte y los herederos del fallecido, “sino que, quedando prestaciones cuya extinción no ha sido compensada por la de otra correspondiente de la contraparte, se transforman. Las reglas aplicables a la transformación de tales obligaciones personales cuando no contenga otras específicas el Código civil, serán en principio las que, antes de la muerte, regulan la transformación objetiva de las obligaciones de ejecución específica, bien por imposibilidad culpable, bien por imposibilidad dolosa (caso poco probable), bien, simplemente, por voluntad del deudor”.

Entre las previsiones del Código civil, en el supuesto de extinción de una relación jurídica por muerte del obligado *intuitus personae*, destacaremos:

(122) Escribió SÁNCHEZ ROMÁN (loc. y pág. últ. cit.) que las cargas *testamentarias* a diferencia de las *hereditarias* “no han de deducirse del total patrimonio relicto al tiempo de la muerte, sino del resultado *líquido*, después de su liquidación que es el que constituye el haber hereditario, y del cual son cargo esas responsabilidades originadas en el testamento”.

(123) Como precisa PUIG BRUTAU (op. cit., V-III, cap. II, 1, A, p. 141) las cargas impuestas en testamento están supeditadas a la existencia de saldo activo hereditario y subordinadas “a los derechos que la ley concede a los legitimarios sobre este mismo saldo activo”.

(124) SCAEVOLA, loc. últ. cit., pág. 452.

(125) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “Derecho de Sucesiones”. Parte General”, n. 113, p. 112.

En el arrendamiento de obra, art. 1.595: “Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por muerte de esta persona. En este caso el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio”. Consecuentemente, si el dueño de la obra hubiese anticipado una cantidad mayor a la correspondiente a la parte de obra realizada, surgirá para los herederos del empresario la obligación de devolver lo percibido en exceso.

En el mandato, art. 1.732: “El mandato se acaba: ...3. Por muerte... o del mandatario...”; art. 1.739: “En el caso de morir el mandatario deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste”. Sin embargo, deberán liquidarse los resultados del mandato y, entre ellas, por los herederos del mandatario, las que a éste obliga el art. 1.720: “... a abonar al mandante cuando haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo”.

— En el depósito, art. 1.778: “El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiere recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado.”

Cuando se trate de deudas bajo condición suspensiva o resolutoria, aplazadas o litigiosas, deberá aplicárseles, *mutis mutandae*, las mismas reglas que antes hemos visto aplicables a los créditos hereditarios.

Es de notar que también deben deducirse del caudal relicto:

I) *Las obligaciones del causante que no hayan de liquidarse sino precisamente a su fallecimiento.* Tales son las derivadas de las restituciones fideicomisarias, de la reversión legal del art. 812 C. c., o de las reservas viudal o lineal, a que estuviera afecto, y que el art. 978 C. c. detalla. Abono de deterioros ocasionales por culpa o negligencia del *de cuius* en los bienes fideicomitidos o reservados; valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados por el viudo antes de contraer las nuevas nupcias o de tener el hijo natural; el precio en que se hubiesen vendido los bienes donados en caso de aplicarse la reversión del art. 812; la devolución del precio de los bienes muebles enajenados o del valor de los transmitidos a título gratuito, conforme previene el art. 978 n. 3.º

II) *Y, aunque se extingan por confusión, las deudas que el causante tuviera con sus herederos o con alguno de ellos (126).*

Sin duda son deudas del causante transmisibles a los herederos,

(126) El § 9, ley 22 Cod. VI-XXX, en su apartado segundo, había previsto: “Pero si también él tenía algunas acciones contra el difunto no se confundan, sin embargo, entre los acreedores la prerrogativa de las fechas.”

que no se extinguen a la muerte de aquél sino al adquirirlas éstos en su aspecto pasivo, que es el presupuesto necesario de la confusión que las extingue. Teleológicamente esta solución es impecable, pues en cuanto reducen la adquisición de los herederos al restarles el crédito que no cobran, éste de hecho es baja de la herencia (127), y, por eso, se computa como deducción para el cálculo de la legítima.

13. *¿Son deducibles las obligaciones naturales y los deberes morales del causante?*

La ley 32 de Toro, para el supuesto de que “el testador no fizo heredero, ni menos dio poder al comisario que lo fiziese por él”, “sino solamente le dio poder para que por él pueda hacer testamento”, dispuso que: “*el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de conciencia del testador que le dio el poder, pagando sus deudas, y cargas de servicio, y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare*”.

En el texto de esta ley vemos la distinción entre “*descargar los cargos de conciencia del testador*” y pagar “*sus deudas y cargas de servicio*”. Descargar las deudas de conciencia del testador, se entendió como equivalente a satisfacer sus obligaciones naturales (128). Sin embargo, Matienzo (129) observó que esta conclusión “limita et restringe, ut valeat in vim legati, et sic in praeiudicium heredes, non autem in praecudicium creditorum, quippe quibus praeiudicium inferre nequit huius modi dispositio testantis, nisi vere probetur debitum”. Es decr. que el pago de las obligaciones naturales se hace equivalente a un legado que, como tal, no puede perjudicar a los acreedores. Siguiendo su simil, como legado tampoco puede perjudicar a los herederos forzosos, y por lo tanto deberá imputarse al quintó. Así lo dio a entender Febrero (130), cuando explicó que el comisario en este caso podrá “descargar su conciencia [del difunto]

(127) Cfr. FEBRERO, “Librería de Escribanos e Instrucción Jurídica Theorico práctica de principiantes”, Parte II Lib. I, Cap. I, § 120. crt. ed. Madrid 1781, vol. I, p. 25. También PUTG PEÑA, loc. últ. cit., nota 9, e, p. 325.

(128) Cfr. PALACIOS RUVIOS, “Glossematta legum Tauri”, lex XXXII, n. I, cfr. ed. Salamanca, 1542, fol. XCVII; DIEGO CASTILLO, “Las leyes de Todo glosadas”, lex XXXII, 3, cfr. ed. Methymnae Campi 1553, fol. 143 vto.; TELLO FERNÁNDEZ, “Constitutionum Tauri Utilis interpretatio”, lex XXXII, 5, en ed. Granada 1566, fol. 235; JUAN MATIENZO, “Commentaria in librum quintum recollectionem legis Hispaniae”, Lib. V, Tit. IV, les VI, gloss. I, n. 1, cfr. ed. Mantuae Carpetanae 1580, fol. 118 vto.; LUDOVICO VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, “Legum Taurinarum a Fernando et Ioanna Hispanorum regibus..., utilissima glossa”. Lex XXXII, gl. 1. n. 1, cfr. ed. Toleti 1588, fol. 69.

(129) Matienzo, op., lex y gloss. cit., n. 3, fol. 118 vto.

(130) JOSEF FEBRERO, “Librería de Escribanos e Instrucción jurídica theorico práctica de principiantes”, I Parte, Lib. I, cap. I, XXVI, n. 268, cfr. 3.^a ed. Madrid, 1783, vol. I, p. 227.

pagando sus deudas, y repartiendo el remanente del quinto de su herencia por su alma”...

Igual criterio ha aplicado Fuenmayor (131) al régimen de nuestro Código civil, aun en el caso de que el testador hubiese ordenado su cumplimiento: “La pugna entre el «acreedor natural» y los legítimos, dentro de nuestro Derecho positivo —dice— ha de resolverse en favor de éstos; lo pide así categóricamente la regla citada del artículo 818, apartado 2, que el testador no puede imponer sobre la legítima gravamen de ninguna especie, y como gravamen debe estimarse esta obligación civil nacida *ex novo* mediante el testamento”. En conclusión, debe afirmarse que las deudas naturales y obligaciones morales del causante no pueden deducirse para calcular las legítimas. Reconocidas por el causante se imputarán a la parte libremente disponible, pero sin haberse deducido en el cómputo del caudal relicto líquido. No reconocidas, podrán seguir siendo obligaciones naturales de sus herederos que si las cumplen no podrán reclamar su repetición (art. 1.901 C. c., inciso final).

14. *¿Quid las deudas reconocidas por el causante en su testamento, pero no acreditadas?*

La duda fue planteada por Ayerve de Ayora (132) en estos términos:

“Si el padre o madre en su testamento declararon que devían alguna cantidad de maravedís a alguna persona y mandaron que sus herederos se lo pagasen, y no constase de la deuda ni se pudiese probar, si se sacara esta deuda del quinto en que fue mejorado uno de los hijos, o se sacará del cuerpo de todos los bienes.”

El mismo autor cuestionó que si se trataba de una deuda debía extraerse del cuerpo de bienes, pues en cuanto fuere *res alienum* debía extraerse “*non de quintum bonorum*” sino de “*omnibus bonis hereditarium deducendum*”, “*quia non est proprie legatum sed solutio debiti*”.

Pero respondió: “Que sin embargo de esto se deve tener lo contrario immo sino pareciesse ni constasse que se devían los dichos maravedís contenidos en la dicha manda o legado que valdrá por manda graciosa, y no por deuda, y se sacará del quinto y no de el cuerpo de bienes que han de heredar los otros hijos.”

A favor de su solución adujo los textos de la *lex Si sic*, § 1, *De legatis* 1 (Dig. XXX único, 77 [74], § 1) y de la *lex 1, De falsa causa adiecta* (Cod. VI-XLIV, 1), de las que resulta que si no consta el débito tales disposiciones valen como legado, salvo si

(131) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “El cumplimiento *post-mortem* de las obligaciones naturales”, X, A y B, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, Madrid, 1959, pp. 44 y ss.

(132) ANTONIO AYERVE DE AYORA, “*Tractatus de partitionibus bonorum...*”, II Pars, *Quaest. XXXVII*, n. 36, cfr. ed. Granada 1586, fol. 113 y vto.

estuvieran viciadas de error; y no deben tener otro mayor valor, porque, en otro caso, "*aperietur via multis fraudibus*" y el padre podría burlar al hijo en su legítima.

Igual criterio suscribió Febrero (133), si los herederos fueren legítimos, en cuyo caso, la deuda reconocida en testamento y no acreditada, "se deducirá del quinto, o tercio (según sean) aunque el testador lo jure, porque su mera confesión, no obstante sea jurada, no les daña, y así se estima como legado, el cual se debe deducir de ellos en quanto quepa".

15. *Deducción de los gastos de la última enfermedad, los lutos de la viuda y los alimentos de ésta cuando quedare encinta.*

I) Parece evidente que los *gastos de última enfermedad* deben deducirse del caudal a todos los efectos.

No obstante una interpretación extensiva de la ley 30 de Toro, de la que luego deberemos ocuparnos, hizo que algún autor (134) pretendiese, al parecer, que estos gastos no se debían deducir de todo el caudal, sino imputarse con cargo al quinto, basándose en que en esa ley se tenían por *funeris impensa* a efectos de la preferencia de sus acreedores con respecto a los demás del caudal.

Pero predominó al criterio contrario, claramente razonado por Ayerve de Ayora (135): "*porque aquello que gastó en curar el cuerpo antes que muera ya lo tenía gastado el difunto quando murió, y caso que no estuviere pagado y se deua aquella deuda, sea de cobrar de los herederos del difunto per actionem negotiorum gestorum...; y no del quinto, porque bien pudo el padre gastar todo lo que quisiese en curarse, y esto consume su patrimonio y la legítima de los hijos, pues no lo enagenó por causa lucrativa*" (136).

II) El importe de los *vestidos de luto de la viuda* es también deducible.

El inciso final del art. 1.379, § 2.º situado en la Sección de la restitución de la dote dispone: "*En todo caso se pagarán a la viuda del caudal de la herencia, los vestidos de luto.*"

Y el art. 1.427, referente a la liquidación de la sociedad de gananciales, precisa: "*Del caudal de la herencia del marido se costeará el vestido de luto para la viuda, según lo dispuesto por el artículo 1.379.*"

(133) JOSEF FEBRERO. op. cit., II Parte, Lib. I, cap. III, § III, 71, cfr. 2.^a ed. Madrid, 1781, II-I, p. 188.

(134) Según dice FEBRERO (Part. I, Lib. I, Cap. I, § VII, n. 124, ed. 1883, p. 112), de este modo opinó MIGUEL DE CIFUENTES que estos gastos se incluían entre los imputables al quinto y no deducibles del cuerpo general de bienes. Sin embargo, en la "Glosa de Miguel de Cifuentes a las leyes de Toro", ley 30, n. 3, ed. Medina del Campo 1555, fol. 28 vto., lo que éste afirma es que "*impensa facta causa infirmitatis est ante omnia deducenda*".

(135) AYERVE DE AYORA, op. cit., II Pars, Quaest. XII, n. 15, ed. cit., fol. 84 vto. y 85.

(136) En igual sentido FEBRERO, loc. últ. cit.

Los herederos de aquél lo abonarán con arreglo a su clase y fortuna.

Precedente legislativo del art. 1.427 es el art. 1.349 del Proyecto de 1851, que dispuso: "Del haber del marido se sacará el importe del vestido de luto para la viuda, proporcionado a su clase y fortuna". Del art. 1.379 lo fue el art. 1.301 del mismo Proyecto, que nada dice respecto al vestido de luto. GARCÍA GOYENA (137), al comentarlo, observó que "no se alcanza porque, participando ésta de las ganancias, se le ha de conceder un favor que se niega aquí a la que se supone estar excluida de ellas". Por eso supuso: "Será, pues, más lógico y justo igualar a la viuda en ambos casos en cuanto al luto". Así lo hizo el Anteproyecto 1882-8 en sus arts. 1.409 y 1.453 (138).

Los autores castellanos desde mucho antes ya se habían ocupado de esta cuestión. Cifuentes (139) había afirmado que "*vestibus luctuosus dicitur impensa funeris*", con lo cual los incluía en la norma de la ley 30 de Toro, imputándolos al quinto. También Gregorio López (140) incluyó los lutos de la mujer y de los criados del difunto en las *funeris impensa* y los consideró imputables al quinto, mientras que estimó de cargo de los herederos los lutos de ellos mismos y de su familia. Tello Fernández (141), en cambio, distinguió los vestidos de luto de la viuda que según costumbre le debían los herederos, no los legatarios, por lo cual debían deducirse del caudal hereditario y no del quinto, y de los de los demás familiares, que no deben considerarse entre las *funeris impensa* en las cuales se incluían los *funeris sumptus* pero no las *vestes lugubres*. Los vestidos de luto "*de hijos, o herederos, nueras o yernos, o herederos que los quisieren dar o traer a sus creados los saquen a su costa*", concluye Ayerve de Ayora (142).

Este criterio fue recogido por Febrero (143), quien consideró vigente la costumbre en virtud de la cual "se debe baxar el importe del luto ordinario [de la viuda] del cuerpo del caudal privativo [del marido], como deuda contra él, y no del inventariado, porque entonces pagaba la viuda la mitad: ni del quinto, porque se defrau-

(137) FLORENCIO GARCÍA GOYENA. "Concordancias, Motivos y comentarios del Código civil español", vol. III, Madrid, 1952, art. 1301, p. 314.

(138) El Anteproyecto no indica en esta cuestión ningún antecedente de nuestro Derecho histórico (cfr. la edición cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 470 y 500). GARCÍA GOYENA (loc. últ. cit.) dice que nuestras leyes nada ordenaron sobre los gastos de luto de la viuda y califica como no convincente la opinión de FEBRERO, quien dice la fundó en la obligación alimentaria de los herederos del marido, "desconocida en las leyes", añade.

(139) CIFUENTES, loc. últ. cit.

(140) GREGORIO LÓPEZ, gl. 27, a tít. XII, Partida primera, a las palabras *catando la persona*, de su ley 12 (cfr. vers. de SANPONS Y BARBA, MARTÍ DE EIXALÁ Y FERRER y SUBIRANA, Barceolna, 1843, vol. I, pp. 571 y s.

(141) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., 1, 30, n. 4, fol. 225 vto.

(142) AYERVE DE AYORA, op. cit., II Pars. Quaest. XIII, n. 20, fol. 34.

(143) FEBRERO, op. cit., Pars II, Lib. I, cap. VI, § III, nn. 53 y 54, ed. 1781, vol. I, pp. 376 y ss.

daba éste contra su voluntad, y se ampliaba sin potestad, e infringía la ley, que prescribe lo que de él se debe deducir". Pero añadía que "al marido no se debe luto" y por lo concerniente a los herederos "si quieren traerlos, deben costearlos de su privativo haber", no haciendo mención de ello la ley 30 de Toro.

III) *Los alimentos de la viuda que queda encinta* son también a cargo del caudal. El art. 964 C. c. dispone: "*La viuda que quede encinta, aun cuando sea rica deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos puede tener el póstumo si naciere y fuere viable*".

A su vez el art. 1.430 determina: "*De la masa común de bienes se darán alimentos al cónyuge superviviente y a sus hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste, en la parte en que excedan de lo que les hubiese correspondido por razón de frutos o rentas.*"

¿Procede deducir al relacionar ambos artículos que tales alimentos, ni en uno ni en el otro caso son baja del caudal común, pues así como los de la viuda que no quede encinta y los de los herederos se les rebajarán del haber que les corresponda, los de la viuda que queda encinta se le deberán rebajar de lo que corresponda al póstumo?

Precedente legislativo del art. 964 C. c. fue el art. 792, completado por el 794 del Proyecto de 1951; y del art. 1.430 lo fue el art. 1.352 de dicho Proyecto. De ellos, conviene aquí que observemos que el art. 794 Antep. decía: "Aun cuando resulte que la preñez no era cierta o se siga el aborto no podrán reclamarse de la viuda los alimentos que haya percibido."

García Goyena (144) señaló como antecedentes históricos del derecho de alimentos de la viuda que estuviere encinta, la ley 7, tít. XXII, Partida tercera, la ley 1, §§ 14 y 15, y ley 5, Dig. LVII-IX. En cambio, al glosar el art. 1.352 Project. hizo notar que "nada hay en Derecho Romano y Patrio sobre alimentos de la viuda que no queda encinta" (145), silencio que —dice— "sirvió de ocasión o pretexto a los autores para espaciarse a sus antojos" (146).

Como corolario parece que se debe entender que, en cuanto excedan de los frutos de la herencia, los alimentos de la viuda que se halle encinta, deberán deducirse del caudal hereditario. En cambio, los alimentos del cónyuge viudo y de los hijos sólo son deducibles de los frutos del haber ganancial, mientras se halle en liquidación, con la obligación de reponer al hacer la liquidación final los alimentos que excedieren en valor al de los frutos o rentas que a cada cual correspondiesen.

(144) GARCÍA GOYENA op. cit., vol. II, art. 792, p. 199.

(145) GARCÍA GOYENA, op. cit., vol. III, art. 1.452, p. 348.

(146) Cfr. al respecto FERRERO, op. cit., Pars II, Lib. I, cap. VI, § II, nn. 37 y ss., vol. últ. cit., pp. 362 y ss.

16. *Quid de los gastos de entierro, funeral y sufragios.*

La ley 30 de Toro dispuso: “*La cera y misas y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario*”.

Esta ley fue calificada de correctora del Derecho común (147), que había sido recogido en la ley 12, tit. XIII, 1.^a Partida, que ocupándose “*De las expensas que hacen los omes por razón de los muertos*”, dispuso que “*deuengelas dar de los bienes del muerto, ante que paguen ninguna cosa de las mandas que fiziese en su testamento nin de las deudas que deuia, en cualquier manera que las deua, o ante que partan ninguna cosa de su auer los herederos que lo ouieren de auer, solo que aquestas dispensas sean fechas mesuradamente, catando la persona de aquel por quien són fechas*”.

Cierto es, sin embargo, que Gregorio López (148) al glosar esta ley dijo que las leyes de este reino tasan al padre la cantidad que puede legar por el alma según las palabras de San Agustín, refiriéndose al límite del quinto, y que éste tuvo precisamente su origen en la llamada parte del alma (149).

Se destacó por los autores que las impensas fúnebres son preferentes a cualquier débito (150) y a cualquier legado imputable al quinto (151).

También se estimó que, si el testador no hubiese dispuesto del quinto y mejorado en el tercio a un hijo imponiendo la carga de pagar los gastos fúnebres, valía tal disposición en tanto el importe de tales gastos no excediera del quinto (152); e, igualmente, si mejoró a un hijo con el tercio y a otro en el quinto e impuso a aquél el pago de dichos gastos, también en cuanto su importe no excediera de un valor igual al del quinto (153).

(147) Cfr. PALACIOS RUVIOS, op. cit., lex XXX, n. I, fol. LXXXV, que comentó: “per hanc lex reprobatur 1. *Papinianus*, § *Quarta*, ff. de *inoffi. testa.* [Dig. V-II, 8. § 9], que discebat quod funeris impensa deducebatur de legitima hodie de quinta honorum parte, ut hic”; y VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, op. cit., lex XXX, n. 1, fol. 66, que cita los siguientes textos del Corpus Iuris: Cod. VI-XXX, 22. § 9; Dig. XI-VIII, 45; Dig. XXXV-II, 1, § 19; Dig. V-II, 8, § 9.

(148) GREGORIO LÓPEZ, glos. cit. a la ley 12, tit. XIII, Partida primera, ed. y vol. cits., p. 571.

(149) Cfr. el estudio de mi maestro LUIS G. VALDEAVELLANO, “La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media”, en Anuario de Historia del Derecho Español, IX, año 1932, pp. 129 y ss.

(150) ANTONIO GÓMEZ, “Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri”, lex 30, n. 2, cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 106 VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, op. cit., lex XXX, n. 2, fol. 66.

(151) CIFUENTES, op. y lex. cit., n. 2, fol. 28 vto.

(152) Así opinaron TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex. 30, n. 2, fol. 224; AYERVE DE AYORA, op. cit., II Pars, Quaest. X, nn. 20 y 21, fol. 82; FEBRERO, I Part., Lib. I, Cap. I, § V, n. 87, ed. 1783, vol. I, p. 83.

(153) AYERVE DE AYORA, II Pars, Quaest. XI, n. 22, fol. 82 vto. y 73.

De esta disposición no ha llegado al Código civil sino un inciso añadido al art. 840, § 1.º, que al indicar que la legítima de los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos, se deducirá del tercio de libre disposición, añade: “del cual habrá de satisfacerse deduciendo antes los gastos de entierro y funeral”.

Manresa (154) de modo rotundo afirma que estos gastos “como posteriores a la muerte del causante no pueden figurar como una baja general del caudal hereditario. Se ha de atender siempre precisamente al activo y al pasivo que existiese en el momento de la muerte del testador, y en ese momento no existen tales deudas. Así lo confirma con toda claridad el art. 840 del Código, que es el único que directamente se ocupa de esta cuestión; pues los 902, 903 y 1.894 sólo expresan que esos gastos han de pagarse, mas no dicen que hayan de deducirse del caudal. Para resolver esta duda basta el art. 818; el 840 no hace más que confirmarlo en un caso especial, cuando la deducción del tercio libre puede perjudicar a la legítima de los hijos naturales”.

Ramos Bascuñana (155) reconoce que no cabe duda alguna de que tal es la interpretación que debe darse al art. 840, “por más que esa interpretación sea odiosa”.

En contra de esta opinión sostuvo López R. Gómez (156) que de los arts. 902, 903 y 1.924 C. c. se deduce la regla general contraria de la que es excepción el supuesto previsto en el art. 840 de concurrir en la sucesión hijos naturales, y también Mucius Scaevola (157) opinó que, si todos los herederos son legítimos, esos gastos han de ser rebaja del caudal y restarse su importe de la suma del patrimonio del difunto, e igualmente si todos los herederos son voluntarios o legatarios. A su juicio, de los arts. 902 y 903 —que respectivamente facultan a los albaceas para pagarlos y, a dicho fin, para vender bienes de la herencia si no hubiera en ésta dinero bastante al efecto— y del art. 1.894 —que considera esos gastos como crédito contra la herencia del difunto y determina que, si éste no hubiese dejado bien alguno, los gastos funerarios, proporcionados a la calidad de su persona y a los usos de la localidad, deberán ser satisfechos por quienes en su vida habrían tenido la obligación de alimentarle— se deduce que su importe es baja general del caudal. Y cree que el art. 840 lo ratifica, “por cuanto al establecer un precepto propio para un caso especial, viene a demostrar que de no existir tal regla, regirá el principio opuesto”: “Si se cree que tales gastos por su naturaleza han de detraerse forzosamente de la parte de libre disposición, no había para qué haber establecido

(154) MANRESA, op. y vol. cit., art. 818, B, p. 373. En igual sentido. BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, 96, C, p. 557.

(155) RAFAEL RAMOS, “El tercio de libre disposición”, en R. G. L. y J. 107, 2 sem. 1905, p. 227.

(156) LÓPEZ R. GÓMEZ, “Tratado Teórico Legal del Derecho de Sucesión”, vol. I, Valladolid, 1891, cap. XV, n. 22, pp. 570 y ss.

(157) SCAEVOLA op. cit., vol. XIV, arts. 818 a 822, A, d, pp. 452 y ss.

la regla particular del art. 840. La existencia de éste induce a pensar que el legislador considera comprendida entre las cargas deducibles del art. 818, la deuda que nos ocupa, porque de no ser así, era completamente superflua e inútil". Esa regla del art. 840 no es sino consecuencia, dice, de "la tradicional animosidad contra los hijos naturales" y, a su juicio, es lesiva a la dignidad de los hijos legítimos "declararlos exentos por ministerio de la ley del sagrado deber de sufragar los gastos para el reposo de las cenizas de sus padres".

Sánchez Román (158) abunda en que es excepcional el criterio del art. 840 C. c., precepto al que en este punto considera merecedor de crítica desfavorable, pues cree que hubiese sido menos censurable haber dado al precepto carácter *general*, para imputar estos gastos en todo caso al tercio de libre disposición. Lo cual no le parece admisible, dado que el art. 818 sólo excluye de la deducción las deudas y cargas impuestas en el testamento y los arts. 902, 903 y 1.924, n. 2 presuponen la imputación de esos gastos a toda la herencia.

En la práctica, influida seguramente por el hecho de ser estos gastos haya deducible en la liquidación del impuesto de sucesiones, los gastos fúnebres y sufragios suelen deducirse del total caudal previamente al cálculo de los haberes hereditarios. Posiblemente este criterio sea el más correcto en cuanto no exonera a los hijos y demás legítimos de tal piadoso deber, y tan sólo en cuanto lo ordenado a este respecto por el testador exceda de lo que sea usual, atendidas las circunstancias personales, deberá imputarse ese exceso al tercio de libre disposición.

A₂) PARTICULARIDADES DE LAS REGIONES FORALES EN LA FIJACIÓN DEL HABER RELICTO LÍQUIDO PARA CÁLCULO DE LAS LEGÍTIMAS.

17-a') Aragón.

I) El art. 119 de la Compilación se remite en esta materia al art. 818 del Código civil para fijar la legítima material colectiva, al comenzar diciendo: "*Dos terceras partes del caudal, fijado conforme a lo dispuesto en el artículo ochocientos dieciocho del Código civil...*".

Sin embargo, para la determinación del activo bruto, es preciso tener en cuenta algunas de las reglas relativas a la liquidación y división de la comunidad conyugal o patrimonio consorcial. El art. 56 se ocupa de su liquidación y el 58 de su división y adjudicación. Estas requirieren previamente la liquidación, como expresan las primeras palabras del art. 58, 1: "*Liquidado el patrimonio, el caudal remanente se dividirá y adjudicará...*". Por consiguiente, lo liquidado previamente al cónyuge superviviente, no se habrá de computar en "el caudal remanente", ni por consiguiente podrá entrar en el cálculo de la herencia del premuerto, de la que forma parte la mitad o la porción pactada del

(158) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XV, n. 81, *Primera*, pp. 909 y ss. y n. 113, p. 947.

patrimonio consorcial una vez hechas las deducciones previstas en el art. 56. Y, entre éstas, además de los reintegros y reembolsos debidos a los patrimonios privativos —que engrosan éstos—, del pago de las deudas, o aseguramiento de las pendientes, de la firma de dote y donaciones entre esposos y cónyuges (sin perjuicio de la computación de éstas entre el *donatum*), se señala —en el art. 56, núm. 4— la *detracción de aventajas*.

Las *aventajas forales* habían sido definidas (159) como: “Aquéllas cosas que el cónyuge sobreviviente puede sacar por fuero de la masa de los bienes comunes antes de la división” (160).

Las *aventajas forales* (161) las reconoció el Apéndice Aragonés en su art. 56 (162); y las recogió el art. 57 de la Compilación, que dice así:

“Uno. El cónyuge sobreviviente detraerá de los bienes comunes, como *aventajas*, sus ropas de uso y llevar, sus instrumentos de trabajo de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial, y ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio: además de cualesquiera otros bienes que, como tales *aventajas*, le conceda la costumbre local”.

“Dos. El derecho a la *aventaja* es personalísimo y no se transmite a los herederos”.

— — —

(159) JOAQUÍN COSTA, “Derecho consuetudinario y economía popular de España” (Barcelona, 1880), T. I, p. 172.

(160) Fueros 2 y 3 *De iure dotium*: 1 *De secundis nuptiis*; único *De rebus quae mortua prima uxore vir debeat recipere ante partem*; único *De Adventagiis quas uxore premortua, vel ipsa superstite, vir aut eius successores habere debent*; único *De rebus sive adventagiis quas vir et eius haeredes debent recipere ante partem*; y Observancias 34 *De iure dotium* y 3 y 7 *De secundis nuptiis*.

Ha hecho notar PALÁ MEDIANO (“*Aventajas forales*”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, T. III —Barcelona, 1951—, pp. 194 y s.) que el carácter legal de las *aventajas* las diferencia del *preciput* francés de carácter contractual; y que las *aventajas forales* presuponen “un régimen de comunidad, es decir, la existencia de cosas comunes, entre las cuales figuran las que han de ser materia de esta percepción *ante partem*.”

(161) FRANCO Y LOPEZ (“*Memoria de las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho aragonés*”, Zaragoza, Parte tercera, pág. 103) enumeró las *aventajas forales* entre las instituciones de las que podía prescindirse “sin experimentar notable perjuicio los habitantes de este antiguo Reino, antes bien, obteniendo quizá no despreciables ventajas”. El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1881 llegó a preguntarse si interesaba conservarlas, aun siendo la respuesta afirmativa, y la doctrina se mostró dividida en este punto (Cfr. LUIS RIERA AISA, “El derecho de *aventajas*”, en R. G. L. y J. 172 —2.º semestre 1942— pp. 41 y s.).

(162) El art. 56 Apéndice decía: “Sin detrimento de la extinción de las deudas exigibles a la disuelta sociedad, el cónyuge sobreviviente que no tenga renunciado el derecho a las *aventajas*, el cual es personalísimo y no pasa a los herederos, las detraerá con preferencia a toda distribución entre los partícipes. Si no existe pacto que especifique las *aventajas*, éstas serán las de uso local, donde existan por costumbre vigentes.”

Caracteriza esta regulación:

a) Su atribución sólo al cónyuge viudo y con carácter personalísimo, con lo que desaparece el viejo problema de la concurrencia del viudo con los herederos del supérstite (163).

β) Su tránsito de ser las *aventajas* institución de *derecho escrito* a serlo de *derecho consuetudinario* (164), y a volver a ser primigeniamente legales en el art. 57 Comp.

γ) Su remisión supletoria a la costumbre para la especificación de las *aventajas* no enumeradas en el art. 57, § 1, Comp. (165).

δ) La prelación reconocida en el art. 56 Comp. a los acreedores del consorcio —colocadas en segundo lugar— respecto a la deducción de las *aventajas* forales —puestas en cuarto lugar (166).

II) En cuanto al *usufructo de viudedad* del cónyuge supérstite, que en el Derecho anterior se refería sólo a los bienes sitios si específicamente no es extendido a los muebles (167), hoy el art. 72 de la

(163) Cfr. respecto esa concurrencia en el Derecho anterior, MANUEL DESSY LÓPEZ, "Aventajas forales", en Anuario de Derecho Aragonés VI (1951-52), pp. 115 y ss.

(164) Cfr. RIERA AISA, loc. cit., pág. 48, quien ha opinado que: "La explicación de la aparente contradicción la hemos de hallar en el hecho de que el derecho de *aventajas*, a pesar de su regulación legal no debía observarse en todo el territorio de Aragón y que la institución fue cayendo en desuso en muchas comarcas... Por tanto, en aquellas otras comarcas en las que se mantuvo el uso de las *aventajas*, pudo muy bien considerarse que las mismas estaban reguladas, no por los viejos Cuerpos legales que las reglamentaban, sino por la costumbre que las establecía."

(165) MANUEL DIESTE JIMÉNEZ, "Diccionario de Derecho Civil Aragonés" —Madrid. 1896—, pp. 60 y s.) las enumeraba deduciéndolas de los diversos fueros que las regulaban. A saber:

Aventajas del marido: "todos sus vestidos, libros, armas, caballos y bestias de cabalgar que hubiese en la casa, con sus monturas, un par de bestias de arar con los útiles necesarios al efecto, si las hubiese, y una cama compuesta de ropas buenas".

Aventajas de la mujer infanzona: "todos sus vestidos y joyas, una cama compuesta de las mejores ropas que hubiere en la casa, un vaso de plata, una esclava, una mula de cabalgar y dos bestias de arar con los útiles necesarios para ello. Y si todas estas cosas no existieren, sacará las que hubiere, y además, de todos los enseres que hubiere en la casa, uno de cada especie".

Aventajas de la mujer villana: las mismas que la *infanzona*, "excepto el vaso de plata y la esclava".

(166) Esta cuestión había dado lugar a opiniones discrepantes entre los autores. PALÁ MEDIANO (loc. cit., p. 195) observa que "ha de tratarse de deudas de la sociedad conyugal de las que responden los bienes comunes entre los que figuran los que han de ser extraídos como *aventajas*; para el pago de la responsabilidad pueden hacerse efectivos con los demás bienes comunes, muebles e inmuebles, dejando para el último lugar aquellas cosas que son objeto de *aventajas*. Por otra parte, muchas de éstas (como el lecho, los vestidos y los instrumentos de trabajo) "eran y son hoy (L. de E. C. 1949) inembargables".

(167) El Fuero "*De iure dotium*" lo refirió a todos los bienes. Sin embargo, la práctica, reconocida en las Cortes de Monzón de 1390, limitó su contenido a los bienes *sitios*. Este criterio fue el seguido en el art. 63, § 1.º del Apéndice foral, para la que denominó *viudedad legal*. La Compilación, como regla general, vuelve al criterio del Fuero.

Compilación lo amplía “sobre todos los bienes del que primero fallezca a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto en mancomún por ambos cónyuges”, aunque según el § 2.º del mismo artículo: “Por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o instrumento público podrá reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1.º del artículo 39. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad”.

Añade el art. 77: “El derecho expectante de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito con prohibición de viudedad o lo sujeto a sustitución fideicomisaria, salvo lo dispuesto en el artículo 74”.

b') *Baleares.*

18. El art. 47 dispone: “La legítima se computará en relación a los bienes hereditarios existentes al fallecimiento del causante y por el valor que tuvieren en la fecha en que se practique la liquidación”.

La norma no difiere, pues, de la regla general del art. 818 del Código civil, sino en cuanto a la precisión —que ésta no contiene, pero que se deduce de su naturaleza de *pars bonorum*—, de que se satisfará según el valor que atengan los bienes al efectuarse su liquidación. Pero debemos notar que ésta es una regla relativa a su pago, pero no a su determinación objetiva a efectos de fijar la oficiosidad e inoficiosidad de legados y donaciones, que queda fijada al fallecimiento del causante.

c') *Cataluña.*

19) *Legítimas propiamente dichas.*

El apartado 2.º, del § 1.º, art. 129, señala la primera regla para determinar la cuantía de la legítima: “Se partirá del valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el causante, con deducción de las deudas del mismo, los gastos de última enfermedad, entierro y funeral”.

De este apartado es de destacar:

1.º La regla —inversa a la del art. 47 de la Compilación Balear— que hace nominalmente fija la cuantía de la legítima catalana en momento del fallecimiento del causante (168).

2.º La deducción como baja del caudal de “los gastos de última enfermedad, entierro y funeral”.

Además del art. 19, resultan una serie de bienes que deben distraerse del caudal del marido y no pueden computarse en el mismo,

(168) Cfr. nuestro estudio “Contenido cualitativo de la legítima en el Derecho especial de Cataluña”, pendiente de publicación en las “Miscel·lanies Maspons Anglósell”.

puesto que de ellos dice que: “*Son propiedad de la mujer...*”. Estos son:

1.º *Los vestidos y ropas de uso personal* (169).

Así dispone el art. 19, § 1.º, hasta su segunda coma:

“*Son de propiedad de la mujer los vestidos y ropas de uso personal, aunque hayan sido adquiridos con dinero del marido...*”.

2.º *El anillo nupcial* (170).

“*Son propiedad de la mujer...*” —prosigue el art. 19, § 1— “*...el anillo nupcial*”.

3.º *El lecho conyugal* (171).

Concluye el mismo § 1.º del art. 19: “*...y, caso de premoriencia del marido, el lecho conyugal*”.

4.º *La “joya mitjana”* (172).

El art. 19, § 2.º, recoge esta institución:

“*Cuando al disolverse el matrimonio no tuviere la mujer, aparte del anillo nupcial, la propiedad de ninguna joya por virtud de dona-*

(169) FONTANELLA (“*Tractatus de Pactis Nuptialibus*”, CI. VII, gl. VI, Pars. VI, n. 55, cfr. ed. Lugduni 1667, vol. II, p. 482), siguiendo la opinión de FERRER, entendió que no sólo por costumbre de la ciudad de Barcelona, sino por Derecho común se debían a la viuda los vestidos de uso cotidiano. Y (n. 58) explicó que: “*De vestibus quotidianis, et ad usum quotidianum partis, quae et quales debeant muliere adiucari, non possum tibi tradere certam regulam: id enim totum in prudentis Iudicis arbitrio est positum, quia juxta qualitatem personarum, et eorum facultates, iudicabit quae dici debeant quotidianae, et ad usum, quotidianum paratae et quae non: non enim in hoc sunt aequalia omnia matrimonia*”, como el mismo FERRER y HONDEDEUS observaron.

Nótese que el art. 19 de la Compilación habla de los vestidos y ropas de “*uso personal*” en lugar de “*uso cotidiano*”.

(170) También FONTANELLA (n. 58), siguiendo a FERRER, estimó que el anillo nupcial era debido a la mujer no sólo por costumbre de Barcelona, sino por Derecho común. En los nn. 60 y ss. se ocupó de precisar “*de quo annulo intelligeretur consuetudo, an de eo quo postea mulier desponsatur*”... “*vel annulo benedictionis, qui datur pro arrhis*”, según la opinión de Ferrer y de Cáncer.

(171) R. FAUS y F. DE A. CONDOMINES (“*Derecho civil especial de Cataluña*” —Barcelona, 1960—, art. 19, pág. 58) observan que el art. 19 de la Compilación ha recogido la tradición de atribuir a la mujer el lecho conyugal.

(172) Para entender la costumbre de la “*joya mitjana*” o “*segona joya*” hay que partir de los siguientes presupuestos que —siguiendo a FONTANELLA (loc. últ. cit., nn. 65 y ss., pág. 483)— fueron explicados por DURÁN y BAS (“*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*” —Barcelona, 1883—, Cap. II, pág. 50):

“*Es opinión común que cuando la entrega se hace antes de la celebración, las joyas pasan a ser propiedad absoluta de la mujer, a lo menos siempre que hay presunción de que el futuro esposo las entregó con ánimo de donar (tal es la opinión de FONTANELLA y otros), y aquella, disuelto el matrimonio, las retiene y puede disponer libremente de las mismas; y cuando se entregan después, el marido retiene la propiedad y la mujer tiene simplemente el uso.*”

Pues bien, era costumbre barcelonesa, que es extendida por la Compilación a todo Cataluña, que de estas últimas joyas la mujer tuviera derecho a detraer una de las medianas (cfr. DURÁN y BAS, loc. últ. cit., p. 50 y PELLA y FORGAS, “*Código civil de Cataluña*” —Barcelona, 1916—, vol. I, arts. 75 a 100, p. 233 y siguientes).

ción del marido, podrá reclamar, o podrán reclamar sus herederos, una de las joyas de mediano valor que tuviere el marido de entre las que ella hubiese usado durante el matrimonio, siempre que los bienes restantes del marido fuesen suficientes para el pago de las deudas”.

20. *Bienes comprendidos en la sucesión de un impúber.*

En cuanto a los bienes incluidos en la sucesión de impúberes o a reserva vidual o lineal, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

a) *Bienes relictos por un impúber procedentes del padre o madre.*

— Caso de haber usado el padre o madre de la facultad de ordenar su sustitución pupilar (art. 157), u ordenada la sustitución vulgar con valor de pupilar tácita (art. 159), los bienes que el impúber hubiese adquirido de éste por herencia o legado no integrarán la herencia del impúber, sino que *“el sustituto tendrá este carácter”* [de heredero del causante] (art. 157), inciso 1.º); por lo cual no se computarán para calcular la legítima que corresponda a los ascendientes en la herencia del impúber. *Mutatis mutandae* se aplicará igual regla en el supuesto de sustitución ejemplar, por remisión del artículo 161, § 2, Comp.

— De no haber usado el padre o madre de esa facultad, tendrá aplicación la *sucesión troncal* respecto de los bienes considerados de procedencia paterna o materna (art. 251 Comp.), sin embargo: *“Si hay ascendientes de la otra línea conservar su derecho a la legítima sobre dichos bienes”* (art. 251, regla 2.ª).

β) *Bienes relictos por un impúber que no sean de procedencia paterna ni materna.*

— Caso de haber usado el padre o la madre de la facultad de ordenar su sustitución pupilar, el sustituto —excepto respecto de los bienes que el impúber heredó o recibió como legado del sustituyente— tendrá el carácter *“de heredero del impúber en la herencia por éste relicta”* (art. 157, ap. 1.º, inciso 2.º), aplicable también en la sucesión ejemplar conforme al cit. art. 161, § 2.º); y, en consecuencia, el artículo 161, en su § 3, dispone: *“Los legitimarios del impúber o del incapaz únicamente tendrán derecho a la legítima en la propia herencia de éstos. Formará parte de la misma la legítima que al impúber o incapaz corresponda en las sucesiones en que se haya dispuesto la sustitución”.*

— Caso de no haberse dispuesto sustitución pupilar, se aplicará la regla Tercera del art. 251: *“En los demás bienes del impúber su sucesión intestada se regirá por las reglas generales, sin distinción de líneas”.*

21. *Bienes reservables.*a) *Bienes sujetos a reserva vidual.*

Se había afirmado que estos bienes no forman parte de la herencia del reservista y que por tanto no debían computarse para calcular el importe de las legítimas debidas en su sucesión (173).

La cuestión resultaba diferente según se examinara a través de los términos de las leyes *Feminae* y *Generaliter* (Cod. V-III, 3 y 5) o del texto de la ley *Hac edictali* (6 h. t.), especialmente, de las Novelas II y XXIV.

Respecto de la primera Fontanella (174) subrayó que la ley no llamaba de modo inmediato a los hijos comunes, sino que reclamaba un acto de la bñuba, que era la que disponía si bien sólo podía hacerlo a favor de los descendientes de las primeras nupcias.

En cambio, conforme la Novela XXII, cap. XXIV, § 1.º, los reservatarios recibían los bienes reservables sin integrar la legítima de ninguno de los padres, pues decía: “no investiguemos tampoco si son herederos del padre o de la madre que les premuere, o que muere después, ni si, ciertamente, hay otros herederos, o no los hay, sino que, como dijimos antes, les damos este premio, ya si son hechos herederos, ya también si no; y percíbanlo por igual los que ciertamente sobreviven...”.

Ese reparto igualitario automático y forzoso no se avenía con espíritu del Derecho catalán indígena orientado a la conservación de las casas o patrimonios familiares (175). Ello dio lugar a discusiones en el período que precedió a la Compilación catalana (176).

La Compilación distingue dos supuestos según haya usado o no el reservista de la facultad de distribución que le confieren los §§ 2.º y ss. del art. 270.

— La regla general la establece al art. 269, § 2.º: “*Al fallecer el cónyuge bñubo los bienes reservables o sus subrogados se deferirán a los referidos hijos o descendientes reservatarios que existan*

(173) Cfr. FONTANELLA, op. cit., Cl. VII, Gloss II, Pars I, n. 28 (ed. y vol. cit., p. 367) que también recoge MASPONS ANGLASELL, op. cit., n. 300, n. 2.º (p. 149).

(174) FONTANELLA, op. cit., Cl. IV, Gloss XI, Pars I, núm. 17 (p. 116) que cita la opinión de RAUDENO (Decis. Pisa, 22, núm. 25).

(175) JOSEPH FAUS I CONDOMINES, “Els capitols matrimonials a la comarca de Guissona”, en R. J. de Cataluña, XIII, año 1907, p. 384.

(176) Era favorable al reparto igualitario JUAN MALUQUER ROSÉS, “Algunas consideraciones relativas a la reserva por segundas nupcias”, en R. J. de Cataluña LII, año 1952, pp. 543 y ss.; y defendía el criterio electivo RAMÓN M.ª ROCA SASTRE, “Elogio del criterio electivo de la ley *Feminae* y otras cosas acerca de la reserva binupcial”, en R. J. Cat. LI, pp. 210 y ss. Nos mostramos ampliamente favorables a este criterio en “Las reservas en el Cap. V del tit. IV, Lib. III del Proyecto de Compilación del Derecho Civil de Cataluña, redactado por la Comisión de juristas catalanes”, I, en R. J. de Cataluña LVII, año 1958, pp. 135 y ss.

al acaecer dicho fallecimiento, quienes lo adquirirán como sucesores del consorte premuerto...".

— La excepción abarca no sólo la distribución expresa por el cónyuge reservista (art. 270, § 2), sino también los supuestos en que no habiéndola hecho tenga dispuesto heredamiento universal a favor de alguno de los reservatarios (§ 3.º) o le haya instituido heredero por heredamiento puro o preventivo o por testamento, o le haya donado o legado los bienes reservables (§ 4); y para estos supuestos (en el §5) dispone:

"Ejercitada en cualquiera de las formas previstas la facultad de elegir o distribuir los bienes reservables adquiridos por dichos herederos, donatarios o legatarios perderán por ministerio de la ley, al fallecimiento del reservista, la cualidad de reservables, estimándose a todos los efectos legales que pertenecen a la herencia privativa del reservista, y en consecuencia se computarán al objeto de calcular el importe de la legítima que a los legitimarios corresponda en la sucesión de aquél, y se imputarán al pago de la misma". Es decir, que integrarán la herencia del reservista a efectos de calcular la legítima de los reservatarios, pero no la de los otros legitimarios, v. gr., hijos no comunes, naturales, cuarta marital del cónyuge viudo del bñubo.

β) *Bienes sujetos a reserva lineal (177).*

El art. 272, § 3, aplica en caso de que los reservatarios sean descendientes del reservista las mismas reglas que acabamos de ver aplicar a la reserva viudal. Dice así este párrafo: *"Será de aplicación a esta reserva lo que establecen los dos artículos anteriores; pero lo dispuesto en los párrafos 2.º y ss. y del art. 270 sólo será de aplicación si los reservatarios son hijos y descendientes del reservista".*

22. Cuarta marital.

La Compilación catalana establece un régimen especial para el cómputo de la cuarta marital, en el art. 150, §§ 1.º y 3.º, que disponen:

Art. 150, § 1: *"Para la fijación de la cuarta marital se atenderá al valor de los bienes de la herencia al tiempo de determinarla, deducidos los gastos de última enfermedad, entierro y funeral del marido y las deudas hereditarias".*

Art. 150, § 3.º: *"Serán aplicables a la cuarta marital en cuanto lo consienta su propia naturaleza, las reglas de la cuarta falcidia sin previa deducción de legítimas ni obligación de formar inventario".*

En lo referente a su cómputo, esas reglas de la falcidia se contienen en el art. 229 Comp. Cat. De este precepto debe excluirse la aplicación a la cuarta marital del § 4, pues determina como momento

(177) Nos ocupamos de este tema, en el período preparatorio de la Compilación, en nuestro trabajo últ. cit., II, 2. R. J. C. LVII, p. 163.

Aspecto cuantitativo de las legítimas

para valorar los bienes para el cómputo de la falcidia el de la muerte del causante, lo cual se halla en contradicción con la regla específica del art. 150 que para la cuarta marital refiere el valor de los bienes al tiempo de determinarla. Son, en cambio, aplicables, además de la regla general del art. 229, § 1.º —“*El activo hereditario líquido lo formarán el conjunto de bienes y derechos que compongan la herencia al fallecer el testador, después de rebajar las deudas hereditarias y demás conceptos deducibles según las normas siguientes*”—, los §§ 2.º, 3.º, con excepción del inciso “*las legítimas, incluso la del heredero que sea legitimario*”, y 5.º, de los cuales resultan las siguientes reglas:

— Para determinar el activo bruto:

Art. 229, § 2.º: “*Se considerará que integran la herencia los bienes y derechos del testador dispuestos en legados o en donaciones por causa de muerte o entre consortes, los créditos del testador contra el heredero y los extinguidos en virtud de legados de liberación o perdón de la deuda correspondiente*”.

— Para determinar el activo líquido:

Art. 229, § 3.º: “*Se rebajarán del activo hereditario: las deudas del testador, aunque fuesen por razón de dote o en que el acreedor sea el propio heredero; los gastos de última enfermedad, entierro y funerales del testador y los de inventario y defensa de los bienes hereditarios...; los legados para fines piadosos, benéficos o docentes y los de alimentos*”.

— Para valorar ciertos créditos y deudas:

Art. 229, § 5.º: “*De los créditos y deudas hereditarios a plazo se descontará lo que su aplazamiento importe, y se prescindirá de los créditos y deudas condicionales, eventuales o dudosos, incluso de las deudas que puedan derivarse de fianzamientos prestados por el testador; pero de resultar cobrables y una vez hechos efectivos, se rectificará la falcidia, con el consiguiente abono al heredero o a los legatarios, según los casos*”.

Es de notar que la mayor parte de estas reglas no difieren de las aplicables a la legítima ordinaria. El mayor detalle del art. 229 deriva de la finalidad de disipar dudas que no se presentan en el cómputo de aquélla. En cambio, son normas específicas de la falcidia, aparte de la no inclusión de lo donado entre vivos y de la deducción —para el cómputo de la cuarta falcidia, pero no para la marital— de las legítimas: la deducción de la dote debida, de los gastos de inventario y defensa de los bienes hereditarios, y de los legados para fines piadosos, benéficos o docentes y los de alimentos.

d') *Vizcaya.*

23. El hecho de que la legítima colectiva vizcaína se componga de unos bienes troncales y otros bienes, muebles y raíces no troncales, da lugar a una consecuente particularidad, porque los bienes troncales son en su totalidad legítima *per se* cualquiera que sea su

valor y tanto si la proporción de ésta con relación al del conjunto del caudal es inferior, igual o mayor de los cuatro quintos de éste. Es decir, que el quinto sólo es de libre disposición en cuanto se cubra con bienes muebles o con raíces no troncales. Para calcularlo se deducen las deudas del causante.

a) *Bienes troncales.*

El conocimiento de su contenido activo requiere, en primer término, la determinación de qué bienes son troncales. Para serlo se deben reunir tres requisitos, uno de naturaleza, otro de situación y otro de procedencia.

1.º El requisito de *naturaleza* exige que se trate de *bienes raíces*, y, según el § 2.º del art. 6 de la Compilación de Vizcaya, lo son:

“Primero. Los comprendidos en los números primero a séptimo inclusive, del artículo trescientos treinta y cuatro del Código civil”.

“Segundo. Las sepulturas en las iglesias”.

Quedan, por tanto, excluidos de su consideración de bienes raíces, a los efectos de que tratamos, los enumerados en el art. 334, números 8, 9 y 10. Es decir: los minas, canteras y escoriales (178), los diques y construcciones fluviales, lacustres o marítimas, y las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º El requisito de *situación* de los bienes raíces, consiste en que *se hallen en el Infanzonado*, es decir fuera del perímetro de las doce Villas no aforadas (Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondarroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda), de la Ciudad de Orduña y del término municipal de Bilbao (179), con las siguientes extensiones para dichas villas, aplicable también a la Ciudad de Orduña (§ 4.º, art. 3), según precisan los §§ 2.º y 3.º del art. 3.º:

“Las heredades y tierras inmediatamente contiguas a los núcleos urbanos de las doce villas no aforadas se presumirán anexas a los mismos por subordinación o destino y estarán regidas, por tanto, por el Código civil, salvo que, constituyendo pertenecidos de un caserío, respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo.

”También se presumirán anejos al núcleo urbano de las doce villas no aforadas y regidos por el Código civil:

”a) *Las construcciones y espacios de terreno enclavados en su término municipal, cuando estén destinados a una explotación industrial, a usos o actividades distintas de las meramente agrícolas o no constituyan pertenecidos de un caserío.*

”b) *Los espacios de terreno enclavados en su término municipal*

(178) Ya con anterioridad el Tribunal Supremo había negado el carácter de *raíces*, con relación al Fuero de Vizcaya, a las minas (SS. 23 febrero 1882, 26 enero 1885, 23 diciembre 1885 y 14 abril 1886).

(179) Arts. 20 y 30, § 1.º, Comp. Vizcaya.

afectados por planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo (180)."

3.° El requisito de *procedencia* se concreta, conforme a la conocida expresión de Pedro de Echevarría y Goiri, en una "*coincidencia genealógica de personas y bienes*" (181), como en toda *troncalidad pura*.

La Compilación de Vizcaya examina esa conexión, al determinar el carácter troncal de los bienes raíces, en su art. 9, que dice:

"Tienen la consideración de troncales:

"*Primero. Con relación a la línea descendente todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado, lo mismo los heredados que los comprados, aunque hubieren sido adquiridos de extraños.*"

"*Segundo. Con relación a las líneas ascendente y colateral, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia, incluso los que este último hubiere adquirido de parientes tronqueros. En su caso, las palabras heredero y causante se sustituirán por las de comprador y vendedor.*"

"*Tercero. Los adquiridos por permuta de bienes troncales con otros que no lo sean, radicantes en el Infanzonado.*"

El art. 8, § 2.° completa la determinación de este requisito fijando su límite:

"*En la ascendente, el parentesco troncal termina en el ascendiente que el primero poseyó la raíz, sin perjuicio de los derechos de los ascendientes del mismo en la sucesión que no sea troncal.*"

4.° La S. de 17 febrero 1970 ha excluido del juego de la *subrogación real* la regla *pretium succedit loco rei* al afirmar que el dinero obtenido por el ejercicio de la saca foral —o retracto gentilicio vizcaíno— no se subroga en lugar de la raíz vendida y, por tanto, no es foral.

β) *Deducción de deudas y disposiciones piadosas.*

24. Ahora bien, las deudas del causante y sus disposiciones piadosas se imputan al quinto de libre disposición, y sólo en cuanto al

(180) Cfr. respecto de la *ratio* de todas estas restricciones nuestro trabajo —anterior a la Compilación— "Glosas al § 3.° del art. 10 del Código civil", III, en A. D. C., XII-II, abril-junio 1959, p. 573.

(181) Cfr. LUIS CHALBAUD y ERRAZQUIN, op. cit., I, pp. 24 y ss., donde se recoge el informe de ECHEVARRÍA y GOIRI, JOSÉ DE SOLANO Y POLANCO ("Estudios jurídicos de Fuero de Bizkaia" —Bilbao, 1918—, cap. II, pp. 35 y ss.) aseguró que esa doctrina "la vemos confirmada en todas las disposiciones del Código foral, que hablan siempre de "travesía de tronco" del "tronco de donde dependen los bienes", indicando sin cesar que para que la troncalidad se dé, es preciso la doble genealogía de la persona y de la cosa, y si menciona los parientes al hablar de los bienes raíces, como en la ley 8 del título 20, dice "que no pueden hacerse donaciones y mandas o disposiciones a extraño habiendo descendientes, ascendientes (por ser herederos forzosos) o parientes próximos "de travesía de tronco". Citó también SOLANO las leyes 8, tít. 21, 25, tít. 11, y 2 y 3 del tít. 17.

exceso afectan a la raíz troncal (tratándose del legado a favor del alma, sólo hasta cubrir el importe del quinto en lo que no hubieren bastado los bienes no troncales).

Así resulta de los arts. 28 y 29 de la Compilación vizcaína, que disponen:

“Artículo veintiocho. *Cuando el testador tenga hijos, descendientes o ascendientes, todos legítimos, el quinto de libre disposición se computará teniendo en cuenta el valor de los bienes hereditarios, previa deducción de las deudas; pero será inoficiosa la disposición de lo que exceda de los bienes no troncales.*”

“*Las deudas del causante se pagarán con el importe de los bienes muebles y con las raíces no troncales y sólo en defecto de unos y otros responderán los bienes y raíces troncales de cada línea, en proporción a su cuantía.*”

“Artículo veintinueve. *El legado del quinto en favor del alma se computará estimando el valor de todos los bienes, hecha deducción de las deudas, pero se obtendrá en primer término de los muebles y raíces no troncales. Cuando el importe de estos bienes no llegue a cubrir el del legado se acudirá a la raíz troncal para extraer lo que falte de ambas líneas del causante en proporción a su cuantía.*”

“*En la frase «legado en favor del alma» se entienden comprendidas todas las disposiciones piadosas del testador, como sufragios en general, limosnas para los pobres, legados a establecimientos de beneficencia y demás que tengan fines semejantes.*”

γ) Para computar la legítima de los hijos comunes, pero no la de los habidos de otro matrimonio, se incluirán los bienes sujetos a las reservas de los arts. 36, 37 y 38 *Comp. Vizc.*, como resulta de su propia ratio, y también las que estén afectas a la del art. 811, C. c., por argumento de más o menos con relación al art. 36 *Comp. Vizc.*

δ) *La reversión al donante de los bienes raíces donados con carga de alimentos* a un descendiente, si éste falleciere en vida de aquél sin dejar hijos ni descendientes legítimos, que regula el art. 39, conforme a la ley 17, Tít. XX del Fuero de Vizcaya, no crea los problemas que, según antes vimos, ha suscitado la reversión del art. 812 C. c., que no se plantean dado el carácter troncal y no de parte alicuota que tiene la legítima de los ascendientes en el Derecho vizcaíno.

e') *Navarra.*

25. Sabemos que —como en Ayala— no hay en ella legítima individual ni colectiva al no ser la legítima foral de contenido material, sino formal (182). Pero, en sentido muy lato e impropio, es legítima la viudedad o *fealdat*, en virtud de la cual al viudo o viuda tiene derecho al usufructo de fidelidad, por razón de la cual —como dice— el cap. 3, tít. II, Lib. IV del Fuero de Navarra— “*deve tener*

(182) Cfr. “El apartamiento y la desheredación”, I. 2. en A. D. C. CXXI-I, pp. 5 y ss.

las heredades”, “*et todo el mueble deve recibir*”. Es decir, se trata de un usufructo universal; pero no se extiende a los bienes que el cónyuge difunto tuviera en usufructo ni a los que poseía con la limitación derivada de su título adquisitivo de que a su muerte pasen a otra persona (S. 22 diciembre 1920, Ley 202 del Proyecto de 1959 y Ley 215 de la Recopilación privada de 1967 (183)).

B) COMPUTACIÓN DEL “DONATUM”.

B₁) En el régimen del Código civil.

Recordemos que el art. 818 C. c., en su § 2.º, dice:

“Al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.”

Antes (núm. 1) ya hemos señalado las mínimas variantes observadas en las dos primeras ediciones del Código, y que sus antecedentes legislativos se hallan en el art. 803 del Anteproyecto 1882-1888 y en el art. 648 del Proyecto de 1851.

De las diferencias que se observan entre la redacción de estos dos últimos preceptos —idénticos literalmente— y la del art. 818, en su § 2.º, sólo puede tener trascendencia la inclusión en éste del adjetivo “colacionables” calificando el sustantivo “donaciones”.

¿Tiene alguna significación esta adición a las palabras “todas las donaciones”? De tenerlo, ¿cuál es su significado? (184).

26. Para introducirnos en esta cuestión, conviene que previamente recordemos que, en Derecho Romano, la *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis* aparecieron bastante más tardíamente que la *querela inofficiosi testamenti* (185); y que, en un principio, dieron lugar a que se superpusieran dos medidas legítimas diversas. Así:

a) A efectos de la *querela inofficiosi testamenti* sólo se sumaban

(183) “Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra”, redactada por J. GARCÍA GRANERO, J. J. NAGORE, J. AIZPÚN TUERO, ALVARO D’ORS, J. J. LÓPEZ JACOISTE y J. ARREGUI GIL. Ley 216, p. 85.

(184) De ello nos hemos ocupado extensamente en nuestros “Apuntes de Derecho sucesorio” III, § 11, *cfr. ed. sep.*, pp. 463 y ss. y A. D. C., VIII-II, pp. 209 y ss. También en “Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo”, en Revista del Instituto de Derecho Comparado, núm. 3, julio-diciembre 1954, pp. 61 y ss.; y en “Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, III, en A. D. C., VIII-I, enero-marzo 1965, pp. 109 y ss.

(185) Según VON MAYR (“Historia del Derecho Romano”, lib. II, sec. II, cap. IV y lib. III, sec. II, cap. IV —trad. de la 8.ª ed. alemana por W. ROCES, Barcelona, 1926—, vol. II, pp. 235 y ss. y 328 y ss.) las huellas de la *querela inofficiosi testamenti* se remontan a la época de la República, mientras las otras dos querellas fueron introducidas por ALEJANDRO SEVERO.

a lo *relictum* las donaciones imputables a la legítima (186); es decir, además de las *mortis causa* (187), las siguientes *inter vivos*; dotes y donaciones *propter nuptias* (188), las *ad emendam militiam* (189) y las expresamente verificadas como anticipo de legítima (190).

b) A los efectos de la *querrela inofficiosae donationis vel dotis* se requería un doble cómputo y sólo se daba lugar a su ejercicio si la inoficiosidad se daba en ambos cómputos, respectivamente referidos, a la fecha de la donación a la de la muerte del donante (191); pero todas las donaciones anteriores debían computarse para comprobar la inoficiosidad de las ulteriores (192), así como de las disposiciones testamentarias del causante (193), y, entre ellas, debían computarse e imputarse a la legítima del querellante todas las donaciones recibidas por el mismo de cualquier clase que fuesen (194).

Esta duplicidad de remedios dio lugar a que la glosa plantease la cuestión de si cabía al padre donar *inter vivos* todo el montante de que podía disponer sin incidir en la inoficiosidad perseguida por la *querrela inofficiosae donationis* y, además, disponer *mortis causa* de lo relicto sin tener que respetar a sus herederos forzosos más que aquella parte que ante la *querrela inofficiosi testamenti* se estimaba como porción legítima, es decir, calculándola tan sólo del montante de lo relicto, según el texto de la ley *Cum quaeritur* (Cod., III-XXVIII, 6).

Rodrigo Suárez (195) nos explica cómo lo planteó la glosa magna en el vers. 6 *quaero* de la ley 1, *Cod. de inoffi. don.* (III-XXIX): Un padre donó nueve onzas e instuyó herederos en las tres restantes a sus hijos gravándoles de legados y fideicomisos que no les gravaban en más de tres cuartos de lo relicto. ¿Disponían los hijos de algún remedio? O, ¿es que podía disponer, el padre, de tres cuartas partes a título de donación y de otras tres cuartas partes de lo relicto por acto de última voluntad?

Habían argumentos para excluir ambas querellas, con lo que se posibilitaría la existencia de dos porciones de libre disposición, una *inter vivos* y otra *mortis causa* (196). Pero la glosa magna lo resolvió

(186) Cfr. WINDSCHEID, op. cit., § 581, nota 3, ed. cit., vol. III, p. 253.

(187) Instit. II-XVIII, § 6.º; Dig. V-II, 8 § 6.º; Cód. III-XXVIII, 36 pr.

(188) Cod. h. t. 29.

(189) Cod. h. t. 30, § 2.º

(190) Dig. h. t., 25, pr. y Cod. h. t. 35, § 2.º

(191) Novela 92, cap. I, cfr. WINDSCHEID, op. cit., § 586, ed. y vol. cit., pp. 271 y ss. y nota 7.

(192) Nov. 92, cap. I, versic. 2.º

(193) Cod. h. t., 1, 7 y 8 y Dig. XXXI-único, 87, § 3.º

(194) Cfr. WINDSCHEID, loc. cit., nota 9, p. 272.

(195) RODRIGO SUÁREZ, "Repetitionis Legis Quoniam in prioribus. C. de inoffic. testamento". *Declaratio legis regni*, § últ. *Ad lectur l. post rem iudicatum*, n. 23 a 25, cfr. *Opera omnia*, ed. Douaci 1614, p. 570.

(196) Decía RODRIGO SUÁREZ: "quia querelam inofficiosae donationis non dabat, cum donatio novem unciarum non fuit inofficiosa; ex quo non exedebat legitimam: quia tres unciae remanserunt filio, quae erat integra legitima: Nec etiam habet querelam inofficiosae testamenti. Nam ad hoc, ut cesset querela

negativamente, criterio con el cual se muestra conforme Rodrigo Suárez (197), pues la legítima debía computarse sobre la suma de las nueve onzas donadas y de las tres remanentes en el caudal relicto, de modo que la ley *Cum quaeritur* debía completarse e integrarse con lo dispuesto en el título *De inofficiosae donationis* del propio *Codex*.

La cuestión así resuelta en el Derecho común se mantuvo más dudosa en el Derecho Real de Castilla, tanto por lo que se refiere al quinto de libre disposición, como al tercio de mejora, y, consiguientemente a la legítima.

La ley 7, tit. XII, lib. III del Fuero Real prohibió a quien tuviera hijos que donara más del quinto, y la ley 9, tit. V del mismo libro permitió mejorar a su muerte en el tercio y dejar un quinto "por su alma, o en otra parte, do quisiere e non a ellos". Esto indujo a la creencia de que el padre podía disponer de dos quintos, uno en vida y otro para después de su muerte fundándose en que las dos referidas leyes se hallaban situadas en títulos distintos. La ley 28 de Toro trató de resolver esa duda de acuerdo con el criterio del Derecho común y dispuso:

"La ley del fuero, que permite que el que tuviere fijo o descendiente legítimo pueda hacer donación de la quinta parte de sus bienes e non mas, e la otra ley del fuero, que assi mesmo permite que pueda mandar teniendo fijos o descendientes legítimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda e platique que por virtud de una ley e de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre a ninguno de sus fijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida o en muerte."

Palacios Ruvios (198) entendió restrictivamente que esta ley sólo prohibía dar un quinto en vida y otro en muerte a un mismo hijo, pero no donar un quinto a uno y otro quinto a otro hijo, contrariamente la opinión general (199) la interpretó en el sentido de que el

talis. sufficit quod filio relinquatur quarta de bonis qua reperiuntur tempore mortis *l. cum quaeritur, c. de inoff. test. et ind. § quarta*, sed cum tempore mortis solum repercebantur tres unciae sufficit quod de illis tribus unciis habeat quartam et per consequens residuum potuit legari" (n. 25).

(197) RODRIGO SUÁREZ, siguiendo a la glosa lo razona así: "quod debet filius habere omnes tres uncias integras relicto onere legatorum: et sic non dicitur legitima habita consideratione ad quartam trium unciarum, quae erant: et remanserunt tempore mortis, sed omnes tres unciae dicuntur tota legitima, et integra pro legitima debentur filio in totum, habito respectu ad bona, quia erant duodecim..." (núm. 25).

(198) PALACIOS RUVIOS, op. cit., lex XXVIII, núm. III, cfr. ed. cit., fol. LXXXII vto.

(199) Así opinaron: RODRIGO SUÁREZ (loc. últ. cit., nn. 21 a 26, pp. 570 y s.); GREGORIO LÓPEZ ("Glosa a las palabras "en vida" de la ley 8, tit. IV, Partida 5.ª, n. 48 a dicho título; cfr. ed. Barcelona, 1843, p. 50 del vol. III); TELLO FERNÁNDEZ ("Prima Pars Commentariorum in Constitutionem Taurinas"; lex XXVIII, n. 1, cfr. ed. Granatae, 1566, fol. 221); JUAN GUTIÉRREZ ("Practicarum Quaestionum Civilis", lib. II, Quaest. LXIX, n. 1; cfr. Opera Omnia, ed. Colloniae Allobrogum, 1730, t. II, p. 158); MELCHOR PELÁEZ DE MIERES ("Tractatus de maioratum et meliorationum Hispaniae. Prima pars,

padre o madre, además del tercio, no podía disponer más que de un solo quinto, a favor de hijos o extraños, entre lo dejado en vida y lo dispuesto en testamento.

27. Respecto al cómputo para cálculo del tercio la ley 25 de Toro dispuso:

“El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador no se saque de las dotes, y donaciones propter nuptias, ni de otras donaciones que los hijos e descendientes traxeren a colación o partición.”

I) ¿Se trataba de una norma imperativa, o bien de una norma simplemente interpretativa de la voluntad del testador?

II) La expresión *“no se saque”*, ¿fue empleada con significado material de *no extraer*, o bien en el contable de *no calcular*?; es decir, ¿se refirió sólo a la *masa de extracción* o también a la *masa de cálculo* de las mejoras testamentarias ordenadas?

En otras ocasiones (200) hemos tratado de clasificar las diversas interpretaciones ofrecidas por la doctrina en los siguientes grupos:

a) Una primera posición, apoyándose fundamentalmente en las leyes 19 y 23 de Toro, afirmó que la mejora se debía extraer y calcular exclusivamente de los bienes que el causante tuviere a la hora de la muerte (201).

Se replicó que las leyes 19 y 23 de Toro no decían, respecto de la mejora de tercio, más de lo que la citada ley *Cum quaeritur* del *Codex* decía de la legítima romana al referirla a lo que el testador dejara al tiempo de la muerte, y, sin embargo, la doctrina de la ino-

Quaest. LVIII, nn. 26 y 35; cfr. ed. Granatae, 1575, fol. 208 vto. y fol. 210 vto. *in fine* y s.); JUAN MATIENZO (*“Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae”*, tit. VI, lex XII, 28 Tauri, gl. III, n. 1; cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 162); ANDREA ANGULO (op. cit., lex XII, gl. única, nn. 1 y 2; ed. cit., p. 637); ANTONIO AVERVE DE AYORA (*“Tractatus de Partitionibus Bonorum...”*, Pars II, Quaest. VIII, n. 17; cfr. ed. Granada, 1586, fol. 80). ALFONSO DE ACEVEDO (*“Commentaria Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones”*, lib. V, tit. VI, lex XII —Tauri 28—, n. 1; cfr. ed. Lugduni, 1737, t. III, p. 201); JOSEPH FERNÁNDEZ DE RETES (*“De donationibus academica relectio”*, cap. VIII, n. 16, en *“Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici”* de Gerardi Meerman; cfr. ed. Hegae-Comitum, 1753, t. VI, p. 589).

(200) Cfr. nuestros *“Apuntes...”*, III Parte, § 11, A. ed. sep., pp. 464 y ss. y A. D. C. últ. cit., pp. 300 y ss., y *“Notas críticas...”*, n. 30, loc. cit., pp. 112 y ss.

(201) PALACIOS RUVIOS. *“Repetitio rubricae et capituli “Per vestras”, de donationibus inter virum et uxorem”*. *Repetit. cap.*, § 23. *Sed pulchrum est*, n. 3, cfr. ed. Lugduni 1538, fol. 154; y *Glossemata...* lex XXV, n. 1; ed. cit., fol. LXVI; MIGUEL DE CIFUENTES, op. cit., lex XXV, nn. 1, 2 y 3, ed. cit., fol. XXV vto.; DIEGO CASTILLO, op. cit., lex XXVI, n. 1, ed. cit., fol. 118 vto.; FRANCISCO MUÑOZ ESCOBAR, *“De ratiotitiniis administratorum et computationibus variis aliis Tractatus proegnotissimus”*, Computatio I, nn. 7 a 13; cfr. ed. Lugduni 1733, pp. 3 y ss.; JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *“Quotidianodum controversiarum Iuris”*, Lib. IV *“De coniecturis et interpretationis ultimarum voluntatum”*, cap. XV, nn. 39 y 48, ed. Colloniae Allobrogum 1752, pp. 126 y 129 y ss.

ficiosidad de las donaciones implicó —como hemos visto— la acumulación de *donatum* y *relictum* (202).

Palacios Ruvios (203) había explicado su interpretación con un ejemplo: Un padre con tres hijos tenía 100, dotó a una hija con 20, mejoró a un hijo con tercio y quinto, e instituyó a los tres por partes iguales. Su solución fue: De los 100 se descuentan los 20 dados en dote; de los 80 relictos se deduce quinto y tercio, que suman 38; al resto de 42 se suma los 20 de la dote colacionable, y se divide la suma entre los tres hijos herederos, que tocan a cerca de 21 cada uno.

Pero este cálculo lo objetó Tello Fernández (204) contraponiendo otro ejemplo, que comentó así: El padre tiene 130, donó 10 a un hijo, mejoró a otro en tercio y quinto y dejó al morir 120. Si tercio y quinto se deducen sólo de 120, resultarán 56, con lo cual, sumada la dote, se gravará a los legitimarios en más de tercio y quinto de 130 ($24 + 32 + 10 = 66$). Y si los 10 donados se descuentan de los 56 de mejora, recibiendo 46 al mejorado de tercio y quinto, o se sumasen a la legítima los 10 de dote, resultaría que ni 46 es igual al tercio y quinto de los 120 relictos, ni 56 es igual al tercio y quinto de los 130 de la suma de *relictum* y *donatum*.

b) Otra posición distinguió según tercio y quinto tuvieran que ser el módulo de disposiciones *mortis causa* o de disposiciones *inter vivos*, calculándolos en el primer caso tan sólo del caudal relicto y en el segundo de la suma de éste más lo donado (205).

A esta distinción se objetó (206): “que no ha de ser de peor condición el padre que dio en su vida a sus hijos sus legítimas, que el que no las dio hasta la muerte *maxime* que en las dotes y donaciones propter nuptias se suele dezir y poner en la scriptura que lo da para en quenta de su legítima del hijo y aunque no se diga el derecho lo dize y dispone porque es donación ob causa hecha para este effecto...”, “...porque teniendo los otros hijos recibidas sus legítimas, enteramente de todos los bienes que su padre tenía y tuvo hasta el día de su muerte no pueden querellarse de inoficioso testamento... aunque el padre diesse todos los bienes que le quedaron por vía de mejora a uno de sus hijos, pues lo pudo hazer *lege permittente*”.... “porque por la misma razón, que auiedo el padre en

(202) Cfr. JUAN GUTIÉRREZ (op. y lib. cit., Quaest. LXII, n. 1 *in fine*; ed. cit., p. 148) aclaró que las leyes 19, 23 y 29 “non dicunt tertium et quintum meliorationis intelligendum tantum fore de bonis, quae defunctus reliquit tempore suae mortis, sed quod valet bonorum defuncti ad ex trahendum tertium et quintum attendendis sit tempore mortis testatoris; quod diversum est”.

(203) PALACIOS RUVIOS, “Glossemata...”, lex XXV, nn. XIV y XV, fol. LXVIII.

(204) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XXV, n. 4, fol. 197 vto.

(205) ANTONIO GÓMEZ, op. cit., lex XXV, n. 1 y lex XXIX, n. 35. ed. cit., fol. 92 y fol. 94, LUIS DE MOLINA S. I., “De Iustitia et Iure”, Tract II, Disput. CCXXXVI, cfr. ed. Conchae 1593, col. 1.463, C.

(206) AYERRE DE AYORA, op. cit., Pars II, Quaest III, nn. 4 y 5, ed. cit., fol. 76 vto. y ss.

vida dado a un extraño el quinto de sus bienes no puede después en la muerte disponer de otro quinto entre extraños en perjuicio de sus hijos: *ut in l. 28 de Toro, l. 12, tit. 6, li. 5 reco.*, por esa misma razón a contrario sensu atiendo dado el padre a sus hijos, en su vida en dote, y donación *propter nuptias*, lo que les pertenecía, y auían de auer de sus bienes en su legítima no era obligado en muerte a darles otra legítima si no tiene más bienes adquiridos al tiempo de la muerte...”

c) Una tercera posición entendió que el verbo “sacar” en la ley 25 de Toro no ha de entenderse por *deducir* o *calcular*, sino solamente por *detraer* y *extraer* de modo efectivo. Así la *ratio* de la ley 29 era que la dote y las donaciones *propter nuptias* se imputaban a la legítima, por lo cual de ellas no se *extraían* las mejoras de tercio y quinto; pero en cambio se tenían verbalmente en cuenta para calcularlas (207).

Tello (208) aplicó este criterio al ejemplo antes referido y propuso la siguiente solución: de la suma de los 120 relictos y los 10 donados, es decir, del total de 130, se debe calcular tercio y quinto, en conjunto 60 (*y pico*), de los que se han de restar los 10 de la donación quedando 50 (*y pico*) para el mejorado.

d) Finalmente otros autores estimaron que la ley 25 de Toro partía de la *presunta voluntad del causante, pero no trataba de limitarle su potestad dispositiva*. A juicio de éstos existirían *dos masas de cálculo de las mejoras*: Una de *cálculo posible* según la ley, equivalente a quinto y tercio de la suma de *relictum + donatum*. Otra de *cálculo presunto*, que es a la que se refería la ley 25 de Toro, que consideraba lo relicto no sólo como masa de extracción, sino también como masa de cálculo de las mejoras si no resultase ser otra la voluntad del mejorante (209).

Angulo lo planteó lúcidamente: *En el terreno del Derecho necesario, para calcular las legítimas, debe sumarse al caudal relicto el importe de las donaciones simples y causales*, incluso si el donatario se abstuviera de la herencia. En cambio, *no es de derecho necesario que se haga la acumulación de dichas donaciones “ob causan” para calcular*

(207) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., nn. 1, 2 y 3 (fol. 195 y ss., ed. cit.); AYERVE DE AYORA, op. Pars et Quaest. cit., nn. 5 y 6, fol. 76 vto. y ss. y Pars IV, tercer *exempl. partitionum* (ed. cit., fol. 188); ALPHONSO DE ACEVEDO, op. lib. y tit. cit., lex IX (25 Tauri), n. 8 (ed. y vol. cit., p. 183).

(208) TELLO, loc. cit., n. 4, fol. 198.

(209) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Declaratio legis Regni, § 6, quaeritur, nn. 1 y 2 (ed. cit., pp. 548 y s.); JUAN MATIENZO, op. cit., lex IX (Tauri 25), gl. I, n. 4 (fol. 156 ed. cit.) y gl. III, n. (fol. 156); JUAN GUTIÉRREZ, op. cit., lib. II, Quaest. LXII (ed. cit., p. 139); ANDREA ANGULO, op. cit., lex IX, gl. I y II (ed. cit., pp. 474 y ss.); LUDOVICO VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, “Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Regibus Hispaniarum foelices recordationes utilisima glossa”, ad 1 XXV, n. 5 (cfr. ed. Colloniae Allobrogum 1734, p. 55).

tercio y quinto (210). Pero tampoco lo es que no se acumulen las dotes y donaciones causales o simples para el cálculo de tercio y quinto, puesto que con tal acumulación no se lesiona la legítima (211).

Como regla presuntiva la ley 25 de Toro se explicó, fundamentalmente, por estimarse que no era presumible que el padre al testar se refiriese a los bienes que ya habían salido de su patrimonio, por lo cual se creyó más razonable entender que la mejora dispuesta como cuota de bienes iba referida por el disponente a los bienes que le pertenecían, pero no a los que ya no eran suyos. Lo que también resultaba analógicamente —refiriéndola a la mejora ordenada en tiempo de presente— de la ley *Si ita* del tit. *De auro et argen. lega.* del Digesto (XXXIV-II, 7 [8]) (212).

28. El panorama doctrinal que a este respecto presentaba el período precursor de la obra codificadora fue parecido al expuesto, pues casi todas las posiciones que acabamos de exponer tenían sus valedores (213).

(210) ANGULO, *lex cit.*, gloss. II, nn. 8, 18 y 30 (pp. 482 y s., 491 y ss. y 499).

(211) ANGULO, gloss. últ. cit., nn. 9 y 15 (pp. 485 y s. y 489 y s.) y n. 20 (p. 494) donde propone el siguiente ejemplo: "Un padre tiene un caudal de 400, del que 186 es tercio y quinto y 214 la legítima. Hace una donación simple y irrevocable de 50 y posteriormente mejora a otro hijo en tercio y quinto. Acumulada aquélla idealmente para cálculo de tercio y quinto, éstos siguen valiendo 186, de los que deben deducirse los 50 donados. Y si para el cálculo de dichas cuotas no se acumulan verbalmente los 50, tercio y quinto valdrán 162 y restarán 188 para las legítimas, pero al no bastar esa cantidad para satisfacer a los legitimarios se deberá añadir 26, que faltan, reduciéndose en ellos la mejora. De este modo las legítimas quedarán completadas igualmente en los 214 (= 188 + 26) y la donación simple más la mejora reducida en 26, darán $50 + (162 - 26) = 186$, tercio y quinto íntegro.

Supongamos que la donación anterior a la mejora es de 100.

Acumulándola idealmente para cálculo de tercio y quinto, éstos valdrán 186, de los cuales se deducen los 100 de la donación. Si no quiere acumularse idealmente para calcular dichas cuotas, tercio y quinto resultarán 140 y quedarán para las legítimas 160. Pero como la legítima íntegra es de 214, habrá que reducir la mejora en los 54 que faltan a la legítima, de modo que resultará que tercio y quinto también se llenarán totalmente con la donación y la mejora reducida: $100 + (140 - 54) = 186$.

Es decir, que por cualquiera de los dos procedimientos, correctamente aplicados, el resultado obtenido será el mismo.

(212) RODRIGO SUÁREZ, *loc. últ. cit.*, n. 1 (p. 548) y ANGULO, gloss. últ. cit., n. 1, vers. TRAGUE y n. 14 (pp. 486 y 488 y s.) y también n. 30 (p. 489).

(213) La primera tesis era sostenida por: JUAN ALVAREZ POSADILLA, "Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España", ley XXV (cfr. ed. Madrid, 1796, p. 158); JUAN SALA, "Ilustración del Derecho Real de España", lib. II, tit. VI, n. 8, ejemplos II y III (cfr. 2.^a ed. Madrid, 1820, tomo II, pp. 182 y ss.); SALVADOR DEL VISO, "Lecciones elementales de Derecho Civil", parte segunda, lección XII, § VIII (cfr. ed. Valencia, 1868, t. II, pp. 435 y s.).

La tercera por SANCHO LLAMAS Y MOLINA, "Comentarios a las Leyes de Toro", Ley XXV, nn. 6 y ss. (cfr. ed. cit., vol. I, pp. 444 y ss.); FLORENCIO

García Goyena (214) fue decidido defensor de acumular idealmente todas las donaciones para sumarlas al caudal relicto y calcular de su suma el importe, tanto de la legítima como de la cuota de mejora y de la parte de libre disposición.

Por su influjo y el peso de sus razones, la sección que redactaba el Proyecto de 1851, bajo su presidencia, aprobó en 30 de octubre de 1848 la solución propuesta por él, consistente, según su propia explicación, “*en hacer una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir, y de los que donó en vida; el resultado de esa agregación decidirá de la legítima de los hijos, y, por consiguiente, de las mejoras*”.

En consecuencia, el artículo 648 de dicho Proyecto, en su § 2.º, determinó que, para fijar la legítima, “*el valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor que tenían todas las donaciones del mismo testador...*”

Y el artículo 652 del mismo Proyecto de 1851, que encabezaba la sección de mejoras, decía: “*Los padres y ascendientes pueden disponer en vida o en muerte, en favor de cualquiera, aunque sea extraño, de todo lo que no sea legítima rigurosa de sus hijos y descendientes...*” Con lo cual invirtió los términos de la vieja regla que proclamaba que *toda la herencia era legítima, excepto quinto y tercio*. La sustracción al todo ya no era de quinto y tercio, sino de la legítima, para determinar inversamente, no ya la legítima, sino las cuotas disponibles libremente y como mejora. Según el expresado criterio de García Goyena, tanto en el cálculo hecho de este o de aquel modo el resultado era el mismo, pero se disipaban las dudas —que calificó de absurdas— que anteriormente se habían suscitado. Por eso (215), al glosar el artículo 652, dice que: “Este artículo es de jurisprudencia universal, y no necesita motivarse, ni admitirse comentarios: todo lo que no sea legítima rigurosa es de libre disposición”.

29. El Código civil, al interpolar en el art. 818, § 2, con relación al art. 648, § 2.º, del Proyecto de 1851, la palabra “*colacionables*” en el inciso “*todas las donaciones del testador*”, detrás de la palabra “*donaciones*”, hace de aquélla la clave de su interpretación (216).

¿Es una misma regla la que debe aplicarse para calcular la legi-

GARCÍA GOYENA. “Concordancias...”, vol. cit., apéndice n. 8, a las “Mejoras”, pp. 341 a 346.

La cuarta por JOSEF FEBRERO, op. cit., Parte II, lib. II, cap. III, § IV, nn. 142 y ss. (ed. cit., II-II, pp. 272 y ss.). Las citas correspondientes a las ulteriores versiones de la obra de FEBRERO, revisadas respectivamente por JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, por EUGENIO DE TAPIA y por GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE y CARAVANTES, pueden verse en nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio”, III parte, notas 467 y ss. (cfr. ed. sep., pp. 405 y ss. y A. D. C., VII-IV, pp. 1091 y ss.).

(214) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., p. 341.

(215) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., glosa al art. 652, p. 100.

(216) “Apuntes...”, cits., III parte, § 11, A). cfr. ed. sep., pp. 464 y ss. y A. D. C., VIII-II, pp. 300 y ss.

tina estricta, la parte disponible como mejora y la cuota de libre disposición? Es decir, ¿son tres partes alícuotas de un mismo todo?; o bien, ¿la acumulación de lo *donado* al líquido relicto puede desequilibrar esa proporcionalidad?

Para calcular la legítima, ¿deben agregarse contablemente todas, sin excepción, o sólo determinadas donaciones? ¿Repercute esa reunión ficticia en el cálculo de las porciones disponibles?

Es sabido —y de ello también nos habíamos ocupado— (217) que los términos “collatio”, “conferre”, “colación”, “rapport”, tienen un doble significado. Uno gramatical, vulgar, lato y otro rigurosamente técnico, jurídicamente estricto. ¿En cuál de estos sentidos es empleado el término “colacionables” en el artículo 818 del Código civil?

Para unos autores el concepto de colación coincide con el conjunto de las operaciones de computación, imputación y reducción, de las cuales el art. 1.035 no es sino una aplicación singular (218).

Para otros la palabra colación tiene igual sentido en el 818 y en el art. 1.035 (219), sin perjuicio de que tenga otro menos propio aplicado al cómputo previo al ejercicio de la reducción de las liberalidades no colacionables (220).

Y, según la doctrina dominante, hay dos conceptos de colación distintos más amplio en el art. 818, que corresponde al de reunión ficticia o computación para cálculo de la legítima y de la porción libre y otro estricto, basado en la presunta voluntad del causante, aplicable exclusivamente a las relaciones de los herederos forzosos entre sí, regulado en los artículo 1.035 y ss. (221).

(217) “Apuntes...”, III parte, § 6. A (ed. sep., pp. 366 y ss. y A. D. C., VII-IV, pp. 1052 y ss.); § 8, A (ed. sep., pp. 398 y ss. y A. D. C., VII-IV, pp. 1084 y ss.) y § 10, A (ed. sep., pp. 434 y ss. y A. D. C., VIII-II, pp. 270 y ss.).

(218) JOSÉ MARÍA DE MANRESA Y NAVARRO, “Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar las legítimas”, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 99 (2.º semestre 1901), pp. 343 a 345.

(219) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios de Derecho civil”, t. VI-II, cap. XV, nn. 113, pp. 952 y ss. y tít. VI-III, cap. XXVIII, n. 57 (ed. Madrid, 1910, p. 2026).

(220) MODESTO FALCÓN, “Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral”, lib. III, tít. preliminar, cap. III, sec. II, § V, n. 12 (5.ª ed. Barcelona, 1897, t. III, p. 239); ENRIQUE PÉREZ ARDÁ, “El problema de la colación”. Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. 109 (2.º semestre 1906), pp. 217 a 226; ANTONIO MAURA, “Dictámenes”, t. IV, dict. n. 4 —de 13-II-1913— pp. 33 a 45 (ed. Madrid, 1930); JULIO OTERO Y VALENTÍN, “Anticipos de legítima” (Valladolid, 1914), pp. 113 y ss.; ANTONIO ARENAS, “La colación en el Código civil”, Rev. Der. Priv., tomo II —marzo 1915—, pp. 75 a 77; FELICÍSIMO DE CASTRO, “Derecho Civil”, t. II, pp. 361 y ss. (Madrid, 1928).

(221) RAFAEL NAVARRO AMANDI, “Cuestionario del Código Civil Reformado”, art. 1.037 (Madrid, 1890), t. III, pp. 459 y ss.; JOSÉ MORELL Y TERRY, “Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima”, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 98 —1.º semestre 1901—, pp. 288 a 307, y vol. 99 —2.º semestre 1901—, pp. 320 a 330; y “Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código Civil”, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 108 —1.º semestre 1906—, pp. 27 a 45 y 113 a 132; F. SERRANO BERNARD, “Las donaciones a extraños

La Memoria del Tribunal Supremo de 1902, respaldando el criterio de su S. de 16 junio del mismo año, determinó claramente la diversa esfera de los artículos 818 y 1.035 C. c. en los siguientes términos:

“Basta con la lectura atenta de los mismos para comprender que la palabra colación la ha empleado el legislador en dos conceptos distintos; y por eso es por lo que, sin determinarlo bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo a fácil error o confusión; uno, el de aportación a la masa hereditaria de lo que el heredero forzoso haya recibido en vida o tenga que recibir por testamento; otro, el de su

son parte de la herencia al solo efecto de fijar la legítima”, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 132 —1er. semestre 1918—, pp. 385 a 390; RICARDO OYUELOS, “Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español”, lib. III, tít. III, cap. II, sec. V, n. 17, cap. VI, sec. I, n. 2.º (Madrid, 1921), tomo IV, pp. 42 y ss. y p 335); DEMÓFILO DE BUEN, “Notas al Curso elemental de Derecho Civil”, de A. COLIN y H. CAPITANT, t. VIII (Madrid, 1928), cap. II, sec. XI, § 6.º, p. 340 y cap. IV, sec. VII, pp. 423 y s.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, “Instituciones de Derecho Civil Español”, lec. 97 (cfr. ed. Madrid, 1932, t. III, pp. 393 y ss.); AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, “Estirpe única y representación hereditaria”, en “Estudios Jurídicos”, año II —octubre 1942—, n. IV, fasc. 2 de Derecho Privado, pp. 55 a 63; A. ABELAIRA LÓPEZ, “La fijación de la legítima en Derecho español”, en Foro Gallego, n. 57-58 —marzo-abril 1949—, pp. 83 y ss., en especial 100 y 101; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, “Derecho Sucesorio mortis causa” (Sevilla, 1951), pp. 329 *in fine* y 335 y ss.; RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, Notas al “Derecho de Sucesiones” de Theodor Kipp, § 131, I (ed. Barcelona, 1951, vol. II, pp. 295 y ss.); JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Notas al “Derecho de Sucesiones”, de JULIUS BINDER, § 33 (ed. Barcelona, 1953), p. 306; y “Derecho de Sucesiones. Parte General”, § 70, n. 424, en especial nota 5 c) y d), pp. 565 a 568 (Barcelona, 1961); FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, “La herencia legal y el testamento”, n. 157, nota 79, p. 343 (Barcelona, 1956); JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho Civil Español, Común y Foral”, t. VI-I, séptima edición, Madrid, 1960, § XLIII, III, 3, pp. 298 y a.; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, “Manual de Derecho Civil Español”, vol. V, cap. III-V, 8, c, nota 71 (Madrid, 1957), p. 120; PASCUAL MARÍN PÉREZ, Notas a la Tercera Edición del “Curso elemental de Derecho Civil”, de A. COLIN y H. CAPITANT, t. VIII (Madrid, 1957), cap. IV, sec. VII, epíg. *Fijación de la legítima*, b), p. 674; J. SANTAMARÍA ANSA, “Comentarios al Código civil”, art. 818, vol. I, p. 810 (Madrid, 1958); FEDERICO PUIG PEÑA, “Tratado de Derecho Civil Español”, vol. V-II, cap. XIV, 6, A, b, 2.º, pp. 400 y s. (Madrid, 1963); JOSÉ PUIG BRUTAU, “Fundamentos de Derecho Civil”, V-II, cap. II, I, II, p. 138 (Barcelona, 1964); ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “La legítima en el Código civil”, Oviedo, 1964, pp. 175 y ss.; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, “La colación”, Madrid, 1965, n. 38, pp. 131 y ss.; BONET RAMÓN, “Compendio...”, n. 167, pp. 848 y s.; FRANCISCO CASTRO LUCINI, “Temas de Derecho Sucesorio”, Madrid, 1965, tomo 119, p. 134; MANUEL ALBALADEJO, “Compendio de Derecho Civil”, Barcelona, 1970, cap. XXXIII, 12, p. 596. Además de lo que expusimos en la III Parte de nuestros referidos “Apuntes de Derecho Sucesorio”, hemos sintetizado los conceptos, respectivamente: de “computación” en “Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos del occidente europeo”, en Rev. del Instituto de Der. Comparado, n. 3 (julio-diciembre 1954), pp. 45 y ss.; y de “colación” *propriamente* dicha en “La colación *propriamente* dicha en el Código civil español”, en Revista de Derecho Español y Americano, año II, n. 7 (mayo-junio 1957), pp. 3 y ss.

computación, o sea, el destino que haya de darse a los bienes colacionables; si la no colación significa exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo había de salvarse el principio de integridad de la legítima reconocido en los antedichos artículos 1.035 y 1.037? ¿Sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado?" "No, no es posible salvar el mencionado principio sin traer a la cuenta de las particiones todo lo que con relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición".

En el art. 818 no colacionables equivale a no computables para el cálculo de la legítima y tercios de mejora y libre disposición (222). Luego trataremos de precisar cuáles son las donaciones que a ese fin no son computables.

30. Oteados los diversos sentidos que la doctrina ha dado a la palabra *colacionables* empleada en el artículo 818 C. c., vamos a exponer ahora, en síntesis, las posiciones —de las que más largamente nos ocupamos en el § 11 de la III Parte de nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio"— de los autores que, en torno a dicho artículo y al sentido por ellos dado a aquella palabra, han tomado posición acerca del modo como se han de calcular la legítima y la porción libre cuando el causante hubiese otorgado donaciones *inter vivos* a legitimarios y a extraños. Para mayor claridad y sencillez las haremos girar en torno a las posiciones de Manresa, de Sánchez Román y de la seguida por la mayoría de los autores posteriores al Código civil.

a) Manresa ha sido continuador del antiguo criterio de Palacios Ruvios, Muñoz de Escobar, Castillo Sotomayor, Alvarez Posadilla y Sala. A su juicio:

"Del líquido que resulte [«comprendiendo solamente los bienes y derechos pertenecientes al testador, al tiempo de la muerte, con deducción de las deudas y demás obligaciones del caudal»] se deducirá el tercio, de que el padre puede disponer libremente en todo caso, para pagar las mandas y legados del testamento, y que ha de servir de medida para apreciar si son o no inoficiosas las donaciones a extraños, y a los dos tercios restantes, que constituyen la legítima de los descendientes, se agregará el importe de las donaciones colacionables por el valor que tenían al tiempo de hacerlas. La cantidad que resulte sumando los dos tercios de legítimas y las donaciones colacionables, se repartirá por partes iguales entre los herederos forzosos, o en la proporción que les corresponda conforme a la ley y a la voluntad del testador (223).

(222) MORELL, R. G. L. y J., vol. 99, p. 326 y pp. 323 *in fine* y ss.

(223) MANRESA, "Comentarios...", vol. VII (6.^a ed. Madrid, 1943), art. 1.035, II, B, p. 553.

Según su criterio (224), las donaciones hechas a extraños “no pueden exceder del tercio de libre disposición, computado por el valor líquido de los bienes que hubiere dejado el padre al tiempo de su muerte, sin colacionar dichas donaciones ni agregarlas, bajo ninguna forma, a la masa hereditaria para liquidar la herencia. Si las donaciones exceden de dicho tercio serán inoficiosas, cualquiera que fuese el caudal del donante al tiempo de hacerlas, y deben reducirse en cuanto al exceso, observándose para la reducción lo que ordena el artículo 654”.

Pero cabe objetarle a Manresa que no parece evidente que el artículo 808 emplee la expresión *haber hereditario* como equivalente riguroso de *herencia*; puesto que los artículos 818 a 820 determinan que para el cómputo de la legítima se agreguen contablemente al líquido relicto el importe de las donaciones colacionables y que lo donado a extraños se impute al tercio libre.

Además, la imputación, sea a la legítima o a la parte libre, de una donación que no se ha computado, supone un absurdo contable. En realidad, en estos casos no debería hablarse de *imputación*, sino, acaso, de *comparación* (como en el supuesto de que se permita a un extraño conservar, sin sufrir reducción, los bienes donados hasta un valor igual a la parte de libre disposición relicta y sin que ésta pierda su carácter disponible —posición que, contra la común opinión, atribuyó Palacios Ruvios a la ley 28 de Toro, admitiendo que pudiera disponerse de un quinto por donación y de otro por testamento—) o de *desplazamiento* (en el caso de que lo donado a un legitimario o a un extraño, hasta el montante, respectivamente, de la legítima o de la parte libre, calculadas con relación al caudal relicto, desplace de aquellas porciones la sustancia relicta de modo que, en sus respectivos casos, deje de ser legítima o porción libre). Ese desplazamiento resultaría, de esa mal llamada imputación, cuando lo donado ocupare contablemente el lugar de un valor relicto equivalente, derramándolo fuera de su correspondiente cuota; es decir, dejándolo extra parte, al pasar a ser considerado parte libre o legítima, inversamente a lo que sería sin el desplazamiento.

Un dilema resulta insoslayable a esta tesis: o el padre dispondría de un tercio de lo relicto más otro tercio de igual cuantía por vía de donación; o bien, habría que imputar al tercio de libre disposición de lo relicto el valor de lo donado a extraños, vaciando el equivalente relicto para que engrosara la legítima, pero entonces ésta ya no sería un tercio ni de lo relicto ni de la suma de lo relicto y de lo donado (225).

(224) MANRESA, op., vol. y arts. cits., II, A, p. 550.

(225) Véase el ejemplo que al respecto puso el notario Antonio Arenas (loc. cit., p. 75): “Un padre, al que sobreviven sus hijos, dona en vida a un extraño nueve; a su fallecimiento quedan en su poder bienes que valen tres, sin deudas ni cargas conforme al criterio que parece desprenderse de la letra de los artículos 1.035 y 818 y que defienden los citados comentarios [de MAN-

b) La tesis de Sánchez Román —como dijimos hace tiempo— (226) se puede relacionar, como próxima, no sólo con la de los clásicos Gómez y Molina, S. I., y con la de los más recientes Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán, “sino con la modernamente defendida por Cicu en Derecho italiano... La diferencia básica estriba en la distinta concepción de la legítima relicta, romanista en nuestros autores, y como reserva germánica por Cicu”.

Posteriormente, Guillermo G. Valdecasas (227) ha formulado su tesis, que trata de aplicar a nuestro Derecho la distinción de Cicu, entre cuota de reserva y cuota de legítima, y que —salvando la diferencia entre el carácter asignado a la legítima *mortis causa* por Sánchez Román (228) y el señalado a la cuota de reserva por G. G. Valdecasas (229)— coincide con la de aquél en el modo de determinar tanto la parte forzosa de lo relicto como el cómputo básico para la reducción de las donaciones (230).

En síntesis, Sánchez Román opina que existen tres cómputos legitimarios:

1.º Dimanante del art. 808, en rel. con el 818, § 1, que determina la *legítima de lo relicto frente a los herederos voluntarios y legatarios*, de la que a su juicio se deriva que la parte libre del caudal relicto, sólo se calcula con relación al activo líquido de éste, sin agregar, ni siquiera contablemente, el valor de donación alguna, colacionable o no (231).

RESA], resultará que, como el donatario no es heredero forzoso, no tendrá obligación de colacionar y, por ende, que como la donación no es colacionable, no hay que agregar los nueve a los tres para fijar la legítima; pero como quiera que la donación es a todas luces inoficiosa, ¿cómo y en cuánto la hemos de reducir? Confesamos que nosotros no sabemos pasar de aquí, y que no se nos ocurre qué habría de hacerse, porque si el caudal hereditario es tres, uno será la cantidad de libre disposición, y entonces ¿al donatario sobran ocho? No, porque quedaría uno de libre disposición en su poder y uno de libre disposición en la herencia, que ya son dos, y aunque así no fuera tampoco sabemos qué habrá de hacerse con esos ocho que devolviera el donatario, porque si se suman a los dos que tenemos de legítima y mejora, hacemos subir estos dos tercios a 10, y sería un verdadero absurdo; lo mismo resulta cuando la donación no es inoficiosa: cantidad donada a un extraño, uno; caudal relicto, nueve; tercio de libre disposición, tres; hay que respetar la donación íntegramente, y entonces los tres de libre disposición, ¿pueden invertirse, por ejemplo, en legados? Resultará que entre ellos y la donación suman cuatro, y los dos tercios de legítima y mejora sólo seis; se ve que resulta, en uno y otro caso, la imposibilidad de encontrar una regla que, dentro del cumplimiento del precepto fundamental del artículo 636, sirva para reducir ni respetar las donaciones...”

(226) “Apuntes...”, III Parte, § 11, nota 738, ed. sep., p. 469 y A. D. C. VIII-II, p. 305.

(227) GUILLERMO G. VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, en R. D. P. XLVII, noviembre 1963, pp. 957 y ss.

(228) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-III, cap. XVIII, n. 57, pp. 2026.

(229) G. G. VALDECASAS, II, 3, pp. 966 y ss.

(230) G. G. VALDECASAS, III, 2, pp. 973 y ss.

(231) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 113, p. 953.

2.º Resultante del art. 818, § 2, para calcular la *legítima de cada uno de los herederos forzosos en sus relaciones entre sí*, a cuyo fin se suma a lo relicto líquido lo recibido a título lucrativo por los herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión, bien sea imputable a la legítima o en concepto de mejora (232).

3.º Consecuente con los arts. 654, 656 y 818 y ss., para determinar la *legítima a los solos efectos de la reducción de las donaciones inoficiosas*, que requiere la suma a lo relicto líquido de todas las donaciones quien quiera que sea el donatario (233).

c) La opinión predominante (234) sigue el criterio que habían defendido Tello Fernández, Ayerve de Ayora y Acevedo y que luego continuó Llamas y Molina y que García Goyena hizo triunfar en el art. 618, § 2.º, del Proyecto de 1851, según ésta sólo hay un cálculo de la legítima y para realizarlo hay que sumar a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias (que luego examinaremos): legítima estricta, tercio de mejora y tercio de libre disposición, son siempre cuotas iguales del mismo todo, formado contablemente con aquella suma que es su base común de cálculo. En efecto:

1.º Los artículos 808 y 818 del C. c. deben interpretarse en recíproca conexión. El primero determina las cuotas que constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos, la porción disponible como mejora y la de libre disposición. El segundo indica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas ideales, la legítima. Aquél señala la *proporción* y éste la *base* a la que debe aplicarse aquélla.

2.º Un examen conjunto de los artículos 818, 819 y 820 hace palpable la evidencia de que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos. El artículo 820 comienza diciendo: "*Fijada la legítima conforme a los dos artículos anteriores*", con lo cual da por sentado que tanto el artículo 819 como el 818 son normas reguladoras de su fijación, y que ambos son correlativos al respecto. Ello obliga a interpretarlos en recíproca relación. Y si el artículo 819 hace entrar en juego lo donado a extraños, para imputarlo a la parte libre, es que esas donaciones deben computarse para fijar la masa de donde deducir la parte libre y también la legítima, no sólo por la referencia de las primeras palabras del artículo 820 al 819 (uno de los dos anteriores), sino también por la correlatividad de una u otra cuota que resulta relacionando el artículo 819 con el 818 del C. c.

Al efecto, nada arguye en contra el artículo 808, si se interpreta sistemáticamente, relacionándolo con los demás citados. Su referencia

(232) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-III, cap. XVIII, n. 57, p. 2026.

(233) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., pp. 2025 y s.

(234) Corresponde a los autores citados *supra* en la nota 221.

a “*las dos terceras partes del haber hereditario*”, debe entenderse en relación con los artículos 818, 819 y 820 —que detallan el cómputo de la legítima— y sin exigir al Código civil una precisión técnica que no tiene y que es desmentida por normas concretas del propio cuerpo legal.

Por otra parte, la tesis contraria no puede superar un argumento *ab absurdum*, que ya fue esgrimido en el siglo XVI por Ayerve de Ayora. ¿Es que para calcular lo libremente disponible *mortis causa* lo donado como anticipo de legítima, por ser *donatum* y no *relictum*, no puede imputarse a lo relicto del que es anticipo? Como notó aquel autor: si el padre pudo en vida satisfacer íntegramente la legítima a sus hijos mediante donaciones —sin perjuicio del derecho irrenunciable de éstos al suplemento—, resultaría anómalo que esos mismos hijos pudieran exigir una segunda legítima respecto a los bienes que restaran al causante a su fallecimiento —no habiendo lugar a complemento por no haberse incrementado la fortuna de éste—, y, además, resultaría de peor condición el padre que en vida anticipó generosamente la legítima a sus hijos, que el que nada les dejara antes de su muerte.

3.º Si, tal como el artículo 636, § 1.º afirma, “*ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento*”, tendremos que convenir en que: o bien hay que formar, al menos contablemente, una masa única con lo relicto y lo donado, para aplicar el módulo correspondiente a la suma; o bien, habrá que formar dos masas distintas, para aplicar a cada una los mismos módulos, de modo tal que hubiese una legítima, una parte de mejora y otra de libre disposición de lo relicto y otras tantas partes de lo donado. Pero esta duplicidad e independencia es desmentida por el artículo 820, núm. 1.º, que dispone: “*Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo y anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento*”. Lo cual significa que unas y otras se imputan a una cuota del todo idealmente formado con donaciones y bienes relictos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación.

La S. 4 mayo 1899, basándose en el artículo 819, interpretó el artículo 818 en el sentido de que lo donado a extraños también se colaciona para calcular y salvaguardar la legítima, cargándose a la cuota hereditaria de libre disposición.

Y la S. 16 junio 1902, en su segundo considerando, al referirse a la admisión por el artículo 1.036 de la dispensa de colación concedida por el causante, explica que: “lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescindiera de ellas en el inventario o cuerpo general de hacienda para imputarlas donde corresponda... también para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades...”.

Doctrina que el Presidente del Tribunal Supremo explicó en la Memoria de 1902, concluyendo la necesidad de traer a la cuenta de

las particiones “todo lo que con relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición”.

Esta opinión es la que hemos sostenido desde hace años pero con la matización de distinguir para calcular la parte de libre disposición y la mejora, la *masa de cálculo posible* y la *masa de cálculo resultante de la voluntad del causante* (235). Es decir, entendemos que es muy posible que el *de cuius*, al mandar testamentariamente cuotas de libre disposición o de mejora sólo quiera referirse a cuotas del haber relicto sin computar lo donado. Se trata, pues, de un problema interpretativo de la voluntad del testador, que, con respecto al Derecho anterior al Código civil, presenta como novedad la desaparición de la presunción de que la cuota dispuesta sólo se refería al montante de lo relicto, de no constar que la voluntad del causante hubiese sido la de referirla contablemente a la suma de lo relicto y de lo donado. Novedad que diferencia el criterio actual del sostenido en el régimen de la ley 25 de Toro por Rodrigo Suárez, Matienzo, Juan Gutiérrez, Velázquez de Avendaño y, más modernamente, por Febrero y sus anotadores.

31. Acabamos de ver que por razón del sujeto beneficiario de la donación —es decir, del donatario— todas las donaciones son computables para calcular cualesquiera de las cuotas del haber partible; ahora debemos examinar si por razón de su objeto y de su fin son o no computables todas las donaciones.

El Derecho histórico nos ofrece a estos respectos las cuestiones, muy discutidas por los autores de si era computable lo donado *minutim* o *parvee quantitatis* (236) lo gastado por el padre en concepto

(235) “Apuntes...”, III Parte, § 11, A) *in fine*: cfr. ed. sep., pp. 482 y 483 y A. D. C. VIII-II, pp. 318 y s.

(236) Las opiniones más contrapuestas fueron la de RODRIGO SUÁREZ (op. cit., “Repetitio Legis Regni. § últ., n. 27, p. 571), que sostuvo su no-computación, y de la de TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., lex 28, n. 4, fol. 222), que entendió que debían computarse e imputarse al quinto, pues “de minimis habenda est ratio ut de magnis”. Opiniones intermedias fueron las de MATIENZO (op. cit., Lib. 5, Tit. 6, lex XII, 28 de Toro, gloss III, nn. 2 y 3, fol. 162 *in fine* y vto.) que entendió imputables al quinto las donaciones *minutim* hechas a los hijos y no las a extraños; GREGORIO LÓPEZ (glos. a las palabras “*en vida*” de la ley 8, tit. IV, 5.^a Partida, ed. y vol. cit., p. 50, n. 48) y JUAN GUTIÉRREZ (op. cit., Lib. II, Quaest. LXVIII, n. 2, pp. 157 y ss.) consideraron respaldada por la costumbre y más equitativa la opinión de SUÁREZ, pero con la salvedad de que si la acumulación de tales donaciones *minutim* arrojase una suma considerable deberían computarse e imputarse al quinto; AYERVE DE AYORA (op. cit., Pars II, Quaest. XXXV, nn. 31 y 32, fol. 112), aplica esta salvedad si las donaciones no fueron muy menudas ni muy necesarias, sino que honestamente pudiera haber pasado el padre o madre sin darla, porque su hacienda ni su calidad le obligaban a ello; y ANGULO (op. cit., lex. XII, gloss. única, n. 26, p. 647) sólo las estimaba computables en supuesto de fraude, “*ut nec donatio immodica sit, vel ad finem defraudandi fiat*”.

de alimentos de sus hijos (237) o para su educación y carrera (238) y las donaciones remuneratorias (239).

Después de promulgado el Código civil, dada la forma un tanto confusa con que se entrecruzan en el mismo la computación para cálculo de las legítimas y la colación propiamente dicha, no ha resultado clara la determinación de las donaciones no computables. De ellos hemos ocupado en nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" (240) y de lo allí estudiado ofrecemos aquí las siguientes conclusiones:

a) *Donaciones remuneratorias.* El artículo 622, a pesar de su defectuosa redacción y sus deficiencias técnicas, lleva a solución de que estas donaciones sólo deben computarse en cuanto al plus-valor de lo donado respecto al servicio remunerado (241). La prueba de ese plus-valor corresponderá al legitimario reclamante.

b) *Donaciones onerosas y modales.* El mismo artículo 622 lleva a la conclusión de que sólo son computables en lo que excedan del valor del gravamen o *modus* impuesto (242).

c) *Donaciones usuales.* Hoy la cuestión de su computación se centra en la posibilidad de insertarlas entre los "regalos de costumbre", a que se refiere el artículo 1.041 *in fine* (243). La determinación de ese carácter es indudablemente una cuestión de hecho, que los Tribunales deberán resolver caso por caso atendiendo a sus diversas circunstancias, como son la posición económica y social del donante, la ocasión del regalo, los vínculos personales con el donatario, el valor de lo donado. Entre los regalos usuales, además de los de santo,

(237) Cfr. JUAN SALAS, "Digesto Romano-Español", T. II, 6.^a parte, L. XXXVII, Tít. VI, n. 13; cfr. 2.^a ed. Madrid, 1852, p. 84.

(238) Cfr. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, "Elementos del Derecho Civil y Penal de España", Lib. III, tít. III, lex. V, § II, n. 219; cfr. 13 ed. Madrid, 1882, vol. II, p. 142); BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, "Código o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español", Lib. III, cap. V, sec. III, art. 2.^o; cfr. ed. Madrid, 1863, vol. III, pp. 550 y ss.

(239) DIEGO SEGURA, ("Repetitiones decem super", § final, L. III, ff. de lib. et postum et pupil. Rapet. § Cum filiae. Lex Coheredi. ff. de Vulga. § Cum filiae, e coherendi, n. 174; cfr. novissime ed. Salmantiae, 1547, fol. 1); PALACIOS RUVIOS ("Receptitio...", § 50, fol. 46); DIEGO CASTILLO (op. cit., proemio, fol. 4 vers. "Ex quo tria singulariter infero"); y LUIS DE MOLINA S. I. (op. cit., Disp. 244, col. 1505) sostuvieron que no debían computarse para cálculo de las legítimas ni imputarse al quinto. Contrariamente COVARRUVIAS ("In tít. de testamentis interpretatio" "Ex cap. cum in officiis, n. 11; ed. Lugduni 1584, vol. II, p. 46) que las estimó imputables a quinto y tercio.

(240) "Apuntes...", III Parte, § 11, B, pp. 484 y ss., o A. D. C. VIII-II, pp. 319 y ss.

(241) Así han opinado MORELL (R. G. L. y J. XCIX, p. 326), FUENMAYOR "Estirpe única y representación hereditaria", en "Estudios jurídicos", año II, octubre 1942, núm. IV, fasc. 2 de Derecho Privado, págs. LXII y ss. y notas 112 y 106; LACRUZ BERDEJO *Notas* al Binder, § 33, p. 306; GARCÍA-BERNARDO, op. cit., p. 176.

(242) MORELL, FUENMAYOR, LACRUZ, GARCÍA-BERNARDO loc. últ. cit.

(243) En este sentido, ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, § 136, II, vol. II, p. 346; LACRUZ BERDEJO y GARCÍA-BERNARDO, ops. y locs. últ. cit.

aniversario, etc., deben incluirse las limosnas, donativos y propinas, que por su cuantía y ocasión puedan reputarse usuales.

d) *Donaciones de frutos, rentas e intereses.* Han sido opuestos los criterios de Morell (244), que las consideró no computables, y de Fuenmayor (245), según el cual “el Código para nada distingue entre bienes y frutos, intereses y rentas y sería absurdo que debiera contarse en la masa hereditaria la donación que comprendiese una pequeña parte del patrimonio y se dispensara de la reunión ficticia a la donación cuantiosa realizada con intereses o rentas”. En realidad, el Código civil no ofrece base para que las donaciones, hechas o no con frutos, rentas o intereses, no se computen, si no tienen además el carácter de donación usual.

e) *Gastos por alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario.* Están enumeradas en el artículo 1.041 del C. c. entre las no colacionables, junto a los regalos de costumbre. Tradicionalmente se han considerado no computables en el cálculo de la legítima. Circunstancia que, unida a la confusión en algunos preceptos del Código entre colación y computación, a que antes hemos aludido, inclina a considerarlas excluidas de la computación para cálculo de las legítimas.

f) *Gastos que el padre hubiera hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística rebajando lo que éstos habrían gastado viviendo en casa y compañía de los padres.* Algunos autores (246) han entendido que no deben computarse a no ser que el padre hubiese ordenado su computación o colación, aplicando así también el artículo 1.042 no sólo a la colación propiamente dicha sino también a su computación para calcular las legítimas. Sin embargo, la letra del artículo 1.042 no favorece esta interpretación, ya que dispone que se lleven a la masa *cuando perjudiquen a la legítima*. Si pueden perjudicar a la legítima es que deben computarse idealmente para calcularla y saber si la perjudican. La reducción por inoficiosidad del exceso presupone el cómputo total a efectos de calcularlo. Por eso se ha dicho (247) que la regla del artículo 1.042 se descompone en tres: una de computación y dos de imputación, según haya ordenado o no el padre su colación y según lesione o no, las demás legítimas. A juicio nuestro estos gastos sólo pueden considerarse dispensados de computación cuando, atendiendo el nivel económico y social de la familia de que se trate, quepa o no incluirlos entre los gastos normales de educación de los hijos y, por tanto, comprendidos en el artículo 1.041 del Código civil.

(244) MORELL, loc. últ. cit.

(245) FUENMAYOR, loc. últ. cit.

(246) DE BUEN (*Notas al COLIN y CAPITANT*, vol. VIII, p. 426), FUENMAYOR y LACRUZ (locs. últ. cit.).

(247) MANUEL CALDERÓN NEIRA, “La colación en el Código civil”, en R. G. L. y J. CXI, 2 semestre 1907, p. 134.

g) *Primas de seguros a favor de tercero concertadas por el causante sobre su propia vida.* Hemos indicado antes (cfr. *supra* número 8) que, a juicio nuestro, las primas satisfechas no deben computarse si puede considerárselas comprendidas entre las donaciones usuales o los deberes de previsión jurídica o meramente morales, habida cuenta tanto de su modicidad como de la persona y circunstancias del beneficiario y de los deberes morales que para con éste tuviera el estipulante.

32. Hemos visto al ocuparnos del cómputo del caudal relicto que, conforme al artículo 818 para calcular de la legítima y fijar la parte disponible y la indisponible del caudal relicto, éste se valora en la fecha de fallecimiento del causante; pero que, a dicho fin, se agrega—conforme al § 2.º del mismo artículo 818— el valor que tenían las donaciones “*en el tiempo en que las hubiere hecho*”.

La historia y el Derecho comparado (248) nos han ofrecido dos criterios distintos a este respecto: uno, que refiere el valor de lo donado al tiempo de otorgarse la donación; y otro, que lo remite a la fecha del fallecimiento del causante.

El Derecho romano, debido al distinto origen de la *querella inoficiosi testamenti* y *querella inofficiosae donationis*, no ofreció el mismo criterio para determinar en qué momento se valoraban las donaciones para juzgar de la oficiosidad de las mismas y de las demás que el mismo causante hubiese otorgado. Así la dote y las otras donaciones por causa de matrimonio (249), para la compra de un cargo público (250), las *mortis causa* y las verificadas como anticipo de legítima (251) se valoraban al fallecimiento del causante; y, en cambio, las demás donaciones se valoraban con referencia a la fecha en que se otorgaron (252).

No cupo duda de que en el régimen de las leyes de Toro, el valor de los bienes del causante se computaba a la fecha del fallecimiento del causante, tanto a efectos del cómputo y límite de las mejoras (leyes 19 y 23) como al de la inoficiosidad, de las donaciones, excepto la dote respecto de la cual se confería en la ley 29 opción al marido para escoger para su estimación entre el momento de otorgarse o el del fallecimiento del dotante (253); pero como a ese caudal y para dichos cálculos, debían sumarse las donaciones simples y las

(248) Cfr. nuestro cit. “Computación, imputación y reducción de...”, I, D, pp. 67 y s.

(249) Cód. III-XVIII, 29.

(250) Cód. h. t., 30.

(251) Céd. h. t., 35, § 2.

(252) Nov. 92, cap. I.

(253) Acerca de esta opinión y de si fue o no revocada por la Pragmática de Madrid de 1534 (l. 1, tít. II, libr. V, y la Novísima Recopilación), cfr. nuestros “Apuntes...” III Parte, §§ 6 y 8, pp. 380 y ss. y 414 y s., o en A. D. C. VII-IV, pp. 1066 y ss. y 1100 y s.

causales hechas por el causante, se planteó en qué momento debían valorarse para efectuar dicha suma. Angulo (254) entendió:

1.º Que lo donado a cuenta de la legítima o con carácter revocable como mejora debía valorarse conforme las reglas de la colación, que según el Derecho romano, se remitía al tiempo de la muerte del causante, pero restándose el aumento debido a industria del donatario y sumándose el valor del detrimento causado por su culpa.

2.º Que lo donado irrevocablemente a cuenta de la mejora —tanto si fuese de cuota como de cosa cierta—, debía valorarse con referencia al tiempo de la donación, de modo que los aumentos de valor y el riesgo de la pérdida o los detrimentos, recaerían en el donatario aunque aquéllos no se debieran a su industria ni éstos a su culpa.

La razón de esa diferencia la atribuyó, de una parte, a la actualidad de la enajenación, en el segundo supuesto, y, de otra, al carácter en cierto modo condicionado de las mejoras revocables junto a la naturaleza de anticipo de las imputables a la legítima.

García Goyena (255), al glosar las palabras “*En el tiempo en que las hizo*” del artículo 648 del Proyecto de 1851 —antecedente del vigente 818 C. c.— se remitió a lo que expuso en el artículo 887 acerca de la colación, “sobre los motivos de habernos separado de los Códigos modernos y de la opinión común”. Y, de sus comentarios a este artículo (256) con respecto a nuestra cuestión, son de destacar las siguientes frases:

“La donación o dote fue una verdadera enajenación, y poco importa que la cosa fuese mueble o inmueble; se donó por lo que entonces valía; éste es el hecho.

“El derecho aplicable a este hecho es no menos claro: el aumento o detrimento de la cosa, su pérdida, aun casual e inculpable, es para su dueño, que a su vez la puede enajenar; y tal vez hayan ocurrido dos o muchas enajenaciones.

“Esta ha sido la opinión de toda mi vida, sin negar que la contraria era la común, y tal vez la más conforme al derecho constituido; pero ahora se trata de constituir el que parezca más sencillo y conveniente.”

Para mejor comprender la cuestión enunciada, debemos distinguir tres posibles causas determinantes de la diferencia de valor, nominal o real, que puede resultar entre el día de la donación y el del fallecimiento del causante:

1.º Aumentos de valor debidos a la industria o capital del donatario y disminuciones imputables al mismo por dolo o culpa.

2.º Aumentos o disminuciones, independientes de la conducta del donatario, debidas a la revalorización o desvalorización efectiva de la cosa por ciertas causas extrínsecas (v. gr. crecimiento o decadencia

(254) ANGULO, op. cit., lex VII, gloss. I, n. 36, pp. 434 y ss.

(255) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 648, p. 98.

(256) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 887, p. 256.

de una ciudad, nuevo trazado de una vía de comunicación, etc.), o bien por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero (v. gr.: mutación de cauce, accesión verificada por tercera persona).

3.º Aumentos o disminuciones ficticias de valor, debidas exclusivamente a la oscilación del valor de la moneda. Supuesto en el cual no varía el valor efectivo de la cosa, pero sí su determinación monetaria o valor nominal.

Si el cambio de valor es debido a mejoras o deterioros imputables al donatario, los resultados obtenidos en cualquiera de los dos momentos de la valoración, coinciden prácticamente dadas las correcciones aplicables en el sistema de valoración de las donaciones al fallecimiento del donante, en virtud de las cuales se le debe abonar el importe de las mejoras que hubiere realizado en la cosa donada y cargársele el de los deterioros o pérdida debidos a su culpa.

La disparidad, en cambio, es real y evidente respecto de los aumentos, deterioro o pérdida no imputables al donatario y objetivamente producidos en la cosa donada en el transcurso del tiempo transcurrido desde la donación hasta la muerte del donante. Los riesgos, favorables y adversos, recaen en donante o donatario según se refiera la valoración a uno y otro momento.

Pero otra cuestión a dilucidar es la referente al falso *plus valor* de la cosa debida a un *minus valor* de la moneda. Se trata de decidir si la valoración de lo relicto y lo donado debe hacerse en una moneda que si bien nominalmente es la misma, no tiene el mismo valor adquisitivo en el momento al que se refiere la valoración de lo relicto que tenía en las fechas en las que se fijó el valor de cada una de las donaciones efectuadas.

Entre los autores que se han ocupado de esta cuestión no hay acuerdo (257). A juicio nuestro (258), en las relaciones sucesorias no parece que pueda interferirse el carácter de orden público que se atribuye al principio nominalista, aun cuando lo tuviera en la contratación; y parece contrario a la equidad aplicar medidas distintas para estimar lo que reciben y lo que han recibido los diferentes interesados en una misma herencia. 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, que han de ser objeto de imputación y, tal vez, de reducción.

(257) Son nominalistas MARÍN MONROY, "La colación...", loc. cit. pp. 252 y ss.) —a pesar de que critica este criterio que cree impuesto por el Código— y ROCA SASTRE, "Notas al Kipp", vol. II, § 131, I, p. 304. En cambio, son partidarios de considerar como *cifra de valor* y no como *cifra de dinero* esas estimaciones. NÚÑEZ LAGOS ("La colación y crítica de los problemas de valoración (una conferencia de MARÍN MONROY)" en R. G. L. y J. 180, 2.º sem. 1946, pp. 721 y ss., y LACRUZ BERDEJO, *Notas al Binder*, § 29, III, p. 260.

(258) Cfr. "Apuntes...", III, § 11, C, pp. 494 y s. o A. D. C., VIII-II, pp. 327 y ss., y "La antítesis inflación-justicia", en R. Jur. de Cataluña, LIX, septiembre-octubre 1960, pp. 577 y s., o en R. Internacional del Notariado, 50-51, 2.º y 3er. trim. 1961, pp. 47 y ss.

Sin embargo, a veces tampoco resulta equitativa la aplicación de la moneda actual para medida del valor que lo donado tenía el día de la donación. Así, v gr.:

Parece que será justo aplicar la moneda actual para estimar —real y no nominalmente— el valor que tenía lo donado cuando se donó, si lo donado es un inmueble que el donatario conserva. Pero, en cambio, no parece que lo sea si el donatario enajenó la finca antes de desvalorizarse la moneda para con su importe cubrir sus necesidades, o cuando la finca donada haya sido también desvalorizada por la ley (v. gr.: como la propiedad urbana arrendada en virtud de la L.A.U.), o si lo donado fueren títulos de la deuda pública que también conserva el donatario. Parece atinado en esos casos, como expresa Kipp (259), para el Derecho alemán, atenerse a las circunstancias específicas del caso, sin cerrarse a ninguno de los dos criterios prefijados, y aplicar el que resulte más razonable atendidas aquéllas.

B₂) ESPECIALIDADES DE LAS REGIONES FORALES EN ORDEN A LA COMPUTACIÓN DE LAS DONACIONES.

Las compilaciones de los Derechos forales han concretado las diversidades de estas regiones, con respecto del Código civil, en la materia que aquí examinamos.

ab) Aragón.

33. Hemos visto antes que el artículo 119, a fin de computar el caudal del cual se deduce la legítima material colectiva, se remite “a lo dispuesto en el artículo ochocientos dieciocho del Código civil”. Lacruz Berdejo (260) comenta así esta remisión:

“El artículo 119 establece como base de la fijación de la legítima el mismo patrimonio que el Código civil; es decir, la reunión del *donatum* y el *relictum*: la proporción de los dos tercios no se aprecia exclusivamente frente al caudal dejado por el causante, sino al producto de reunir éste y lo que donó en vida. Puede ocurrir, así, que todo el caudal relicto sea de libre disposición, porque el causante hizo efectiva la legítima a los hijos por medio de donaciones; puede ocurrir, al contrario, que nada del caudal relicto sea disponible, porque las donaciones a extraños llenan ya la tercera parte del patrimonio base. En punto al cálculo de la legítima global, entonces no hay diferencia con el Código; como en él, desde luego, no entran en el caudal resultante las dotes y donaciones *propter nuptias* (cfr. art. 1.333), salvo, acaso, en el supuesto de segundas nupcias, frente a los hijos del primer matrimonio” (261).

(259) Kipp, op. y vol. últ. cit., § 88, VII, I, p. 55 en rel. § 131, I, 4, a, p. 292.

(260) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “Las legítimas en la Compilación”, VII, en R. C. D. I., XLIV, marzo-abril, 1968, p. 518.

(261) Nótese que no estamos de acuerdo con LACRUZ acerca de que en el

bb) *Baleares.*

34. La Compilación balear no contiene ningún precepto que determine si las donaciones han de computarse por el valor de los bienes donados en la fecha de la donación o por el que tengan en la fecha del fallecimiento del donante, previo deducir el importe de las mejoras e incrementar el de los deterioros imputables al donatario. ¿Significa ello que esta determinación se regula por las normas del Código civil, concretamente por su artículo 818?

Entre las disposiciones relativas a la isla de Mallorca tenemos las referentes a las donaciones universales (arts. 8 a 13) y a la definición (art. 50) no aplicable a la isla de Menorca (art. 65) y sí, en cambio, a las de Ibiza y Formentera (arts. 69 y 80).

La *donación universal* equivale a una sucesión universal y la *definición* a la compensación anticipada de la legítima con una donación o ventaja, cualquiera que sea su valor. ¿Repercuten estas instituciones en la determinación del valor de lo donado a efectos del cómputo de las legítimas?

¿El criterio realista (262) del artículo 47 debe aplicarse a la donación universal, que el artículo 8.º define como "*valde de presente y efectiva a la muerte del donante o de su consorte*"? Creemos que sí, dada su efectividad a la muerte del donante, parece que a la donación universal debe aplicársele el criterio del artículo 47 Comp. en cuanto a referir la determinación de los bienes computables y a su valoración respectivamente a la fecha del fallecimiento del causante y la del pago de la legítima.

¿Se debe aplicar igual criterio a las demás donaciones? Del artículo 50 resulta que ni el donatario ni los herederos del donante, cuando haya habido "definición", pueden reclamar a efectos de la legítima del donatario rectificación alguna por razón de su valoración. Pero, ¿podrán los demás legitimarios exigir que, para calcular la propia legítima se compute lo donado al que la recibió con definición según su valor a la fecha de satisfacerse sus legítimas o, al menos, al de la muerte del donante? No parece adecuado referirla al momento de pagarse la legítima, puesto que el heredero obligado a satisfacerla no corre con el *periculum* ni el *commodum* de esos bienes, que al causarse la sucesión ya no la integran, y tal vez —dada la eficacia de la

régimen del Código civil no se computen las dotes y las donaciones *propter nuptias* para el cálculo de la legítima. Del art. 1.333 sólo se deduce su irrevocabilidad por las causas previstas, 644 y 648 C. c., pero no su no computación a efectos del art. 818 y ni siquiera su no reducibilidad a tenor del art. 654. Por otra parte, no debemos olvidar que precisamente esas donaciones en el Derecho de Castilla, como en Derecho romano, estaban catalogadas entre las *ob causam*, imputables a la legítima según determinaba la ley 29 de Toro.

(262) Cfr. JUAN HERNÁNDEZ CANUT, "La compilación del Derecho civil especial de Baleares", en A. D. C., XIV-III, julio-septiembre 1961, p. 680, que dice, comentando el art. 47: "se trata de una posición realista que advierte la ascendencia romana y la huida de la postura nominalista".

“definición”— tampoco sea adecuado valorarlos a la muerte del donante, sino con referencia al momento de la donación.

¿*Quid* respecto las demás donaciones? No juegan aquí las razones que acabamos de dar y, sin duda, deben computarse en el momento de fallecer el causante, y creemos que también a ese momento hay que referir su valoración, al menos si el donatario no fuera el heredero, pues a partir de ese instante, además de quedar concretada su aplicación a la legítima del donatario, esa corrección implica también la plena asunción de su correspondiente *periculum* y *commodum*. En cambio, si el donatario fuese el heredero, parece adecuada la total aplicación de los criterios del artículo 47.

cb) *Cataluña*.

1) *En las legítimas ordinarias*.

35. La misma cuestión suscitada en el Derecho común acerca del cómputo de todas las donaciones para calcular las legítimas, fue planteada en Cataluña y resuelta de igual modo en Sentencia de 4 de diciembre de 1604 de la Regia Cancillería, en la causa de Bartolomé Renius contra los pupilos Renius de Mataró, en la que se resolvió que las legítimas no pueden disminuirse por donaciones ni dotes y deben satisfacerse como si éstas no hubieran sido hechas (263).

Cierto es que Borell i Soler (264) no tuvo en cuenta la solución del Derecho común y, siguiendo a los romanistas modernos, contempló la solución sin la armonización de los criterios de la *querella inofficiosi testamenti* y la *querella inofficiosi donatonis vel dotis*, y habló de que se computaban las donaciones colacionables, las en anticipo de legítima y las inoficiosas. ¿Quiso decir con ello que las demás no se computaban? No lo opinaron así otros autores (265), que estimaron que todas debían computarse, tal como Durán y Bas propuso en su Memoria (266).

La Compilación catalana se ocupa de la computación de las donaciones en el ap. 2.º del § 1.º del artículo 129 y de su valoración en el § 2.º del mismo artículo.

(263) Cfr. FONTANELLA, “De pactis nuptialibus”. Cl. V, Gloss I, Pars III, n. 37; cfr. ed. Lugduni 1667, vol. II, pp. 38 y s. Cfr. también FRANCISCO MASPONS ANGLASSELL, “Nostre Dret Familiar segons els autors clasics y les sentencies del antich Suprem Tribunal de Catalunya”, Barcelona, 1907, §§ 299 y 300, pp. 148 y s.

(264) ANTONI M.^a BORRELL I SOLER, “Dret civil vigent a Catalunya”, § 505, ed. cit., vol. V-2.º, pp. 420 y s.

(265) GUILLERMO M. BROCA Y JUAN AMELL. “Instituciones de Derecho civil catalán vigente”, n. 740, cfr. 2.ª ed. Barcelona, 1886, vol. II, p. 430; JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, en dictamen fechado en Barcelona, noviembre 1890, cfr. “Dic-támenes”, Barcelona, 1920, p. 99.

(266) MANUEL DURÁN Y BAS, “Memoria de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña”, Barcelona, 1883, Parte 6.ª, cap. 4, p. 201.

Dice el artículo 129, § 1.º, ap. 2.º: “A este valor líquido [de lo relicto] se añadirá el de los bienes que hayan sido donados por el causante, sin más excepción que las donaciones, liberalidades y expensas a que se refiere el artículo 1.041 del Código civil, las efectuadas de conformidad con el uso, el esponsalicio o “escreix” y la “soldada”.

De estas excepciones, la del artículo 1.041 C. c. tiene específicos precedentes catalanes (267). Si bien este artículo ya incluye los «regalos de costumbre», el 129 Comp. Cat. expresamente añade las donaciones «efectuadas de conformidad al uso», tal vez para hacer con ello especial referencia a los usos de la propia región o de comarcas o localidades de la misma. El carácter remuneratorio de la “soldada del pubill” (art. 43) justifica su no computación; y la razón de la exclusión del esponsalicio o “escreix” parece que radica en que el “escreix” a la muerte de la mujer o el marido, sin perjuicio del usufructo del supérstite, pasa a los hijos (art. 46 Comp. Cat.) no como herencia sino, conforme las SS. de la Audiencia de Cataluña de 23 noviembre 1590 y 17 julio 1614, “ex stipulatione ipsorum favorem facta, et sic iure proprio” (268).

El artículo 129, § 2.º, precisa: «El valor de los bienes objeto de dichas donaciones o liberalidades será el que tenían al tiempo de fallecer el causante, previa deducción de las mejoras útiles costeadas por el donatario en los bienes donados y al importe de los gastos extraordinarios de conservación o reparación que haya sufragado el mismo, no causados por su culpa. Al valor de los bienes se agregará la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que hubiesen disminuido su valor. De haber el donatario enajenado los bienes donados, se tomará como valor el que tenían en el momento de la enajenación. De los bienes que hubiesen perecido por culpa del donatario, sólo se computará su valor al tiempo en que su destrucción tuvo lugar».

Faus Esteve y Condomines Valls (269) glosan: “El artículo 818 en relación con el 1.045 ambos del Código civil propugnan solución distinta, que puede resultar altamente injusta en épocas de depreciación monetaria. Por ello, y principalmente porque éste es el criterio del *Corpus* se valora el *donatum* referido al fallecimiento del causante, con lo que se mitigan en parte las consecuencias de la depreciación monetaria, y se introduce por vía indirecta una aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, de indudable justicia”.

(267) Cfr. FONTANELLA, op. cit., cl. VII, Glos. I, Pars II, n. 29, ed. y vol. cits., p. 367. Por eso, MASPONS ANGLASELL (op. últ. cit., n. 300, 1.º, nota *, p. 149) dice que no han de imputarse los gastos hechos por el padre para la educación de los hijos, enfermedad, etc.

(268) Cfr. Fontanella, op. cit., Cl. VII, Gloss I, Pars I, núm. 64, p. 362. También MASPONS, op. cit., n. 147, p. 71, nota *.

(269) RAMÓN FAUS ESTEVE y FRANCISCO DE A. CONDOMINES VALLS. “Derecho civil especial de Cataluña, Ley de 21 de julio de 1960 anotada”, Barcelona, 1960, p. 180.

36. Se computa como donación la participación del cónyuge premuerto que adquiera el superstite en virtud del pacto de sobrevivencia, en los bienes comprados en esta cláusula.

Así lo determina el artículo 61, § 2.º: «En los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, la adquisición de la participación del premuerto se computará en la herencia de éste a efectos de lo previsto en el artículo 24 y cálculo de la legítima, y se imputará en pago a cuenta de la cuarta marital».

La naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de sobrevivencia fue tema discutido en nuestras revistas jurídicas entre los años: 1944 a 1966 (270). En los dos primeros trabajos (271) que dedicamos:

(270) La bibliografía de las compraventas con pacto de sobrevivencia, es muy limitada:

EMILIO SAGUER OLIVET, Notario de Gerona, en la pág. 16 de su *Institución de los Fideicomisos* y sus efectos en Cataluña (Gerona, 1913).

MARTÍN MESTRES, en un artículo publicado en *La Notaría* le hace una simple referencia.

JOSÉ MARÍA DE PORCIOLES Y COLOMER, en su conferencia pronunciada el 16 de abril de 1934 en la "Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya", con el título "Règim Econòmic-Familiar al Baix-Urgell i Segrià" (publicada en *Conferències sobre varietats del Dret Civil Català* (Barcelona, 1934), refiriéndose a la compraventa con pacto de sobrevivencia (págs. 186 y ss.), cuya validez defiende, observa que "prescindiendo de la fórmula hábil con la que se ha introducido, hay una donación entre esposos".

JOSÉ MARÍA SANAHUJA SOLER, en el t. II de su *Tratado de Derecho Notarial* (Barcelona, 1945 —págs. 385 *in fine* y 386—), señala la afinidad entre el heredamiento mutua, las ventas a los esposos por mitad y al sobreviviente de los dos a solas, el usufructo mutuo y el seguro sobre la vida entre los dos consortes. "Son —dice— contratos a título oneroso y aleatorios en que uno de los contratantes consiente en dejar en caso de defunción, algo en favor del otro, para ganar otro tanto en caso de sobrevivencia. La disposición del uno es la contrapartida y la condición de la disposición del otro".

Como trabajos monográficos especialmente dedicados a este tema citaremos por orden cronológico:

"La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán", que publicamos en la *Revista de Derecho Privado*, año XXVIII, págs. 708 y ss.

"Dos casos prácticos - "Segundo caso práctico: La cláusula o pacto de sobrevivencia en compraventas por cónyuges de predios en común y proindiviso en relación con la *Ley Hac Edictali* y con la edificación del solar común por uno solo de los consortes", trabajo que nos publicó *La Notaría*, LXXX, 2.º tr. 1945, págs. 120 y ss.

CIRILO MARTÍN RETORTILLO: "El impuesto de derechos reales aplicado a instituciones forales. Compraventa por consortes con pacto de supervivencia", en *Rev. Der. Priv.*, XXIX (julio-agosto 1945), págs. 438 y ss. Si bien, este autor, afirma que en buenos principios no puede calificarse de donación el pacto de sobrevivencia, concluye que "el examen de las circunstancias y fines que caracterizan a la institución encaminada en la generalidad de los casos a favorecer al cónyuge poniéndolo a salvo de toda discusión de los herederos del cónyuge que premuere, demuestra el acierto con que vienen procediendo los liquidadores al apreciar que existe una donación entre cónyuges, una adquisición graciosa".

FRANCISCO VIRGILI SORRIBES: "Problemas que suscita la compraventa con pacto de supervivencia cuando existe asociación de compras y mejoras entre los cónyuges compradores" en *La Notaría*, LXXX, 4.º tr. 1945, págs. 332 y

al tema, entendimos que los derechos de los legitimarios del cónyuge premuerto dependían de la construcción dogmática externa que se reconociera a la compra con pacto de sobrevivencia. En el último (272), por el contrario, rechazamos ese criterio por entender que, de una parte, significaba el olvido de que al Derecho le interesan más los resultados que las construcciones dogmáticas y los desplazamientos de valor más que las salvedades conceptuales; y, de otra, porque suponía una visión limitada al aspecto externo (o traslativo real) de la compraventa concertada con ese pacto sin valorar suficientemente la relación interna entre los dos compradores que satisfacen por mitad el precio para comprar conjuntamente en vida y definitivamente para el supérstite, una cosa determinada.

Ya en un tercer trabajo (273) habíamos distinguido: 1, la adquisición a favor del supérstite, que derivábamos directamente de la compraventa; y 2, el pago del precio por mitad por los compradores en utilidad de ambos, en cuanto al usufructo o al dominio temporal (según la tesis que se acepte), y de uno solo, el que sobreviva, en cuanto a la propiedad definitiva consecuentemente, e incluimos en el cómputo de las legítimas del comprador premuerto la parte del precio por él satisfecha. Aunque el negocio se considere unitario, lo cierto es que produce siempre un desplazamiento patrimonial que favorece al sobreviviente, y resulta desfavorable para los herederos del premuerto: el vendedor nunca puede perder, se halla fuera del *aleas*, mientras gana el comprador que sobrevive y pierden los herederos del que premuere. Pero esta distinción entre cosa y precio pagado, que apoyamos en la establecida entre capital y primas del seguro de vida a favor de tercero en la S. 22 diciembre 1944, fue fundadamente discutida (274).

siguientes. Trabajo en el que defiende la dualidad de la compraventa y el pacto que califica de oneroso y aleatorio.

Nuestra réplica: "Teleología y Dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia", en *La Notaría*, LXXXI, 4.º tr. 1946, págs. 362 y ss.

ALVARO CALVO SORIANO: "Adquisiciones con pacto de sobrevivencia", en *Revista Derecho Privado*, XXXVI (mayo 1952), pág. 361. Interesantísimo trabajo que trata de desentrañar el pacto de sobrevivencia, penetrando en su esencia vital sin dejarse detener por su forma documental.

Y finalmente el que publicamos en *Revista Jurídica de Cataluña*, LIV, julio-agosto 1955, pp. 291 y ss., "Las compras con pacto de sobrevivencia en Derecho catalán", donde rectificamos algunos de nuestros conceptos anteriores.

Además, deben consultarse dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Una para Cataluña, de 19 mayo 1917, en la que el Notario Pablo Sanahuja defiende brillantemente la eficacia del pacto, que la Resolución admite; y otra para Mallorca, de 5 de mayo de 1932, en la que entabló el recurso Manuel Barañbar Arrarás. Notario entonces de Lluchmayor, desestimado por la Dirección.

Finalmente debe consultarse el Auto de la Audiencia Territorial de Cataluña, de 18 de enero de 1938.

(271) R. D. P., XXVIII, p. 72 y *La Notaría*, LXXX, pp. 130 y ss.

(272) R. J. de Cataluña, LIV, pp. 305 y s.

(273) *La Notaría*, LXXXI, pp. 379 y ss.

(274) ALVARO CALVO SORIANO, loc. cit., pp. 377 y ss.

En nuestro último trabajo, avanzando en la percepción realista, entendimos que el pacto de sobrevivencia, adosado a una compraventa conjuntamente efectuada, suponía la aposición a ésta de un fideicomiso contractual impuesto en interés de los compradores (275). Siendo así, las razones conceptuales abonan la computación, para cálculo de las legítimas, de la parte de la cosa que en vida había correspondido al cónyuge premuerto y no sólo de la parte del precio que éste satisfizo. A favor de esta solución abundaban también otras razones, a saber (276):

Teleológicamente la ocultación de precio y la desvalorización constante de la moneda jugarían contra los legitimarios si la computación para calcular las legítimas se limitase a sumar la parte del precio de la compra correspondiente al supérstite. Ciertamente que bajo este aspecto teleológico se contempla otro panorama cuando los compradores sólo tienen hijos comunes y se observa que, con el pacto, se trata de asegurar la viudez del padre o madre ancianos.

En el plano conmutativo es evidente que si no perdemos la percepción de la realidad, no nos puede ofrecer duda que la efectividad del desplazamiento económico se consuma al fallecer el primero de los compradores, y que en ese momento se produce el enriquecimiento del supérstite en un valor igual al que, por igual causa y sincrónicamente, deja de hacer tránsito del patrimonio del supérstite a su herencia.

Es de notar, sin duda alguna, que es muy distinto donar dinero para que el donatario lo invierta por su cuenta y riesgo, que pretender desdoblarse conceptualmente un negocio prácticamente concebido unitariamente al contemplar sus resultados previsibles y tratar de aislar la inversión del precio y el resultado de ésta, que están íntimamente enlazados en la intención de los dos compradores.

Condomines y Faus Esteve (277) han glosado así el texto que comentamos: “El segundo párrafo del artículo 61, por cierto objeto de muchas discusiones en el seno de la Comisión, trata de evitar que mediante este pacto pueda burlarse el juego de la ley *Hac edictali* o que se perjudiquen los derechos legitimarios de los hijos; precisamente Saguer al referirse a esa institución, de la cual es un ardiente partidario, dice que es evidente que los hijos tienen derecho a la legítima en la mitad que dejó el cónyuge premuerto, sin perjuicio de tenerla otra vez sobre la totalidad, si no resultan herederos del cónyuge sobreviviente”.

II) *En la cuarta marital.*

37. La llamada que el artículo 50, § 3.º, hace a las reglas de la cuarta falcidia nos llevan, en la materia que ahora nos ocupa, al ar-

(275) R. J. de Cataluña, LIV, pp. 302 y ss.

(276) R. J. de Cataluña, LIV, pp. 308 y s.

(277) FAUS ESTEVE Y CONDOMINES VALLS, op. cit., p. 94.

título 229, § 2.º, que para el cálculo de ésta considera integrados en la herencia «los bienes y derechos del testador dispuestos»... “en donaciones por causa de muerte o entre consortes” (que también se confirman al morir el cónyuge donante, conforme resulta del artículo 20 Comp. Cat.).

Pero, además, entre las disposiciones específicas que regulan directamente la cuarta marital, el artículo 150, § 3.º dice: «La viuda podrá pedir la reducción o la invalidación de las donaciones entre vivos otorgadas por su marido cuando el designio del donante hubiese sido de defraudar la cuarta marital». Sin duda en este caso tales donaciones *inter vivos* se computan para calcular la cuarta marital; pero, ¿se computan también las hechas sin tal designio aun cuando no sean reducibles?

db) *Vizcaya*.

38. La ley 13, tit. XX del Fuero de Vizcaya, relativa a la donación a un hijo de todos los bienes muebles o raíces que integraran la casa o caserío con sus pertenecidos nos ayuda a entender los artículos 21, 22 y 30 de la Compilación, y la ley 14 del mismo título nos es útil para comprender el artículo 28 Comp.

La primera aclara que los bienes raíces y sus pertenecidos donados se computan en la legítima global.

La segunda esclarece cómo se computa el quinto de libre disposición incluyendo no sólo lo relicto sino también lo donado. Decía así:

“Otro sí: dijeron que habían de fuero, uso y costumbre, y establecían por ley, que cualquier home o mujer que hobiere bienes muebles, así vacas o bueyes, o otros cualesquiera ganados y ropas de lino, o lana, u oro, o plata, y otros cualquier bienes muebles, en caso que tengan hijos o descendientes, o ascendientes legítimos, puedan mandar y disponer de todo lo fasta el quinto de todos sus bienes muebles y raíces, y no más: y a falta de los tales descendientes y ascendientes legítimos, pueda disponer de todo el mueble a su voluntad, reservando la raíz para los profincos tronqueros; con que si deudas hobiere, y bienes muebles el que tal raíz tuviere de lo mueble se paguen las deudas y no de la raíz”.

No queda duda pues de que el art. 28 Comp. cuando habla “el valor de los bienes hereditarios” se refiere tanto a lo relicto como a lo donado. El Fuero en sus citadas leyes 13 y 14 del tit. XX contempla a la par donaciones y disposiciones testamentarias.

II. DETERMINACION DE LOS DIVISORES

Obtenido el *dividendo*, siempre que se trata de calcular una legítima que sea parte alicuota del haber, hay que aplicarle el *divisor* legalmente determinado.

Ese divisor se refiere generalmente a la *legítima global* de cada clase de legitimarios.

A su vez la *legítima global* debe ser distribuida, entre los integrantes de la clase de legitimarios de que se trate, de conformidad exclusivamente con uno o bien parcialmente con ambos de los dos siguientes criterios:

— por partes o porciones legalmente determinadas, sea por cabezas, por estirpes o por líneas: *legítima individual*;

— a elección del causante facultado para usar de una facultad de libre distribución dentro del grupo de legitimarios: *legítima electiva o mejora*.

A) DIVISORES PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS GLOBALES

A₁) *En el Código civil.*

El Código civil regula las legítimas globales de los descendientes y ascendientes, legítimos y naturales.

39. *En el parentesco legítimo.*

a) *De los descendientes legítimos.*

El artículo 808, § 1.º, dice: “*Constituye la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.*”

Este precepto tiene como precedente legislativo el artículo 793, § 1 del Anteproyecto de 1882-1888, redactado por la Comisión codificadora conforme la propuesta de Augusto Comas (278). El artículo 642 del Proyecto de 1851, mantenía la legítima de los cuatro quinto —tradicional en Castilla, desde la ley 1, título V, libro IV del Fuero Juzgo, recogida en la ley 9, tit. V, lb. III del Fuero Real aclarada en la ley 28 de Toro (8, tit. XX, libro X de la Novísima Recopilación)—, y tan sólo proponía una reducción en su ap. 2, según el cual: “*Quedando un solo hijo descendiente*”, la legítima “*será de los dos tercios*” (279).

Esta cuota legitimaria, a partir de la reforma de 4 julio 1970, puede ser compartida por el hijo adoptivo, si lo es con adopción plena,

(278) Cfr. MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, “El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales”, cap. IV, sec. IV; cfr. 2.ª ed. Madrid, 1947, pp. 146 y ss.

(279) Cfr. FLORENCIO GARCÍA GOMENA, op. cit., vol. II, cap. VI, sec. I, p. 91, que explica:

“Una sola innovación se ha hecho en la legítima de los hijos por parecer razonable en sí misma, y aún conforme al espíritu de nuestra actual legislación.

“El arma del tercio quedaba embotada en manos del padre cuando tenía sino un hijo o descendiente. Se ha sustituido, pues, por la facultad de disponer del tercio de todos los bienes a favor de extraños; el padre será así más fuerte, y el hijo más sumiso”.

o recibirla éste totalmente si el causante no dejare descendencia legítima, como luego veremos.

b) *De los ascendientes legítimos.*

El artículo 809, modificado por Ley de 24 abril 1958, dice: “*Constituye la legítima de los padres o ascendientes legítimos la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.*”

La expresada reforma de 1858, introdujo el inciso comprendido entre la primera coma y el final. El texto originario tenía un apartado segundo que decía: “De la otra mitad podrán disponer libremente, salvo lo que se establece en el artículo 836”. El texto primitivo fue tomado del artículo 794 del Anteproyecto 1882-1888, sin más diferencia que la referencia hecha en el hoy desaparecido inciso segundo, al precepto de la legítima viudal, que era entonces el 821 y no el 836.

En cambio, en el Proyecto de 1851, en el ap. 2.º del art. 642, únicamente reducía a la mitad la legítima de los ascendientes “siendo uno solo”, pero “siendo aquéllos dos o más”, la mantenía en los dos tercios fijados en la ley 6 de Toro (1, tít. XX, Lib. X, Novísima Recopilación). García Goyena (280) explicó aquella reducción para guardar la proporción con la legítima de los descendientes que también, como acabamos de ver, reducía el Proyecto, cuando sólo quedaba uno.

En virtud de la reforma de 1970 los padres adoptantes en la adopción plena desplazan a los ascendientes legítimos ocupando su lugar.

40. *En el parentesco natural:*

c) *De los hijos naturales de los legitimados por concesión real —conforme el art. 844 C. c.—, o —según el art. 843— en defecto, de sus descendientes legítimos.*

a) En concurrencia con hijos y descendientes legítimos no se fija legítima global sino individual de cada hijo natural y sólo se fija globalmente el máximo. El art. 840, § 1, dice así: “*Cuando el testador deje hijos o descendientes legítimos e hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral.*”

Corresponde este precepto al art. 826 del Anteproyecto 1882-8. que señala como antecedente (281) el art. 744 del Código italiano

(280) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., p. 91.

(281) Cfr. la edición cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, vol. cit., p. 254.

de 1865, con la diferencia derivada de no conocerse la mejora en el Derecho taliano (282).

El concepto de hijos "legítimos no mejorados" lo matizaremos luego (núm. 43).

También veremos luego la repercusión que puede tener el concurso con ellos de hijos adoptivos.

β) En *conurrencia con ascendientes legítimos*, dispone el artículo 841, § 1.º: "*Cuando el testador no dejare hijos o descendientes legítimos, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la cuarta parte de la herencia.*"

El originario art. 841 C. c., lo mismo que el art. 827 del Anteproyecto 1882-8, señalaba a los hijos naturales como cuota legítimaria de la mitad de la parte de libre disposición. Sin duda la modificación del art. 809 por la Ley de 24 abril 1958, que hizo variable la cuota legítimaria de los ascendientes según concurrieran o no con el cónyuge viudo, dio lugar a que la misma ley modificara el artículo 841, § 1, en el sentido indicado de fijar en una cuarta parte y no en la mitad de la parte de herencia de libre disposición" —que sería un cuarto o un sexto, según hubiera o no cónyuge viudo— la legítima de los hijos naturales.

En cambio el § 2.º del mismo art. 841 olvida esa reducción de la legítima de los ascendientes, al disponer —para respetar la legítima del viudo que en ese caso es de un tercio en usufructo— que a los hijos naturales se les adjudicará la suya "sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar la legítima. Olvido que deja inútil ese párrafo, pues $1/3 + 1/3 + 1/4$ siempre caben en la unidad (cfr. *infra*, núm. 60-5).

γ) *En cualquier otro caso*, dice el art. 842: "*Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la tercera parte de la herencia.*"

Con la sola variante de "no dejare" por "no hubiere dejado" corresponde al art. 828 del Anteproyecto 1882-8, que lo tomó del art. 817 del Código italiano de 1865 con la diferencia cuantitativa de que éste les atribuía "dos terceras partes de la cuota que les hubiese correspondido si fuesen legítimos".

(282) La ley 11. Tit. XIII. Partida 6.ª, había equiparado en la sucesión de la madre los hijos naturales, que no fueren incestuosos ni sacrilegos, a los legítimos; pero la ley 9 de Toro sólo en defecto de hijos legítimos concedió legítima a los hijos naturales. En la sucesión del padre no se les reconoció, en cambio, sino el derecho de alimentos que la ley 8. Tit. XIII. Partida 6.ª, les confirió si el padre nada les dejase, si bien la ley 10 de Toro a los padres naturales que no dejaran descendencia legítima les autorizó a que atribuyeren toda la herencia a los hijos naturales, aunque sobrevivieran ascendientes legítimos, quienes en cualquier caso —conforme la ley 6 de Toro— tenían derecho a legítima de dos tercios.

Alonso Martínez (283) explicó que “Lo importante en la materia es que la ley no confunda a los hijos legítimos con los naturales, ni a éstos con los de dañado y punible ayuntamiento: en la cadena de la generación son tres eslabones distintos y la ley debe hacer de ellos tres categorías diferentes”, por lo cual se acordó que la porción hereditaria de los hijos naturales “no fuera en ningún caso superior ni igual a la de los hijos legítimos” (ac. 2.º); pero “fuera mayor cuando no quedaran más que descendientes” (ac. 3.º).

De conformidad con estos acuerdos la ley de Bases de 17 mayo-1888, expresó “que si concurren con hijos legítimos no podrá exceder [la porción hereditaria de los hijos naturales reconocidos] de la mitad de lo que por su legítima corresponde a cada uno de éstos; pero podrá aumentarse cuando sólo quedaren ascendientes”.

d) *De los padres naturales.*

Dispone el art. 846 C. c.:

“El derecho de sucesión que la Ley da a los hijos naturales pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre o madre naturales”.

Literalmente dice lo mismo que el art. 832 del Proyecto 1882-88, que no señaló precedentes en sus notas (284).

La pauta de la reciprocidad no ha sido unánimemente interpretada por la doctrina —refiriéndola unos autores a la igualdad de cuota y otros a la igualdad de proporción—, no tenemos jurisprudencia al respecto, ni se ha aprovechado la reforma de 1958 para aclarar este extremo, a pesar de la repercusión que en caso de aceptarse el segundo criterio que expondremos pudiera tener en la cuantía de esta legítima la modificación introducida en el art. 809.

El primer criterio, que nos parece más ajustado al texto legal, refiere la reciprocidad a la *igualdad de cuota en identidad de supuesto de hecho*. Es decir, que no pudiendo tener legítima el padre o madre natural, sino a falta de descendientes legítimos o hijos naturales de su hijo natural, y siendo la legítima de los hijos naturales, a falta de hijos legítimos y de ascendientes legítimos de su padre o madre natural, un tercio del haber: esa misma cuota de *un tercio* ha de constituir la legítima del padre o madre natural (285).

(283) ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., cap. VII; ed. cit., pp. 205 y ss.

(284) Cfr. la vers. cit., p. 254.

(285) Han sostenido este criterio: MANRESA, “Comentarios...”, vol. VI, art. 846, p. 552; SCAEVOLA, “Código...”, vol. XIV, art. 846, III, pp. 971 y s.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 106, p. 928; R. DE LA ESCOSURA y MATEO AZPEITIA, “Contestaciones de Derecho Civil”, vol. II, tema 143, p. 664; DE BUEN, Notas al Curso... de Colin y Capitant, vol. VIII, cap. II, Sec. XI, § 5. d, pp. 338 y s.; VALVERDE VALVERDE, “Curso...”, vol. V, cap. XI, § 2.º, pp. 264 y s.; DE DIEGO, “Instituciones...”, vol. III, lec. 89, pp. 221 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. I, II, 4.ª ed. 1939, tema LXVII, n. III, p. 365; J. SANTAMARÍA, “Comentarios...”, vol. I, art. 846, pp. 825 y s.;

El segundo criterio plantea la reciprocidad como *igualdad de proporción*, de modo que si la cuota legitimaria de los hijos naturales es la mitad de la correspondiente a los hijos legítimos: la de los padres naturales ha de ser la mitad de lo correspondiente a los padres legítimos, es decir, *una cuarta parte* (286). Si bien es de observar que, después de la reforma del art. 809 del año 1958, como en caso de concurrir el cónyuge viudo la legítima de los ascendientes legítimos se reduce a un tercio, la de los padres naturales con ese criterio sería de *un sexto*.

Después de la reforma de 1970, los adoptados con adopción plena por el hijo natural excluyen todo derecho legitimario de los padres naturales.

A₂) *En las regiones forales.*

41. Sabemos que en las regiones forales de Navarra y Ayala no hay legítima material. En las demás hay legítimas, bien sea sólo globales o también individuales.

a₂) *En Aragón.*

Es sabido que en Aragón la legítima recae "*forzosamente en descendientes legítimos y solamente en ellos*", que no hay otros herederos forzosos, y comprende *dos terceras partes* del caudal. El epígrafe de este artículo la denomina "*legítima material colectiva*". La fijación de la legítima en dos tercios fue ya hecha en el art. 30, § 1.º, del Apéndice foral aragonés, que resolvió de esta forma una vieja cuestión (287).

PUIG PEÑA. "Tratado...". vol. V-II, cap. XIII, 2, pp. 349 y s.; BONET RAMÓN, "Compendio...". vol. V, n. 110, p. 611.

(286) En este sentido LÓPEZ R. GÓMEZ, "Tratado teórico legal...", vol. I, cap. XV, n. 22, pp. 578 y s.; RAFAEL RAMOS, "De la sucesión...", vol. II, cap. XXXIV, n. 10, pp. 224 y s.; ROYO MARTÍNEZ, "Derecho Sucesorio", cap. XIX, § 5, p. 218; ESPÍN CÁNOVAS, "Manual...", vol. V, sec. II, cap. II, VIII, pp. 310 y s.; PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", vol. V-III, cap. I, 8, pp. 86 y s.; BONET RAMÓN, "Código civil", art. 846, p. 664.

(287) Según Sessé: "*In regno tota hereditas est legitima*". Sin embargo, MARCELIANO ISABAL (voz "Legítima" en Aragón en "Enciclopedia Jurídica Española", vol. XXI, Barcelona, s. f., p. 252) observó que "al revés de Sessé opinaron los antiguos foristas. MOLINO (*Repertorium forarum*, etc.) dice haber aprendido de ellos que si bien por el fuero *De exheredatione regnorum* el padre no podía desheredar sin causa legítima a los hijos, la costumbre había llegado a autorizar esa desheredación permitiendo la institución de un extraño". Criterio que dieron por vigente, a finales del siglo XVIII IGNACIO JORDÁN DE ASSO Y MIGUEL DE MANUEL Y RODRÍGUEZ ("Instituciones del Derecho Civil de Castilla", Lib. II, Tit. III, Cap. II, Aragón, cfr. 3.ª ed. Madrid, 1780, p. 205). Pero LUIS FRANCO Y LÓPEZ en su "Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del "Derecho civil Aragonés" (Zaragoza, 1886, Parte segunda, III, pp. 93 y s.), desmintió que existiera esa posibilidad. (Para un completo resumen de esta cuestión, cfr. SANTIAGO VIDIELLA, "De la legítima de los descendientes en Aragón", en Rev. Der. Priv. VI [mayo 1918], pp. 142 y ss.).

b₂) *En Mallorca y Menorca.*

El Derecho de Mallorca (y el de Menorca, por remisión a aquél del art. 65) determina globalmente las legítimas de los descendientes y ascendientes legítimos, de los hijos y padres naturales y los hijos adoptivos con adopción plena en la siguiente forma:

a) *Hijos legítimos siempre, y, si no concurren con éstos, los hijos naturales en la sucesión de la madre y los hijos adoptivos con adopción plena:* según el ap. 2 del § 1.º art. 41 Comp. “*Constituye su legítima la tercera parte de la herencia si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número...*”. La Compilación ha recogido, pues, la legítima establecida por Justiniano en su Novela CXVIII.

Tanto los hijos naturales en la sucesión de la madre como los adoptivos con adopción plena, si concurren con descendientes legítimos no tienen señalada cuota global, sino individual, como luego veremos.

β) *Padres y ascendientes legítimos:* según el art. 42, ap. 2.º: “*Constituye su legítima la tercera parte de la herencia*”.

La Compilación balear resuelve así para Mallorca y Menorca una cuestión muy debatida por los autores en cuanto a la aplicación del Derecho romano (288), tanto antes de la promulgación del Código civil como después de ésta (289).

(288) Se señalaron hasta tres interpretaciones diferentes respecto la aplicación del Derecho romano a la cuantía de la legítima de los ascendientes legítimos. Se sostuvo: que era la cuarta parte del *as* hereditario, la tercera parte del mismo, y la tercera parte del haber que abintestado hubiese correspondido al ascendiente, habida cuenta que éste al concurrir con hermanos de doble vínculo del causante, conforme la Novela CXVIII, la compartía con éstos por partes iguales.

La tesis que la fijaba en la cuarta parte del *as* se apoyó en la opinión de que las Novelas de Justiniano no variaron la cuantía de la legítima de los ascendientes (cfr. en este sentido JUAN O'CALLAGHAN, “Legítima de los ascendientes en Mallorca”, en R. D. P., V, 1918, pp. 151 y ss.) y, especialmente, en la interpretación verificada por una *Ordinació nova*, contenida en la Compilación hecha por los doctores CANET y MESQUIDA en 1623, que dice: “Per tolrá tos dupte statuim é ordenam que la lligítima dels atsendents sia també, la quarta parte de assó que succeirían abintestat” (cfr. MATÍAS MASCARÓ y ALBERTY, “Derecho foral de Mallorca”. Palma, 1904, p. 166). Pero se objetó que las *Ordinacions noves* no fueron sino respetables opiniones de CANET y MESQUIDA, sin fuerza legal, ni hay constancia de que la referida tuviera precedente en privilegio conocido alguno de rey mallorquín (cfr. JUAN AGUILÓ VALENTÍ, “La legítima foral de los ascendientes según el Derecho vigente en Mallorca”, Madrid, 1913, pp. 22 y ss.).

La opinión de que la legítima equivale a un tercio del *as*, se fundó en la aplicación, en igualdad de circunstancias, a los ascendientes de la misma legítima que para los descendientes estableció la Novela XVIII, cap. I de Justiniano, por el hecho de que los ascendientes nunca pueden concurrir en mayor número de cuatro (tesis de JUAN ALCOVER, según AGUILÓ, cfr. loc. cit., pp. 24 y siguiente).

Pero preponderó el criterio del *tricus tricentis*, que atribuía al ascendiente el tercio de la cuota que abintestato le correspondería. Se basó en la Nove-

γ) *Hijos naturales reconocidos, y sus descendientes legítimos por representación, en la sucesión del padre.*

— Concurriendo con descendientes legítimos no se señala cuota global, sino únicamente individual proporcional a la de aquéllos (artículo 43, a).

— Concurriendo con ascendientes legítimos, según el art. 43, b, “tendrán los hijos naturales una cuota global equivalente a la de aquéllos”, es decir, de *un tercio*.

Se trata de una innovación de la Compilación, pues antes de ella, conforme al Dig. V-II, 29, § 1, los hijos naturales sólo eran legítimarios en la herencia de su madre.

δ) *Padres naturales, en la sucesión de los hijos naturales reconocidos, y adoptantes, en la sucesión de los adoptados con adopción plena, tienen los mismos derechos que tendrían si fuesen sus padres legítimos: es decir, como los ascendientes legítimos, un tercio.*

c₂) *En Ibiza y Formentera.*

Conforme el art. 79, § 1, Comp. Bal.: “*Constituye la legítima de los descendientes la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad de la herencia si excedieren de este número, contándose los hijos por cabezas y los demás descendientes por stirpes*”.

Es decir, como en el resto de Baleares, la cuantía de la legítima de los descendientes en Ibiza y Formentera es la justinianea de la Novela CXVIII.

La cuantía de las demás legítimas en estas dos islas se rige supletoriamente por el Código civil.

d₂) *Cataluña.*

Según el art. 129 Comp. Cat.: “*La cuantía de la legítima es la cuarta parte...*”.

la CXV, cap. IV de Justiniano, y especialmente en que así fue vivido en las costumbres y lo entendieron prestigiosos juristas baleares. Se cita un dictamen de 10 de mayo de 1874 emitido por los letrados MIGUEL IGNACIO FONT, ANTONIO SBERT y PEDRO SAMPOL, en el que invocaron la jurisprudencia de los Tribunales; la remisión al Derecho justinianeo hecha por PEDRO RIPOLL Y PALAU en su “Memoria”; la exposición elevada al Ministerio de Gracia y Justicia por el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca el año 1881, y el criterio de la Comisión especial de Derecho foral de Baleares que redactó el proyecto de 1903, integrada por RIPOLL, SAMPOL, GUASP, SOCÍAS, FONT y SUREDA MORERA. Cfr. en este sentido AGUILÓ, loc. cit., pp. 38 y ss. y LUIS PASCUAL GONZÁLEZ, “Derecho Civil de Mallorca”, Mallorca 1951, pp. 224 y ss.

(289) Se discutió si el tercio de la cuota abintestato de los ascendientes se debía referir a la que les correspondía conforme la Novela CXVIII, según la cual concurrían en la sucesión junto con los hermanos germanos del causante, o bien a la correspondiente con arreglo al art. 935 C. c., conforme al cual no se da ese concurso. En los Proyectos de Apéndice de 1920 y 1949 y en el informe conjunto de los Colegios de Abogados de Palma y Notarial de Baleares de 7 de abril de 1929, se sostuvo el criterio de la Novela CXVIII (cfr. PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., pp. 224 y ss.).

La cuarta es la cuota legitimaria tradicional en Cataluña y el final de un proceso histórico limitativo de su cuantía. Parece que inicialmente rigió en Cataluña, en algunas localidades, la legítima goda, modificada en Barcelona por costumbre, que la señaló en ocho quinceavos, y, en otras poblaciones, la justiniana del tercio o la mitad, según el número de hijos. La Constitución de las Cortes de Montblanch de 1333 extendió la legítima justiniana a todo Cataluña. A Barcelona por Privilegio dado por Pedro el Ceremonioso en 1343, se le aplicó la legítima teodosiana de la cuarta parte, que Felipe II, en la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585, en su cap. 4, extendió a todo Cataluña (290), tanto para los descendientes como para los ascendientes. La misma cuantía tenía la *cuarta antonina o plana* para los arrogados impúberes y los adoptados por ascendiente de ulterior grado (291).

e₂) *Vizcaya*.

El art. 21 Comp. Vizc., la señala (292) en términos generales: "*La legítima o herencia forzosa se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador. El quinto restante es de libre disposición*".

Sin embargo, para los profincos colaterales tronqueros, conforme el n. 4 del art. 22, queda circunscrita "*respecto de los bienes troncales de la propia línea*".

B) DETERMINACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS INDIVIDUALES

B₁) *En el Código civil*.

42. *En el parentesco de consanguinidad legítima*.

a) *Legítima de los hijos y descendientes legítimos*.

El art. 808, § 2.º, C. c., autoriza que el padre o madre podrán "*disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos*". Y, según el art. 823, § 1.º: "*El padre o madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes legítimos de una de las dos terceras partes destinadas a legítima*".

(290) Cfr. GUILLERMO M.^a BROCA y JUAN AMELL, op. cit., vol. II, § 740, p. 429.

(291) Cfr. BORRELL I SOLER, op. cit., vol. V, § 500, nn. 15, 16 y 17. p. 300, y § 513, n. 1, p. 458.

(292) Sigue este artículo el precedente de la ley 5, Tít. XXI, del Fuero de Vizcaya, que disponía: "Testador alguno que tenga descendientes, o ascendientes, pueda mandar a estraños más de la quinta parte de sus bienes; de la qual quinta parte de sus bienes, se hayan de sacar, y hacer las animalias, y mandas pías, ante todas cosas".

Vemos, pues, que se regula la legítima de los hijos y descendientes legítimos descomponiéndola en dos mitades: la legítima estricta y la mejora.

I) *Distribución de la mejora*

De una de esas dos terceras partes se faculta al padre o madre para “*disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes legítimos*”. Es decir, esta mitad de la *legítima larga*, o porción de *mejora*, es legítima colectivamente de los descendientes, pero no individualmente, en cuanto el testador puede distribuirla a su arbitrio o dejarla a cualquiera de sus descendientes, sea de primero o ulterior grado. Pero el lugar para ocuparse más detenidamente de ello es al tratar específicamente de las mejoras.

Concurriendo los hijos legítimos con un hijo adoptado plenamente, según el art. 179, n. 1, éste “*no podrá percibir por la mejora más que el hijo legítimo menos favorecido*”.

II) *Atribución de la legítima corta, y en cuanto no haya mejora de la larga.*

La autorización del art. 823, § 1.º, no sólo no se extiende, sino que *sensu contrario* está implícita la prohibición de aplicarla a la otra mitad de la *legítima larga*, o sea, a la *legítima corta*. En cambio, ninguno de los preceptos que regulan la legítima de los hijos descendientes legítimos, nos dice por qué orden y cómo deben ser distribuidas, entre unos y otros, esa *legítima corta* y la parte de la *legítima larga* no utilizada para mejorar (293).

43. La respuesta sólo la podemos hallar en el Derecho anterior, que el Código civil debió recoger (294), en los precedentes legislativos del mismo y en la aplicación analógica de otros de sus preceptos.

(293) Así dice SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cp. XV, n. 39 (ed. cit., pág. 796): “es lo cierto que, por lo que se refiere a las *legítimas* propiamente tales, o en la sucesión testada, este n. 1 del art. 807 ni ningún otro sobre esta materia tienen redacción adecuada que así lo exprese [igualdad de los hijos *per capita*s, con preferencia a sus respectivos descendientes, que entran *por representación, in stirpes*], si se observa que, a pesar de los términos generales en que están concebidos los arts. 924 y siguientes que definen y reglamentan el *derecho de representación*, parecen sólo escritos para la sucesión intestada, de cuyo cap. 3.º, Lib. III, forman la sección 3.ª

(294) El mismo SÁNCHEZ ROMÁN (loc. y pág. últ. cit.) nos dice que la interpretación del art. 807, n. 1.º, “no ha ofrecido duda a juristas ni tribunales, poseídos con rara unanimidad, del espíritu tradicional del Derecho romano y patrio en esta materia”.

a) *Distribución igualitaria entre los hijos.*

Debe hacerse *per capita*, por iguales partes. En efecto:

1.º La aplicación del *Derecho histórico* es muy clara:

La ley *Dum inlicita* (*Lex Visigothorum* IV-I, 1) abrogó la anterior facultad de disponer *mortis causa* y tan sólo permitió la mejora como excepción a la igualdad entre los hijos. Durante los siglos siguientes a la caída del Reino visigodo aparece predominante una tendencia a la igualdad sucesoria de los descendientes. Todos tenían igual derecho a la herencia paterna, y debían partir por iguales partes los bienes de sus padres, ora hiciesen testamento ora muriesen abintestato (295). Así el Fuero de Cuenca, en su rúbrica 230, ordenó: “quod neque pater neque mater aliqui possint dari alicui filiorum suorum, neque sano, neque infirmi, sed omnes equaliter accipiant, tam in mobile quam in radice”. Y, al reaparecer las mejoras, éstas representaron una excepción a esta distribución igualitaria (296).

Por otra parte, en Derecho romano la legítima correspondía a los hijos por partes iguales: “ut pro rata iis distribuatur, id est pro virile portione...” (Ins. II-XVIII, § 7.º). Criterio que, por tanto, hay que relacionar con la declaración de la ley 17, Tít. I, Sexta Partida: “Mas si este atal ovise fijos, o otros herederos que descendissen del, puede partir entre ellos lo que ouire, de manera, que de a cada uno dellos su legítima parte...”. Legítima que, según explicó Ulpiano (Dig. V-II, 8, § 6), debía equivaler a la cuarta parte de “quod ad eum esset perventurum, si intestatus pater familias decessisset”, lo que confirma la igualdad de los hijos en su derecho cuantitativo a la legítima, completándose esta regla con las de preferencia de grado y derecho de representación (Instit. III-I, § 6.º, inc. 1 y Nov. CXVIII, cap. II). Este texto tuvo expresiones más o menos perfectas, en el Fuero Juzgo IV-II, 2 y IV-I, 1; en el Fuero Real III-VI, 1 y 7 y en la ley 3, tít. XIII, 6.ª Partida.

Y las leyes de Toro, regularon las mejoras de tercio y de quinto como excepciones a la distribución igualitaria de los bienes entre los hijos.

2.º Toda la *discursión acerca de las legítimas y la libertad de testar en el período codificador* gira en torno a cuál es el sistema preferible como criterio si el de distribución igualitaria, o el del arbitrio del padre. Sabemos, por Alonso Martínez (297), que la Comisión General de Codificación aceptó la propuesta transaccional de Augusto

(295) FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, “Ensayo Histórico Crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de León y Castilla” (Madrid, 1807), n. 244 (pág. 200), explicó: “Y aunque la ley goda otorgaba facultad al padre o abuelo para mejorar al hijo o al nieto en el tercio del haber, los nuestros la abandonaron en este punto, decretando una total igualdad en las sucesiones y herencias de bienes raíces, y aún de los muebles”.

(296) Cfr. MANUEL ANTONIO ROMERO VIELTEZ, “La Mejora” (Madrid, 1936), II, V y C, pp. 52 y ss.

(297) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. IV (ed. cit., p. 146).

Comas, consistente en la siguiente fórmula: “*El caudal del padre se considerará dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos, disponiendo aquél de la otra a su albedrío y destinando el tercio restante a la sabia institución de las mejoras*”. Con lo cual, la legítima era la porción que no era libremente disponible, ni susceptible de mejora, conservando por consiguiente su tradicional característica de ser objeto de división igualitaria.

3.º) Como principio o norma general interpretativa, cabe aducir el art. 765, según el cual: “*Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales*” (298).

4.º La aplicación analógica de otros preceptos del Código, apoyada en los precedentes históricos, nos lleva a una distribución igual a la que dispone para la sucesión abintestato. Para ésta el art. 932 dice que: “*Los hijos del difunto le heredarán siempre por su propio derecho, dividiendo la herencia por partes iguales*” (299) y al art. 932 lo completa el art. 934: “*Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación*”.

β) *Distribución por estirpes entre los nietos y descendientes de ulterior grado.*

La aplicación del derecho de representación en la posición y los derechos de los legitimarios, a favor de los descendientes legítimos de hijos premuertos (300), nos conduce al art. 926 C. c.: “*Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes...*”; y, analógicamente, al art. 934 que, al regular la sucesión intestada en la línea recta descendente, dice: “*Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio, y los segundos por derecho de representación*”; y al artículo 933: “*Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales*”.

γ) *La repudiación de la legítima no favorece al heredero, sino que amplía la participación de los demás legitimarios, pues del divi-*

(298) MARIO NAVARRO AMANDI (“Cuestionario del Código Civil Reformado...” —Madrid, 1890—, T. III, art. 801, pág. 291) comentó: “Cuando un testador instituye a varios herederos sin designación de partes, heredarán por partes iguales: del mismo modo, cuando la ley establece una legítima para diversas personas sin expresar en qué proporción han de distribuirla, debe entenderse que todos han de heredar por iguales porciones. Esta es una regla general que realmente no necesita justificarse, porque establecida en el artículo 765 para los instituidos por el testador, ¿cómo ha de sentarse en principio otra para los llamados por la ley?”

(299) MANRESA (op. cit., vol. VI, art. 808 —ed. cit., pp. 242 y s.—) considera aplicables los arts. 921 a 934, “aunque no lo diga expresamente el artículo 808 ni otro alguno”, y añade luego: “Se presenta en primer término la idea de igualdad”.

(300) Cfr. “Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil”, 5, en R. D. P. LI, septiembre 1967, p. 735.

por se resta el número de los repudiantes (301). El art. 985, § 2.º dice: “*Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán los herederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer.*”

Igual criterio se aplicará en caso de indignidad y de desheredación, cuando, por no dejar descendencia legítima el indigno o desheredado, no sean de aplicación, respectivamente, los arts. 871 y 857 C. c. (302).

b) *Legítima de los padres y ascendientes legítimos.*

a) De sobrevivir el padre y/o la madre, el art. 810, § 1.º dice:

“*La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales; si uno de ellos hubiere muerto, recaerá todo en el sobreviviente.*”

β) Si sólo quedaran ascendientes de ulterior grado, según el art. 801, § 2.º:

“*Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea.*”

El principio de proximidad de grado excluye, pues, el de división por líneas, que sólo se aplica en caso de igualdad de grado.

En igualdad de grado dentro de cada línea, la legítima se dividirá por partes iguales (303).

44. c) *En la filiación y paternidad adoptiva plena.*

a) *Legítima de los hijos adoptivos con adopción plena.*

Asimilados, al respecto, por la reforma de 1958 a los hijos naturales reconocidos, la de 4 julio 1970 los ha equiparado a los hijos legítimos: y, por tanto, ha de sumarse el número de éstos y de aquéllos para distribuir la legítima estricta y la larga no utilizada por el causante para mejorar (art. 179, § 1.º). El criterio, expresado en el n. 1 de este párrafo, de que el adoptivo no puede recibir como mejora “más que el hijo legítimo menos favorecido”, muestra que con esa limitación, el adoptado plenamente, comparte los dos tercios reservados como legítima a los descendientes legítimos por el artículo 808 C. c. Luego veremos la repercusión que, en su legítima,

(301) Cfr. *Ibid.*, § 5, e, pp. 736 y s.

(302) Cfr. *Ibid.*, § 5, d, pp. 735 y s.

(303) Cfr. MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 810, p. 246; SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, art. 810, p. 236; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XV, n. 59, pp. 836 y s.; F. DE LA ESCOSURA y M. AZPEITIA, op. y vol. cits., tema 143, p. 661; VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cits., cap. IX, § 2.º; p. 220; ROYO MARTÍNEZ, op. cit., XIX, § 1.º, p. 207; ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cits., sec. III, cap. II, n. IV, p. 297; PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, cap. I, 6, pp. 75 y ss.; BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, § CXXXVI, n. 106, p. 585.

puede tener el hecho de que además concurren hijos naturales reconocidos.

β) *Legítima del padre y madre adoptantes: ocupan "en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos"* (artículo 179, § 3.º).

d) *En el parentesco natural.*

a) Legítima de los hijos naturales.

45. *En concurrencia con hijos legítimos, según el art. 840, § 1.º, C. c., cada uno de los hijos naturales tendrá: "Derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa en el tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral."*

Este precepto obedece a la base 16 de la ley de Bases: "*Tendrán los hijos naturales reconocidos derechos a una porción hereditaria, que, si concurren con hijos legítimos, nunca podrá exceder de la mitad de lo que por su legítima corresponda a cada uno de éstos*"; y aplica el criterio de la Comisión codificadora (304) de que "la porción legítima no exceda, ni siquiera iguale, a lo que se dé al hijo legítimo menos favorecido".

La doctrina ha planteado varias cuestiones referentes a esa proporcionalidad de la legítima de los hijos naturales respecto de la legítima de los legítimos.

I) Unas se refieren al entendimiento de la expresión hijos legítimos "no mejorados".

— ¿Significa que la medida de la legítima de un hijo natural es la mitad de la porción que de los tres tercios de la herencia reciba el hijo legítimo a quien no se mejore?

En ese caso, la legítima del hijo natural sería la mitad de la parte viril que a un hijo legítimo correspondería en todo el haber. Esta interpretación casa bien con la letra del art. 840 cuando se refiere "a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados"; pero sin duda no encaja con su espíritu, pues, si trata de la cuota legitimaria del hijo natural, es más lógico entender que para calcularla el precepto se refiera a la cuota legitimaria del hijo legítimo y no a la cuota global que éste reciba. Lo confirma así el texto de la base 16, antes transcrito, que refiere la cuota de legítima del hijo natural a la mitad de la legítima de cada hijo legítimo (305).

— ¿Indica que la legítima del hijo natural ha de tener como mó-

(304) Cfr. ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., cap. VII, p. 201. El acuerdo de la Comisión fue literalmente redactado así: "Segundo: Que esta porción hereditaria no fuera en ningún caso superior ni igual que la de los hijos legítimos".

(305) Cfr. DE DIEGO, op. y vol. cit., Lec. 89, p. 218.

dulo la porción viril de cada hijo legítimo en el tercio de la legítima estricta?

No han faltado autores que defendieran esta interpretación (306) y en una ocasión el Tribunal Supremo ha ofrecido cierta base para sostenerla (307). En contra de este criterio se ha aducido fundamentalmente: 1.º Que confunde tercio de mejora y mejora efectiva, y que el tercio de mejora es legítima si no hay mejora. 2.º Que la Comisión codificadora mostró el sentido auténtico del precepto al entender que el hijo natural no podía recibir mayor porción que la mitad de lo que correspondiese al legítimo menos favorecido (308).

— ¿Quiso referirse la proporción a la porción de los tercios de legítima y mejora recibida por el hijo legítimo menos favorecido?

La referencia, antes indicada, de Alonso Martínez al criterio de

(306) Así LÓPEZ R. GÓMEZ, *op. cit.*, vol. I, cap. XV, n. 22, p. 568. RAFAEL RAMOS BASCUÑANA, *op. cit.*, vol. II, cap. XXXIV, 5, B, pp. 211 y s. en relación con cap. XXXIII, n. 8, pp. 177 y ss.

(307) La S. 2 diciembre 1930 se halló ante un supuesto en el cual el causante había atribuido por vía de mejora a sus hijos legítimos la tercera parte de todos sus bienes, derechos y acciones y, en otra cláusula de un testamento que otorgó el día siguiente, precisó que dejaba a sus hijos legítimos el tercio de mejora de la manera expresada, pero ordenando que se distribuyera entre ellos de modo que la parte de uno de los hijos excediera en dos mil pesetas de la de sus hermanos y la de una de sus hijas en mil pesetas a la de su hermana. Los hijos naturales, a los que el testador les reconoció la legítima correspondiente conforme al Código civil, demandaron basándose en que los hijos legítimos no estaban mejorados. En la segunda instancia la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, rechazó la demanda, por considerar que "conforme al artículo 840 del Código civil, la legítima de los actores, como hijos naturales, reconocidos por el causante, debe ser determinada teniendo en cuenta la legítima estricta que pudiera corresponder y corresponde a los hijos legítimos coherederos, aparte de lo que les correspondiera por mejora en la forma y modo que el citado artículo establece". Interpuesto recurso de casación fue rechazado por el Tribunal Supremo que, en su 7.º considerando, dijo que el Tribunal de instancia, "interpretando con acierto lo expresado por el causante, cuya voluntad resulta patente en la cláusula mencionada de su testamento, y discurriendo sobre la base del caso especial del pleito, no ha infringido en modo alguno los susodichos artículos del Código civil —por otra parte no interpretados con análogo criterio por los tratadistas— al declarar la Sala, aunque con unos términos de generalidad innesarios para el pleito, sino concretándose a la realidad del mismo y del testamento que lo originó en tales extremos, válida expresión de la voluntad del testador por hallarse conforme con las disposiciones legales, que la legítima de los actores, es decir, de los hijos naturales reconocidos por el causante, debe ser determinada teniendo en cuenta la legítima estricta que pudiera corresponder y corresponde a los hijos legítimos, con independencia de lo que les correspondiera por mejora en la forma que el citado artículo 840 establece". Entendemos que el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, viene a indicar que la voluntad del testador puede excluir que la legítima de los hijos naturales se compute con relación a mayor porción de la legítima estricta, para lo cual le basta mejorar expresamente a todos los hijos legítimos.

(308) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *op. y vol. últ. cit.*, art. 840, III, B, a, pp. 873 y ss.; DE BUEN, *Notas cits.*, vol. cit., cap. II, sec. XI, § 5.º, p. 336; ESPÍN, *op. y vol. cits.*, VII, 2, p. 308; PUIG PEÑA, *op. y vol. cits.*, cap. XII, 2, D, 1.º, e, pp. 333 y s.

la Comisión de Códigos parece favorable a esta interpretación. Igualmente puede observarse que mejora en sentido gramatical es lo que se recibe de más respecto de otros hijos, y que, por tanto, cuando verbalmente se mejora a todos los hijos por igual realmente no se mejora a ninguno; que si se les mejora desigualmente sólo se mejora realmente a quienes se les asigna mayor porción. Sin embargo, creemos que esta interpretación es la que en el fondo rechaza el Tribunal Supremo en su citada S. de 2 diciembre 1930 (309).

— ¿Refiere la participación a lo que reciban con cargo a los tercios de legítima estricta y de mejora aquellos hijos legítimos a favor de los cuales el testador no haya dispuesto *expresamente* de porción alguna del tercio de mejora, y, por tanto: si no hay mejora expresa alguna, a su porción viril en los dos tercios, y si la hay, a la que les corresponda en la suma del tercio de legítima estricta y del residuo del tercio de mejora no utilizado por el testador para ordenar mejoras expresas?

Este es el criterio seguido por la inmensa mayoría de los autores (310) y por el Tribunal Supremo en S. 27 diciembre 1935 (311), que declaró en su 5.º Considerando:

“...la legítima de los hijos o descendientes legítimos la forman dos tercios del caudal hereditario si no hay mejora, o un tercio si se destinó a ésta todo el segundo, o bien el primero y lo que reste del segundo, en la parte del mismo sustraída a dicho fin, constituyendo por tanto una cuota distinta en cada sucesión la legítima que corresponde a cada hijo legítimo, con imperio de la teoría llamada del dividendo variable, por lo que la frase “hijos legítimos no mejorados”, empleada en el referido artículo 840, responde exclusivamente al principio cardinal de impedir que el hijo natural reciba, con cualquier motivo o circunstancia, mayor participación en la herencia que la representada por la mitad de lo que en el respectivo caso corresponda al hijo legítimo no favorecido con mejora, partiendo de la realidad de hijos y descendientes mejorados y no mejorados,

(309) Cfr. *supra* nota 307.

(310) Así: MANRESA, op. y vol. últ. cit., arts. 840 a 844, II, 3.º, pp. 535 y ss.; SCAEVOLA, loc. últ. cit.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XV, n. 78, pp. 901 y ss.; DE DIEGO, op. y loc. últ. cit., p. 218; DE BUEN, loc. y pág. últ. cit.; VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cit., cap. XI, p. 260; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, 4.ª ed., vol. I-2.º, tema LXVII, II, B, a, pp. 361 in fines y s.; ESPÍN, loc. últ. cit.; PUIG PEÑA, op. y pág. últ. cit.; SANTAMARÍA, op. y vol. cit., art. 840, pp. 823 y ss.; PUIG BRUTAU “fundamentos...”, vol. V-III, cap. I, 7, C, 1, p. 82; BONET RAMÓN, “Código...”, art. 840, p. 660.

(311) En el supuesto de hecho de la S. 27 diciembre 1935, el testador no tenía sino una única hija legítima, sin ascendientes de esa clase, y un hijo natural. Interpusieron la demanda los legatarios, hermanos y sobrinos del testador, a quienes la cuantía de la legítima del hijo natural —al aplicarse al tercio de libre disposición— les reducía su porción. El Tribunal Supremo partió de la precisión hecha en su 3er. considerando de que hace falta acto expreso del testador para que haya mejora, aparte de los casos excepcionales de los arts. 828 y 782 C. c.

ya que cuando no hay mejora no se da la posibilidad de que alguien ostente tal beneficio o quede fuera de él y en este sentido no cabe interpretar la frase expresada como referida a un tercio de mejora ideal y abstracta, presente siempre en toda sucesión, con voluntad expresa del causante o sin ella, porque su significado equivalga a la total, perenne e invariable exclusión del tercio de mejora, para fijar la cuota del hijo natural”.

II) Otra cuestión referente a la proporcionalidad de las legítimas del hijo natural y del hijo legítimo no mejorado, fue planteada por Sánchez Román (312) para el caso de concurrir el cónyuge viudo sin tener el testador descendientes de un ulterior matrimonio —por lo cual la cuota viudal recae como es lo normal en el tercio de mejora—, en el cual, en cuanto no recaiga sobre mejora expresa, el usufructo viudal afectará a la parte correspondiente en la legítima larga de cada hijo legítimo, que éste recibirá, en nuda propiedad, por razón de lo cual cree que la mitad correspondiente a esta porción también el hijo natural deberá recibirla en nuda propiedad. En contra, objetó De Buen (313) que la legítima viudal no disminuye la cuota de los hijos legítimos, sino que tan sólo se la limita, y que la expresión del art. 840 al referirse a lo que corresponde a los hijos legítimos no mejorados se refiere a la *cuantía* y no a la *calidad*.

III) La cuota legitimaria de cada hijo natural puede resultar reducida:

1.º Por la deducción de los gastos de entierro y funeral (314).

2.º En el supuesto de que el producto de multiplicar el número de hijos naturales por la mitad de la cuota legitimaria de los hijos legítimos no mejorados arroje una cantidad que exceda del tercio de libre disposición después de deducidos de éste dichos gastos de entierro y funeral: deberá reducirse la cuantía de aquélla para que su producto no exceda del remanente de dicho tercio una vez hecha la indicada deducción. Este supuesto se dará, v. gr., cuando el número de hijos naturales sea el doble o más que el de legítimos, e incluso en cuanto exceda en uno si ningún descendiente legítimo hubiese sido mejorado.

3.º En caso de concurrir el cónyuge viudo e hijos de un anterior matrimonio del causante: Supuesto que regula el art. 836, redactado por Ley 24 abril 1958 en los siguientes términos:

“En caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición”.

“En tal supuesto, si hubiese hijos naturales, se adjudicará a éstos

(312) SÁNCHEZ ROMÁN, op., vol. y cap. últ. cit., n. 78, pp. 901 y ss. CASTÁN TOBEÑAS (loc. últ. cit., nota 1, p. 362) califica de “muy científico el criterio de SÁNCHEZ ROMÁN”.

(313) DE BUEN, loc. últ. cit., c), p. 336. En igual sentido PUIG PEÑA, loc. últ. cit., d), pp. 332 in fine y s.

(314) Cfr. *supra*, n. 16.

su legítima en nuda propiedad, y si, mientras dure el usufructo, estuvieren en el caso de pedir alimentos, tendrán derecho a exigirlos de todos los legitimarios en proporción a su haber hereditario”.

46. *En otros supuestos de concurso, no interviniendo descendientes legítimos.*

En concurrencia con ascendientes, así como no concurriendo con descendientes ni ascendientes, la legítima individual de los hijos naturales será una parte viril, de la cuota global respectivamente fijada en los arts. 841 y 842 C. c. (cfr. supra, n. 40). Las razones que, como hemos visto, militan para la distribución per capita de la legítima de los hijos legítimos pueden aplicarse también para la distribución de su legítima entre los hijos naturales. La aplicación del derecho de representación a favor de los descendientes legítimos del hijo natural está expresamente reconocido en el art. 843 C. c.

I) *En concurrencia con adoptados plenamente, sin haber descendientes legítimos.*

Según dice la regla 2.^a del § 1.^o art. 179, modificado por la Ley de 4 julio 1970: “*Si concurriere [el adoptado plenamente] con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo*”.

Esta regla, en el supuesto de no concurrir descendientes legítimos parece desdoblarse en las dos siguientes:

1.^o Los adoptados plenamente y los hijos naturales en caso de concurrir deberán equipararse en cuanto se refiera a las legítimas.

Pero esta equiparación conviene analizarla: Hemos visto, por una parte, que los hijos naturales en concurso con ascendientes tienen derecho a una cuarta parte de la herencia, sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo (art. 841), y que si no concurren con descendientes ni ascendientes legítimos tienen derecho a un tercio de la herencia; y, de otra, que los adoptados plenamente ocupan la posición de los hijos legítimos, es decir, excluyen a los ascendientes legítimos del adoptante y tienen derecho a dos tercios del caudal. Creemos que —como ha dicho García Cantero (315)—, en ese supuesto de concurrencia de adoptado plenamente, hijos naturales y ascendientes legítimos, debe prevalecer la equiparación del adoptivo al legítimo a efectos de que los ascendientes sean excluidos y, en cambio, la particularidad del art. 179, n. 2, debe aplicarse únicamente respecto de la equiparación de la cuantía de la legítima de los adoptados plenamente y los naturales.

¿Cómo se aplicará, pues, la regla 2.^a del art. 170, § 1.^o, si cada hijo natural “no podrá percibir menos porción que el adoptivo”? ¿Se ampliará la legítima de aquéllos?, o ¿se reducirá la de éste?

(315) GABRIEL GARCÍA CANTERO, “Aspectos sucesorios de la nueva Ley de adopción”, en R. G. L. y J. 229, 2.^o sem. 1970, pp. 681 y s.

(316) o bien, ¿se dividirán unos y otros la suma de sus legítimas originarias respectivas por partes inguales?

Notemos que con la primera de estas soluciones se esfuma la parte de libre disposición, y también con la tercera, tanto si, en el supuesto de no concurrir ascendientes, se estima que es un tercio la legítima originaria de los hijos naturales, como si se considera que hay que partir de que éstos tienen derecho a la mitad de lo que por legítima corresponde a cada hijo legítimo —a los cuales son equiparados los adoptados plenamente— y salvo si fuese menor el número de hijos naturales que el de adoptados. Así el testador no podría favorecer con nada en pleno dominio a su cónyuge viudo.

Por otra parte, es de notar que la primera solución sólo sería viable si el número de hijos naturales no excediera de la mitad del de hijos adoptivos, pues si éstos tienen derecho a dos tercios del haber, sólo siendo los naturales la mitad en número, podrán éstos recibir igual porción aumentándose su legítima sin sobrepasar con ese aumento el as hereditario.

Pero, la segunda solución cambia la fórmula de “no menos el natural que el adoptivo” por “no más el adoptivo que el natural”, por lo cual no parece correcta.

No queda, pues, sino la tercera solución. Con ella, sin embargo, se produce la paradoja de que los hijos naturales reciben mayor participación concurriendo con adoptados plenamente que con adoptados simplemente.

2.º En la parte disponible no puede beneficiarse más al hijo adoptivo que a cualquiera de los naturales. Extraña regla que, en concurrencia con hijos naturales, hace de peor condición al adoptado plenamente que a cualquier extraño. Extraña regla, también, porque mientras en concurrencia con descendientes legítimos puede el adoptado plenamente recibir más que cualquier hijo legítimo —si no hay mejora y de la parte de libre disposición se le deja más que al legítimo a quien más se beneficie— paradójicamente no puede recibir más que el natural que reciba menos.

II) *En concurrencia conjunta con adoptados plenamente y con descendientes legítimos.*

47. ¿Qué significa, en este caso, la regla 2.ª del § 1.º, art. 179?

Confesamos que la respuesta no parece fácil. Hallamos no menos que cuatro posibles interpretaciones. A saber:

1.º Equiparados los adoptados plenamente a los hijos legítimos, e igualados a aquéllos los naturales, los hijos de cualquiera de estas

(316) GARCÍA CANTERO (loc. cit., pp. 680 y s.) se inclina por esta solución: “Basta, pues —dice—, la concurrencia de un único hijo natural reconocido para que el hijo adoptado plenamente reciba idéntico trato que si fuera simplemente adoptado.”

tres clases deberán compatir por partes iguales la misma legítima (317).

Confesamos nos parece difícilmente explicable la razón por la cual los hijos naturales son de mejor condición cuando, además de concurrir con descendientes legítimos, concurren con un adoptado plenamente. ¿Por qué, precisamente en este caso, han de restar mayor porción a la parte disponible con cargo a la cual el adoptante podría compensar a los hijos legítimos —especialmente a los nacidos con posterioridad a la adopción— de la disminución causada en su legítima por la concurrencia del hijo adoptivo?

Además el art. 840 dice que, en concurrencia con hijos legítimos, cada hijo natural reconocido tendrá “derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados”; y conforme al art. 942, en la sucesión intestada, de concurrir con descendientes legítimos, los hijos naturales “sólo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los arts. 840 y 841”. ¿Es que para el supuesto de concurrir adoptados plenamente han sido derogados estos preceptos por el art. 179, § 1.º, en su versión 1970?

¿Acaso no sólo resulta, modificado el art. 808, al incluir al hijo adoptivo en los dos tercios de legítima de los descendientes, sino que incluso es derogado respecto de los hijos naturales reconocidos cuando éstos concurren con el adoptivo? ¿No parece tal vez excesiva esta extensión derogatoria no expresamente ordenada? ¿No parece ilógico que la legítima de los hijos naturales tenga fuerza expansiva respecto la de los legítimos cuando, con unos y otros, concorra algún adoptado plenamente? ¿Por qué la tiene precisamente en ese caso?

¿Es posible que reciban, en ese caso, en conjunto los hijos natu-

(317) Supongamos un caso, en el cual concurren tres hijos legítimos, tres naturales y un adoptado plenamente. El testador lega el tercio de libre disposición a su cónyuge viudo, salvando lo que por legítima corresponda a sus tres hijos naturales, e instituye herederos a sus tres hijos legítimos y al adoptado plenamente por partes iguales. Veamos cómo puede aplicarse la voluntad testamentaria a la luz de los textos que regulan las legítimas de las tres clases de hijos concurrentes.

Si queremos aplicar, en igual plano y a la vez, las dos reglas del art. 179, § 1, tendremos que si los tres hijos legítimos y el adoptado plenamente han de repartirse los dos tercios de legítima larga por partes iguales, corresponderá a cada uno un sexto del haber. Pero como ninguno de los hijos naturales puede recibir menos que el adoptivo, tendremos: en primer lugar, que el cónyuge viudo nada podrá recibir de la parte de libre disposición, pues toda ella quedará absorbida por los hijos naturales; y, en segundo lugar, que si el adoptado ha de recibir lo mismo que los hijos legítimos menos favorecidos e igual que aquél debe recibir también cada uno de los naturales: habrá de repartirse, por consiguiente, la herencia entre los siete por partes iguales. Pero en ese caso los hijos naturales recibirían más del tercio de libre disposición en contra del art. 840, y cada uno de los legítimos, en los dos tercios, tendrá menos e igual que su parte viril de la cuota señalada en el art. 808, aún contando al hijo adoptivo, y a pesar de no haber mejora alguna.

El ejemplo podríamos variarlo. Podríamos hacer jugar la mejora y cambiar el número de los hijos de cada una de las clases en juego. Pero, siempre, el intento de solucionar el problema nos llevaría a semejantes perplejidades.

rales más del tercio de libre disposición, en contra de lo previsto en el art. 840, el cual, habiendo hijos legítimos, exige que la legítima de los naturales “quepa dentro del tercio de libre disposición”? ¿También ha sido derogada esta norma en ese supuesto? Si no habiendo ningún adoptado, la legítima de los hijos naturales, en concurrencia con legítimos, no puede exceder de un tercio, ¿es lógico pensar que, en cambio, cuando además concorra algún adoptado plenamente sí que puede exceder de dicho tercio?

2.º Reducir la legítima del adoptado plenamente hasta igualarla con la de hijo natural (318).

Pero esta solución convierte la regla 2.ª, del § 1.º, del art. 179 Código civil, de norma para fijar la porción del hijo natural en “no menor porción que el adoptivo”, en norma para fijar la de éste “en no mayor porción que el natural”, y además parece muy alejada de la regla general enunciada en el primer epígrafe del mismo precepto. Ciertamente es que podría aducirse que esa excepción resulta, precisamente, de una de las dos particularidades que limitan la igualdad inicialmente declarada.

3.º Sumar las cuotas primigenias de legítima de los adoptados plenamente y de los hijos naturales y distribuir su suma entre unos y otros por cabezas (319).

(318) Este criterio es el que parece que sigue GARCÍA CANTERO (loc. cit., p. 681) que lo apoya en la circunstancia de que la particularidad primera del art. 179 dice “concurriendo sólo con hijos legítimos”. Pero esta particularidad se refiere al hecho de no poder recibir como mejora el adoptado plenamente más que el hijo legítimo menos favorecido, por lo cual la valoración del adverbio *sólo* insertado en ella no puede tener aquella interpretación *sensu contrario* —sino la absurda de que en caso de no concurrir *sólo* con ellos, podrían recibir como mejora más que el legítimo menos favorecido—, pues aquella interpretación únicamente cabría si ese adverbio *sólo* estuviera puesto en el párrafo inicial, que consigna la regla general de equiparación, pero no es así.

Si en el mismo ejemplo puesto en la nota anterior resolvemos que la norma del n. 2., del § 1, del art. 178 C. c., no afecta en modo alguno a los hijos legítimos, sino sólo al adoptado plenamente, a quien ha de reducirse su legítima para igualarla a la de cada hijo natural, resultará que, si a cada hijo natural le corresponde por legítima la mitad de lo correspondiente a cada legítimo y a cada uno de éstos, en nuestro caso, le corresponde un sexto del haber, a cada natural le corresponderá un doceavo (tres doceavos en total, y quedarán tres doceavos para el cónyuge viudo legatario de la parte de libre disposición) y, entonces, la legítima del hijo adoptivo habrá de ser reducida a un doceavo. Pero, en ese caso, la legítima de los hijos legítimos quedaría incrementada en el doceavo en el que se habría reducido la del adoptivo, y, siendo así, ni el adoptado recibiría tanto como el legítimo menos favorecido ni tampoco los naturales alcanzarían a obtener ni siquiera la mitad de lo recibido como legítima por los hijos legítimos no mejorados.

(319) Continuando con el mismo ejemplo que en las notas anteriores y aplicándole la tercera solución, tendríamos que los tres hijos legítimos tendrían que distribuirse dos tercios por partes iguales y los naturales el otro tercio también por partes iguales, pues así cada uno de éstos recibiría regularmente la mitad que cada uno de aquéllos por legítima larga, al no haber mejora para ninguno. Introducido el hijo adoptivo: correspondería un sexto a cada hijo legítimo, otro sexto —es decir, igual porción—, al adoptado y un noveno a cada

Pero con esa solución: el adoptado plenamente no ocupa la misma posición que el legítimo, y el natural recibe más de la mitad de la legítima larga de éste.

Tal vez ocurre que chocamos siempre con un imposible matemático, porque no se puede ser a la vez igual a dos desiguales.

4.º No aplicar la norma 2.ª de este § 1.º del art. 179, cuando, con el adoptado plenamente, no solamente concurren hijos naturales, sino también legítimos.

Las dificultades antes observadas pueden incluso hacer pensar en que, tal vez, el n. 2 del art. 179, § 1, debe entenderse aplicable exclusivamente al supuesto de concurrir adoptados con adopción plena e hijos naturales no habiendo descendientes legítimos. De ser así, al concurrir las tres clases de hijos, no se aplicaría ese núm. 2.º, sino únicamente el art. 840, a los hijos naturales.

Aun así se presentaría el problema de determinar si, en este caso, el cómputo de la legítima de los hijos naturales se debe hacer con relación a lo que cada hijo legítimo no mejorado recibe mercedo ya por la concurrencia o del adoptado, o con referencia a lo que le habría correspondiendo sin la concurrencia de éste. Como razón a favor de esta segunda tesis podrá aducirse que así la legítima de los hijos adoptivos no perjudicará a los naturales, pero cabría replicar que si directamente disminuye la de los legítimos no hay razón para que no pueda disminuir indirectamente la de los naturales, y que sólo con la primera solución se cumplirá lo dispuesto en el art. 840, § 1. .

hijo natural. Sumadas las legítimas de éstos y la de aquél y dividiendo la suma por partes iguales, tendríamos como resultado que la suma del sexto del adoptado y el tercio libre aplicado como legítima a los naturales, es decir, la mitad de la herencia en conjunto, debería repartirse por partes iguales entre los cuatro, o sea, a razón de $3/24$ cada uno. Pero en ese caso los tres naturales en conjunto recibirían $9/24$, es decir, más de un tercio de la herencia, con lo cual se contravendría los arts. 808 y 840 C. c.

Poniendo otro ejemplo en el que supondremos un causante fallecido abintestato, un hijo legítimo, otro natural y un adoptado plenamente, tendremos: en primer lugar, que si el adoptado plenamente y el hijo legítimo ocupan en la sucesión intestada igual posición, por la asimilación establecida en el artículo 179, § 1, pr., serían herederos *ab intestato* por partes iguales, sin perjuicio de la legítima del hijo natural reconocido, conforme el art. 942, que en ese caso sería un sexto. Aplicadas así únicamente dos reglas generales de los arts. 942, en rel. con el 840, y del 179, § 1.º, pr., tendríamos que al hijo legítimo le corresponderían dos sextos y medio, al adoptivo, otro tanto, y el restante un sexto, sería para el natural. Pero, en segundo lugar, como tenemos el n. 2.º del § 1, art. 179, habrá que corregir ese resultado con esa regla particular que, según el criterio de la tercera interpretación que ahora analizamos, dará lugar a que sumemos el *sexto* del hijo natural y los *dos sextos* y medio del adoptado y a que los dividamos por mitad $(1/6 + 5/12) : 2 = 7/24$, de modo que a cada uno de los dos le correspondería $7/24$, es decir, un sexto y tres cuartos de otro sexto, frente a los dos sextos y medio del hijo legítimo (es decir, $10/24$). Con lo cual, no se cumpliría el art. 840, pues el hijo natural recibiría más de la mitad que el legítimo, ni el art. 179, 1, pr., pues el adoptado plenamente no resultaría equiparado al hijo legítimo.

β) *Legítima de los padres naturales:*

Para la determinación de la legítima individual del padre y madre natural concurriendo ambos a la sucesión del hijo, resulta indiferente aplicar el criterio de la sucesión por líneas o el de la sucesión por cabezas. Ambos arrojan el mismo resultado: división por mitad. Al no alcanzar la legítima a ningún otro grado en la línea ascendente natural, no pueden darse los efectos característicos de la sucesión por líneas.

47 - d) *Legítimas dimanantes de la adopción simple.*

a) *De los adoptados.*

Conforme al art. 180, § 3.º, ap. 1.º: “*El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos*”.

Este precepto plantea la misma cuestión que con la reforma de 1958 se suscitó al relacionar los arts. 179, § 1 —que en la adopción plena seguía el criterio de equiparar los adoptados plenamente a los hijos naturales— y 840.

La combinación de los arts. 179, § 1.º, en versión 1958, y 840 debía interpretarse en el sentido de considerar al hijo adoptivo *como un hijo natural más* (320), puesto que el art. 179 decía que tendrán los mismos derechos, y dado que el módulo puesto a los hijos naturales es fijado individualmente, para cada uno, en el art. 840, § 1.º. E igualmente debía resolverse así al coordinar ese mismo párrafo de aquella versión del art. 179 con los arts. 841 y 842; de modo que la cuarta parte, en concurrencia con ascendientes legítimos y la tercera parte, en concurrencia con otros herederos, debía ser distribuida *per capita*s sin distinción entre los adoptados plenamente y los hijos naturales (321), y —conforme al art. 843— con representación

(320) FRANCISCO CASTRO LUCINI (“Los derechos sucesorios del hijo adoptivo”, en R. D. P. XLIV, 1960, p. 643) preguntó si el hijo adoptivo vendrá considerado como un hijo natural más “dividiéndose la legítima entre todos, o se estimará que le corresponde una parte igual a la que por legítima tienen los hijos naturales”. Su respuesta fue favorable a la primera solución, es decir, a que el hijo adoptivo tomara su parte dentro de la legítima de los hijos naturales, como si fuese uno más de ellos. “Esta solución —dijo— hace menos violenta la cualidad de legitimaria atribuida al adoptado pleno por el artículo 179, y su falta de expresión en el artículo 807, pues considerándosele como un hijo natural más está virtualmente comprendido entre los hijos naturales que menciona el número tercero de este artículo, y coincide *mutatis mutandis* con la aplicada por la doctrina francesa sobre el texto del artículo 356 del Código de Napoleón, a cuyo tenor el adoptado y su descendientes legítimos tienen en la herencia del adoptante los mismos derechos que los hijos y descendientes legítimos y es lógica esta solución, pues la contraria equivaldría a romper, en favor de los adoptados, la equiparación establecida por el legislador.”

(321) En estos dos supuestos cabría sostener que los hijos adoptivos tenían derecho a una cuarta o una tercera parte, a distribuir entre ellos caso de ser varios, independientemente de la correspondiente a los hijos naturales o legíti-

de los premuertos por sus respectivos descendientes legítimos por estirpes.

Creemos que debe aplicarse hoy igual criterio al relacionar el nuevo art. 180, § 3, ap. 1, con los arts. 840, 841 y 842 C. c.

¿*Quid* si con hijos naturales concurren adoptados, unos con adopción plena y otros con adopción simple? ¿Cómo deben ponerse en relación el art. 179, § 1, b, 2.º, con el art. 180, § 3, ap. 1.º? ¿Participarán los tres por partes iguales de la suma de sus legítimas originarias?, o bien, ¿sólo promediarán sus legítimas los naturales con los adoptados plenamente? El problema no existe para quienes (322) entienden que el adoptado plenamente al concurrir con algún hijo natural se equipara a éste en cuanto a la cuantía de la legítima, pues con ese criterio los adoptados de una y otra clase resultarán equiparados en este supuesto al hijo natural y, por tanto, también entre sí.

β) De los adoptantes en la adopción simple.

Según el art. 180, § 3.º, ap. 2: “*El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural*”.

49- g) *Legítima del cónyuge viudo.*

La legítima del cónyuge viudo es siempre individual. Se le atribuye singular y directamente y no englobándola en grupo alguno de legitimarios de iguales derechos.

Las complicaciones a que daba lugar el texto originario del Código civil (323) en la determinación de su cuota, cuando concurría

mados por concesión, si los hubiere de alguna de estas dos clases o de ambas. Supuestos en los cuales de concurrir también con el cónyuge viudo, parte de la herencia sólo la recibirían unos y otros en nuda propiedad, gravándoles el usufructo de éste o prorata; con lo cual tendría aplicación el art. 841, § 2.º, que además debería aplicarse analógicamente al supuesto del art. 842. Pero no creemos que este criterio fuera el más acertado, por las siguientes razones:

1.º) Porque la duda, en el último extremo, creemos que debe resolverse, tanto más tratándose de una innovación, en el sentido que en menor grado limite la libre disposición.

2.º) Porque sólo con el otro criterio se equiparan hijos naturales y adoptivos, pues con el último, según fueran más numerosos unos y otros recibirían menor o mayor porción.

3.º) Porque aquella solución es la correlativa a la que —como hemos visto— parece clara en el supuesto del art. 840, y no parece lógico seguir otro criterio en los arts. 841 y 842.

(322) Así, GARCÍA CANTERO, loc. cit., p. 684.

(323) ALONSO MARTÍNEZ (op. cit., cap. IX, pp. 288 y ss.) nos explica cómo se gestó la regulación de la legítima viudal en el Código civil, partiendo de discutir la inclusión en el mismo de un derecho de viudedad semejante al de Aragón o Navarra. Una vez decidido que se redujera a una participación del caudal —explica— se presentaron dos proposiciones:

— Una de FRANCO Y LÓPEZ, proponiendo que el viudo tuviera el usufructo legal de una tercera parte de los bienes, sin perjuicio de los derechos en el

con varios hijos legítimos (324), desaparecieron en la reforma de 24 abril 1958. Según ésta, corresponde al cónyuge viudo que reúna los requisitos exigidos en el art. 834 C. c. (325):

a) "...si concurre a la herencia con hijos o descendientes legítimos, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora" (art. 834, final); pero si concurre con "hijos de algún matrimonio anterior", "recaerá sobre el tercio de libre disposición" (art. 836, § 1).

β) "...concurriendo con hijos naturales reconocidos será un tercio en usufructo..." (art. 841, § 2, inc. 1) (326).

tercio que pudieran dimanar de las capitulaciones matrimoniales o de disposición testamentaria del premuerto.

— Otra de EDUARDO GARCÍA GOYENA, que propuso atribuirle una cuota en usufructo igual a la que por legítima corresponda a cada uno de los hijos; de un tercio en concurso con ascendientes, y de la mitad en concurrencia con colaterales. Argumentó a favor de esta proposición, que cabalmente el Código de una nación eminentemente latina como Italia, asignaba al cónyuge viudo la misma porción del Fuero Juzgo, por lo cual no hacía en realidad más que proponer la vuelta a la antigua legislación nacional. Su propuesta la articuló en bases que, en ciertas partes, fueron rechazadas pero que, en lo demás, fueron perfectamente acogidas por la generalidad de los vocales de la Comisión.

Así se logró el acuerdo, contenido en la Base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1868, de limitar el usufructo viudal "a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos si los hubiese".

Este criterio es el que desarrolló el primitivo art. 834 en su § 1.º, al determinar que: "tendrá derecho [el viudo o viuda] a una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos y descendientes legítimos no mejorados".

El § 2.º, de dicho primitivo art. 834, prevenía que: "Si no quedare más que un solo hijo o descendiente, el viudo o viuda tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora...". Notemos que ésta ha sido la solución generalizada, después de la reforma de 1958, por el vigente art. 834, a todo supuesto de concurrencia con hijos legítimos cualquiera que sea su número.

(324) Se había discutido arduamente por la doctrina la determinación del dividendo y del divisor. En cuanto aquélla se formularon las teorías del dividendo máximo (los tres tercios cuando los hijos los recibieran por igual), del dividendo fijo o mínimo (el tercio de legítima estricta) y del dividendo variable medio (legítima estricta más la parte o el todo del tercio de mejora no utilizado expresamente para mejorar) que es la que preponderó. Acerca de la segunda, hubo partidarios de divisor simple (integrado sólo por el número de hijos legítimos), del divisor compuesto (número de hijos más el cónyuge viudo, es decir: $x + 1$) y una tercera posición, intermedia o casuística, que proponía adaptarla al caso en cuestión, según el número de hijos y según hubiese o no mejora (cfr. un expresivo resumen de todas estas posiciones en CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., ed. Madrid, 1944, vol. IV, tema XC, n. 5, pp. 546 y ss., y también el estudio de LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La cuota viudal y su regla fija", en R. G. L. y J. 180, 1 sem. 1946, pp. 390 y ss. y 546 y ss.).

(325) JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, "Sucesión forzosa y sucesión contractual", 5, "Personas con derecho a la porción conyugal", en Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de Concepción (Chile), año XXXII, enero-marzo 1964.

(326) Según luego veremos, no han faltado quienes creen que el § 2.º del art. 841, sólo se refiere al supuesto de triple concurrencia de cónyuge viudo, ascendientes e hijos naturales. Según unos (cfr. *infra* notas 399 y 400 el concurso de sólo aquél con éstos no se halla previsto, por lo cual se produjo con la

γ) “No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia” (art. 837) (327).

δ) “No existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia” (art. 838) (328).

¿En los dos últimos supuestos —arts. 837 y 838— los descendientes y los ascendientes han de ser legítimos —o adoptivos con la adopción plena—, o se incluyen también los naturales, y, por tanto, también los adoptivos en la adopción simple? (329). Relacionando la desaparición del calificativo legítimo —que aparecía en la anterior versión del art. 857 y ha desaparecido del vigente 838— con lo dispuesto en el referido inciso del art. 841, § 2; parece que se incluyen en la previsión de estos artículos tanto los descendientes y ascendientes naturales como los legítimos.

B₂) DETERMINACION DE LAS LEGITIMAS INDIVIDUALES EN LAS REGIONES FORALES.

50- a₂) En Aragón.

En Aragón, ha dicho Lacruz Berdejo (330), es punto de partida que “no hay más legítima material individual que la que resulta de la existencia de lo global y de la necesidad de asignarla a personas concretas”.

La facultad electiva del causante hace que ningún descendiente, salvo si es único, “puede alegar, mientras vive el causante, una expectativa legitimaria cuantitativamente medible”.

Pero, a la muerte del causante, aparte de los derechos asignados por éste individualmente a descendientes comprendidos en el grupo

reforma de 1958, una laguna legal que se debe llenar aplicando bien sea como costumbre *practer legem* o directamente como norma no derogada el antiguo art. 837, que confería al cónyuge viudo la cuota de la mitad de no concurrir con descendientes ni ascendientes legítimos. Otros (cfr. *infra*, nota 398), en cambio, creen que sencillamente se aplica el art. 838 y que el usufructo viudal es de dos tercios de la herencia.

(327) El primitivo art. 836 C. c. atribuía en este supuesto un tercio de la herencia en usufructo, conforme la propuesta de EDUARDO GARCÍA GOYENA aceptada por la Comisión Codificadora (cfr. ALONSO MARTÍNEZ, loc. últ. cit., p. 289).

(328) Para ese supuesto, el originario art. 837 le asignaba el usufructo de la mitad de la herencia, de acuerdo con la misma fórmula propuesta por E. García Goyena.

(329) Sobrentienden que sólo se refieren a los legítimos, BATLLE VÁZQUEZ, “Observaciones sobre la reforma del Código civil”, VI, en R. G. L. y J. 105, 2 sem. 1958, p. 451, y BONET RAMÓN, “Código...”, arts. 837 y 838, p. 658. PERÉ, cfr. *infra*, n. 63, p. Pero véase *infra*, nota 401.

(330) LACRUZ BERDEJO, “Las legítimas en la Compilación”, VIII, loc. cit., p. 519.

legitimario, puede surgir *ex lege* la facultad de reclamar legítima individualmente determinada en los siguientes supuestos:

1) No uso por el causante —por sí o por fiduciario— de su facultad dispositiva, ni *inter vivos* ni *mortis causa*, absorbiéndose entonces la sucesión forzosa por la intestada. Igual sucede en caso de preterición de todos los descendientes con ignorancia de la existencia de alguno (art. 22, 2.º).

2) Preterición consciente o desheredación injusta total, es decir, de todos los legitimarios; que da lugar a la delación intestada de dos tercios del caudal (art. 22, 1.º), esto es a su reparto por cabezas entre los hijos y por estirpes de hijos premuertos entre los descendientes legítimos de éstos.

Notemos, para éste y el anterior supuestos, que el art. 128 Comp. Aragón se remite a los arts. 931 a 934 C. c.

3) Preterición o desheredación injusta singulares en función de la cual el legitimario que la sufra “tendrá derecho a una porción del caudal igual a la del menos favorecido por el testador” (art. 123 Comp. Ar.).

4) Institución de varios legitimarios como herederos por el causante sin asignarles bienes concretos, que da lugar a que se distribuyan los dos tercios, deducidas las atribuciones hechas a otros legitimarios, proporcionalmente a la cuota de su institución (331).

En resumen, como explica el mismo Lacruz (332), el proceso de formación de la legítima material individual es notoriamente distinto al del Código civil. En éste, deducida la mejora efectiva, el resto de los dos tercios es dividido por el número de hijos para señalar la legítima individual, que se hará efectiva, a costa de la sucesión o de reducción de donaciones, contra cualquiera que la perjudique, incluso los restantes legitimarios. “En Aragón en cambio, 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. Consiguientemente, no es posible la previa fijación, en todos los casos, de una legítima por partes alicuotas, y si sólo hay, en el primer momento una legítima global, en la que se imputan todas las atribuciones *mortis causa* e *inter vivos* que han tenido lugar en favor de los legitimarios, sin distinguir entre tercio libre, mejora y reserva. Ningún descendiente puede demandar a otro por infracción de la legítima estricta, ya que al ser libre la distribución entre ellos, la reserva individual sólo existe en el sentido de que los dos tercios deben distribuirse entre los legitimarios pero no en el de que a cada uno haya que darle su parte, por pequeña que sea”.

(331) LACRUZ, loc. cit., p. 520.

(332) LACRUZ, pp. 520 y s.

51 - b₂) *Balearcs.*

a) *Normas generales.*

La legítima individual de los hijos legítimos, tanto en Mallorca (art. 41, § 1) como en Menorca (art. 65) e Ibiza y Formentera (artículo 79), es una parte viril del tercio o de la mitad del caudal según el número de hijos no pase de cuatro o menos o bien sea de más de cuatro. El art. 79, §, 1, en su inciso final —referente al Derecho de Ibiza y de Formentera— es más explícito al respecto, al decir: “*contándose los hijos por cabezas y los demás descendientes por estirpes*”.

Del art. 50, aplicable a Mallorca y no a Menorca (art. 65) pero sí a Ibiza y Formentera (art. 80), se deduce que la legítima renunciada y finiquitada por *definición* acrece al heredero y no a los demás legitimarios.

β) *Especialdades de Mallorca y Menorca.*

I) *Hijos naturales reconocidos, tanto en la sucesión del padre como en la de la madre, e hijos adoptivos, con adopción plena si —unos y otros— no concurren en la sucesión con descendientes legítimos.*

Se distribuyen por cabezas, es decir, por partes iguales, y sus descendientes legítimos por representación y estirpes, la cuota legitimaria de un tercio o la mitad según su número no exceda o pase de cuatro (arts. 41, § 2, y 43, § 1.º).

II) *Hijos naturales reconocidos, en la sucesión de la madre, e hijos adoptivos con adopción plena, concurriendo con descendientes legítimos:*

“*Conseverarán éstos su derecho a la mitad o al tercio de la herencia que, según su número, les corresponda y se detrará del resto en cuanto quepa dentro del mismo, para cada uno de los hijos adoptivos y naturales una cuota viril de cuantía igual a la que cada uno de los hijos legítimos corresponda*” (art. 41, § 2.º, ap. 2.º).

III) *Hijos naturales reconocidos en la sucesión del padre, concurriendo con descendientes legítimos:*

“*Cada uno de los hijos naturales tendrá derecho a la mitad de la cuota correspondiente de cada uno de los hijos legítimos, según el número de éstos, aplicándose a este caso lo dispuesto en el artículo 41 para análogo supuesto de concurrencia*” (art. 43, a).

IV) *Hijos naturales reconocidos en la sucesión del padre, en concurrencia con ascendientes legítimos:*

“*Tendrán los hijos naturales una cuota global equivalente a la de aquéllos*” (art. 43, b), que por aplicación del § 1.º del mismo art. 43, se distribuirán, “*por partes iguales*”, y “*sus descendientes legítimos por representación y por estirpes*”.

V) *Padres y ascendientes legítimos en la sucesión de sus hijos y descendientes legítimos; padres naturales en la de sus hijos naturales*

reconocidos, y adoptantes en la de los adoptados con adopción plena:

Para los primeros, dice el art. 42, ap. 3.º: “*Concurriendo ambos padres, se dividirá entre ellos la legítima por mitad, y si alguno de ellos hubiere fallecido, su parte corresponderá a los ascendientes de grado más próximo, con sujeción a las reglas establecidas para la sucesión abintestato.*”

La división por mitad es sin duda aplicable al padre y madre naturales o adoptantes, conforme la remisión que hace a los derechos legítimos de los padres legítimos el art. 44. Pero con la particularidad de que los ascendientes de ulterior grado no cuentan en el parentesco natural ni en el adoptivo.

VI) *Cónyuge viudo.*

Conforme al art. 45 le corresponde *un tercio, la mitad o dos tercios* en usufructo según concurra con descendientes, con ascendientes o no concurra con éstos ni aquéllos —a este respecto hay que entender asimilados a los legítimos, a tenor del art. 41 a los hijos naturales en la sucesión de la madre y a los adoptivos en la adopción plena—, pero, concurriendo con descendientes de anteriores nupcias, en caso de contraer las nuevas, su cuota está sujeta a la reducción prevista en el art. 53, es decir, para que su valor “*no exceda del que corresponda al hijo legítimo menos favorecido*”.

c₂) *Cataluña.*

52. La distribución de la legítima individual en Derecho catalán se efectúa conforme las siguientes reglas:

α) 1.ª regla general, referida en principio a los *hijos y descendientes legítimos*:

Se distribuye según el art. 124 § 1.º “*por partes iguales, representando a los premuertos sus respectivos descendientes legítimos por stirpes*”.

Esta regla es aplicable: a los hijos naturales en la sucesión de la madre y en la del padre si no dejan hijos y descendientes legítimos (art. 126). y a los hijos adoptivos, sin distinción, si no concurren con descendientes legítimos (art. 125).

β) *Regla especial para la legítima de los ascendientes legítimos:*

Según el art. 124, § 2, aps. 2.º y 3.º: “*Los padres lo serán [legitimarios] por mitad, y si alguno de ellos hubiese premuerto, lo serán los ascendientes de grado más próximo, por una mitad en la línea paterna y por otra en la materna, y por partes iguales entre los de cada línea; pero si fueren de diferente grado, sólo serán legitimarios los de grado más próximo de una u otra línea*”.

γ) *Id.* para los hijos adoptivos en concurrencia con legítimos: “*Su legítima será independiente de la cuota legitimaria que íntegramente corresponda a los legítimos*”, según el ap. 2.º, art. 125, que añade en su ap. 2.º: “*La legítima de cada hijo adoptivo no podrá exceder la porción viril que resulte de dividir una cuarta parte del valor*

liquido de la herencia por el número de aquéllos, sumado al de los hijos legítimos y estirpes de descendientes legítimos de padre premuerto."

Esta regla es aplicable a los hijos naturales en la sucesión de la madre si concurren con hijos y descendientes legítimos, según el art. 126, § 2.º

δ) *Id.* para el padre o madre en la sucesión de sus hijos naturales y de los descendientes legítimos de éstos corresponde sólo a la madre, si el padre no los hubiere atendido en cuantía superior a la deuda alimenticia; o a los dos por mitad, en caso de haberlos atendido el padre en cuantía superior (art. 128).

ε) 2.ª regla general; que está contenida en el art. 130: "*Para determinar la legítima individual entre varios legitimarios hace número el que de ellos sea heredero, así como el legitimario que lo haya renunciado, el que haya sido desheredado justamente y el declarado indigno de suceder al causante, sin perjuicio de que los hijos y descendientes legítimos del desheredado o declarado indigno, que sea hijo legítimo o natural del causante tengan el derecho que les atribuyen los artículos 761 y 857 del Código civil.*"

Consiguientemente, al contarse para calcular las legítimas individuales el renunciante, el indigno y el justamente desheredado, su parte —salvo los supuestos de aplicación de los arts. 761 y 857 C. c. incrementa la herencia libre y no la cuota de los otros legitimarios. Es decir, la regla es la contraria de la que sigue el Código civil, y corresponde a la romana del Dig. V-II, 8, § 8.

F. de A. Condomines y R. Faus (333) comentan que este artículo "se limita a aplicar la regla clásica romana *exheredatus parten facit ad minuendam legitimam*. La duda, que a algunos se ofrecía, respecto a si la legítima renunciada acrecía a la herencia o la parte del renunciante entraba en el cómputo para la determinación de la legítima individual, la resuelve el último párrafo de este artículo de acuerdo con la naturaleza de aquélla, pues dada su configuración obligacional, su renuncia se asimila a la remisión de deuda mancomunada simple".

ζ) *Reglas especiales para la cuarta marital.*

Se contienen en el art. 149 Comp.:

"La cuarta marital consiste en la cuarta parte de la herencia líquida del marido. No obstante, si éste dejare cuatro o más hijos legítimos comunes o no, o estirpes de descendientes legítimos de hijos premuertos, consistirá dicha parte en una porción igual a la que al fallecer intestado el marido hubiera correspondido a cada uno de sus hijos. En caso de existir hijos comunes la viuda sólo tendrá el usufructo de la cuarta marital y la nuda propiedad quedará integrada en la herencia."

"La cuarta marital sufrirá la reducción que impone el párrafo pri-

mero del artículo 253 si la viuda lo fuere de segundo o ulterior matrimonio del causante y quedare algún hijo del anterior o anteriores matrimonios o estirpe de hijo premuerto”.

d₂) Vizcaya.

53. Podemos deducir de la compilación vizcaína las siguientes reglas:

α) Al ser excluida con la fórmula de apartamiento la legítima material individual (334), podemos decir que en Vizcaya, en principio, no hay legítima individual, al ser electiva la atribución de la global dentro de cada grupo y grado de legitimarios. Puede, sin embargo, haberla de hecho si en el grupo y grado preferente no existe sino un solo legitimario.

Hay una distribución troncal por líneas en la legítima de los ascendientes y de los profincos colaterales tronqueros.

Si el causante no hubiere usado válidamente de su facultad atributiva y distributiva, la legítima quedará absorbida en la sucesión intestada regulada en los art. 31, 32 y 33 Comp. Vizc.

β) Como regla especial, innovada por la Compilación (335), dispone su art. 26: “El cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concurra con hijos o descendientes legítimos.”

III. PROBLEMAS QUE SUSCITAN LOS COCIENTES

A) CUESTIÓN DE LA CONMIXTIBILIDAD O INCONMIXTIBILIDAD DE LAS CUOTAS DE LEGÍTIMA, ABSOLUTA Y RELATIVA, Y DE LIBRE DISPOSICIÓN.

54. Conviene que volvamos a repasar el art. 808 C. c.: “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

”Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos.

”La tercera parte restante será de libre disposición”.

Ahí tenemos determinados, aplicándolos en cada caso al dividendo, los módulos o la medida en que el ascendiente puede disponer:

a) sólo a favor de sus hijos legítimos por partes iguales, sin perjuicio de la representación del hijo premuerto por sus descendientes legítimos (*tercio de legítima estricta*); b) a favor de todos, igual o desigualmente, o de cualquiera o cualesquiera de sus descendientes legítimos de cualquier grado (*tercio de mejora*); y, c) libremente a favor de aquel o aquellos parientes o extraños a quienes quiera favorecer el causante (*tercio de libre disposición*).

(334) Cfr. “El apartamiento y la desheredación”, I, 3, en A. D. C. XXI-I, pp. 7 y ss.

(335) Cfr. ANTONIO ASTORQUI, “Introducción al Derecho civil de Vizcaya y Alava”, Bilbao, 1941, p. 116.

Para el entendimiento de esta norma hemos de hacer, ante todo, dos observaciones que en este punto estimamos primordiales.

Una: La expresión “*haber hereditario*”, de este art. 808, ha de remitirse al *haber computado en la forma prevista en el artículo 818 C. c.* (336). Por consiguiente, el caudal relicto incluso podrá ser todo él legítima, todo mejora o todo parte de libre disposición, o bien podrá serlo en proporción distinta a la señalada en el artículo 808, según resulte una vez imputadas a una y otra, a dos o a las tres cuotas de la masa computada las donaciones de uno u otro tipo, que en vida haya otorgado el causante.

Otra: referente al sentido que debe darse a la expresión de que la imputación debe hacerse a una de las tres *partes o cuotas expresadas*, que es el problema del que ahora vamos a ocuparnos.

Es de observar la tendencia de algunos juristas a cosificar conceptos que realmente no representan una cosa, es decir, aquello que no es una realidad óptica, sino sólo un modo de hacer explícita una relación lógica establecida por el hombre para un determinado fin. Así, v. gr., puede ser un modo de determinar un contenido real fluido y variable (337); o bien una forma de significar la mediación del derecho de otro en una relación que, si bien se apoya en aquel derecho (338), está referida a una cosa, o, simplemente, tan sólo expresión de un módulo de participación en el goce o disfrute y disposición de una cosa (339).

(336) Cfr. nuestras “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, III, en A. D. C. XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 109 y ss.; y “Contenido cualitativo de los descendientes en el Código civil”, n. 11, en A. D. C. XXIII-I, pp. 51 y ss., y *supra*, n. 30.

(337) Así hemos visto que se ha querido considerar como un *corpus* las denominadas *universitas* que, en realidad, no son sino expresiones de una determinación *sub specie universalitatis* (cfr. “*Pignus Tabernae*”, n. 7, en A. D. C. VI-IV, octubre-diciembre 1953, pp. 801 y ss.; o en “Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales”, Barcelona, 1962, pp. 481 y ss.).

Véase también, en nuestra *nota crítica* al libro de ROLF SERICK, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles” (en A. D. C. XI-IV, octubre-diciembre 1958, pp. 1180 *in fine* y ss.), una referencia a: los intentos de cosificar las *universitas facti*; el uso abusivo de la expresión *res incorporalis* aplicándolo para recubrir un problema con un nombre, como quien envuelve en celofán las piezas de un mecanismo que no sabe montar; la enunciación del llamado derecho hereditario *in abstracto*, que es útil como *nomen iuris* mientras no se trate de cosificarlo.

(338) Cfr. nuestra crítica al concepto de *derechos sobre derechos* en “La hipoteca del derecho arrendaticio”, Madrid, 1951, I Parte, IV, 2, 3 y 4, pp. 82 y ss., así como en la citada nota al Serick, pp. 1181 y ss., o en “Panorama del Derecho civil”, Barcelona, 1963, tema V. I, pp. 131 y ss.

(339) Cfr. nuestra citada *nota* a la referida obra de Serick, p. 1181, donde advertimos: “Se ha querido cosificar las cuotas indivisas del condominio romano (Puchta y gran parte de la doctrina española). Cuando en realidad la cuota no es sino la expresión matemática de la concurrente titularidad de cada condueño, posición disponible (al contrario que la del cotitular *zur gesamt Hand*) y que no sólo señala el módulo de la participación en caso de liquidación —como en la germánica— sino además la medida del disfrute, percepción

Hay que reconocer que, sin duda, ha influido en ello la mediatización de la realidad por el conceptualismo, que ha tendido a sustituir la cosa real por su imagen mental elaborada como una pseudorealidad conceptual, puramente mental y meramente lógica (340). A veces, se ha llegado a suplantarlo dogmáticamente, o a confundir en arbitraria mezcolanza, la realidad con los conceptos mediante los cuales se pretende explicar coherentemente la infinita variedad de aquélla (341).

En cierto modo se ha hecho algo parecido con los tercios de legítima, mejora y libre disposición, que para muchos se convierten en compartimientos estancos y de heterogénea naturaleza.

Hace años hicimos notar (342) que “se materializa demasiado el concepto de cuota. Ser instituido en una cuota de la herencia no es ser llamado a una porción concreta, sino designado a coparticipar del todo juntamente con los demás herederos testamentarios o legales”. La legítima no se concreta *a priori* en una cuota parte del haber, sino que significa la coparticipación de él en una proporción mínima dada.

E insistimos (343) en que “la herencia no se halla dividida en compartimientos estancos”; en que “no es correcto decir —aunque

de utilidades y participación en las cargas (LACRUZ BERDEJO y J. BELTRÁN DE HEREDIA)”.

Véase también nuestro “Panorama...”, tema VI, II, pp. 157 y s., donde señalamos alguna consecuencia práctica que ese error teórico pudo haber ocasionado.

(340) Cfr. nuestros estudios “La crisis del Derecho”, I, e, en R. G. L. y J. XV, 1.º sem. 1962, pp. 474 y ss., “Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero”, II, B, en “Estudios sobre Derecho de cosas y...”, pp. 152 y ss., y “Panorama...”, tema V, I, pp. 128 y ss.

(341) El profesor de Filosofía de la Universidad de Lieja, Marcel de Corte (“L’homme contre lui-même”, París 1962, pp. 259 y ss.) nos ha advertido de lo tentador que resulta el empleo de un método lógico de representaciones abstractas y de lo difícil y duro que es sujetarse al mundo de la experiencia vivida.

“Por pobre que sea el mundo de la representación desvitalizada, es el único hijo de las obras del espíritu autónomo, es querido, adorado, exaltado. Persuade intensamente. No hay nada tan oscuro y misterioso como lo real. Aquél, en cambio, es transparente de lado a lado. Lo que fabricamos en todas sus piezas, lo conocemos perfectamente y sin sombras. El espíritu se encuentra perfectamente en él. Creer en ese mundo es creer en sí. Y adherirse es adherirse a sí mismo. Entre ese mundo y yo no hay ninguna diferencia a franquear”.

Pero esto da lugar —como subraya, páginas después (p. 310)— a un fenómeno de *alienación*. Así una multitud de hombres “expulsados del mundo real, habitan otro mundo, que les domina, les obsesiona, dirige todos sus actos: son esclavos de sus sueños. El loco, decía con exactitud Chesterton, no es un hombre que ha perdido la razón, sino un hombre que ha perdido todo menos la razón. Alocada por su ruptura con la realidad, la razón humana emite, en un trance del espíritu, los ectoplasmas que le resultan oportunos, pero que una mirada atenta disipa instantáneamente”.

(342) “Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios”, IV, en R. D. P. XXXII, abril 1948, p. 324.

(343) *Ibid.*, p. 341.

en sentido figurado frecuentemente se diga— que la herencia de un ascendiente se divide en tres tercios: de legítima estricta, mejora y libre disposición. No hay tal división en realidad. Lo único que sucede es que, de su herencia [mejor dicho, de la masa contable referida en el art. 818 C. c.], el ascendiente puede disponer libremente de una tercera parte; también a su arbitrio pero tan sólo entre descendientes, de otra, y de la restante sólo puede disponer a favor de todos los hijos por partes iguales. La fijación de la legítima sólo significa la determinación del valor de un tercio de la herencia —computando con ella el valor de las donaciones hechas por el causante—, pero no la fijación de un compartimiento”. El tercio de legítima “no pasa de ser un *nomen iuris*, o todo lo más una realidad de orden puramente contable, pero nada más que contable”, e igualmente los tercios de mejora y libre disposición.

Años más tarde (344) denunciarnos un error semejante consciente en “colocar una muralla, con un solo puente levadizo”, entre los tercios de mejora y libre disposición: “No se mira [en ese caso] al tercio libre, simplemente, como un valor límite de las liberalidades posibles a favor de extraños; y al tercio de mejora, sumado a aquél, sencillamente como un *máximum* que fija cuánto se puede dejar a un descendiente con exclusión de los demás, sino que, materializándolos, se los contempla como si fueran dos departamentos de la herencia, con fines y hasta naturaleza diferentes. Considerándolos no ya como la simple concreción ideal de unos límites, sino como cuotas distintas, definidas e incommixtibles”.

Espinar Lafuente (345), en este punto, está de acuerdo con nosotros. A su juicio, “salvo en el caso del art. 985 (reputado anómalo por casi toda la doctrina)”, el Código civil no sigue el sistema de *compartimientos estancos*, “sino el opuesto; el de considerar las partes de libre disposición y de legítima como *partes-límites* (meros topes cuantitativos)”. El art. 809 quiere decir, simplemente, “que las cuotas de los legitimarios de la línea de que aquí se trata tienen como límite máximo de reducción *el de una mitad*”, y de modo análogo estima que ha de entenderse el art. 829, el 835 y otros artículos.

55. No se crea que se trata de una cuestión puramente teórica. Esta cosificación de las cuotas convirtiéndolas en compartimientos estancos —bien sea que se efectúe conscientemente, por una visión conceptual de la realidad jurídica, o bien subconscientemente— ha dado lugar a pseudoproblemas, algunos de los cuales han hecho correr la tinta abundantemente. Aquí señalaremos solamente algunos como mera ilustración de lo que decimos.

a) Según Guillermo G. Valdecasas (346), cuando la donación

(344) “La mejora tácita”, VI, 1, Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 24 enero 1950, publicado en “Anales de la Ac. Matrit. del Notariado”, vol. VIII, p. 66.

(345) ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 155, pp. 336 y ss.

(346) GUILLERMO G. VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y

no es colacionable por haber repudiado la herencia el donatario (artículo 1.036, inc. 2.º) o cuando el legitimario favorecido por el testador con un legado acepta éste y renuncia a la herencia, la donación, como en su caso el legado, “deberá imputarse exclusivamente a la parte disponible”.

Es cierto que el autor fundamenta estas afirmaciones en la razón conceptual por él sostenida, de que la legítima es herencia y su adquisición es inseparable de este título (347). Pero, ¿acaso no encierra este juicio un preconcepto que hace de la legítima una porción por naturaleza heterogénea de las demás del haber relicto, en cuanto no puede ser sino *pars hereditatis* y es indisponible por otro título distinto? ¿No presupone, al menos subconscientemente, que existe esa inconnixtibilidad de los tercios, convertidos en compartimientos estancos.

Con ese criterio lo que *a priori* fuese imputable a la parte disponible, como atribución además de la legítima, ya nunca podría cubrir ésta aunque a la hora de la sucesión el donatario nada más recibiera del causante, bien por voluntad de éste o por la del propio legitimario.

En este último caso de no recibirlo por repudiación de la herencia, un acto de un tercero (el legitimario repudiante) perjudicaría a los destinatarios de la porción disponible, en beneficio de los co-legitimarios, sin causa alguna que lo justificara, en cuanto contrariaría la voluntad del causante que quiso favorecer los destinatarios de la parte de libre disposición en todo cuanto no fuera reservado por la ley a los legitimarios en su conjunto. Y, en todo caso, asimismo, la voluntad del causante sería contrariada al limitarla en mayor cuantía del importe que, por legítima, debía disponer a favor de sus descendientes.

Como observamos al hacer la crítica de la tesis (348) de Guillermo G. Valdecasas: “Sólo la confusión de la cuota hereditaria atribuida al legitimario [cuando como tal se le atribuya] con la medida de su legítima puede dar lugar a aquella conclusión”...

b) Alfredo García Bernardo (349) ha opinado que cuando a un legitimario se le atribuye únicamente un legado: “Si se imputa a la cuota libre y no la cubre, hay preterición; ya que no puede entrar en juego el artículo 815, pues no hay base para un suplemento de la legítima, ya que el legitimario tiene que reclamarla íntegramente y el concepto de inoficiosidad total es extraño a nuestro C. c...”

El fundamento que principalmente lleva a García Bernardo hasta

como cuota de valor”, III, 2, en R. D. P. XLVII, noviembre 1963, p. 974, nota 36.

(347) Cfr. nuestra crítica al respecto en “Notas críticas a la pretendida distinción...”, 26, en A. D. C. XVIII-I, pp. 100 y ss.

(348) “Notas críticas...”, loc. cit., p. 103.

(349) ALFREDO GARCÍA BERNARDO Y LANDETA, “Preterición formal y material y nulidad de la institución, I, C, 3 a 5, en A. D. C. XXII-II, abril-junio 1969, pp. 341 y s.

esa consecuencia es su personal concepto de lo que él denomina preterición material (350). Sin embargo, creemos que, aun siendo así, podría haber evitado llegar a esa consecuencia si no hubiera tenido prefigurada la división en tercios como algo más que un módulo contable para apreciar la inoficiosidad.

La imputación a una u otra cuota no es una aplicación a una porción de la herencia, incommixtible con las otras, sino la determinación contable de cómo el cansante va gastando su libre disponibilidad y su facultad de mejorar, o cumpliendo su deber en satisfacer las legítimas estrictas.

Por eso, en el raro supuesto en cuestión, el verdadero problema queda concretado a saber si la voluntad del testador es que el legítimo *no reciba más que ese legado* o bien *que lo reciba además de su legítima larga o corta*. No hay otra alternativa posible (351), y el problema es sólo de *medida*, no se trata de encerrar lo legado en una o en otra cuota incommixtible con efectos sorprendentemente dispares según donde quede estabulada.

56. c) Igualmente ocurre, como hemos dicho al contemplar los tercios de mejora y de libre disposición, en el supuesto de haber donado con dispensa de colación o con carácter de mejora.

Lacoste (352) proclamó que la cuota destinada a mejora y la de libre disposición son dos masas de bienes que “no tienen de común más que la posibilidad de poderse acumular en ciertos casos en las manos de un mismo propietario. Son distintas en cuanto a su origen; opuestas en cuanto a su naturaleza y caracteres. La una aherrojada en la legítima o, por lo menos, en un círculo muy restringido de herederos; la otra franca e independiente; en fin, cada una de ellas rigese por reglas particulares”.

Y Ferrara (353) situó la diferencia entre ambas cuotas en la dispar naturaleza jurídica que tienen, a su juicio, la mejora y la dispensa de colación. “Mientras el donante —dijo— con dispensa de colación alcanza a la parte disponible y hace una verdadera liberalidad, el ascendiente mejorante no hace una verdadera liberalidad, sino un ordenamiento de favor entre sus herederos legítimos, en virtud del poder autónomo que para esto le corresponde por su autoridad de padre, y para la satisfacción de finalidades ideales y familiares que trascienden del fuero de los intereses económicos” (354).

(350) Cfr. nuestra crítica en “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil”. nota 4, en A. D. C. XXIII-I, pp. 10 y ss.

(351) Cfr. nuestra nota últ. cit., p. 12.

(352) JORGE DE LACOSTE “La mejora”, trad. del francés por LUIS GARCÍA GUIJARRO, Madrid, 1913, cap. V, sec. III. § III, p. 178.

(353) FRANCESCO FERRARA, “El sistema de la legítima y de la mejora en el Derecho español”, según la reseña hecha por Jerónimo González, “Las conferencias del Doctor Ferrara”, VI-V, en R. C. D. I., V, enero 1929, p. 65.

(354) En igual sentido, AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “La mejora en el sistema sucesorio español”, Coimbra, 1946, p. 34.

Eso mismo movió a Uriarte Berasátegui (355) a preguntar: “¿Es que los mandatos de mejora y no colación, cuyo espíritu común en la intención del ascendiente es que al donatario no se le descuente el importe de la donación en su herencia, aunque por ello sea mayor o mejor heredero, se ha convertido por imperio de la ley en *órdenes de imputación a tercios?*” Y le llevó a responder descorazonado, sintiéndose impotente ante la injusticia y la antijuridicidad del que creía ser criterio legal: “La ley, con fines especiales, ha impuesto un artificio de tercios de herencia, y los ha desenvuelto con tan escasa sutileza jurídica...” que “hace incompatibles los tercios de mejora y libre”, con lo cual, al testador “le doblará y partirá en dos su voluntad, anulándola como ha dividido y separado ambos tercios en la herencia”.

Sin embargo, después de un sucesivo análisis de los arts. 656, 1.035, 1.036, 829, 819 y 825 C. c., hace tiempo comprobamos (356) que ese pretendido criterio legal no existe.

La mayor dificultad aparente se coloca en el art. 829, cuando ordena que si el valor de la mejora en cosa determinada “*excediera del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados*”, sin adudir para nada a su imputabilidad en el tercio de libre disposición. Pero la explicación podemos hallarla ya en nuestro Derecho histórico, donde encontramos el germen de una presunción legal *iuris tantum* de la voluntad del mejorante: “quia —dijo Antonio Gómez— (357) mens et voluntas patris vel matris non fuit in plusquam tertio meliorare, et actus agentium non operantium ultra eorum intentionem: et limitata causa limitatum parit effectum”. No hay en el art. 829 sino una presunción o juicio legal acerca de cuál es la voluntad del mejorante. Ese es su fundamento (358) —presu-

(355) JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI, “El artículo 827 del Código civil”, en R. C. D. I., V, mayo 1929, pp. 332 y ss.

(356) “La mejora tácita...”, loc. cit., pp. 70 y ss. El art. 656 debe entenderse teniendo en cuenta que el tercio de mejora es parte disponible entre los hijos y descendientes. Los arts. 1.035 y 1.036 no pueden enmascarar que la dispensa de colacionar es una forma de mejora imputable al tercio de mejora si así resulta de la voluntad del donante. Y de los arts. 819 y 825 resulta que el primero se ocupa de la imputación de las donaciones que no tengan carácter de mejora, y el art. 825 determina que este carácter ha de ser atribuido expresamente.

(357) ANTONIO GÓMEZ, “Opus..., super legibus Tauri”, lex XVII, n. 14, vers. “*Item etiam infero*”; cfr. ed. cit., fol. 69.

(358) JOSÉ MORELL Y TERRY (“Mejoras”, II, B, en R. G. L. y J. 93, 2.º sem. 1898, pp. 578 y s., o en “Estudios sobre el Código civil”, Madrid, 1894, p. 56), atendió para su aplicación a lo que más verosímil resulte que el testador o mejorante quiso. VALVERDE VALVERDE (op. cit., vol. V, cap. XII, § II, pp. 290 y ss.) consideró aplicable únicamente el art. 829, en cuanto la determinación que de su exceso hace, a la mejora de cuota con asignación de cosa cierta. Después de nuestra conferencia “La mejora tácita...” (VII, I, c, pp. 73 y ss.) han sostenido igual criterio ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de sucesiones de Kipp*, II, § VII, Ap. IV, p. 362; LÓPEZ JACOISTE, “La me-

mir, salvo expresa disposición en contrario, que se trata de una mejora de cuota con determinación de cosa cierta o de una mejora de cosa cierta con limitación de cuota (359)—. No lo es la pretendida falta de fungibilidad y comunicabilidad entre cuotas de la herencia (360). La ley establece límites cuantitativos a la disponibilidad del causante, pero estos límites son sólo *realidades contables* para acotar dicha disponibilidad, no masas materiales objetivamente diferenciados. La ley pone límites a la disponibilidad, a la actuación del causante, pero no los materializa ónticamente en la masa.

57. En cambio, en Vizcaya los *bienes troncales* sí que forman una masa diferenciada materialmente e incommixtible. Pero notemos que la legítima troncal propiamente no viene determinada por una cuota —que sólo puede servir para señalar el límite en el cual, en su caso, pueden afectar los legados a favor del alma a los bienes troncales, cuando los bienes no raíces no alcancen a cubrir el quinto—, sino por la propia naturaleza y procedencia de los bienes. Masa que, a su vez, en la legítima de los ascendientes y de los profincos colaterales tronqueros se subdivide en otras, también incommixtibles entre sí, según la respectiva procedencia troncal de los bienes que integran cada una de ellas.

Algo parecido puede decirse en la sucesión de los impúberes en Cataluña respecto de los bienes troncales.

E igualmente es extensible en los supuestos de reserva vidual y lineal en cuanto a la distinción de los bienes reservables respecto de la masa general de la herencia.

En el epígrafe siguiente vamos a ocuparnos de modo especial de esa posible existencia de masas distintas en una misma sucesión.

jora en cosa determinada”, Madrid, 1961, cap. V, III, 1, pp. 164 y ss.; CÁMARA ALVAREZ, “Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil”, en los Estudios conmemorativos del “Centenario de la Ley del Notariado”, sec. III, vol. I, Madrid, 1964, pp. 914 y ss.; PUIG BRUTAU, “Estudios...”, V-III, cap. I, 5, VIII, pp. 70 y ss.; BONET RAMÓN, “Código...”, art. 829, p. 654. En este mismo sentido cabe aducir la sentencia del Tribunal Supremo, muy anterior de 5 noviembre 1925.

(359) SANCHO LLAMAS Y MOLINA (“Comentario crítico jurídico y literal a las ochenta y tres leyes de Toro”, Ley 23, n. 11, cfr. 3.^a ed. Madrid, 1853, T. I, p. 428), dice: “Aunque la mejora de cosa cierta es distinta de la de cuota, sin embargo, se puede decir que cuando la cosa cierta se hace con señalamiento de cuota hay caso en que el efecto participa de una y otra; tal es, por ejemplo, si la mejora que se hace de cosa cierta con señalamiento de tercio o de quinto la cosa señalada excede el valor de la cuota que en tal caso la mejora será de cosa cierta para que en aquella cosa, y no en otra, se verifique la mejora, y será de cuota para que no sea válida en la parte que excede de la cuota señalada, a diferencia de la mejora que se hace de cosa cierta sin señalamiento de cuota, la que debe valer aunque exceda del tercio y alcance el quinto; y si aún excede, debe imputarse a la legítima en virtud de la ley 26, que expresamente lo dispone para la mejora tácita”.

(360) “La mejora tácita...”, p. 77.

B) PROBLEMAS QUE PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS COCIENTES PLANTEA LA EXISTENCIA DE MASAS DISTINTAS EN UNA MISMA SUCESIÓN

B₁) *Código civil. Bienes reservables y herencia del reservista.*

Hemos visto antes (361) las distintas posiciones mantenidas en torno a si los bienes sujetos a reserva viudal y lineal deben o no computarse para calcular la legítima de los descendientes comunes de ambos cónyuges o del reservista y del ascendiente del que procedían los bienes, respectivamente. También hemos mostrado nuestro criterio favorable a tales cálculos. Ahora se trata de ver cómo han de jugar en la misma herencia esas dos masas y cómo inciden en ellas las cuotas de legítima, mejora y libre disposición.

a) *Reserva viudal.*

58. La cuestión que aquí nos ocupa se halla íntimamente relacionada con la interpretación del art. 972 C. c., según el cual: "*A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre o madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823*".

Esta última referencia al art. 823 —que permite al padre o madre disponer como mejora a favor de alguno o algunos de los descendientes "*de una de las dos terceras partes destinadas a legítimas*"— ha sido el punto en el que se ha centrado la discusión. ¿Qué significado tiene esta llamada? (362).

1) Según una aplicación literalista del art. 823 a la llamada del 972, el viudo solamente podrá mejorar en *un tercio de los bienes reservables* (363).

Este ha sido el criterio de la S. 17 junio 1967, que se apoya en las siguientes razones: 1.^a) Que se trata de una excepción que debe ser interpretada en forma restrictiva. 2.^a) Que el art. 972, no emplea las palabras "disponer de" sino que su referencia al término "mejora", remite el contenido cuantitativo que el art. 823 señala como equivalente a *la tercera parte del haber hereditario*. 3.^a) Que una institución creada para favorecer a los descendientes de la primera unión no debe servir para perjudicar a la mayoría en perjuicio de uno solo. 4.^a) Que equivaldría a una desheredación sin determinación de causa, que sería más contundente que la desheredación común, pues en aquélla no

(361) Cfr. *supra*, nn. 6 y 7.

(362) Cfr. el estudio que hicimos de esta cuestión en "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil", II, § 6. 31, II, b, pp. 247 y ss., o en A. D. C., XIII-III, julio-septiembre 1960, pp. 713 y ss.

(363) SCAEVOLA, op. cit., vol. XVII, arts. 972 y 973; b, p. 267; MANUEL LEZÓN, "¿Está sujeta a las limitaciones preestablecidas en el artículo 972 del Código civil?", en R. D. P., VII, julio-agosto 1919, pp. 228 y s.; VICENTE JAÉN, "Derecho civil", Madrid, 1928, p. 825; ANTONIO MARÍN MONROY, "La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución", en R. C. D. I., VI, 1930, p. 900.

tendrían los hijos del desposeído ningún derecho a pesar de que su padre no cometió ninguna falta, mientras los hijos del justamente desheredado ocupan su lugar conforme al art. 857 (364). Añade la sentencia que en la reserva juega la mejora pero no el tercio de libre disposición, por lo cual de la facultad de desigualar a los reservatarios, no cabe usar sino en un solo tercio.

2) La aplicación analógica a la reserva del art. 823 referido a la legítima larga, lleva a que algún autor (365) entienda que la facultad de mejorar comprende la *mitad de los bienes reservados*.

3) La elevan otros (366) a *dos tercios de los bienes reservados*, interpretando en este sentido la llamada del art. 972 al 823 puesto que de éste resulta que sólo un tercio debe distribuirse necesariamente por igual entre los hijos, cuando no medie indignidad o desheredación.

4) La mayor parte de los autores (367) la extiende a la *totalidad de los bienes reservables*. Esta opinión se apoya fundamentalmente en

(364) No creemos que ninguno de estos argumentos sea convincente. Al primero puede y debe dársele la vuelta, pues es la reserva la que es una excepción a la norma general, que como tal excepción no puede extenderse fuera de su *ratio*, en la que contempló el conflicto entre el segundo cónyuge y los hijos de estas ulteriores nupcias frente a los hijos de las primeras nupcias, pero no los de éstos entre sí. ANTONIO GÓMEZ ("Opus... super Legibus Tauri", leyes XIV, XV y XVI, n. 7, vers. *Primo*, fol. 62) calificó la reserva viudal siguiendo la *communis opinio* de "*odiosa et mere poenalis*". El segundo argumento traduce las palabras "conforme a lo dispuesto en el artículo 823" por "en la proporción dispuesta en el art. 823" y además presupone —sin discutirlo— que los bienes que están *reservados* a la descendencia común no forman parte de la herencia del reservista, y que, por tanto, no se computan para calcular la legítima, la mejora y la parte libremente disponible respecto de estos hijos comunes. El tercero incurre en petición de principio al decir que la reserva tiene por fin favorecer a *todos* los descendientes de la primera unión, siendo así que aun cuando su *ratio* consiste en que el haber de éstos no sea disminuido como consecuencia de las segundas nupcias, no alcanza a interferirse en las relaciones que entre sí tengan los descendientes de las primeras, puesto que éstas ya están reguladas por las legítimas normales de los descendientes legítimos. La cuarta sería exacta si los presupuestos de los que parte lo fueran; pero no lo son si, como creemos, la mejora y la libre disposición que efectúe el reservista han de delimitarse, conforme el art. 823, sumando a su herencia los bienes reservables, con lo cual se acrecienta la legítima individual de la cual cada hijo común sólo puede ser privado por desheredación.

(365) ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XX, § 4.º, p. 234.

(366) DE BUEN, *Notas al "Curso..."* de COLIN y CAPITANT, vol. VIII, p. 389; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XVII, 6, p. 498; y BONET RAMÓN, "Compendio...", vol. V, n. 118, p. 633.

(367) MANRESA, "Código...", vol. VII, arts. 968 a 980. II, B, b, pp. 291 y ss.; LÓPEZ R. GÓMEZ, op. cit., vol. II, cap. VII, n. 11, pp. 247 y ss.; MORELL, "Bienes reservables", I Parte, III, en R. G. L. y J., 1er. sem. 1893 y ss., en "Estudios...", pp. 266 y s.; VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cits., cap. XXI, pp. 473 y ss.; ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, "El art. 811 del Código civil", San Fernando, 1940, p. 41; JOSÉ MARÍA TORRES MURCIANO, "La desheredación por el reservista", en R. G. L. y J. 173, 1er. sem. 1943, p. 282; ROCA SASTRE, "La desheredación por el reservista, II, en "Estudios...", pp. 331 y ss.;

las siguientes razones: 1.^a) Que el art. 973 comienza diciendo: "Si el padre o madre no hubiere usado *en todo o en parte*, de la facultad que le concede el artículo anterior...", y sólo establece subsidiariamente las reglas de esa sucesión, de lo cual se deduce que éstas pueden ser totalmente excluidas por el uso "en todo" de la facultad de mejorar. 2.^a) Que la finalidad de la reserva queda cumplida si los bienes no salen fuera del ámbito de los descendientes de la primera unión. 3.^a) Que en los bienes reservables no cabe discriminar una porción de mejora y otra de legítima. En favor de esta tesis puede también señalarse que a su precedente, el art. 805 del Proyecto de 1851, García Goyena le señala el antecedente de la ley 3, Cod. V-IX, y dice que es contrario al criterio igualitario de la Nov. XXVI, cap. XXV (368), comentando: "Yo tengo por más moral que [el padre o madre bínubos] puedan disponer; y no se falta por esto a los casos y fines de la reserva, que han sido favorecer a los hijos del primero y a sus descendientes" (369).

5) Nuestra opinión (370) se concreta a entender que el reservista puede mejorar con los bienes reservados a cualesquiera 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.*

Hay dos razones teleológicas que conducen a esta solución: Una, que la llamada que el art. 972 hace al 823, no puede referirse a señalar en una cuota de los bienes reservables el límite de la cuantía de la mejora posible, para lo que faltaría toda *ratio*, como han notado Manresa (371) y Castán Tobeñas (372), sería un capricho del legislador que no es lícito presumir en los casos en que exista alguna solución racional. Otra razón es que de estimarse referida al total de los bienes reservados la facultad de mejorar, con su ejercicio podrían salir perjudicados algunos hijos comunes en la legítima individual que de no darse la reserva les habría correspondido, en el caso de que los bienes reservados con los que se mejorase a uno solo de ellos absorbieran —sumados unos y otros bienes— más que la suma de los dos tercios de todo el caudal y la legítima individual del mejorado.

Ambas razones resultarán contradictorias entre sí si no optamos por la única solución que las puede armonizar porque cubre tanto los

J. SANTA MARÍA, op. cit., vol. I, art. 972, p. 918; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil...", vol. VI-I, ed. Madrid, 1960, § CXXXIX, II, 5. B, a, p. 189; ANNO ELFEEN, "La mejora en el vigente Derecho español", 7, 2, en R. D. Notarial LXIII, enero-marzo 1961, pp. 86 y s; expone ésta y la anterior opinión sin decidirse por una u otra, ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cits., cap. III, 3, p. 83.

(368) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 805, p. 204.

(369) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits, Apéndice 10, "Bienes reservados", p. 366.

(370) "La jurisprudencia...", loc. últ. cit., c. pp. 251 y ss., o en A. D. C. últ. cit, pp. 717 y ss. Se ha sumado a nuestra opinión PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", vol. V-III, cap. III, 2 D, pp. 275 y ss.

(371) MANRESA, loc. últ. cit., p. 292.

(372) CASTÁN TOBEÑAS, loc. y pág. últ. cits.

finés de la reserva como los de las legítimas. Para ello, hay que convenir —conforme antes vimos—, en que respecto de quienes no son descendientes del anterior matrimonio, los bienes reservados forman una masa diversa y separada de los demás bienes integrantes de la herencia del binubo; pero que, con relación a los descendientes comunes, para fijar su legítima y determinar su posible mejora, esos bienes integran la herencia del reservista. La llamada del art. 972 al 823 sólo tiene cabal sentido con esta solución.

La legítima individual de los hijos comunes no puede ser perjudicada por la existencia de la reserva. No fue ese el fin de esta institución. Tal resultado sería paradójico y absurdo. Y, por otra parte, cabe armonizar perfectamente la no reducción de la legítima individual de los hijos y descendientes comunes con el nacimiento y cumplimiento de la reserva, que no tiene como *ratio* modificación alguna de las relaciones entre los hijos comunes —de cuya igualdad o desigualdad se preocupa la institución de las legítimas, y no es función de las reservas, regularla—. Para conseguir esa armonización, basta computar los bienes reservables para calcular las legítimas y mejoras de los descendientes comunes y de la parte libremente disponible en cuanto se pueda cubrir con bienes no reservados. Así el interés protegido por las reservas no perjudica —puesto que no lo quiere su *ratio*— los intereses protegidos por las legítimas de aquellos mismos a quienes quiere proteger especialmente. Así se cumple totalmente el cometido de ambas instituciones.

Por lo tanto, los bienes reservables integrarán: la *masa de cálculo necesario* de la legítima individual de los hijos y descendientes comunes; la *masa de cálculo posible* de las mejoras dispuestas a favor de éstos y del montante de la parte que con relación a los mismos es disponible, además de la mejora en sentido estricto, y de la que lo es a favor de extraños en cuanto pueda cubrirse con bienes no reservados; y la *masa de extracción posible* de las mejoras y legados dispuestos a favor de los descendientes comunes que no lesionen la legítima individual de ninguno de ellos; e, incluso, la de sus legítimas individuales o de parte de ellas, pues nada se opone que se les satisfagan con bienes reservables cuando ellos se cuenten entre los reservatarios.

A cada uno de los hijos comunes debe corresponderles una parte viril de uno de los tercios de la herencia del reservista, calculándolos computando en ésta, a esos efectos, los bienes reservables, y restando de ese tercio las legítimas individuales de los hijos no comunes computadas exclusivamente de los bienes no afectados por la reserva. Si la mejora en bienes reservables afectase a la legítima individual, así calculada, de algún hijo común, deberá respetarse la primacía de ésta y reducir aquélla (373).

(373) Cfr. "La jurisprudencia...", loc. últ. cit., pp. 352 y ss. y A. D. C. últ. cit., pp. 718 y ss. De este estudio vamos a reproducir a continuación la nota 721 (corrigiendo de ella algún error de cifras):

b) *Reserva lineal.*

59. Hemos visto antes (374) el criterio contradictorio que ha mantenido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo referente a la integración de los bienes reservables en la herencia del reservista con respecto a la computación de la legítima de quienes sean descendientes comunes de los dos ascendientes contemplados en el artículo 811 y a la determinación de la parte disponible como mejora o libremente entre aquéllos.

De un lado tenemos las Ss. de 4 enero 1911 —al declarar— que “con esta reserva [del art. 811] o sin ella, mientras exista un solo descendiente al fallecimiento del último cónyuge, los bienes de la familia constituida por el matrimonio y su posteridad, estarán siempre regidos por el sistema de las legítimas y las mejoras y demás disposiciones legales del Código que regulan la sucesión entre los

“Supongamos que al fallecer un binubo deja dos hijos de su primer matrimonio y otros dos del segundo; un haber reservable de 100.000 pesetas y otro no reservable de 20.000.

“La legítima individual estricta de los hijos del segundo matrimonio sólo 20.000:3 será $\frac{20.000}{3} = 6.666,66$ y cada uno de los tercios de mejora y de libre dis-

posición será *respecto a éstos* de 6.666,66. E igual valor, con referencia a extraños, corresponderá a la parte de libre disposición.

“En cambio, la legítima individual estricta de cada hijo común se computará sumando ambas masas. $100.000 + 20.000 = 120.000$, y de esa suma se sacará el tercio, $120.000:3 = 40.000$. Es decir, *para ellos*, cualquiera de los tres tercios equivaldrá a 40.000. Del tercio de legítima estricta habrá que deducir la correspondiente a los hijos no comunes, o sea: $40.000 - 3.333,33 = 36.666,66$, y dividida esa cifra por el número de hijos comunes tendremos la legítima individual:

de cada uno de ellos $\frac{36.666,66}{2} = 18.333,33$. Resultado que se comprueba mate-

máticamente con esta operación: $\frac{100.000:3}{2} + \frac{20.000:3}{4} = 16.666,666 + 1.666,666 = 18.333,33$.

“Si se mejora a un nieto común con todos los bienes reservables (valorados en 100.000), dado que respecto a él la herencia del binubo importa 120.000 y que de esta suma hay que restar 3.333,33 (equivalentes a la suma de las legítimas individuales estrictas de los dos hijos del segundo matrimonio) y 36.666,66 (equivalentes a la suma de las legítimas individuales estrictas de los dos hijos comunes), en total 40.000, resultará que —aun agotando el tercer tercio computado en 40.000 respecto la común descendencia— la mejora en los bienes reservables de ese nieto habrá de sufrir una reducción de 20.000 ($120.000 - 40.000 = 80.000$... y $100.000 - 80.000 = 20.000$), que deberán complementar las legítimas rigurosas de los hijos del primer matrimonio.

“Y si viviese el segundo cónyuge del binubo, su cuota legitimaria sería el usufructo de 6.666,66, que debería satisfacerse en bienes no reservados, y, por tanto, la legítima de los hijos del primer matrimonio debería completarse (en cuanto esa cuota viudal la contrajera respecto los bienes no reservados), con bienes reservados, reduciéndose en igual montante la mejora del nieto”.

(374) Cfr. *supra*, n. 7.

padres y descendientes legítimos”— y 25 marzo 1933 —que reconoce al reservista la facultad de mejorar a los descendientes comunes conforme lo previsto en el art. 972 para la reserva viudal.

De otra parte, hay las Ss. 8 octubre 1930, 8 junio 1954, 5 diciembre 1958, que rechazan que el reservista del art. 811 tenga esa facultad de mejorar.

“Es dudoso —escribió Castán Tobeñas (375), siendo Presidente del Tribunal Supremo— que, ante esta trayectoria de sentencias no uniformes, representativas de una doctrina no constante, puede entenderse formada una verdadera jurisprudencia.” En pocas ocasiones —comenta Puig Brutau (376)— resulta más patente que en el tema que acabamos de exponer la vacilación de la jurisprudencia, pues Sentencias del mismo Tribunal discuten entre sí, y argumentan en favor y en contra de una y otra solución. Como puede verse, la diferencia básica entre la concepción de que el artículo 811 marca la trayectoria irreformable de determinados bienes y la de que sólo se trata de evitar que unos bienes salgan de la línea familiar de su procedencia, producen resultados dispares en relación con supuestos de hecho sustancialmente iguales.”

Tampoco la doctrina ha demostrado un criterio unánime en torno a la facultad de mejorar en la reserva del art. 811 (377).

Unos autores (378) han negado al reservista toda posibilidad de disponer entre los presentes reservatarios de los bienes reservables. El argumento fundamental esgrimido en favor de esta tesis (379) se cierra en que “cuando no se establece distinción ni preferencia alguna entre los llamados, la distribución de los bienes de la reserva tiene que hacerse por partes iguales, toda vez que..., no existe salvedad alguna en contrario”, aduciendo —como hizo la S. 8 junio 1954— los arts. 392, § 2.º, 1.138 y 765, que recogen el principio *ubi partes ex presac non sunt, aequales sunt*. Claro está que esta razón tan sólo

(375) CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. VI-I, 7.ª ed., § CXL, II, 3, B, b, p. 228.

(376) JOSÉ PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, cap. III, 3, VII, B, p. 342.

(377) Cfr. la clasificación que hicimos al respecto en “La jurisprudencia...”, II, cap. 5.º, n. 30, pp. 226 y ss., o en A. D. C., XIII-III, pp. 692 y ss.

(378) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, art. 811, F, b, p. 314; MARTÍNEZ ALCUBILLA, “Código civil de España”, Madrid, 1890, nota 294, p. 238; MANRESA, “Código civil...”, vol. V, art. 811, IV, B, 2.º, p. 308; MORELL, “Comentarios a la Legislación Hipotecaria”, vol. IV, arts. 191 a 199, p. 403; LÓPEZ R. GÓMEZ, op. y vol. últ. cit., cap. VIII, n. 12, p. 253; DE BUEN, voz “Reserva de bienes”, en Enciclopedia Jurídica Española, vol. XXVII, p. 453; A. CHARRÍN, “Interpretación del artículo 811 del Código civil. Consulta”, en R. G. L. y J. 132, 2.º sem. 1918, pp. 413 y 416; MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO, “La verdad sobre el 811”, Sevilla, 1934, pp. 332 y ss.; CARLOS MARÍA ENTPIENA KLETT, “Sobre la reserva del 811”, en R. G. de D. XV, marzo 1959, p. 216; JOAQUÍN DOMÍNGUEZ DE MOLINA, “Algunas consideraciones sobre el artículo 811 del Código civil”, VI, a, en “Estudios jurídicos varios” del Centenario de la Ley del Notariado, vol. II, Madrid, 1962, pp. 641 y ss.

(379) DOMÍNGUEZ DE MOLINA, loc. cit., pp. 645 *in fine* y s.

podrá ser válida siempre y cuando la *ratio* de la norma no permita otra conclusión. Por eso, nos parece que dar así por cerrada la cuestión amparándose en esa "determinación" supletoria extrema, manifiesta un concepto bastante pesimista de la racionalidad de la ley y muy limitado del ámbito que tiene la jurisprudencia para desarrollar y profundizar las "conclusiones" de aquélla. Además, nos atrevemos a volver a insistir en que el art. 811 no "llama" sino que únicamente "reserva" (380). Y si no es lo mismo *reservar* que *llamar* cae también por su base toda la argumentación apoyada en la pretendida identidad.

Algunos (381) sólo admiten la atribución al ascendiente reservista de la facultad de mejorar del art. 972 en caso de concurrir la reserva lineal con reserva viudal. Pero, en ese caso, como razonó el 8.º Considerando de la S. 25 marzo 1933, constituiría una irritante desigualdad que pudiendo mejorar el viudo que contrajese nuevas nupcias, no pudiera hacerlo el que se conserve viudo.

Un grupo de autores que ha ido incrementándose últimamente en número y calidad (382) acepta la facultad electiva y distributiva del reservista únicamente cuando éste la ejercite a favor de los descendientes comunes, haciendo aplicación analógica del art. 972 C. c.

Y, en fin, otros (383) hemos admitido la facultad electiva del

(380) Cfr. lo que razonamos en "La jurisprudencia...", I, § 1.º, n. 6, pp. 23 y ss. y A. D. C. X-II, abril-junio 1957, pp. 347 y ss.

(381) ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XX, § 4, p. 234 y MANUEL DOCAVO NÚÑEZ, "Las reservas", en R. G. de D., XV, junio 1959, p. 18.

(382) A. CHARRÍN, "¿Son admisibles la mejora y el derecho de representación en la sucesión de bienes reservables con arreglo al artículo 811 del Código civil?", en R. G. L. y J. 91, 2.º sem. 1897, pp. 42 y ss.; CRISTÓBAL LOZANO SICILIA, "Interpretación del art. 811 del Código civil y la reserva del ascendiente del cónyuge viudo", Córdoba, 1898, pp. 197 y 218 y ss. —sin perjuicio de la especialísima posición de este autor—; JOSÉ REINO CAAMAÑO, "La reserva familiar como objeto de mejora", en R. G. L. y J. 128, 2.º sem. 1916, pp. 428 y ss.; FUENMAYOR, "Mejora ordenada por el reservista del artículo 811 del Código civil", en R. D. P., XXX, mayo 1946, pp. 345 y ss. —quien la limita al supuesto de que los únicos reservatarios sean descendientes comunes de uno y otro ascendiente—; ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. II, p. 333; LUIS GÓMEZ MORÁN, "Las reservas en el Derecho español y en el comparado", Oviedo, 1949, pp. 81 y ss.; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, loc. cit., pp. 228 y ss.; FEDERICO PUIG PEÑA, "Tratado...", vol. V-II, cap. XIX, 8, p. 350; BONET RAMÓN, "Compendio...", vol. V, n. 107, C. p. 601; LUIS Díez PICAZO, "Estudios sobre la jurisprudencia civil", n. 382, vol. II, Madrid, 1962, p. 586. Anno Elfgen, loc. cit., 7, 3, p. 87, quien, aun cuando somete su criterio al de la jurisprudencia, comenta: "La *ratio* de este controvertido artículo del Código civil es proteger de las incidencias de la sucesión, en una medida aún más fuerte a una determinada rama familiar. Teniendo en cuenta la semejanza de ambas reservas, sorprende el que no corresponda expresamente al ascendiente de la reserva lineal la facultad de mejorar".

(383) PASCUAL LACAL, "Un caso de aplicación del artículo 811 del Código civil", en R. C. D. I. VIII, agosto 1932, pp. 580 y ss.; TOMAS ALBI AGERO, "Reserva del artículo 811. Derechos del medio hermano del descendiente causante de la reserva, al fallecer el reservista con hijos, hermanos de doble vínculo de aquél", en R. D. P. XXIV, diciembre 1940, p. 320; y también nosotros en

reservista en supuestos más amplios, es decir, no sólo a favor de la común descendencia de ambos ascendientes, sino, aún no habiéndola, dentro del ámbito más amplio de los reservatarios.

Sin embargo, aquí sólo nos interesa la hipótesis de concurrencia de legítima y reserva a favor de la descendencia común a ambos descendientes, tanto en el caso de que no concurren como en el de que concurren también descendientes del reservista que no lo sean del otro ascendiente de quien procedían los bienes.

En esta hipótesis, cuanto hemos afirmado con respecto a la computación de las legítimas y cálculo de las mejoras en la reserva vidual, creemos que también debe aplicarse, *mutatis mutandi*, por igualdad de *ratio* e identidad de mecánica funcional, a la reserva lineal.

Las legítimas de los descendientes del reservista que, a la vez, sean reservatarios, así como la parte de mejora y la libremente disponible —aunque sólo pueda serlo a su favor si se cubre con bienes reservados—, debe computarse sumando los bienes reservables a los demás integrantes de la herencia del reservista (384), pues la reserva lineal no debe limitar el derecho que los reservatarios tengan, a su vez, como legitimarios y que, como en la reserva vidual, estimamos perfectamente compatibles entre sí.

Si el reservista *dejase descendientes que reunieran las condiciones exigidas por el art. 811 para ser reservatarios y otros que no lo fuesen*, los bienes reservables deberán integrar: la *masa de cálculo forzoso* de las legítimas de aquéllos; la de *cálculo posible* de las mejoras dispuestas a favor de los mismos, a los cuales debe entenderse perfectamente aplicable la doctrina de los artículos 972 y 973 § 2.º C. c., y la de *cálculo posible* de la parte libremente disponible con tal de que los bienes reservados a ella imputados sean dispuestos a favor de cualquier reservatario. Paralelamente los bienes sujetos a reserva del art. 811, podrán formar parte de la *masa de extracción* de las legítimas de esos reservatarios, que a la vez sean legitimarios del reservista, de las mejoras de los reservatarios que sean descendientes del propio reservista y de las disposiciones libremente hechas a favor de cualquier reservatario. E, inversamente, no podrán integrar en modo alguno la masa de extracción de las legítimas y mejoras de los legitimarios y descendientes, respectivamente, del reservista que no sean a la vez reservatarios, ni de las demás disposiciones hechas por aquél a favor de personas que no reúnan esa condición (385).

“La jurisprudencia...”, II, § 5, n. 32, pp. 255 y ss. y A. D. C. XIII-III, páginas 721 y ss.

(384) Con mayor amplitud que nosotros, pues aplica el criterio aún fuera de la descendencia común a medio hermanos del descendiente, RAMÓN GAYOSO ARIAS (“Un caso dudoso en la aplicación del artículo 811 del Código civil”, en R. D. P. I, junio 1914, pp. 258 a 260, especialmente nota 4 de esta últ. pág.), entiende que los bienes reservables deben computarse para calcular las legítimas y las mejoras de los descendientes del reservista.

(385) Cfr. “La jurisprudencia...”, I, § 7, n. 48, p. 177 o A. D. C. X-IV, pp. 1108; y II, § 5, n. 33, p. 257 y A. D. C. XIII-III, p. 723.

B.) Regímenes forales.

a) Sucesión del impúber y reservas vidual y lineal en las legítimas de Cataluña.

60. Hemos visto antes (núm. 21 y núm. 24, y , respectivamente) que en Cataluña y en la tierra llana de Vizcaya los bienes reservables se computan —en Cataluña sólo en ciertos casos— para calcular la legítima de quienes a la vez sean reservatarios y legitimarios del reservista. Conviene ahora que, comenzando por Cataluña, precisemos estos supuestos.

1.º En la *sucesión troncal de los impúberes*: ésta no limita la legítima de los ascendientes de la otra línea del impúber (art. 251, rgl. 2.º).

2.º En la *reserva vidual*, si el reservista ejercita, en cualquiera de las formas previstas en los §§ 2, 3 y 4 del art. 270 Comp. Cat., la facultad de elegir o distribuir los bienes reservables entre los reservatarios, es decir, entre los hijos comunes, se estima —conforme al § 5 del mismo art. 270— “a todos los efectos legales que pertenecen a la herencia privativa del reservista y, en consecuencia, se computarán al objeto de calcular el importe de la legítima que a los reservatarios corresponda en la sucesión de aquél, y se imputarán al pago de la misma”.

3.º En la *reserva del art. 811 C. c.*, conforme al art. 272, § 3, lo dispuesto en el referido párrafo 5 —y en otros— del art. 270, será de aplicación a esta reserva pero tan sólo “si los reservatarios son hijos y descendientes del reservista”.

En estos dos supuestos de reserva contemplados, los bienes sujetos a reserva, vidual o lineal, se computan en la *masa de cálculo* de la legítima de los hijos comunes e imputan en la *masa de extracción* de la misma. En cambio, no sólo están excluidos de la *masa de extracción* de la legítima de los demás descendientes legítimos, naturales o adoptivos del reservista, sino que tampoco se deben incluir en su *masa de cálculo*.

b) Reservas vidual y lineal en las legítimas de Vizcaya.

61. Es sabido que, conforme al art. 35 Comp. Vizc., el artículo 811 C. c. (386) tiene aplicación en el Infanzonado, y que en los arts. 36, 37 y 38 se regulan tres supuestos de reserva vidual.

El art. 36 declara reservables los bienes heredados por el padre o madre, que contrajere ulteriores nupcias, de un hijo, y que éste a su

(386) Antes de la Compilación había predominado ya el criterio de aplicar el art. 811 a Vizcaya como derecho supletorio. Así lo recogía, en sus arts. 45 y 47 el Proyecto de Apéndice de 1900. Así lo expresó el Tribunal Supremo en SS. 1 diciembre 1923 y 4 julio 1955, y lo admitió JADO y VENTADES. “Derecho civil de Vizcaya”, 2.ª ed. Bilbao, 1923, pp. 142 y ss. (Cfr. nuestro estudio “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del C. c.”, II, § 8, n. 50, p. 406; y A. D. C. XIII-III, pp. 871 y ss.).

vez hubiere heredado de su madre o padre premuertos, y, el art. 37, los bienes raíces que el bínubo por comunicación hubiere adquirido procedentes de la línea del cónyuge fallecido. Pues bien, el § 2.º del art. 36 y del § 1.º art. 37 —dispone que “*podrá el bínubo designar herederos entre las personas llamadas a la sucesión de tales bienes en la forma establecida para la sucesión testada*”.

El art. 38 dispone la reserva por el bínubo de los “*bienes raíces donados o dotados para un matrimonio*”, y el ap. 2.º de su § 1.º, autoriza: “*El donatario podrá designar de entre ellos [es decir, entre «los hijos y descendientes legítimos habidos en él, con exclusión de la descendencia que el cónyuge bínubo pudiere haber de ulterior matrimonio»] el sucesor de tales bienes y no podrá imponer sobre los mismos sustituciones o gravámenes, a no ser en favor de los hijos llamados a la sucesión*”.

Nada prevé, a este respecto, el art. 35 en relación a los bienes sujetos a la reserva del art. 811 C. c. (387). Pero es de notar que en caso de haber descendencia común a ambos padres, el supuesto del art. 36 comprende el del art. 811 con la adición de las segundas nupcias del reservista; y, siendo así, si el reservista en caso de contraer nuevas nupcias puede disponer libremente entre los descendientes comunes, habidos por el mismo con su cónyuge premuerto, con mayor razón ha de poderlo hacer no habiéndolas contraído.

c) *La sucesión de los vizcaínos de las villas y los bienes raíces por ellos relictos en la tierra llana.*

62. El art. 10, § 3.º, del Código civil dispone:

“*Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, título XXX del Fuero de Vizcaya.*”

(387) La aplicación del art. 811 al Infanzonado vizcaíno está restringida en cuanto a los supuestos en que es de aplicación. Como resumimos hace tiempo (loc. últ. cit., pp. 410 y s. y A. D. C. últ. cit., pp. 876 y ss):

a) Tratándose de bienes raíces troncales, la preferencia de los parientes troncales en la sucesión de un descendiente, tanto en la sucesión intestada (art. 32, a) como en la forzosa (arts. 28 y 29) impide que pueda tener lugar el supuesto del art. 811, pues si hay colaterales tronqueros éstos serán preferidos a los ascendientes que no lo sean, y de no haber tales colaterales no habrá beneficiarios de la reserva lineal.

b) Tratándose de bienes raíces originariamente adquiridos a título oneroso durante el matrimonio de los padres, es decir, que fueron gananciales de éstos, el supérstite se considerará tronquero (art. 7, n. 3.º), y como tal los heredará del hijo, quedando excluida la reserva del art. 811 no sólo al resultar por dicho motivo el cónyuge superstite pariente de la línea de donde los bienes proceden, sino porque en virtud de que la salvedad establecida en ese n. 3.º del art. 7, sólo se refiere a reserva en caso de segundas nupcias del ascendiente, conforme al art. 26 y no a la lineal recogida por el art. 35.

c) Tratándose de bienes muebles o de inmuebles que, según el art. 3.º o según el 6.º por exclusión, no sean troncales: su sucesión se regirá por el art. 32, b, y se aplicará el art. 811 C. c., en virtud de la llamada que le hace el art. 35 Comp. Vizc.

La ley 15, título 20 del Fuero de Vizcaya aplicaba el principio, que previamente daba por sentado de “*que toda la tal rayz que tuviere [el vecino de las villas de Vizcaya] en la tierra llana, y juzgado de Vizcaya, sea de la condición y calidad, Privilegio y Fuero, que la otra rayz que poseen los viscaínos de la tierra llana troncal*”.

Esta ley ha sido sustituida por el art. 10 de la Compilación vizcaína de 30 julio 1959, que ha concretado e interpretado el § 3.º del art. 10 C. c. (388). Ese art. 10 Comp. Vizc. dice:

“*Los viscaínos, aunque residan en territorio distinto del foral de Vizcaya, si hubiere parientes tronqueros, sólo podrán disponer a título gratuito, «inter vivos» o «mortis causa», de los bienes troncales en favor de aquéllos.*”

La principal consecuencia de esta norma es la aplicación de los arts. 22, 23, 24, 27, 28, 29 y 30 en la disposición de estos bienes.

De ello deriva que en la sucesión de un vizcaíno no avecindado en la tierra llana que en su caudal relicto deje bienes troncales situados en la tierra llana, existen dos masas: a) la masa general, excluidos dichos bienes troncales; y b) los bienes troncales situados en la tierra llana que se rigen por los artículos del título IV de la Compilación antes indicados.

Pero, la cuestión estriba en examinar si verdaderamente se trata de dos masas totalmente separadas, una regida por el Código civil y otra por el Derecho de la tierra llana de Vizcaya, de modo que las legítimas, que afectan a una y otra, se acumulan. O bien, si estas dos masas no se hallan totalmente aisladas y separadas, sino que a su conjunto deben aplicarse, según la naturaleza de los bienes que la integran, las limitaciones de una y de otra legítima, pero sin acumularlas o sumarlas, sino tan sólo integrarlas complementariamente.

Se trata de un problema similar al planteado en Derecho internacional privado cuando entran en conflicto el principio de la unidad de la sucesión y las normas territoriales que protegen la conservación de los patrimonios familiares, como son las que excluyen las legítimas o las reducen a simbólicas o autorizan su pago en dinero, bien sea ordenándolo el título de la sucesión o facultándose legalmente para que se verifique en la partición sin perjuicio de que los legitimarios que —según la ley personal del causante— lo sean con derechos de mayor cuantía o cualidad puedan exigir su satisfacción con otros bienes del caudal de distinta naturaleza o situación, en el caso de haberlos (389).

(388) De la interpretación del art. 10, § 3.º C. c., antes de la vigencia de la Compilación de Vizcaya, nos ocupamos en “Glosas al § 3.º del artículo 10 del Código civil”, en A. D. C. XII-II, abril-junio 1959, pp. 569 y ss.

(389) Cfr. nuestra Ponencia presentada a la I Comisión del VII Congreso Internacional del Notariado Latino (Bruselas, 1963), II, § 14 publicado en “Estudios de Derecho Notarial” conmemorativo del “Centenario de la Ley del Notariado”, vol. II, p. 618 y la que, con la colaboración de Roberto Blanquer Uberos, José Luis Martínez Gil y Vicente Luis Simó Santonja, presentamos a la 1.ª Comisión del X Congreso (Montevideo, 1969), II, C, II, b, publicada en Rev. Der. Notarial LXIV abril-junio 1969, p. 37.

Los ejemplos pueden también ayudarnos a entender el problema: — Un vizcaíno residente fuera de la tierra llana fallece con un caudal de 120 de los cuales 90 están representados por bienes troncales sitos en aquella tierra. Deja cuatro hijos.

Con el criterio de *separar* totalmente ambas masas de bienes, tendríamos: legítima colectiva vizcaína = 90; legítima estricta del Código civil = 10; tercio de mejora según el mismo Código = 10, y de libre disposición = 10. Así la legítima corta de cada hijo en los bienes no troncales sería de 2 1/2 y la larga de 5.

Pero, con el criterio de considerar que hay sólo una sucesión, regida por la ley personal del causante con las particularidades derivadas de la aplicación del estatuto real a los bienes troncales de la tierra llana, *integrando complementariamente* una y otra tendremos: legítima estricta, tercio de mejora y parte de libre disposición según el Código civil; 40 cada una. De estos bienes, 90 son troncales, de los que el testador sólo puede disponer a favor de los hijos, pero puede atribuirlos libremente a uno cualquiera de ellos. Así, si el testador usara de esa facultad y designase a uno solo heredero de los bienes raíces en la tierra llana se imputarían así estos 90: 40 al tercio de mejora —no olvidemos que la legítima global vizcaína es legítima electiva como la mejora del Código civil—; 10 a su legítima estricta y 40 a la parte de libre disposición; y así cada uno de los demás hijos recibirá 10.

— Si el valor de los bienes troncales excediere de 90 sobre un total de 120, la facultad de distribuir y elegir del art. 23 Comp. Viz. mermaría la legítima de los demás hijos, de conformidad al art. 10, § 3.º C. c. y art. 10 Com. Vizc., pero ésta sería siempre mayor que con el criterio de separación de masas, pues el hijo elegido como heredero troncal no tendría otra legítima en los demás bienes, ni habría parte de libre disposición en éstos en tanto no se cubriese la legítima estricta de los hijos no elegidos.

— En el mismo supuesto familiar, supongamos que del caudal relicto de 120, los bienes troncales situados en la tierra llana equivalen a 60.

Aplicando el criterio de *separación de masas*, tendremos: legítima colectiva en los bienes troncales = 60; legítima estricta en los demás bienes, tercio de mejora y libre según el C. c. = 20, cada uno. El hijo elegido tendrá 60 en la sucesión forzosa troncal más 5 de legítima estricta si nada más se le asigna en el testamento, mientras cada uno de sus hermanos sólo tendrá 5 de legítima estricta, si no se les mejorase ni les atribuyera nada en la parte de libre disposición, y 10 de legítima larga si no se mejorase a nadie.

Si empleamos el criterio de *unidad de sucesión e integración complementadora de las normas legitimarias*, el resultado será: cada tercio del caudal en conjunto = 40. Elegido un solo hijo heredero en los bienes troncales, se le imputarían 40 como mejora, 10 a su legítima estricta y 10 a la parte de libre disposición. Cada uno de los

otros hijos tendría 10 de legítima estricta y quedarían 30 a la libre disposición del causante.

— En igual supuesto familiar y total: caudal relicto, los bienes troncales en la tierra llana valen 30.

En el criterio de *separación de masas*: esos 30 constituirían la legítima colectiva en los bienes troncales, mientras la legítima estricta, el tercio de mejora y el de libre disposición, según el Código, serán 30 cada uno, y la legítima estricta respecto de cada uno de éstos, incluido el elegido como sucesor troncal, sería de $7 \frac{1}{2}$.

Utilizando el criterio de *unidad de sucesión e integración complementadora de las normas legitimarias*, tendremos: el hijo elegido heredero troncal recibirá los 30, que importan los bienes troncales en la tierra llana, con cargo al tercio de mejora y en concepto de tal. La legítima estricta de cada hijo, incluido aquél, será de 10; quedarán otros 10 del tercio de mejora que el causante podrá utilizar como tal y 40 de su libre disposición.

El mismo criterio deberemos aplicar en el caso de concurrir, con la legítima foral sobre bienes troncales de la tierra llana, cualquier otra legítima afectante a la sucesión en general bien se halle régida por el Código civil (cónyuge viudo, hijos naturales, etc.) o por otra ley personal.

El principio de la unidad de la sucesión, y la consideración de que si bien el estatuto real correspondiente a un ordenamiento diferente de la ley personal del causante es aplicable como limitación de ésta, pero sin rotura total de aquel principio, nos lleva a considerar que jurídicamente no hay dos masas totalmente separadas, sino que sobre el haber total deben conjugarse ambos sistemas legitimarios, afectando: el de la ley personal al total en cuanto no choque con el estatuto real interferido, y la de este estatuto a los bienes a él afectos, sin perjuicio de que con el resto de la masa se compensen, en lo posible, las desviaciones cuantitativas y aun cualitativas, de ser viable, producidas en la ley personal por la incidencia real.

La imagen de dos masas materialmente distintas corresponde a una primera percepción, pero se trata de una visión a distancia no confrontada con averiguaciones profundas. Ocurre con ella como con tantas visiones de la naturaleza percibidas desde lejos y no analizadas con la experiencia de percepciones próximas del mismo objeto.

La solución jurídica interespacial exige el respeto concreto a una norma específica del estatuto real, y, salvando éste, 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 exija el cumplimiento de tal norma específica, pero no más.

C) CONCURRENCIA DE COCIENTES DE LEGÍTIMAS DISTINTAS

No haremos aquí sino un repaso muy breve para enfocar especialmente los supuestos de que concurren en una misma sucesión

diferentes clases de legitimarios, puesto que esas figuras han ido ya desfilando ante nosotros en el examen general que hemos hecho de los divisores de las diversas clases de legítimas globales e individuales. La perspectiva que aquí tratamos de obtener requiere que distingamos dos supuestos tipo generales: a) Los casos en que la concurrencia de legítimas reduce la parte de libre disposición sin comprimirse aquéllas entre sí, en tanto quepan en ella, sin perjuicio de que en algunos casos la ley, para tales supuestos de concurso, reduzca algunas de las cuotas legitimarias. b) Los casos en que recíprocamente se comprimen las legítimas de los legitimarios de distintas clases concurrentes.

C - I) *Supuestos en los cuales la concurrencia de legítimas de legitimarios de clase distinta disminuye la parte de libre disposición, sin que aquéllas se compriman entre sí mientras quepan en ésta.*

C - I,) *En el Código civil.*

63. Tenemos los siguientes supuestos:

1) *Concurrencia de legítimas de hijos y descendientes legítimos y de cónyuge viudo cuando alguno o todos aquéllos sean de anteriores nupcias.*

El supuesto es regulado en el art. 836, § 1.º, que en su versión de 24 abril 1958, dice (390):

“En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición” (391).

(390) Este precepto en la versión originaria del Código civil constituía el art. 839, que decía: “En caso de concurrir hijos de dos matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres”.

Notemos que entre este texto y el del actual art. 836, § 1.º, no hay sino una modificación de redacción, en el cambio de “*hijos de dos matrimonios*” por “*hijos de algún matrimonio anterior del causante*”, que da lugar a que la norma se aplique aunque no hayan hijos del ulterior matrimonio, bastando que los haya del primero, al contrario de la interpretación dada al texto anterior por la S. de 21 febrero de 1900.

(391) La solución del art. 836 § 1.º, tiene mayor importancia al haberse extendido la legítima del cónyuge viudo a todo el tercio de mejora. Sin embargo, es de observar, como lo ha hecho JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, en “La cuota viudal, tras su reforma (nota crítica)”, II, en R. G. L. y J. 206. 1er. sem. 1959, pp. 100 y ss., que la fórmula no parece feliz pues puede ocurrir que los destinatarios del tercio de mejora sean los hijos de las segundas nupcias y los del de libre disposición los de las primeras, atribución que puede hacer el causante en donación o en testamento (que puede ser ológrafo) y que es posible haga inadvertidamente. Por eso, sin duda hubiese sido más aconsejable la fórmula, que MEZQUITA propone (pp. 102 *infra* y s.), de que la cuota viudal recayera: “en primer término sobre lo percibido —fuera de la legítima estricta— por los hijos comunes; y sólo sobre el haber no estrictamente legitimario de los demás cuando aquella masa de extracción fuera inferior a un tercio de la herencia”.

2) *Concurrencia de hijos y descendientes de legítimos con hijos naturales o descendientes legítimos de éstos.*

Según el art. 840 § 1 la legítima de los hijos naturales, “habrá de sacarse”, en ese caso, “del tercio de libre disposición”; y, tan sólo, en cuanto “quepa dentro”, “deduciendo antes los gastos de entierro y funeral” (392). El mismo criterio deberá aplicarse en caso de concurrir adoptados con adopción simple en virtud de la asimilación a este respecto, de éstos a los hijos naturales según el art. 180 § 3.º, ap. 1.

3) *Concurrencia de ascendientes legítimos con el cónyuge viudo.*

Vimos antes que después de la reforma de 1958, la legítima del cónyuge viudo, no existiendo descendientes, pero sí ascendientes, consiste en el usufructo de la mitad de la herencia (art. 837), mientras que, en ese concurso, la legítima de los padres o ascendientes se reduce —de la mitad que antes era aún con ese concurso, y que sin él sigue siéndolo— a la tercera parte (art. 809, inciso final). Dice Bonet Ramón (393) que, por tratarse de un precepto excepcional y restrictivo es necesario entenderlo en el sentido de que para que se opere la reducción de la legítima de los ascendientes, es preciso que el viudo llegue a ser heredero, por lo cual si renuncia a la herencia o es incapaz para recibirla, la legítima de los ascendientes será de la mitad.

A pesar de que nada se diga expresamente hay que entender, incluso por la existencia del hoy desfasado —como veremos— artículo 841 1.º que ambas legítimas no se interfieren, y, una y otra, reducen la parte disponible, sin chocar entre sí (aunque hoy realmente la propia ley ya reduce previamente la legítima de los ascendientes para ese supuesto).

4) *Concurrencia de ascendientes legítimos o adoptantes plenamente con hijos naturales y/o adoptados simplemente.*

El texto del originario art. 841 era más explícito al respecto, al señalar a los hijos naturales, para este caso de concurrencia, “la mitad de la parte de herencia de libre disposición”. El texto vigente desde la reforma de 1958 en su § 1.º la refiere “a la cuarta parte de la herencia”. Sin embargo, no parece dudoso que esa cuarta parte se tomará de la porción de libre disposición, puesto que la reforma a ese respecto se hizo porque la legítima de los ascendientes, que en el texto del art. 809 primitivo era siempre de la mitad, ha sido reducida en la reforma de 1958 a un tercio si los ascendientes concurren con cónyuge viudo.

El § 2.º del mismo art. 841, que luego examinaremos, confirma que el Código sigue aplicando la legítima de los hijos naturales fuera de la cuota de los ascendientes legítimos.

(392) Respecto esta previa deducción, cfr. *supra*, n. 16.

(393) BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. cit., n. 106, p. 584.

El art. 179 § 2.º, reformado por ley de 2 julio 1970, asimila los adoptantes en la adopción plena a los padres legítimos.

5) *Concurrencia de ascendientes legítimos (o adoptivos en la adopción plena) con hijos naturales y/o adoptados simplemente y con el cónyuge viudo.*

Según el § 2.º del art. 841, en la versión dada por la ley de 24 abril de 1958, lo dispuesto en su § 1.º que señala en la cuarta parte la legítima de los hijos naturales concurriendo con ascendientes legítimos, "*se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo que, concurriendo con hijos naturales reconocidos, será de un tercio de la herencia en usufructo y se adjudicará a éstos sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar la legítima*" (394).

Este artículo parece redactado para solucionar un supuesto de concurrencia que da lugar a reducción. Ciertamente lo resolvía antes de la reforma de 1958, cuando, en este caso de concurso, la legítima de los ascendientes era de la mitad, la del viudo un tercio y la de los hijos naturales un cuarto, por lo que disponía que el usufructo viudal, en la parte del tercio que excediese de un cuarto, gravara la legítima de los hijos naturales. Pero después de esa reforma no parece que tal concurrencia requiera reducción alguna de ninguna de las legítimas concurrentes, pues hoy: la legítima del ascendiente concurriendo con el viudo, es de un tercio (4/12); la de éste en usufructo en el supuesto previsto en el artículo, según el mismo determina, es de un tercio (4/12), y la de los hijos naturales la fija el párrafo 1.º en un cuarto (3/12): o sea, que en total abarcan 11/12 y queda un dozavo libre.

Al parecer el mantenimiento de esta norma no es sino consecuencia de un olvido padecido por las Cortes que, al rectificar el art. 809, reduciendo a un tercio la legítima de los ascendientes en caso de concurrir con el cónyuge viudo, olvidaron concordar el art. 841 con esta reducción. Así lo reconoció Manuel Batlle Vázquez (395) que fue miembro de la Comisión de las Cortes que efectuó la indicada rectificación del art. 809; y esa ha sido la opinión de la doctrina en su mayoría (396). Sólo contadas excepciones (397) han pretendido bus-

(394) En su versión originaria el § 2.º del art. 841 decía: "Esto se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo, conforme al artículo 836, de modo que concurriendo el viudo con hijos naturales reconocidos, se adjudicará a éstos sólo en nuda propiedad mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar la legítima. Recordemos que el art. 836, entonces vigente señalaba como legítima al viudo en caso de no concurrir descendientes ni ascendientes, el usufructo de la tercera parte de la herencia.

(395) MANUEL BATLLE VÁZQUEZ. "Observaciones sobre la reforma del Código civil", VI, en R. G. L. y J. 105 2 sem. 1958, p. 452.

(396) R. MARTÍNEZ EMPERADOR. "Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la ley de 24 de abril de 1958", en Bol. de Inf. del Ministerio de Justicia, n. 424, 5 oct. 1958, pp. 3 y ss.; JOSÉ MARÍA AMUSÁTEGUI, RAFAEL IZQUIERDO, JOSÉ LUIS LLORENTE y ANTONIO PÉREZ VEGA. "Comentarios de

car sentido al art. 841, § 2, entendiendo que cuando se dé ese triple concurso la legítima de los ascendientes es de la mitad, a consecuencia de que el usufructo que constituye la legítima del viudo se reduce en ese supuesto a un tercio, en lugar de la mitad, a la que la eleva en concurso sólo con ascendientes la reforma del art. 837 de 1958. Pero no resultaría explicable por qué el mismo legislador al darse el concurso de ascendientes legítimos y cónyuge viudo eleva la cuantía de la legítima de éste al usufructo de la mitad, y que, en cambio, al darse además la concurrencia de hijos naturales, supuesto en el que reduce la cuantía de la del viudo a un tercio, volviera a subir a la mitad la legítima de los ascendientes. No puede vislumbrarse la *ratio* por la cual la interferencia de hijos naturales del causante pueda hacer de mejor condición a los ascendientes legítimos de éste.

6) *Concurrencia del cónyuge viudo con hijos naturales o adoptados simplemente.*

Nos hallamos ante un supuesto de concurrencia acerca de cuya solución discute la doctrina.

Por una parte tenemos el inciso del párrafo que acabamos de examinar del art. 841 C. c., que, después de salvar la legítima del cónyuge viudo, dice de ésta “*que, concurriendo con hijos naturales reconocidos, será un tercio de la herencia en usufructo*”.

Notemos que, en la sección anterior, el Código civil al regular la legítima viudal, después de la reforma de 1958, no se refiere expresamente a este concurso, y fija la legítima viudal del cónyuge en el usufructo de un tercio (el de mejora), concurriendo con hijos o descendientes (art. 834), de la mitad, no existiendo descendientes pero sí ascendientes (art. 837) y de dos tercios, no existiendo ascendientes ni descendientes (art. 838).

En su versión originaria, el art. 837 disponía: “Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a la mitad de la herencia también en usufructo”. Y se ha hecho notar que el actual art. 838 ha suprimido el adjetivo “*legítimos*”, detrás de “*descendientes ni ascendientes*”, del mismo modo que el art. 834, que fija en un tercio la legítima del

información legislativa”, en A. D. C. NI-III, julio-setiembre 1958, pp. 881 *in fine* y s.; ALFONSO DE COSSÍO CORRAL y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Notas* a la últ. ed. de las “Instituciones...”, de DE DIEGO, vol. III, pp. 224 y s.; ARTURO MAJADA, “La reforma del Código civil”, Barcelona 1958, p. 110; J. SANTAMARÍA, op. y vol. cit., art. 841, p. 824; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIII, 5. E. pp. 367 y ss.; BONET RAMÓN, “Código...”, art. 841, p. 662 y “Compendio...”, vol. F, n. 109, p. 609. PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, cap. I, 7. C. 3, p. 84; CASTRO LUCINI “Temas...” Tema 122, n. 5, p. 176.

(397) N. GÓMEZ DE ENTERRÍA, “No hay error legal en el párrafo 2.º del nuevo art. 841 del Código civil”, en Bol. de Inf. M. de Justicia, p. 427, noviembre 1958, pp. 6 y ss., de cuya opinión dice MEZQUITA DEL CACHO, loc. últ. cit., p. 109, que es francamente estimable.

cónyuge viudo en concurrencia “*con hijos o descendientes*”, tampoco les añade ese calificativo “*legítimos*” a diferencia del anterior artículo 834 que la refería a una cuota igual a la correspondiente por legítima “*a cada uno de sus hijos legítimos no mejorados*”.

Tres interpretaciones se han propuesto para resolver esta cuestión:

Primera: Presuponer que el art. 838 extiende su supuesto a todo caso en que falten descendientes y ascendientes *legítimos* y entender que el art. 841, § 2.º sólo regula la triple concurrencia de ascendientes, cónyuge viudo e hijos naturales; y, en consecuencia, resolver que, de concurrir sólo con estos últimos, la legítima del cónyuge viudo consiste en el usufructo de dos tercios.

Con este criterio (398) se resuelve la concurrencia estimando que la legítima que corresponde a los hijos naturales es de un tercio en plena propiedad y la que corresponde al cónyuge viudo la de dos tercios en usufructo, de los cuales el testador puede disponer libremente de la nuda propiedad.

Segunda: Entender que en la versión de 1958 se produjo una laguna legal, pues el art. 841, § 2, sólo contempla la triple concurrencia y ninguno de los artículos que regulan la legítima viudal prevé la existencia de hijos naturales del causante ni para fijar el usufructo viudal en un tercio (art. 834) ni para señalarlo en dos tercios (art. 838). Que, por lo demás —como se lee en su exposición de motivos de esa reforma—, la legítima de los hijos naturales no fue ampliada en ella. Por todo lo cual, no se acierta ver por qué la simple concurrencia de hijos naturales y cónyuge viudo ha de reducir la legítima a éste, mientras, inversamente, parece excesivo entender que la solución consiste en que, al darse esa concurrencia, el causante no pueda disponer de porción alguna en pleno dominio. Y ese vacío, cree un autor (399) que debe llenarse por la costumbre *praeter legem* que durante sesenta y nueve años aplicó la legítima del usufructo de la mitad al cónyuge viudo en ese supuesto, mientras que otro (400) opina que simplemente sigue vigente a este respecto la regulación anterior.

Tercera: Estima que los términos del art. 841, § 1, en el inciso que refiriéndose a la legítima del viudo dice “*que, concurriendo con hijos naturales reconocidos, será de un tercio*”, expresan claramente que contempla el concurso de aquél con éstos, tanto si, además, concurren ascendientes, como si no concurren, pues de referirse sólo al triple concurso hubiese bastado que dijera: “*En ese caso la legítima del cónyuge viudo será de un tercio...*”. Por lo cual, en cualquier

(398) BATLLE VÁZQUEZ, loc. cit., pp. 451, parece presuponerlo. Le siguen N. GÓMEZ DE ENTERRÍA, loc. cit., p. 3 y 5, y explícitamente BONET RAMÓN, “Código...”, arts. 838 y 841, pp. 658 y 662, y “Compendio...” vol. V, núm. 109, y n. 114, p. 622. Implícitamente J. SANTAMARÍA (op. y vol. cit., art. 841, p. 824) parece limitar el supuesto del art. 841 § 2, inciso 1.º, a la triple concurrencia de ascendencia, hijos naturales y cónyuge viudo; pero nada más añade.

(399) MEZQUITA DEL CACHO, loc. cit., pp. 113 y ss.

(400) CASTRO LUCINI, op. cit., tema 122, V. 4.º, p. 175.

caso, de concurrir cónyuge viudo e hijos naturales, la legítima del viudo será de un tercio en usufructo, y la de los hijos naturales de otro tercio en plena titularidad (401). Creemos que este criterio es el más ajustado a lo que dice el texto del Código civil.

7) *Concurrencia del cónyuge viudo con padres naturales o adoptivos con adopción simple.*

De cualquier modo que resolvamos las dudas que se suscitan para la determinación de la cuantía de la una y de la otra, ambas legítimas discurren sin interferirse, pues su suma en ningún caso excede de la base, ya que la cuantía de la legítima de los padres naturales se discute si será de un cuarto o de un sexto (y no un tercio, en ese concurso), y la del cónyuge viudo, si será de dos tercios o de la mitad, según haya de aplicarse el art. 838 o el 837, es decir, según se incluyan o no en uno y otro sólo los ascendientes legítimos o también los naturales, como parece indicar la supresión en aquél del adjetivo "legítimos".

8) *¿Puede darse concurrencia de ascendientes legítimos o naturales con padre o madre adoptante con adopción simple?*

El concurso de padres legítimos y naturales no puede darse en la realidad; pero sí es posible que concurren padres legítimos o naturales con padres adoptivos tanto en la adopción plena como en la simple.

Ahora bien, jurídicamente el problema no puede plantearse en la adopción plena, pues los ascendientes legítimos quedan excluidos ya que así lo deciden los §§ 2.º y 3.º del art. 179 en su versión de 1970: "*Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de los padres legítimos*" (§ 2.º). "*Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 812 del Código*" (§ 3.º).

Pero se plantea en la adopción simple, ya que según el apartado final del § 3, art. 180: "*El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural*" (402).

(401) MAJADA, loc. últ. cit.; expresamente PUG PEÑA, op. y vol. cit., cap. XII, § 5. D, p. 367; PUG BRUTAU, loc. últ. cit., p. 84 (por su referencia a la solución de MAJADA; ALBALADEJO, "Compendio...", cap. XXXIII, n. 8, p. 593, que consigna cuatro supuestos en los cuales la legítima viudal es del usufructo de un tercio: "Si concurre con descendientes legítimos del difunto o con hijos naturales de éste, o con ambos, o con éstos y ascendientes legítimos".

(402) En la versión de 1958 el problema no se presentaba en la adopción menos plena, porque en ella no se daban derechos legitimarios, ni en la adopción plena, pues si bien —en el art. 179 § 1, inciso final— al adoptante se le concedieron los derechos sucesorios del padre natural, a la vez —en el § 3 del mismo artículo 179— se excluía de todo derecho sucesorio a los parientes por naturaleza.

Siendo así:

— Respecto a los padres legítimos, ¿el adoptante simple ocupa una posición subsidiaria?, o ¿una posición simultánea como los hijos naturales con los legítimos?

— Respecto a los padres naturales, los adoptantes simples, ¿ocupan una posición subsidiaria?, ¿se les anteponen?, o bien ¿concurren en la misma cuota, comprimiéndose en ella unos y otros?, o ¿concurren simultáneamente en otra cuota igual, sumándose ambas indisponibilidades para el adoptado? Literalmente parece más adecuada al texto del art. 180. § 3.º, la última solución propuesta.

C-12) *En los regímenes especiales o forales*

64. Estas cuestiones no se plantean en todos los regímenes especiales o forales, sino tan sólo en los Derechos especiales de Mallorca, Menorca y Cataluña, aparte del supuesto de la sucesión del vizcaíno de las villas con bienes troncales en la tierra llana, problema del que antes nos hemos ocupado. Veamos, pues, a ver los problemas suscitados en los regímenes civiles de Mallorca, Menorca y Cataluña.

a) *Mallorca y Menorca*

1) *En concurso con descendientes legítimos* —con derecho a un tercio o a la mitad, según no excedan o excedan de cuatro—, *todas las demás legítimas* deben deducirse de la parte libre, que deja de serlo en cuanto éstas la ocupen, a saber:

— El *cónyuge viudo*, en usufructo, un tercio del total o una cuota igual a la menor porción del hijo de anteriores nupcias que resulte menos favorecido (art. 45 en rel. con art. 53 Comp. Bal.).

— Los *hijos naturales reconocidos en la sucesión de las madres y los adoptivos con adopción plena*: una porción viril cada uno igual a la de los legítimos en cuanto quepan en la herencia después de deducida la legítima de éstos (art. 41, § 2).

— Los *hijos naturales reconocidos en la sucesión del padre*: una porción para cada uno igual a la mitad de la correspondiente a los legítimos, en cuanto quepan en el resto de la herencia (art. 43, a).

2) *En concurso con ascendientes legítimos* —con derecho a una tercera parte de la herencia—, también se deducirán del resto de la herencia, las siguientes legítimas:

— Los *hijos naturales* tendrán derecho a otro tercio de la herencia (art. 43, b).

— El *cónyuge viudo* tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 45, § 3).

3) El *cónyuge viudo*, no habiendo descendientes legítimos, *en concurso con hijos naturales*, tanto en la sucesión de la madre como en la del padre, y/o *con hijos adoptivos con adopción plena*, recibirá el usufructo de un tercio, pues unos y otros deben estimarse equiparados a los legítimos en defecto de éstos (arts. 41, § 2 y 43, § 1) y se ha de entender que el art. 45, § 2.º, ap. 1.º, al señalar un tercio al *cónyuge viudo* en concurso con descendientes en términos gene-

rales engloba sin distinción también en cualquier caso a los naturales y a los adoptados plenamente.

4) El *cónyuge viudo* en concurrencia con *padres naturales o con adoptantes* en la sucesión de sus adoptados *plenamente*, hay que entender —por paralela razón a la antes expresada— que tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia, mientras los padres naturales o adoptivos deducirán su tercio de la parte no afectada por el usufructo.

La *triple concurrencia* de descendientes legítimos, hijos naturales y/o adoptados plenamente y *cónyuge viudo* la examinaremos después en los supuestos de concurrencia que comprime algunas legítimas.

b₂) *Cataluña.*

Del mismo modo que, en Derecho romano, la cuarta marital y la cuarta antonina o piana recaían en cuotas diversas de la legítima de los descendientes o ascendientes legítimos, así también en Derecho catalán unas y otras legítimas son paralelas sin interferirse entre sí. Así:

1) Una cuarta corresponde a los hijos y descendientes legítimos. (art. 124, § 1) o, en su defecto, a los ascendientes legítimos (art. 124, § 2), o, en su caso, a la madre natural y/o al padre natural si reúne los requisitos exigidos para ello (art. 128).

2) Otra cuarta corresponde a las legítimas de hijos adoptivos con adopción plena, con la particularidad de que cada uno de ellos no recibirá mayor porción que la resultante de dividirla por la suma de hijos legítimos y adoptados plenamente (art. 125, ap. 2.º).

3) Otra cuarta para la legítima de los hijos naturales en la sucesión de la madre, con igual peculiaridad en la determinación de cada porción individual que la expresada para los plenamente adoptados (art. 126, § 2).

4) Otra cuarta está destinada a la viuda que reúna los requisitos exigidos para recibirla, en propiedad o en usufructo, toda o en una parte igual a la de cada hijo legítimo si éstos fueren cuatro o más (art. 149).

C-II) *Supuestos en los cuales la concurrencia de legitimarios comprime todas las legítimas o algunas de ellas.*

C-II₁) *En el Código civil.*

Esta compresión se produce en todas las legítimas individuales fijadas por partes viriles con relación a una cuota global dada y también se produce en las fijadas con relación a otras legítimas distintas (hijos naturales o adoptivos, con relación a los legítimos) en cuanto no quepan aquéllas dentro del máximo que se les señale como tope (tercio libre, disponible, resto de la herencia, cuarta).

Pero, además, hay algunos casos en los cuales los cocientes glo-

bales correspondientes a legitimarios de diversas clases se comprimen en caso de concurrencia. Así tenemos:

65. *Concurrencia en una misma sucesión, regida por el Código civil, del cónyuge viudo, de hijos legítimos de un anterior matrimonio y de hijos naturales y/o adoptivos con adopción simple.*

Hemos visto que conforme al art. 840, § 1, inciso final, C. c., la legítima de los hijos naturales se extrae del tercio de libre disposición, y que, según el art. 836, § 1, en caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición. La colisión de legítimas en caso de concurrir además, en estas circunstancias, hijos naturales, la resuelve el art. 836, § 2.º:

“En tal supuesto, si hubiere hijos naturales, se adjudicará a éstos su legítima en nuda propiedad, y, si mientras dure el usufructo, estuvieren en el caso de necesitar alimentos, tendrán derecho a exigirlos de todos los legitimarios en proporción a su haber hereditario.”

Se trata de una innovación de la reforma de 1958, pues en la versión originaria del Código civil, el art. 839, precedente del actual § 1.º del art. 836, no contenía párrafo 2.º que solucionase la concurrencia de la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo con la legítima de los hijos naturales. Esta, en cambio, la prevenía el art. 841 § 2 —hoy subsistente sin aplicación, según hemos visto— para caso de concurrir las legítimas de ascendientes, cónyuge viudo e hijos naturales, resolviendo que a éstos se les adjudicará “sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar la legítima”. Pese a esta analogía, no toda la doctrina dio por resuelto con ella el problema de la concurrencia simple del cónyuge viudo con hijos naturales (403).

Solucionada la concurrencia a favor de la legítima del cónyuge viudo por el vigente art. 836, § 1, su § 2 otorga un específico derecho a los hijos naturales que “*estuvieren en el caso de necesitar alimentos*”, “*a exigirlos de todos los legitimarios en proporción a su haber respectivo*”. La regulación de este nuevo derecho a alimentos es evidentemente muy parca y no resuelve muchas de las cuestiones que plantea. Trataremos de concretar las resueltas en el mismo y las suscitadas y no resueltas en su texto:

1.º) Sólo surge el derecho a favor de aquellos hijos naturales, a quienes se adjudique su legítima en nuda propiedad, que “*estuvieren en el caso de necesitar alimentos*”, y, consiguientemente, mientras se hallen en dicho caso.

(403) Así SCAEVOLA (op. cit., vol. XIV, art. 840 al 842 B, d. pp. 893 y ss.), después de discutirlo largamente concluía por considerar más equitativa la reducción a prorrata de ambas legítimas, aún salvando la ortodoxia de la aplicación analógica del criterio del art. 841, § 2.º

2.º) No se aclara si se refiere a los *alimentos civiles* o amplios del art. 142, o a los *alimentos naturales* o “auxilios necesarios para la subsistencia, “instrucción elemental y la enseñanza de una profesión u oficio” del art. 143, §§ 2.º y 3.º:

— Si se tratase de una excepcional transmisión *mortis causa*, para este caso, del deber alimenticio de los padres naturales, establecido en el art. 143, § 1, n. 4, y llegaríamos a la solución de que se trata de alimentos civiles.

— Si se tratara de una excepcional extensión a los hermanos naturales (y veremos si también al cónyuge viudo del padre natural) del deber de los hermanos legítimos regulado en el art. 143, § 3, nos encontraríamos con la solución de que se trata de alimentos naturales.

Se ha argüido (404) en favor de que se trata de alimentos naturales o restringidos, que la obligación alimenticia introducida en el art. 836, § 2 “no es sino circunstancial” y, “como tal, excepcional y que debe ser por ende objeto de interpretación restrictiva en cuanto al contenido”.

También resultaría así de tratarse, como algún autor ha entendido (405), tan sólo de que en ese caso los hijos naturales no resulten de peor condición que los ilegítimos.

A nosotros, de la alternativa que hemos planteado, más bien nos parece que se trata de una excepcional obligación de hermanos naturales (y del cónyuge viudo del padre natural) —que no surge por razones sucesorias sino por causa de incidencias ocasionadas por el concurso de derechos sucesorios contrapuestos— que no pueden tener mayor extensión que el deber normal entre hermanos legítimos de abonarse los alimentos naturales.

3.º) Ha de tener como límite los rendimientos normales de la cuota del hijo natural de los cuales se priva a éste por la concurrencia del usufructo viudal (406), pues no es lógico que el sucedáneo exceda del derecho originario.

4.º) La obligación corresponde a “todos los legitimarios”, y, por lo tanto, no sólo a los hijos legítimos, sino también al cónyuge viudo (407). Pero no a los demás hijos naturales o adoptivos que no se hallen en situación de pedir alimentos pero que también reciban su legítima sólo en nuda propiedad (408), pues gravarles en este caso significaría una carga incongruente con el hecho de privárseles de los rendimientos de su cuota.

5.º) La obligación alimentaria ha de prorratearse entre los obligados “en proporción a su haber hereditario”, y por lo tanto no sólo

(404) MEZQUITA DEL CACHO, op. últ. cit., III, p. 105.

(405) BONET RAMÓN “Código...”, art. 830, p. 657; y “Compendio...”, vol. V, n. 109, p. 608.

(406) MEZQUITA, loc. y pág. últ. cit.

(407) MEZQUITA, loc. últ. cit., pp. 105 y s., y BONET RAMÓN, loc. últ. cit.

(408) MEZQUITA, p. 106.

a sus legítimas respectivas. Consiguientemente para hacer el cómputo ha de tenerse en cuenta también lo que el testador les haya atribuido, además de la legítima (409), a título de institución, mejora o legado, entendiéndose en sentido amplio "haber hereditario", pues lo equitativo al repartir las cargas es atender más a lo que se recibe que al título de la atribución.

C-II₂) *Concurencias que comprimen algunas legítimas en el Derecho de Mallorca y de Menorca.*

66. Se plantean los siguientes supuestos:

1) *Concurrencia de hijos adoptivos con adopción plena con hijos naturales habiendo además descendientes legítimos.*

Hemos visto antes que las cuotas de los hijos naturales y de los adoptados plenamente quedan desplazadas fuera de la cuota —del tercio o de la mitad— correspondiente a los hijos legítimos y limitada su cuantía a "cuanto quepa" en dicho "resto" (art. 41, § 2, ap. 3, y art. 43, a).

De no caber en ese resto hay que entender —a falta de norma en sentido distinto— que deberán reducirse a prorrata, del siguiente modo:

— Si se trata de concurrencia de adoptados plenamente con hijos naturales en la sucesión de la madre, a prorrata rigurosa o por igual, pues unos y otros están equiparados (art. 41, § 1, ap. 1.º y 2.º).

— Si los hijos adoptivos con adopción plena concurren con hijos naturales en la sucesión del padre, la reducción a prorrata habrá de hacerse sobre la base de que a aquéllos les corresponde doble porción que a éstos (arts. 41, § 2, y 43, a, en relación).

2.º) *Concurrencia de cónyuge viudo, con hijos legítimos y con hijos naturales y/o adoptados plenamente.*

El cónyuge viudo en concurrencia con descendientes tiene derecho al usufructo de un tercio de la herencia (art. 45, § 2, ap. 1.º); y el ap. 2.º, del mismo párrafo prevé la triple concurrencia anunciada y la resuelve del modo siguiente:

"En el supuesto a que alude el párrafo segundo del artículo 41, las porciones viriles de los hijos adoptivos o naturales se atribuirán a éstos en nuda propiedad en lo que, conjuntamente con las de los legítimos, sobrepasen el límite de los dos tercios de la herencia."

Mutatis mutandae, de igual manera habrá que aplicar esta solución a la concurrencia de cónyuge viudo en el supuesto del art. 43, a, y en el supuesto de combinarse los supuestos del art. 41, § 2, y del 43, a.

(409) MEZQUITA, p. 106 —que incluye lo recibido en nuda propiedad del tercio libre excepto por los demás hijos naturales o adoptivos—, y BONET-RAMÓN, loc. últ. cit.

3) *Concurrencia de ascendientes, viuda e hijos naturales en la sucesión del padre.*

Sabido es que en ese caso corresponde: a los ascendientes, un tercio (art. 42); a los hijos naturales, otro tercio (art. 43, *b*) y a la viuda, el usufructo de la mitad (art. 45, § 3.º). El mismo art. 45, § 3, en su inciso final, resuelve este concurso, a favor de los ascendientes y de la viuda, al mantener la cuantía del usufructo de ésta “*aunque llegue a afectar a la cuota de los hijos naturales*”.

Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. Los elementos esenciales del negocio jurídico y la autorización administrativa: su problemática.—2. La naturaleza jurídica de la autorización administrativa y sus repercusiones en los negocios jurídicos de moneda extranjera.—3. La autorización administrativa en cuanto condición jurídica y sus efectos en los negocios jurídicos privados.—4. El carácter administrativo y las sanciones penales de la reglamentación de cambios.—5. Las consecuencias de la falta de autorización para la validez del negocio jurídico.—6. Las consecuencias de la falta de autorización para el cumplimiento o ejecución del negocio jurídico.

1. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO JURIDICO Y LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA: SU PROBLEMATICA

Desde la jurisprudencia romana hasta la época codificadora del siglo XIX, pasando por el movimiento de la Pandectística, los elementos que integran la contratación y la estructura del negocio jurídico son: el consentimiento de las partes, el objeto de la prestación sobre la que recae el negocio, la causa y la forma en que se debe de realizar el negocio (arts. 1.278 y 1.279 del Código civil). Todos ellos proceden y se concretan dentro de un ámbito de las relaciones privadas, sin necesidad de la intervención de una autoridad de la Administración pública (1).

Con el siglo XX van a desbordarse estos cauces haciéndose insuficientes el compromiso y la responsabilidad de las personas en sus negocios cuando éstos implican por razón del objeto de la prestación, además del consiguiente interés privado un interés público. En este supuesto se encuentran todas aquellas relaciones que se llevan a cabo con moneda extranjera, valores de cotización internacional y oro amone-

(1) Sobre la dogmática del negocio jurídico cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, con amplias referencias, ambos, a la doctrina anterior.

dado o en pasta. El interés público que supedita al privado —haciendo así nuevamente válida la máxima baconiana «*jus privatum sub tutela juris publici latet*»— se basa en que dichas prestaciones si se dejan al arbitrio de las partes y a sus exclusivas finalidades podrían desentenderse de aquellas más generales de la propia moneda del país, que representa la unidad de medida de los valores patrimoniales y, como consecuencia final, la que rige la balanza de pagos.

En nuestros días cada vez van adquiriendo un volumen ciclópeo las actividades de la Administración económica del Estado, al intervenir con mayor intensidad en los actos más nimios de la operatividad económica de las relaciones privadas de los individuos. Para ello, además de haber creado los organismos correspondientes, como sucede para el ámbito del control de cambios con el «Instituto Español de Moneda Extranjera» (= IEME) (2), una entidad un tanto compleja por su simbiosis estructural, al presentar su carácter estatal como «entidad de Derecho público» y su faceta privada al estar dotada de «personalidad jurídica», la Administración pública exige a los particulares que obtengan de ella, primero una «licencia» (por razón de la materia que se negocia) y, después, una «autorización» (como consecuencia de la prestación que se ha de pagar) (3).

De este modo resulta que al negocio jurídico privado no le basta contar con sus elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa y forma), sino que ha de añadir —cuando se trata de ciertos bienes que integran el objeto de una prestación—, preceptiva e inexcusablemente, los requisitos de una licencia y de una autorización. De esta necesidad de obtener una licencia y una autorización de la Administración estatal, ¿se debe deducir, pues, que los negocios jurídicos privados deben contar con un requisito esencial más en cuanto a sus elementos constitutivos?

Es tal la fuerza de los hechos provocados por las normas pro-

(2) El IEME se crea por Ley del 25 de agosto de 1939 y sus Estatutos se aprueban por Decreto del 24 de noviembre de 1939. El Decreto del 14 de junio de 1962 clasifica este centro como «ente estatal autónomo» y así se confirma por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 7 diciembre 1949, 9 febrero 1965 y 4 diciembre 1965). Dependió, primero, del Ministerio de Industria y Comercio, posteriormente de este último. La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca, apartado g) de la Base 2.^a del artículo 1.^o, ha previsto su integración en el Banco de España al resultar éste dependiente del Ministerio de Hacienda.

(3) La Ley del 4 de mayo de 1948, que estimó ampliamente superadas las circunstancias que motivaron la legislación en materia de cesión, depósito y disponibilidades de divisas (Decreto-Ley del 14 de marzo de 1937, así como otras disposiciones), se propone «la adecuada revisión de tales disposiciones enmarcándolas en los justos y debidos límites, que ofrecerán, de una parte, las vitales y supremas necesidades de la nación, y de otra, el respeto al puro contenido económico de los patrimonios privados». No obstante, sigue exigiendo tres obligaciones fundamentales: a) Obligación de declarar al IEME toda adquisición de divisas, oro en pasta o amonedado, valores extranjeros o españoles de cotización internacional (art. 1.^o); b) Obligación de ceder al Estado tales divisas y valores a los cambios vigentes en el día que tuviera lugar la operación (art. 3.^o); c) Obligación de solicitar del IEME autorización, con justificación adecuada para la disponibilidad de las divisas, oro y valores (art. 10).

hibitivas de la Administración económica del Estado, respecto a las operaciones negocials sobre determinados bienes, mercancias y objetos, que ha suscitado a los más eminentes civilistas, como Ripert (4), a pronunciar un juicio negativo de esta intervención de las autoridades públicas en la esfera de la autonomía de la libertad privada, advirtiendo cómo la autorización tiene el inconveniente de retardar y complicar la conclusión del contrato, añadiendo que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, comporta un confusionismo en las relaciones jurídicas.

No es extraño que los juristas de todos los países donde estas interferencias se hacen patentes con licencias y autorizaciones en la vida del negocio jurídico privado, se hayan planteado una serie de interrogantes sobre la naturaleza jurídica de este nuevo requisito procedente del poder ejecutivo estatal y, sobre todo, de los efectos que comporta en una serie de situaciones y relaciones negocials, como sucede cuando no se ha autorizado, bien por no haberse pedido por las partes o ya cuando se produce una denegación discrecional de la Administración. Entonces se preguntan: ¿es válido el negocio jurídico?: ¿tiene eficacia o resulta nulo parcial o totalmente? Cuando todavía el negocio no ha sido autorizado, ¿ha tenido lugar la transferencia de propiedad?: ¿queda concluido o resulta condicionado?: ¿se trata de una *condicio facti* o de una *condicio juris*?: ¿qué efectos provoca ese condicionamiento: *ex tunc* o *ex nunc*? El lapso de tiempo hasta la concesión de la autorización, ¿cómo repercute sobre los acontecimientos negocials (lesión, mora, prescripción) que le sobrevengan? Por negativa de la autorización, ¿se extingue definitivamente el negocio por imposibilidad de incumplimiento o renace por una autorización posterior?

Son la doctrina y la jurisprudencia francesa, italiana y alemana, fundamentalmente, quienes se han preocupado más de encontrar las soluciones equitativas para la resolución de los intereses públicos y privados, tratando de resolver toda esta problemática respecto a los negocios en moneda extranjera.

Entre nosotros, quien más ha contribuido a dar un juicio equitativo de los problemas y de los conflictos de intereses en materia de divisas ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (5), seguida por la doctrina en el examen de las cuestiones concretas (6).

Para los negocios jurídicos implicativos de prestaciones en moneda

(4) RIPERT, *Le déclin du droit*. París, 1949, pp. 49 y 51.

(5) Auto del 21 marzo 1935 y SS. 8 julio 1936, 18 marzo 1956, 3 octubre 1957, 8 abril 1958, 6 abril 1963, 14 noviembre 1964, 5 julio 1965 y 20 junio 1969.

(6) Cfr. PÉREZ VITORIA, *Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil*, en *Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona* (Barcelona, 1944), pp. 140 y ss.; MOLINA RAVELLO, *La autorización administrativa y el Reglamento Hipotecario reformado*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (septiembre 1960), pp. 12 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio de los problemas de las inversiones extranjeras en el Derecho notarial español*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XII (Madrid, 1961), pp. 407 ss.; VERDERA, *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, en *El centenario de la Ley del Notariado*, IV (Madrid, 1963), pp. 97 ss.; BAENA DEL ALCÁZAR, *Pro-*

extranjera la autorización supone un elemento imprescindible en el comportamiento de las partes. De aquí que sea necesario un examen previo de su naturaleza jurídica, de establecer su rango y comportamiento dentro de las relaciones privadas y las consecuencias que por tal naturaleza se derivan.

2. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA Y SUS REPERCUSIONES EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS DE MONEDA EXTRANJERA

La doctrina italiana (7), tradicionalmente, es quien más ha contribuido a esclarecer la cuestión de la naturaleza jurídica de la autoriza-

blemas jurídico-administrativos del control de divisas en la nueva Ley de Bases de Ordenación Bancaria, en Revista de Administración Pública, 38 (1962), pp. 381 ss.; PECOURT GARCÍA, *El cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y el control de cambios* (Nota a la sentencia del 6 de abril de 1963), en Revista Española de Derecho Internacional, XVII-4 (1964), pp. 589 ss.; BONET CORREA, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Madrid-Roma, 1967; RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands»*, Madrid, 1968; LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras*, Madrid, 1969, y 2.ª ed., Madrid, 1970; LORENTE SÁNCHEZ, *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), pp. 461 ss.

(7) Cfr. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, en *La giurisprudenza italiana* (1894), pp. 1 y ss., y en *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (1894), y (1897); GABRIELI, *Profili delle concessioni e delle autorizzazioni amministrative*, en *Rivista di Diritto pubblico*, II (1941), pp. 127 ss.; VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrative*, Padova, 1944; GASPARRI, *Considerazioni in tema di autorizzazioni*, en *Giurisprudenza Completa della Corte di Cassazione (sez. civ.)*, 3 (1947), pp. 1124 ss.; DISTASSO, *Natura giuridica delle autorizzazioni amministrative e vizio di validità del contratto del «falsus procurator»*, en *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione (sez. civ.)*, 2.ª (1949), pp. 868 ss.; ORTOLANI, *Autorizzazione e approssimazione*, en *Studio in onore del prof. Santi Romano* (1949), pp. 19 ss.; GIANNINI, *In torno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, II (1950), pp. 303 ss.; RICCA, *Sulla competenza per il rilascio delle licenze per esportazioni e importazioni temporanee*, en *Commercio estero*, I (1951), pp. 113 ss.; CASSARINO, *Difetto di autorizzazione e validità dell'atto*, en *La giurisprudenza italiana*, IV (1954), pp. 33 ss.; BASSI, *In tema di autorizzazioni e concessioni amministrative*, en *Il Foro padano*, I (1955), pp. 878 ss.; COLETTI, *Sugli effetti della autorizzazione amministrative*, en *Il Foro italiano*, I (1957), pp. 423 ss.; GRILLO, *Divieti economici e valutari*, en *Vita doganale* (1958), pp. 147 ss.; ORUSA, *Disciplina generale degli scambi di merci con l'estero (resegna di giurisprudenza 1950-1956)*, en *Il Diritto dell'economia* (1958), pp. 735 ss.; SANDULLI, *Abilitazione. Autorizzazione. Licenze*, en *Resegna di Diritto pubblico*, I (1958), pp. 135 ss.; ROSSI, *La natura giuridica della licenza d'importazione*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 59-II (1961), pp. 360 ss.; ALLEGRA, *Licenze e permessi in materia de importazione ed esportazione*, en *Vita doganale* (1961), pp. 461 ss.; SPAGNOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Milano, 1962; SALVATORE, *Le autorizzazioni amministrative: struttura natura giuridica e distinzione. Revocabilità en Consiglio di Stato*, II (1965), pp. 483 ss. FORTI, *Autorizzazione (Diritto amministrativo)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, I (Torino, 1968), pp. 1580 ss.

ción administrativa. Desde Ranelletti (8), los autores han empleado el término «autorización» para concretar una habilitación pública respecto al ejercicio de un derecho preexistente. Dentro de esta línea, Vignocchi (9) cree que la autorización es un acto autónomo, una manifestación jurídica de voluntad, si bien con funciones no constitutivas de un derecho, pero consistente en una «remoción de límites» para el ejercicio de un derecho preexistente.

Por tratarse la autorización de un control preventivo no sólo tiene un significado estrictamente jurídico, sino también de hecho, siendo diversa a una aprobación; su función de control actúa a través de un examen de conjunto de la posición de derecho y de hecho del sujeto controlado; por estas razones debe preceder a la operación que se va a autorizar. Según Vignocchi, la autorización repercute sobre la validez del acto a ella subsiguiente y sobre la licitud de un hecho material. En definitiva, para este autor (10), la autorización es aquel acto especial de control preventivo caracterizado por la función de condicionamiento de la eficacia de un supuesto jurídico precedente, limitativo de la posibilidad de ejercicio de poderes concretos con la finalidad de asegurar que la actuación de tales poderes se realice conforme a criterios de interés público-social.

A partir de Vignocchi, ciertos autores han ligado la eficacia jurídica del negocio contractual a la autorización, y han llegado a una consecuencia —no siempre exacta— en sus repercusiones de Derecho privado: que suponga un requisito esencial más del negocio jurídico, sin el cual éste carecerá de validez.

En realidad, la autorización, más que afectar a la validez de los actos del negocio precedente, donde incide, es en cuanto a su ejercicio o desenvolvimiento. El negocio jurídico suele nacer sin contar con la autorización, si bien con posterioridad se pongan todos los medios para obtenerla. Con razón ha podido matizar Lessona (11) que con las autorizaciones la Administración pública consiente a un sujeto el ejercicio de una actividad o de un derecho propio y preexistente, actividad o derecho que no pueden ejercitarse si antes la autoridad competente no constata que se han verificado las condiciones impuestas a tal ejercicio por un interés público.

Por su parte, la doctrina alemana (12) y los tribunales (13) también han acometido la cuestión que presenta la naturaleza de la autorización, concretamente en cuanto a su dependencia y efectos sobre la validez del negocio jurídico subyacente. Como advierte Nipperdey (14), si un negocio jurídico solamente puede ser realizado mediante

(8) RANELLETTI, *op. cit.*, *passim*.

(9) VIGNOCCHI, *op. cit.*, p. 13.

(10) VIGNOCCHI, *op. cit.*, p. 107.

(11) LESSONA, *Introduzione al diritto amministrativo e suoi principi*, Firenze, 1952, p. 78.

(12) Cfr. LANGE, *Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 152 (1952), pp. 241 ss.

(13) OGHZ 3, 298.

(14) NIPPERDEY, en *Deutsche Rechts-Zeitschrift* (1950), p. 197.

la obtención de una autorización, se produce una quiebra en el principio de la libertad contractual, en la autonomía privada, por lo que los derechos fundamentales de la persona constitucionalmente reconocidos pueden llegar a ser ilusorios.

Entre los autores, Lange (15) precisa cómo la regla general es que la misión de la protección de los intereses públicos se confía a los funcionarios de la Administración; de este modo, cree que la autorización resulta un «acto de administración», siendo el negocio jurídico un antecedente de Derecho civil que precede al acto administrativo, por lo que la autorización tan sólo estampa el sello del placet gubernativo; no se trata, pues, de una declaración privada, sino de un acto de soberanía estatal, cuyos efectos no se rigen por lo dispuesto en los parágrafos 182 y 183 del Código civil (§§ 182 y 183 del B. G. B.). Por tanto, este autor concluye que la autorización administrativa contiene las siguientes características: 1. Ser un acto de control o de inspección de la Administración: 2. Ser un acto administrativo subalterno o dependiente: 3. Ser un acto administrativo de carácter duplicado: 4. Es un acto administrativo de poder, o constitutivo, en cuanto el negocio jurídico, a través de la autorización, obtiene su total eficacia.

Lange también pone de relieve cómo los tribunales (17), en el caso de la necesidad de una autorización para los negocios en divisas, no se trata de una condición negocial, sino de una simple condición jurídica. Esta última cuestión es muy debatida por la doctrina desde que aparecieron las primeras medidas del control de cambios y sus repercusiones en la contratación privada (18), en particular en cuanto a su

(15) LANGE, *op. cit.*, p. 24, y en *Neue Juristische Wochenschrift* (1949), p. 201.

(16) En el mismo sentido, MEYER-MARSILIUS, *Unter dem Vorbehalt späterer Devisengenehmigung abgeschlossene Einfuhrverträge*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 18 (1953), p. 651.

(17) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung* (= RGZ), 168, p. 267.

(18) Cfr. BLAU, *Devisenrecht und Privatrecht*, en *Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 47 (1933), pp. 201 ss.; STERNBERG, *Die Einwirkung des Devisennotrechts auf das Grundbuch und Notariatsrecht*, en *Rechtspflege und Wirtschaft* (1933); SIMON *Devisenrecht und bürgerliches Recht*, en *Bank Archiv* (1934), pp. 1621 ss.; MEILIKE, *Gestaltung und Umgestaltung der Schuldverhältnisse durch das Devisenrecht*, en *Bank Archiv* (1935), pp. 407 ss.; ISENBART, *Die rechtsgeschäftliche Währungsänderung in Stillhaltung und Devisengesetzgebung*, en *Bank Archiv* (1935), pp. 235 ss.; HAFNER, *Gestaltung der Vertragsverhältnisse unter dem Devisenrecht*. Diss. Heidelberg, 1936; CASPARIUS, *Ungelöste Fragen auf dem Gebiet der Zivilrechtsfolgen der deutschen Devisengesetzgebung*, en *Iherings Jahrbücher*, 86 (1939), pp. 33 ss.; HUMBURG, *Einwirkung des Devisennotrechts auf Privatverhältnisse*. Diss. Rostok, 1936; LANGEMANN, *Kaufvertrag und Devisenrecht* (Devisenarchiv Reihe), III Heft (1936); DANNENBERG, *Der Einfluss des Devisenrechts auf Hypotheken und Grundstücksgeschäfte*. Diss. Marburg, 1936; HARTENSTEIN, *Die Einwirkungen des Devisenrechts auf die bestehenden Schuldverhältnisse*, en *Juristische Wochenschrift* (1936), pp. 2833 ss.; SCHÖEN, *Devisenrecht und Erbrecht*, en *Devisenarchiv* (1936), pp. 1284 y 1324; EHNINGER, *Die Einwirkung der deutschen Devisengesetzgebung auf privatrechtliche Schuldverhältnisse*. Diss. Tübingen, 1937; BAUER, *Devisenrecht und Grundstückverkehr*, en *Devisenarchiv* (1942), pp. 919 ss.; EHLERS, *Der Gläubigerantrag in der Devisenbewirtschaftung*, en *Devisenarchiv* (1942), pp. 113 ss.; HEINZEL,

significación jurídica y material, así como en lo referente a sus efectos en las relaciones negociales y las de procedimiento (19).

En los años de la ocupación militar aliada, precisamente en el decenio 1945-1955, la República Federal Alemana sufre de nuevo un severo régimen de control de cambios, que concluirá con la firma del Protocolo de París del 23 de octubre de 1954 (su proclamación efectiva fue el 5 de mayo de 1955). Como consecuencia, la doctrina vuelve a plantearse la serie de problemas que implica una autorización necesaria para la celebración de los negocios privados que contengan una transferencia de divisas (20).

Entre los problemas que la doctrina y los tribunales alemanes tienen ante sí y las cuestiones que deben decidir, se encuentran los referentes a la validez general del negocio a autorizar, la eficacia de las autorizaciones concedidas con posterioridad a la celebración del negocio y sus efectos civiles derivados de la pendencia de la autorización. La misma problemática aparece en los demás países que han adoptado un régimen de control de cambios, como sucede entre nosotros, por lo que se hace necesario examinar su alcance y efectos.

Der Einfluss des Devisenrechts auf das Eherecht, en *Devisenarchiv* (1944), pp. 45 y 145.

(19) Cfr. GRÜBEL, *Die Bedeutung der Genehmigung im Devisenrecht*, en *Juristische Wochenschrift* (1932), pp. 1956 ss.; LASSEN, *Kann die Genehmigung im Sinne des § 6 der Devisenordnung von 1.8.1931 auch nachträglich erteilt werden?*, en *Juristische Rundschau* (1932), pp. 152 ss.; DIETRICH, *Ist eine Devisengenehmigung für die Veräußerung verpfändeter oder zur Sicherheit übereigneter Werte bei Fälligkeit des Devisenforderung erforderlich?*, en *Deutsche Justiz* (1934), pp. 1442 ss.; Id., *Welche materiell-rechtliche Bedeutung hat die Devisengenehmigung?* en *Deutsche Justiz* (1934), pp. 1404 y 1473; Id., *Die Devisengenehmigung bei Verwertung von Sicherheiten*, en *Deutsche Justiz* (1935), pp. 718 ss.; Id., *Der sachlichrechtliche Einfluss der Devisengenehmigung* en *Deutsche Justiz* (1935), pp. 783 ss.; THILE, *Die Bedeutung der nachträglichen Devisengenehmigung im Devisenzivilrecht und für Zwangsvollstreckungsakte*, en *Juristische Wochenschrift* (1935), pp. 3130 ss.; BAERS, *Die Devisenrechtliche Anbieterspflicht*, en *Juristische Wochenschrift* (1935), pp. 1061 ss.; BÖHMER, *Anbieters- und Genehmigungspflicht bei der Einziehung von Honorarforderungen gegen ausländische Mandaten bei deren inländischen Schuldner*, en *Juristische Wochenschrift* (1936), pp. 1742 ss.; PETSCHULT, *Der Begriff der Verfügung und der Genehmigung im Devisenrecht*. Diss. Berlin, 1937; WILMANS, *Lizenzen und andere gewerbliche ideelle Leistungen im Devisenrecht*, en *Devisenarchiv* (1937), pp. 1073 y 1101; STANGE, *Zur Genehmigungspflicht bei Bürgschaftsübernahmen*, en *Devisenarchiv* (1938), pp. 485 ss.; THILE, *Die Bedeutung der nachträglichen Genehmigung im Devisenstrafrecht*, en *Juristische Wochenschrift* (1938), pp. 721 ss.; GILLEN, *Die Zivilrechtliche Bedeutung der Erteilung oder Nichterteilung einer devisenrechtlichen Genehmigung (in bezug auf Schuldverhältnisse aus Verträgen)*. Diss. Köln, 1938; CAPPENBERG, *Die Bedeutung der devisenrechtlichen Genehmigung für das Privatrecht und das Verfahrensrecht*. Diss. Greifswald, 1939; NIEMANN, *Die devisenrechtliche Bedeutung der Verfügungsbefugnis*, en *Devisenarchiv* (1941), pp. 161 ss.

(20) Cfr. BONET CORREA, *El régimen jurídico alemán de las inversiones de capitales privados*, en *Anuario de Derecho Civil*, XXII-3 (1969), pp. 604, n. 33 y 607, n. 40.

3. LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA EN CUANTO A LA CONDICION JURIDICA Y SUS EFECTOS EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS PRIVADOS

La intervención de la Administración económica del Estado suele imponerse en el ámbito del tráfico de divisas mediante el establecimiento de una prohibición de traficar con ellas, en cuanto medida general, y concederse autorizaciones para su manejo, en cuanto trato excepcional (21). De este modo la Administración consigue ejercer un control de caso por caso, por lo que puede encauzar y decidir sus preferentes intereses según la política o razones de Estado que tenga a bien.

Al ser la autorización un acto de poder o de administración, como decía Lange (22), bien sea previamente o con posterioridad al negocio privado que le implica, resulta que es un elemento nuevo que se introduce para aquellas relaciones privadas entre las partes. La autorización, al proceder de un plano distinto del privado, como es el público de la Administración, no supone un requisito intrínseco para el nacimiento del negocio, ni implica una de sus condiciones negociales jurídico-privadas, sino que aparece como un elemento adherido normativamente. Normativamente, la autorización resulta ser una simple condición jurídica o de derecho.

Compartimos, pues, con Roblot (23) que la necesidad de una autorización o licencia en las relaciones privadas tan sólo afecta a la fase de ejecución del contrato, pero no a su creación o nacimiento, ya que la fuerza obligatoria de éste surge de la concurrencia de consentimientos, en tanto que la operación material de importación o exportación de moneda presupone tan sólo una autorización administrativa e, incluso, el pago o entrega de la moneda puede hacerse en moneda nacional, mediante la conversión, cuando haya una causa de imposibilidad.

(21) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. argentina de Schoo, Buenos Aires, 1954, p. 617, concibe el control de cambios como un sistema de permisos oficiales (government licences) que jurídicamente constituyen excepciones legales a las prohibiciones establecidas por la ley (statutory prohibitions); o lo que es lo mismo, que la autorización gubernativa deroga en caso concreto la prohibición legal. RAVINOVICHT, *Les avois étrangers et les investissements étrangers dans la réglementation française des changes*, en *Revue de la Banque*, 3-4 (1956), pp. 317-318, advierte cómo la Oficina de Cambios goza del poder de acordar derogaciones a las prohibiciones que dicte esa legislación que se encuadra en el poder reglamentario de la Administración.

(22) LANGE, *op. cit.*, p. 241. La casación italiana (26 abril 1961) también entiende que la licencia de importación es un acto administrativo de autorización emanado de un poder discrecional y, por tanto, revocable cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su concesión.

(23) ROBLOT, *Réglementation des changes et droit privé*, en *Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques*, París, s. a., pp. 29-30. También КАИИ, *La vente commerciale internationale*, París, 1961, p. 351.

Los supremos tribunales franceses (24) e italianos (25) también han puesto de relieve este aspecto del condicionamiento que supone la autorización administrativa respecto de la eficacia del negocio u operación en divisas.

Por su parte, la doctrina alemana es consciente de este condicionamiento que plantea la imperativa necesidad de obtener una autorización de los funcionarios del control de cambios y de su cuestión fundamental: de si se trata de un poder que se incorpora a la voluntad de las partes entre sus preceptos negociales o resulta un mero condicionamiento.

Entre los autores que parecen admitir se trata de un poder que se incorpora a la voluntad de las partes encontramos a Weber y Wesenberg (26), especificando este último que para los negocios obligatorios la obtención de una autorización ha de considerarse como un estado de dependencia; por lo que, una vez concedida la autorización, tales negocios han de considerarse como si fuesen válidos desde el principio. La negación de la prestación —concluirá— hace objetivamente la prestación imposible y las consecuencias jurídicas se producen al igual que en los contratos recíprocos (§ 323 BGB); resulta como si una de las partes no hubiese dado su consentimiento.

En cambio, para otros autores, como Lange (27) y Meyer-Marsilius (28), sin duda con mayor precisión, si bien ven en la autorización un condicionamiento del negocio privado, no la conciben como una condición negocial contractual (de los §§ 182 y ss. del BGB), sino como una mera condición de derecho derivada de un acto de poder de Derecho público. Por eso, a juicio de Lange (29), cabe que aparezca un espacio de tiempo entre la celebración del negocio jurídico y la decisión de los funcionarios del control de cambios en que pue-

(24) La Cour de Cassation (27 enero 1947) distingue entre el «acto de disposición», que tiene validez por sí mismo, y su realización, que depende de la autorización administrativa.

(25) La Casación italiana (5 agosto 1952, en II Foro italiano, 1952, pp. 1001 y 2531) ha mantenido que un contrato estipulado en el ámbito del control de cambios, su eficacia está condicionada a la concesión de la autorización, que opera como *conditio iuris*. La sentencia del 28 de mayo 1954 (en II Foro italiano, 1954, p. 1269) considera válida la obligación de importar independientemente de la licencia prescrita con este fin por ser una *conditio iuris* de la eficacia de la compraventa. La sentencia del 4 de julio 1956 (en II Foro italiano, 1957, p. 423) alegaba que el contrato ha podido considerarse legalmente condicionado a la consecución de la autorización. La sentencia del 8 julio 1957 (en II Foro italiano, 1957, p. 1146) considera el beneplácito bancario como una *conditio iuris* de la eficacia del contrato de exportación. Cfr. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (art. i.277-I.284). Bologna-Roma, 1959, p. 239.

(26) STAUNDIGER-WEBER, Anm. 148; WESENBERG, *Das Devisenrecht in der zivilistischen Praxis* (Westz.) en *Der Betriebs-Berater*, 13 (1952), p. 363.

(27) LANGE, *Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen*, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 152-3 (1951), pp. 244 y 248.

(28) MEYER-MARSILIUS, *Unter der Vorbehalt späterer Devisengenehmigung abgeschlossene Einfuhrverträge*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 6-18 (1953), p. 651.

(29) LANGE, *op. cit.*, 245.

dan cambiar esencialmente las relaciones privadas, por lo que tampoco su ciclo vital depende del resultado de obtener o no una autorización.

La doctrina española (30) tampoco ha dejado de abordar la problemática que plantean las autorizaciones de la Administración en las relaciones jurídicas privadas. Así, Martín Retortillo (31), a propósito de la autorización para el ámbito minero, cree que no se trata de una mera formalidad administrativa, por lo que los contratos son válidos o no a todos los efectos jurídicos, tanto civiles como administrativos, si cuenta o no con la autorización. A su juicio, este intervencionismo actualizado en los tiempos presentes al conjuro de una serie de fenómenos y circunstancias presentes en el ánimo de todos, sería una ficción si las normas que el Estado estatuye para imponer tal sistema no tuviesen trascendencia necesaria para hacer depender de dichas normas la validez y efectividad de los negocios que quiere dirigir y controlar. De aquí que este autor, adhiriéndose a la opinión de Sanz (32), concluya por calificar la autorización como una *conditio iuris* o elemento propio del negocio, impuesto por su propia naturaleza y exigido por la ley.

Sin embargo, esta postura fue combatida por Molina Ravello (33) con argumentos procedentes de la reforma adicional llevada a cabo en el artículo 98 del Reglamento Hipotecario. Este precepto permite la inscripción de un título para cuyo otorgamiento o inscripción se imponga por las leyes u otras disposiciones, como requisito, la autorización de una autoridad u organismo administrativo, si no se acredita su cumplimiento, a menos que una ley sancione expresamente la omisión del requisito con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.

Molina llega a la conclusión de que a partir del Decreto de 17 de marzo de 1959, con el Reglamento Hipotecario a la vista, ninguna conexión administrativa de la clase expresada podrá entenderse haya de ser forzosamente previa al contrato del cual no es elemento constitutivo y sí una *conditio iuris* de eficacia por razones especiales, a veces transitoria, de interés público distinto del de los particulares, quienes perfeccionan el convenio y no lo ejecutan mientras la Administración no lo aprueba, si no está aprobado ya con anticipación (34).

(30) Cfr. MARTÍN RETORTILLO, *Acción administrativa sanitaria: La autorización para la apertura de farmacias*, en Revista de Administración Pública, 24 (1957), pp. 117 ss.; Id., *Transmisión de minas. Necesidad de autorización*, en Anuario de Derecho civil, XII-1 (1959), pp. 235 ss.; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, 3.ª ed., I (Madrid, 1964), p. 32; VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*. Madrid, 1964, p. 307, n. 35. BIELSA, *Régimen jurídico de las autorizaciones y aprobaciones administrativas*, en Estudios de Derecho público, I, 429 ss.; MOLINA RAVELLO, *La autorización administrativa en los contratos y el Reglamento Hipotecario reformado*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 338-339 (1960), pp. 697 ss.; LORENTE SÁNCHEZ, *El Registro de la Propiedad y la Ley de Delitos Monetarios*, en Estudios en honor del profesor Castán Tobeñas, IV (Pamplona, 1969), pp. 461 ss.

(31) MARTÍN RETORTILLO, *Transmisión de minas*, cit., pp. 262 y 263.

(32) SANZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, II (Madrid, 1953), pp. 368 ss.

(33) MOLINA RAVELLO, op. cit., pp. 699 s.

(34) Esta posición ha tenido un reflejo positivo en el Tribunal Supremo;

Es que el artículo 98 del Reglamento Hipotecario no sólo ha dejado fuera de combate al artículo 119 del Reglamento minero, sino también a todos los preceptos análogos dictados en otras materias, por lo que la función notarial no podrá desenvolverse normalmente en su propio terreno confiada en la inscripción sucesiva de los títulos sin necesidad de condicionarlos a la autorización administrativa; así debe de ocurrir para otras intervenciones administrativas, como en las escrituras de aportación de capital extranjero y ciertas sociedades, y en otras análogas o parecidas, tales como en las requeridas para las adquisiciones de fincas por residentes en el extranjero.

Para el ámbito de las relaciones en moneda extranjera este autor se ha referido a la cuestión por la que la autorización administrativa no es un elemento constitutivo de las mismas, sino tan sólo un condicionamiento de su eficacia; a tal efecto, menciona la Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de abril de 1958 (35).

Lorente Sánchez (36) también advierte las influencias del intervencionismo administrativo en el Derecho privado a través del riguroso régimen de las autorizaciones. En el caso concreto que el autor contempla para las enajenaciones de inmuebles, 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 impiden que el acto sea calificado de delictivo; resulta un defecto subsanable. Además, para este autor, el régimen ha sido mitigado por la Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera del 19 de julio de 1961, en cumplimiento del Decreto del día 15 anterior, al declarar la convertibilidad de la peseta y al permitirse abrir cuentas en pesetas convertibles e interiores a los residentes en el extranjero sin necesidad de autorización, siendo suficiente el certificado bancario que acredita la procedencia del dinero (37).

así, la Sentencia del 16 de noviembre de 1964 expresaba que la autorización administrativa exigida por el artículo 15 de la Ley de Minas y 67 de su Reglamento, para la transmisión de los permisos de investigación, no tiene más alcance que el Estado controle el cumplimiento de las limitaciones referentes al sujeto titular del permiso de investigación y no afecta a la perfección del contrato celebrado con anterioridad. Del mismo modo, la Sentencia del 5 de julio de 1965 declaraba que la falta de autorización prevista por la Ley de Minas no produce la nulidad de un contrato de venta, pues es válido y eficaz civilmente. Por último, la Sentencia del 11 de marzo de 1969 confirma que la cesión de un arrendamiento minero, a pesar de la especialidad de la materia, no pierde su naturaleza civil, por lo que la falta de autorización administrativa no es obstáculo para la validez de la cesión

(35) También BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 abril 1958)*, en Anuario de Derecho civil, XIII-1 (1960), pp. 262 ss.

(36) LORENTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 461.

(37) La Orden Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del 10 de octubre de 1961 concreta que se acepten, en sustitución de la

Efectivamente, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 23 de junio de 1964 (38) y del 14 de julio de 1965 (39) han confirmado la suficiencia del certificado bancario sin necesitar la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera.

La primera Resolución recuerda cómo el Decreto del 15 de julio de 1961, por el que se declaró la convertibilidad de la peseta, desarrollado por la Resolución del IEME de 19 del propio mes y año, alteró profundamente la materia debatida al establecer que no requiere autorización de dicho Instituto la compra de un inmueble hecha por residente en el extranjero cuando las pesetas invertidas tengan el carácter de convertibles, ni tampoco cuando se apliquen pesetas interiores, siempre que en este caso las fincas adquiridas se destinen al uso personal del comprador, siendo suficiente que la autorización sea sustituida por la declaración del Banco proveedor de los fondos con la mención de haberse hecho el depósito y procedencia del dinero. Por tanto, la Resolución revoca la nota del Registrador, puesto que, «a mayor abundamiento, la autorización presentada aprueba la operación para un caso más riguroso que el llevado a cabo en la escritura calificada».

La Resolución del 14 de julio de 1965 confirma cómo el certificado del Banco (delegado del IEME), a través del que se hubiera verificado la provisión de divisas para inversiones en bienes inmuebles, sustituye a la autorización del IEME (Circular del 19 julio 1961), si bien decide que «como quiera que este documento no se acompañó al título calificativo a efectos del recurso, procedía confirmar el defecto señalado»; no obstante, tal defecto había sido considerado como subsanable en la nota recurrida.

Ante el alcance del intervencionismo administrativo sobre los derechos subjetivos, la disminución de las situaciones de poder real son patentes, como advierte Lorente Sánchez (40) al concluir que para este ámbito se han producido cambios esenciales, ya que el valor jurídico de la autorización del IEME —o del certificado bancario que la sustituye— ha pasado de ser un requisito de licitud a una condición de validez.

Por otra parte, nuestros Tribunales en sus instancias superiores han tenido ocasión de pronunciarse sobre la interferencia de las autorizaciones y licencias administrativas en la vida de ciertos negocios jurídicos privados. El que se estuviese pendiente de una licencia dio lugar a que se plantease la eficacia del contrato (una sociedad en constitución), tal como abordó la Resolución de la Dirección General

autorización directa del IEME, la certificación expedida por cualquier Banco o Caja de Ahorros.

(38) Cfr., en Anuario de Derecho civil, XVII-3 (1964), p. 724.

(39) Cfr., en Anuario de Derecho civil, XVIII-4 (1965), p. 951.

(40) LORENTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 463, 479 y 483. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, p. 307, n. 35 ya había puesto de relieve que la autorización implica un juicio de valor, un contraste y confrontación entre el derecho subjetivo y el interés público singular que se contempla, para cuya tutela se somete a necesaria autorización el ejercicio del derecho.

de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1959 (41), o se reconociese su condicionamiento, según decidía el Tribunal Supremo por sentencia del 18 de marzo de 1956 (42). Igualmente aquellos negocios jurídicos en moneda extranjera en que las partes no habían obtenido previamente una autorización, se intentó pretender por los deudores la nulidad de lo contratado (SS. 8 julio 1936, 3 octubre 1957, 8 abril 1958 y 6 abril 1963), o bien invocar una imposibilidad de pago (Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1935 y SS. 8 julio 1936 y 6 abril 1963), a lo que, sin embargo, el Tribunal Supremo no accedió.

La Sentencia del 8 de abril de 1958 es la que dedica mayor atención a este aspecto de las repercusiones que provoca la autorización administrativa en los contratos privados. Concretamente, para un contrato de compraventa decidía 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 sancionar con la nulidad de pleno derecho el negocio civil», pues «en ningún momento se ha afirmado en instancia que la compraventa careciera de eficacia por omisión del que ahora se pretende requisito esencial de la repetida autorización del Instituto de Moneda Extranjera» (43).

El que nuestra jurisprudencia civil califique a la autorización como un simple «medio de vigilancia» y no lo considere como un requisito esencial constitutivo, además de que el legislador hipotecario estime la posibilidad de la inscripción de los actos todavía no autorizados, a menos que la ley sancione expresamente la omisión de la misma con la nulidad absoluta de dichos actos, nos conduce a examinar las dos cuestiones fundamentales para los negocios jurídicos en moneda extranjera: a) la de su validez e invalidez; b) la de su posible cumplimiento y ejecución.

(41) Esta Resolución manifiesta que «no puede entenderse que la sociedad constituida haya recibido efectivamente la aportación de la maquinaria y utillaje, sito en el extranjero, por parte de la sociedad francesa, porque la eficacia del contrato depende de la autorización del Instituto de Moneda Extranjera—Decreto 24 noviembre 1939—y de la correspondiente licencia de importación, permisos no presentados en el momento de extender la nota, sin que sea suficiente la tradición instrumental derivada del artículo 1.462 del Código civil», cfr. LEYVA, *Nota*, en Anuario de Derecho civil, XIII-4 (1960), p. 1299; MUÑOZ DE LA VEGA, *Inversiones extranjeras en España. Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de noviembre de 1959*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1 (1960), pp. 37 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio de los problemas de las inversiones extranjeras en el Derecho Notarial español*, cit., pp. 407 ss.

(42) En esta sentencia se advierte cómo las partes habían contratado con anterioridad a la obtención de las licencias de exportación, pero habían previsto paccionadamente y supeditado la operación a su obtención, por lo que el hecho de la exportación era una condición negocial de su propia existencia.

(43) Cfr. BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en Anuario de Derecho civil, XIII-1 (1960), pp. 262 ss.

4. EL CARACTER ADMINISTRATIVO Y LAS SANCIONES PENALES DE LA REGLAMENTACION DE CAMBIOS

En las dos etapas de vigencia del control de cambios español (1928-1936 y 1937 hasta la actualidad), el conjunto normativo de que se compone tiene como finalidad inmediata el salvaguardar la estabilidad de la moneda nacional, para lo cual implanta un control sobre las operaciones financieras públicas y privadas que puedan influir sobre la balanza de pagos. Tal sistema responde, fundamentalmente, a una técnica bancaria que se consolida como un medio de dirección o planificación de la economía financiera por el Estado.

En cuanto se trata de un conjunto normativo para reglamentar la Administración económica del Estado entre sus ciudadanos, con imposición de penalidades por su incumplimiento, parece indudable que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica se deduzca su carácter eminentemente administrativo y sancionador. No obstante, al incidir sobre una amplia gama de relaciones negociales patrimoniales (tanto en el ámbito nacional como internacional), en cuanto a las posibilidades de su nacimiento y extinción, al realizarse el cumplimiento, provoca unas zonas de fricción en los intereses de las partes, sirviendo la intervención administrativa como disculpa y pretendiendo ser utilizada y aprovechada, precisamente por los que no obran de buena fe, con objeto de eximirse de sus compromisos.

El carácter eminentemente administrativo de la reglamentación de cambios se advierte tanto por el modo de proceder las autoridades gubernativas como del contenido y finalidad pública que contienen dichas normas. De acuerdo con Lemkin (44), hay que observar cómo mediante estas normas el Estado administra según un plan los fondos de divisas de la economía nacional, lo que implica la creación de un centro de disposición de estos fondos y el tener que decidir sobre cuáles pagos al exterior son considerados como útiles desde el punto de vista de los intereses de la economía nacional al distribuir las divisas para satisfacer las necesidades de los particulares que participan en el movimiento de pagos internacionales cuando se consideran urgentes e indispensables. De aquí que los bienes y valores, cualesquiera que sea su naturaleza (instrumentos de pago, valores mobiliarios, créditos, bienes muebles e inmuebles que sean susceptibles de convertirse en medios internacionales de pago), se sometan al control del Estado. Es decir, que el Estado, a través de sus órganos de administración, crea un ordenamiento material de divisas para evitar fundamentalmente la fuga de capitales al extranjero (causa inicial) y de este modo evitar un desequilibrio en la balanza de pagos (causa final) (45). En definitiva, el control de cambios se limita a impedir las transferencias de

(44) LEMKIN, *La réglementation des paiements internationaux*, París, 1939, página XXI.

(45) Más recientemente, cfr. TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, pp. 2 ss.

capitales con fines no legítimos, tanto por parte de sus ciudadanos como de los extranjeros residentes en el país.

El centro rector y visible de las funciones de control de cambios se constituye como instituto especializado, siempre de carácter público, si bien con personalidad jurídica, lo que le permite no sólo decidir con *auctoritas*, sino también el llevar a cabo operaciones mercantiles (46) como un privado. Como hace notar Vignes (47), estos organismos creados por el ordenamiento material del control de cambios, en cuanto miembros de la Administración central, le imprimen un aspecto y carácter más reglamentario que legislativo. Al estatuirse las bases normativas del control de cambios por las autoridades gubernativas para trazar los principios dominantes que fijan la amplitud de los cambios, en la mayor parte de los países que impusieron el régimen de control, se hallan establecidas por los poderes administrativos habituales, según observa Chapel (48), bien a través de su poder reglamentario o bien mediante su poder de control; un poder de control que si bien parece restringido al ámbito de soberanía del territorio nacional, llega a alcanzar primordialmente a los acreedores establecidos fuera del país del deudor, así como a los deudores domiciliados en el extranjero y, también, en parte, a los capitales poseídos en el exterior por residentes extranjeros en España y nacionales españoles residentes en el extranjero.

Con Nussbaum (49), puede decirse que se trata de un nuevo tipo de legislación con alcance extraterritorial; de aquí que su problemática, en gran parte, se centre en las relaciones privadas internacionales (50).

El otro carácter dominante del régimen normativo del control de cambios es el represivo o penal. Las sanciones y penalidades que se prevén para los infractores, en realidad son la consecuencia de un régimen autoritario —la mayor parte de las veces— o de un sistema económico dirigido o planificado, según su tendencia nacionalista, neocapitalista o socialista, en donde se ejerce una ordenación total de la moneda y la más estricta vigilancia del movimiento de capitales; por

(46) Cfr. PEYTEL-HEYMANN, *L'origine de l'Office des Changes, son fonctionnement et sa réglementation*, en Gazette du Palais (1950), p. 4 ss.; IZE, *Office des Changes*, París, 1954; MESTRE, *Office des Changes*, París, 1954; WILLEMS, *L'Institut belge-luxembourgeois du change*, en Journal des Tribunaux (1948), páginas 11 ss.; DE FRANCO, *Sulla natura giuridica dell'Ufficio italiano dei cambi (osservazioni in merito ai c.d. organi persona giuridiche)*, en Banca, Borsa e Titoli di credito, II (1961), p. 631 ss.; SENISE, *Costituzione e funzioni dell'Ufficio Italiano dei Cambi. I reati valutari e le pene*, en Il Risparmio, XV-2 (1967), páginas 78 ss.

(47) VIGNES, *Organisation administrative du contrôle des changes*, en *Le contrôle des changes*, dirigido por Hamel, Bertrand y Roblot, París, s. a., pp. 2 ss.

(48) CHAPEL, *Le régime administrative du contrôle des changes dans L'U.B.E.L.*, en Revue Internationale de Science Administrative (1953), pp. 3 ss.

(49) NUSSBAUM, *Money in the Law National and International*, Brooklyn, 1950, p. 485.

(50) Cfr. VAN HECKE, *Vertragsautonomie und Wirtschaftsgesetzgebung im internationalen Privatrecht*, en Zeitschrift für Rechtsvergleichung (1966), pp. 23 ss.; TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967.

ello ha de intensificarse el rigor para los infractores. Según advierte Vitu (51), la eficacia del control económico es real si los individuos no pueden sustraerse a las imposiciones y mandatos de la autoridad dirigente; para lograr su cumplimiento e intimidar al futuro transgresor se adoptan las normas penales y se les provee de un procedimiento especial.

En nuestro ordenamiento de control de cambios se establece, al igual que en otros países, una disposición conocida por la «Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios», del 24 de noviembre de 1938, en la que, además de predominar el arbitrio judicial en cuanto a la imposición de las sanciones de los actos punibles, establece su finalidad principal, cuando penaliza la ejecución de los pagos internacionales realizados sin la autorización correspondiente y el control y la movilización de los medios de pago internacionales o nacionales sin aquella autorización. La característica de las sanciones o penas (multa, con la adición de prisión hasta un máximo de tres años, e incluso pérdida de la nacionalidad española (art. 9) (52), es «intimidativa», respecto a los posibles culpables, y «satisfactoria», en cuanto a los intereses del Estado lesionados por la infracción (53).

5. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE AUTORIZACION PARA LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO

En las relaciones negociales civiles puede suceder que las partes no estén advertidas respecto a las disposiciones de control de cambios y hayan llevado a cabo sus actos y contratos sin darse cuenta de la necesidad de una autorización, como puede suceder en las transmisiones de bienes muebles o por quien adquiere una finca o inmueble en su propio país a través de un apoderado que obra por cuenta de un español u otro residente en el extranjero.

En cambio, el desconocimiento de la necesidad de obtener una autorización resulta en los negocios jurídicos mercantiles implicativos de divisas en donde los asesoramientos y el propio procedimiento es indicativo para contar con la autorización y licencia del organismo de la Administración económica. Por tanto, si los contratantes prescinden de obtener una autorización, o simulan pretender obtenerla (54), re-

(51) VITU, *Réglementation des changes et droit penal*, en *Le contrôle des changes*, dirigido por Hamel, Bertrand, Roblot, cit., pp. 73 ss.

(52) Según LORENTE, *op. cit.*, pp. 469 ss., no es aplicable actualmente la sanción del artículo 9, por no encontrarse esta causa de la pérdida de la nacionalidad española entre las que enumera con carácter taxativo el artículo 20 del Fuero de los Españoles.

(53) Cfr. PÉREZ VITORIA, *op. cit.*, pp. 140 ss.; UBIERNA, *Régimen legal español de la moneda extranjera*, 2.^a ed., Madrid, 1949, pp. 173 ss.

(54) No han faltado casos donde el peticionario de divisas al IEME se valía de una simulación: formalmente, ante terceros, cumplía con el requisito aparente de su petición, y concretamente ante sus acreedores, pero, sustantivamente dejaba de aportar los justificantes necesarios de su deuda en divisas, lo que conducía al resultado—querido por él mismo—de que se le denegaran dichas

sulta más evidente que hay una intención dirigida principalmente a vulnerar las disposiciones establecidas.

Por último, puede ocurrir que la propia Administración económica del Estado a través de su centro de control de cambios, y en base a su poder discrecional, no acceda a la petición de divisas incoada por un deudor; en este caso, el negocio jurídico subyacente, si las partes no lo habían condicionado a la obtención de la licencia o de la autorización, ha de tener unas consecuencias respecto a su validez o invalidez.

Las reglamentaciones de cambios, que suelen establecer una prohibición general para el manejo de divisas, para poder salvarla, introducen un sistema de excepciones (cuyo examen es de caso por caso); de este modo se obliga al particular a solicitar del centro de control una autorización, para lo que se debe justificar adecuadamente la operación, lo que justificara la disponibilidad de las divisas (art. 10 de la Ley de 4 mayo 1948). El incumplimiento de esta obligación, pues, supone un acto en contra de las disposiciones normativas del régimen de control de cambios. Entonces, ¿cabe invocar una nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley según el tenor del artículo 4.º del Código civil?

Nuestro Tribunal Supremo, en repetidas ocasiones, tuvo que decidir respecto a diversos casos en que una de las partes invocaba, tanto la prohibición general establecida por las normas de control de cambios, como la nulidad del negocio jurídico que había contraído en vista de la actuación omisiva de la otra parte respecto a lo dispuesto para la autorización.

En cuanto al primer caso, ocurrido bajo las disposiciones prohibitivas del primer período del régimen de control de cambios (1928-1936), la Sentencia del 8 de julio de 1936 recoge el supuesto donde el deudor alegaba que el precio expresado en marcos es una operación que estaba prohibida por Decretos y Ordenes como los del 10 de enero de 1931 y 29 de mayo del siguiente, fundando en ellos una violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.258, 1.170 y 1.116 del Código civil. El Tribunal Supremo rechaza dicha tesis tanto por tratarse de una cuestión nueva planteada en casación y porque no fue propuesta, así como por el carácter ejecutivo de las disposiciones; razonaba del siguiente modo: «aparte de que la cuestión de la ilegalidad o ilicitud de aquella cláusula contractual no fue propuesta, ni por ello discutida en el pleito», «sin aludir ni menos atacar el valor legal de aquella estipulación, ni recordar los Decretos y Ordenes referidos», por lo que «procede declarar que las infracciones y violaciones de aquellos artículos del Código civil no pueden fundarse en disposiciones del poder ejecutivo, que cual repetidos Decretos y Ordenes, se refieren al cambio

divisas por el IEME; de este modo, u omisión, el deudor alegaba a sus acreedores imposibilidad de pago y, como consecuencia, el exonerarse del cumplimiento de su deuda por fuerza mayor. Una consideración del supuesto, cfr. BONET CORREA, *El control de cambios y las obligaciones monetarias, cit.*, pp. 158 ss. y RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands»*. Madrid, 1958, p. 224.

compra y especulación de moneda extranjera, para coordinar los movimientos del mercado de cambios con la acción gubernamental», «disposiciones... que en modo alguno pueden afectar a la eficacia jurídica y cumplimiento de éste».

En cuanto a la segunda postura adoptada por los deudores respecto a la pretensión de nulidad del negocio jurídico en vista de la actitud omisiva de la otra parte, al no obtener la autorización prevista por la reglamentación de cambios, la Sentencia del 3 de octubre de 1957 (55), declaraba brevemente «que la infracción del artículo 4.º del Código civil acusada en el tercer motivo del recurso, con base a que se llevó al conocimiento de embarque un pacto sobre pago de flete que se hiciese efectivo en pesetas, con especial recargo del 100 por 100, resulta totalmente estéril, por la sencilla razón de que en este pleito se reclama solamente el flete, sin recargo alguno y, por tanto, no hay posibilidad procesal de apreciar la infracción del artículo 4.º del Código civil, en relación con la Ley de 24 de noviembre de 1938».

En cambio, la Sentencia del 8 de abril de 1958 (56) aprovechaba la ocasión para entrar en la cuestión plenamente, a propósito de la compraventa de una finca rústica, cuyo vendedor fue un español residente en el extranjero, mediante apoderado; el demandante —un comunero de la finca— alega infracción del artículo 4.º del Código civil, al no haber hecho aplicación la sentencia recurrida del precepto que contiene, en relación estrecha y directa con las disposiciones de la Ley de 24 de noviembre de 1938, sobre delitos monetarios, y especialmente de los párrafos 16 y 17 de su artículo 1.º también infringido.

El Tribunal Supremo desestima aquella alegación por ser una cuestión nueva planteada en casación y, además, porque «como ha declarado esta Sala en su Sentencia de 19 de octubre de 1944, el artículo 4.º del Código civil, aparte de que se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica como resorte para dar impulso a la casación, no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trata, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad (57), máxime en aquellos casos

(55) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), p. 416; BONET CORREA, *Los fletes pactados en moneda extranjera*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 79 (1961), pp. 147 ss.

(56) Cfr. MOLINA RAVELLO, *La autorización administrativa en los contratos y el Reglamento Hipotecario reformado*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 388-389 (1960), p. 701; BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en *Anuario de Derecho civil*, XIII-1 (1960), pp. 262 ss.

(57) De modo similar a esta sentencia se expresaban literalmente las SS. 19 octubre 1944 y 8 marzo 1966, cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 473.

en que el problema que se suscita recae en realidad sobre una materia que reviste gran complejidad y no puede quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo, como sucede en el caso de los presentes autos, en que no aparece cuáles fueron las condiciones especiales en que se realizó la venta de la mitad del inmueble discutido situado en España, propiedad de residente en el extranjero, el cual recibe el precio, que se hace efectivo en pesetas, por medio de apoderado aquí residente, estableciendo el artículo 13 de la Ley de 4 de mayo de 1948, que la omisión o 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 queda sujeto a la Ley de delitos monetarios, pues para sansionar con nulidad la compraventa, sería necesario precepto claro y terminante, que no aparece dentro de la legislación que regla 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 en 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 ningún momento se ha afirmado en instancia que la compraventa careciera de eficacia por omisión del que ahora se pretende requisito esencial de la repetida autorización del Instituto de Moneda Extranjera» (58).

El mérito de esta sentencia está en precisar la naturaleza jurídica de la autorización respecto a los elementos del negocio jurídico civil, sin embargo, sus argumentos están faltos de rigor. No porque se trate de una «ley cualquiera», o sea, «una materia que revista gran complejidad», deja de proceder la aplicación del artículo 4.º del Código civil; con tales fundamentos la sentencia muestra una interpretación inconsistente y anodina. Si el artículo 4.º del Código civil está formulado de modo general, precisamente es debido a que no se refiere de un modo particular a las leyes civiles exclusivamente, sino también a todas las normas del ordenamiento jurídico. Sabido es, también, cómo la ubicación o sede de esta norma en el Código civil tampoco afecta o restringe para nada el ámbito material de aplicación de la misma; al contener un principio de gran generalidad actúa en función de su amplio campo de aplicación. No debe perderse de vista que el artículo 4.º, como observa el profesor

(58) Actualmente, para las compras de inmuebles hechas por residentes en el extranjero, la Resolución de la Dirección General de los Registros, del 23 junio 1964, vino a confirmar que, después del Decreto de 15 de julio de 1961, por el que se declaró la convertibilidad de la peseta, ya no se requiere autorización del IEME cuando las pesetas invertidas tengan el carácter de convertibles, ni tampoco cuando se apliquen pesetas interiores, siempre que en este caso las fincas adquiridas se destinen al uso personal del comprador, siendo suficiente que la autorización sea sustituida por la declaración del Banco proveedor de los fondos, con la mención de haberse hecho el depósito y procedencia del dinero, cfr., en Anuario de Derecho civil, XVII-3 (1964), p. 724, y LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación en España por extranjeros*, 2.ª ed., Madrid, 1970, pp. 194 y 379.

Castro y Bravo (59), al ser una disposición contenida en el título preliminar, se aplica a toda clase de leyes, ya pertenezcan, conforme a su naturaleza al Derecho público o al privado (60). Por tanto, cualquier violación legal que suponga desobediencia al mandato legislativo puede acarrear la sanción de nulidad. Dentro del término ley —añade el ilustre maestro—, se utiliza en el sentido de abordar una norma del Estado (ley en sentido técnico, decreto, orden) y sólo quedan fuera las disposiciones de carácter excepcional y las que carezcan del valor de normas sustantivas.

Ahora bien, para que un acto realizado contra lo dispuesto en la ley tenga la condición de nulo es otro aspecto que se necesita precisar. El criterio «flexible» a que se ha referido la sentencia de 1958 debe entenderse, tal como advierte el profesor De Castro y Bravo, en el sentido de que para aplicar debidamente el artículo 4.º del Código civil es necesario tener en cuenta que la nulidad no se origina por cualquier disparidad o disconformidad del acto respecto de la ley; el artículo 4.º se refiere a «actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley», y para saber cuándo existe tal contradicción ha de considerarse el mandato contenido en la ley y el carácter del acto.

Respecto a la naturaleza del mandato legal, el artículo 4.º ha cambiado de signo la presunción con que se enfrenta la nulidad: en vez de ser negativo, como normalmente correspondería a su carácter sancionador, es positivo, por entenderse que el Derecho no ampara jurídicamente lo contrario a Derecho: su texto indica que hay que atender, primero, a la naturaleza de la norma contradicha (61). Con los profesores Castro y Bravo y Castán (62) creemos que al decir el artículo 4.º «salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez», implica que la ley puede exceptuar el acto de una nulidad de modo expreso y, por tanto, no puede haber dificultad en que la excluya de forma tácita. Sería erróneo deducir la nulidad automáticamente por el hecho de 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. Hay que advertir con el profesor Castro y Bravo que no debe olvidarse que el Derecho puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, cree este autor, la nulidad se produce de un modo inmediato y necesario cuando la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, lo repudie o estigmatice de jurídicamente ilícito: pero hay bastantes casos en los que la ley rechaza tácitamente la sanción de nulidad: así, por ejemplo, cuando la ley no pretende la eficacia misma del negocio, sino la consecución

(59) CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general. I. Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, 3.ª ed., Madrid 1955, p. 598.

(60) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 15 de octubre de 1946 manifiesta que el artículo 4.º es aplicable a toda materia.

(61) La Sentencia del 13 de junio de 1947 decide que el artículo 4.º no puede prevalecer contra lo dispuesto en preceptos especiales.

(62) CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 598; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, I (Madrid, 1949), pp. 206 y 207.

(mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral o cuando se señale otro tipo de sanción, más o menos grave, como una pena.

Efectivamente este es el caso del ordenamiento de control de cambios; se trata de una legislación que no pretende ir contra la eficacia misma del negocio jurídico sustantivo, sino que se concreta a un resultado lateral, o sea, el control por las autoridades de la Administración económica del Estado de las prestaciones monetarias de sus residentes en el territorio nacional que hacen al exterior; su control tiene un alcance como «medio de vigilancia», tan sólo sancionado penalmente.

Es que las normas de la reglamentación de cambios tan sólo tienen un carácter adjetivo respecto de las que preordenan el negocio jurídico privado; no han sido dadas para establecer un elemento constitutivo de dichos negocios jurídicos y de los contratos, ni han pretendido sustituir ni alterar las normas comunes o sustantivas que los regulan; tan sólo se refieren a un aspecto parcial de los mismos, a la habilitación que impone el poder público en cuanto al ejercicio de una actividad concreta respecto de las monedas y divisas que han de traspasar las fronteras del país. Se trata, pues, de sancionar e imponer unas determinadas condiciones de hecho en cuanto a las consecuencias que se derivan del ejercicio de derechos que implican un negocio jurídico patrimonial cuya prestación consiste en moneda o valores extranjeros.

Con las normas de control de cambios no se ha pretendido alterar el régimen de los contratos, aunque como consecuencia de dicho control se produzca un cierto condicionamiento de la relación comercial hasta que se obtenga una licencia o autorización. Es que la reglamentación de cambios no pretende ir más allá de sus finalidades concretas como son la defensa de la moneda nacional, su estabilidad como medida de valor patrimonial en las transacciones nacionales e internacionales, por lo que también se trata de la defensa de su balanza de pagos; de aquí que se prohíba la salida de capitales, valores y divisas sin el control debido. Para intimidar la voluntad de los ciudadanos en este sentido le ha bastado sancionar su conducta omisiva en cuanto a la obtención de una licencia y autorización, sin necesidad de declarar una nulidad del negocio que implica la transacción monetaria; de aquí su carácter meramente penal que caracteriza dicha legislación de control de cambios. La imposición de una pena a los infractores es expresa y concreta en esta reglamentación de cambios, mientras que nada se dice sobre la nulidad del negocio jurídico subyacente.

Concretamente, la legislación española, en su «Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios», del 24 de noviembre de 1938, especifica los supuestos que las partes pueden infringir. En los supuestos concretos de los apartados 16) y 17) del artículo 1.º de dicha Ley, se dispone lo siguiente: «Se reputarán delitos de contrabando monetario, las acciones y omisiones siguientes: 16. Los ingresos y abonos de pesetas en cuentas de residentes en el extranjero y la movilización del saldo de

dichas cuentas sin autorización del expresado Comité; 17. Los pagos en pesetas por cuenta de residentes en el extranjero, sin mediar autorización del Comité citado» (actualmente IEME). Los que contravengan estas disposiciones quedan incurso como autores de un delito monetario y se les sanciona con una multa, que podrá llegar hasta el décuplo del importe de la prestación pecuniaria, el comiso de las cantidades o efectos, y, si el Juez lo estimare justo, con la adición de prisión hasta el máximo de tres años.

Resulta por tanto, que las infracciones a la reglamentación de cambios no dan base para el planteamiento de un recurso de casación, sino para proceder simplemente de oficio o en virtud de denuncia (art. 12 de la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios). Es que no basta la presencia de un acto que contradiga la disposición legal para que proceda automáticamente la aplicación del artículo 4.º del Código civil, según queda visto, ya que es el contenido «lo dispuesto en la ley», lo que allí se sanciona: si la ley no dispone expresamente la nulidad del acto o negocio jurídico, entonces no puede entenderse que es un acto contra lo dispuesto por ella.

Es la misma tradición romanista (63) la que nos proporciona la clasificación de las leyes, precisamente bajo el punto de vista de sus sanciones y de los efectos que producen. Según esta clasificación hay: a) *leges perfectae*, aquellas que declaran nulo el acto realizado contra ellas; b) *leges minus quam perfectae*, las que castigan con una pena sin declarar la nulidad del acto; c) *leges plus quam perfectae*, las que sancionan tanto con la nulidad del negocio como con la imposición de una pena.

Resulta, pues, que la legislación de control de cambios es del tipo de las llamadas *leges minus quam perfectae*, puesto que sancionan con una pena sin llegar a declarar la nulidad del acto implicado. Por ser normas de carácter excepcional y reglamentario su interpretación ha de ser estricta y su alcance no puede llegar más allá de lo dispuesto, por las mismas. Si la legislación de control de cambios no ha tratado de alcanzar la validez del negocio, y sí, tan sólo, declarar ilícitas las consecuencias que provocan su violación es que se ha puesto un límite concreto para su interpretación y aplicación.

Se puede concluir que la reglamentación de cambios es un conjunto normativo de carácter secundario y, por tanto, no afecta a la eficacia del negocio jurídico sobre el que incide, al que sólo condiciona formal y accidentalmente (64). Ya el profesor Castán (65) hubo

(63) Ya ULPIANO, I, 2, cfr. BAVIERA, *Leges perfectae, minus quam perfectae ed imperfectae*, en *Scritti giuridici*, I (Palermo, 1909), pp. 199 ss.; GIOFFREDI, *La sanção delle legge e la perfectio della norma giuridica*, en *Archivio penale* (1946), pp. 40 ss.

(64) Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución del 10 de noviembre de 1959, entendía que «la eficacia del contrato depende de la autorización del Instituto de Moneda Extranjera (Decreto de 24 noviembre 1939) y de la correspondiente licencia de importación, permisos

de señalar, a propósito de la Sentencia de 29 de enero de 1915, cómo el artículo 4.º se aplica a normas de verdadera eficacia sustantiva y no a normas secundarias; por su parte, el profesor Castro y Bravo (66) señala cómo las leyes fiscales y administrativas que imponen requisitos formales, si otra cosa no se dispone expresamente, no acarrearán la nulidad del acto en que tal requisito falte, sino sólo lo sancionan o multan.

Es que cabe independizar el contrato y sus peculiares efectos de la sanción o pena, tal como recuerda Moreno Mocholi (67) para otro ámbito, de la ilegalidad o ilicitud que implica la trasgresión de las leyes especiales, pues ni los Tribunales ni las Fiscalías están llamados a declarar la responsabilidad civil subsidiaria aneja a la criminal, en el sentido de pronunciarse sobre la validez y eficacia del vínculo contractual en que la trasgresión tuvo lugar; tampoco existe precepto que conceda directamente acción al perjudicado por el control para atacar el ser del contrato; de ahí que la ineficacia por la ilegalidad del acto alcance sólo a aquella parte del negocio afectado por la ilicitud, que al no ser esencial del mismo, puede separarse sin detrimento de la esencia del acto, por no haber precepto expreso que declare la nulidad total y absoluta (68).

Es que las legislaciones especiales no tienen por objeto impedir los negocios jurídicos base del comercio; tan sólo se limitan a ejercer un control, a establecer una habilitación para conseguir unos efectos concretos en cuanto a un interés público específico como el que la Administración económica del Estado tiene para evitar la huida de capitales, la defensa de su moneda y de la balanza de pagos.

No obstante, la actitud de las partes, su intencionalidad subjetiva, puede influir decididamente en la relación negocial (69). Cuando el condicionamiento formal de la Administración a través de la autorización se asume por las partes y se integra dentro del mismo negocio

no presentados en el momento de extender la nota», cfr. LEYVA, *Nota*, en Anuario de Derecho civil, XIII-4 (1960), p. 1299.

(65) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral. I. Introducción y parte general*, 9.ª ed., vol. I., *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica* (Madrid, 1955), p. 392. También la Sentencia del 6 de abril de 1963, para un pago en moneda extranjera, precisaba que «no cabe confundir las leyes que regulan materia necesaria y contingente y las cláusulas esenciales y accidentales del contrato, no cabe sostener que lo pactado respecto al lugar y modo de cumplimiento del convenio, envuelva la nulidad de las cláusulas principales».

(66) CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, cit.*, I-1, p. 599, n. 4.

(67) MORENO MOCHOLI, *La legislación de tasas y el contrato de compraventa*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 180 (1946), pp. 456 ss.

(68) Cfr. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, París, 1969.

(69) Cfr. LANGE, *Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen, cit.*, p. 253; MEYER-MARSILIUS, *Unter der Vorbehalt späterer Devisengenehmigung abgeschlossene Einfuhrverträge, cit.*, p. 651, donde observa cómo en el comercio exterior las partes pactan cláusulas «bajo la condición de una autorización de divisas posterior», por lo que el negocio permanece ineficaz hasta la concesión de la autorización, si bien por propia voluntad los contratantes resultan ligados durante ese intervalo. Concedida la autorización, y en base a los §§ 308 y 309 del BGB, el contrato resulta efectivo. En caso contrario, de no concederse la autorización, resulta nulo por aplicación de los §§ 134 y 306 del BGB y artículo VII de la Militar Regierungsgesetz (MRG).

jurídico como un elemento determinante de sus propias actuaciones es indudable que su eficacia depende de que se realicen los presupuestos pactados. Con razón la Sentencia del 18 de marzo de 1956, en una operación de exportación, las partes al haber previsto y condicionado la obtención de una licencia para la realización de la operación, podía sentenciar rectamente que el deudor «contrajo finalmente el compromiso de devolver la cantidad recibida en 30 de noviembre de 1945, si no era legal la exportación, o en caso de legalidad de la misma, a cargar inmediatamente la mercancía, y como no se efectuó esto último..., la obligación de restituir no ofrece discusión».

Ya que la intencionalidad de las partes puede tener una influencia decisiva para el condicionamiento del negocio, en el caso de que este modo se pacte expresamente, también puede repercutir fundamentalmente cuando esa misma voluntad se demuestre que tuvo por única finalidad vulnerar la prohibición impuesta y defraudar los intereses públicos del Estado (70). Así viene confirmado por el Tribunal Supremo concretamente en su Sentencia del 6 de abril de 1963, al manifestar: «sin que afecte a la validez del contrato el hecho de pactarse el pago en moneda distinta de la de curso legal en España, a no ser que se demuestre que lo convenido tuvo por exclusiva finalidad la de que el pago se efectuase en la forma prohibida, sustrayendo fraudulentamente disponibilidades monetarias, con el consiguiente daño a la economía nacional» (71). En el caso de autos se desestima este último extremo por lo que se refiere a la Ley del 24 de noviembre de 1938 y lo dispuesto en el artículo 1.170 del Código civil, puesto que no cabe «confundir las leyes que regulan la materia necesaria y contingente y las cláusulas esenciales y accidentales del contrato» y tampoco «no

(70) En nuestra doctrina, sin distinguir la intencionalidad de las partes, y tan sólo en función de la prohibición general que establece la legislación de divisas, se considera la nulidad de las obligaciones contraídas, cfr. PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (1948), pp. 48 ss.; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral. III. Derecho de obligaciones*, 8.ª ed. (Madrid, 1954), p. 274; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 246; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, I-2 (Barcelona, 1959), p. 338. Para el profesor HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), p. 194. «basta que no esté prohibida la contratación de divisas o en determinadas divisas para que sea válida la deuda concertada o expresada en ellas». Según LORENTE, *El Registro de la Propiedad y la Ley de Delitos Monetarios*, cit., p. 475, el incumplimiento de la prohibición puede sancionarse —al menos teóricamente— con la nulidad o con la ilicitud del acto; la primera solución, demasiado rigurosa, no se acoge por la legislación española, por lo que entiende que la autorización no es, en ningún caso, requisito de la validez del mismo. Por tanto, concluye que ni el certificado bancario ni la autorización del IEME son requisitos necesarios para inscribir los títulos, en cuya virtud los residentes en el extranjero adquieren, mediante precio en pesetas, inmuebles sitos en territorio español.

(71) Como advierte LUCAS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 1.ª ed., p. 302, en toda esta materia conviene tener en consideración los principios jurídicos básicos cuyo estudio es más propio de la parte general del Derecho, y que conducirán a la protección del contratante de buena fe, y a impedir que los contratos y negocios jurídicos en general, otorgados en fraude a la ley, desplieguen una eficacia distinta a la prevista por la norma que tratan de eludir con el fraude.

cabe sostener que lo pactado, respecto al lugar y modo de cumplimiento del convenio, envuelva la nulidad de sus cláusulas principales, al demostrarse que hubo propósito fraudulento, como causa única determinante del contrato, siendo así que, en el caso de autos, se alza contra tal suposición el hecho elocuente de que se solicite el pago de la cosa vendida y entregada en territorio nacional y en la moneda legal de curso en España».

Además, esta Sentencia de 1963 viene a confirmar lo anteriormente expuesto por nuestra doctrina más autorizada (72), si bien en base a lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil, precepto que proclama el principio de la autonomía de la voluntad —al haber pactado las partes un pago en moneda extranjera—, pero en relación con lo dispuesto en el propio artículo («siempre que no sean contrarios a las leyes») y el artículo 4.º del propio Código; por lo cual, el Tribunal Supremo, refiriéndose al artículo 1.255, razona: «si, como acertadamente se ha dicho, este precepto proclama el principio de la autonomía de la voluntad, justamente con sus límites naturales para trazar la línea divisoria entre lo permitido a las partes y lo a ellas vedado y, por tanto, entre la validez de un pacto y su nulidad absoluta, ha de atenderse a dos criterios fundamentales: primero, el que tiene en cuenta la propia índole de la norma aplicable, según sea imperativa o prohibitiva (*jus cogens*) o simplemente permisiva o subsidiaria (*jus voluntarium*), y segundo, el que mira al propio elemento del contrato, que estatuye o contempla, en la cláusula examinada, distinguiendo si tal elemento es esencial, por constituir la propia sustancia de la prestación, cualitativa o cuantitativamente considerada, o si se trata de un elemento accidental o accesorio que no afecte al contenido de la prestación, sino simplemente a las modalidades o condiciones en que la misma ha de hacerse efectiva, y conjugando ambos criterios se advierte que si el contenido sustancial de la prestación es materia vedada por la ley, bien en su consideración cualitativa (cosas fuera del comercio o prestaciones ilícitas e inmorales) o cuantitativas (préstamo usurario), su nulidad radical se impone, al paso que si se trata de meros accidentes que han de acompañar a la «*solutio*», determinando el modo, tiempo y lugar, etc., en que ha de hacerse efectiva la prestación, no habrá obstáculo ninguno en reconocer la validez del contrato, aun cuando temporalmente o por razones de emergencia se encuentre prohibido o sea imposible poner en práctica lo pactado, en cuanto a alguno de los accidentes con que fue convenido el pago, máxime si la ley se encarga de arbitrar medios supletorios o sustitutivos que, por sí mismos, evidencian el carácter mixto de la norma legal, que puede ser prohibitiva de la modalidad pactada y permisiva o subsidiaria en cuanto a las otras posibilidades solutorias que el mismo legislador reconoce o establece».

En conclusión, se advierte cómo los Tribunales, ante un negocio jurídico en moneda extranjera necesitado de una autorización; tratan

(72) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, *passim*; CASTÁN, *op. cit.*, *passim*.

de salvar la base negocial subyacente establecida por las partes siempre que su intención no haya sido vulnerar exclusivamente la norma pública y sus intereses mediante el fraude, por lo que dicha autorización no implica un requisito de validez del negocio jurídico, sino una simple modalidad para su eficacia.

Como queda visto, a esta postura se une un sector doctrinal, mientras que otro adopta posiciones extremas de ligar la autorización al negocio como una condición de hecho y de derecho imprescindible e inexcusable —como ha ocurrido en el sector registral—, quizá dejándose arrastrar más por unas presiones de política económica (las Ordenes circulares del IEME a la Dirección General de los Registros y del Notariado) que por unas razones interpretativas fundamentales del ordenamiento jurídico en cuanto a los derechos y obligaciones que protegen la libertad de la persona (73).

6. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE AUTORIZACION PARA EL CUMPLIMIENTO O EJECUCION DEL NEGOCIO JURIDICO

Generalmente, si la ausencia de una autorización administrativa no afecta a la validez del negocio jurídico, quiere decir que la fase final de cumplimiento o ejecución de dicho negocio puede llevarse a cabo por las partes independientemente de la ilicitud que implique por la jurisdicción de delitos monetarios y de sus sanciones penales.

Como han puesto de relieve los tribunales de diversos países, casi siempre han sido los deudores de mala fe quienes se han apercibido de las dificultades y obstáculos que creaba la reglamentación de cambios para aprovecharse de esta circunstancia y alegar —al menos formalmente— la disculpa de una imposibilidad material y legal de cumplimiento de sus obligaciones y poder exonerarse de sus pagos.

Los tribunales alemanes, desde un principio, manifestaron que no era posible discutir la excepción de imposibilidad de pago alegada por el deudor (74), puesto que, conforme al § 244 del Código civil (BGB), dicho deudor puede liberarse en moneda local y el acreedor así exigirlo (75). Es que el deudor debe agotar todos los recursos previstos

(73) Respecto al poder judicial como moderador de los excesos del poder ejecutivo, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970.

(74) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 103, 262, en *Juristische Wochenschrift* (= JW) (1922), p. 1122; Kammergericht Berlin, 27 octubre 1932, en JW (1932), p. 3773, con comentario de NUSSBAUM; Landesgericht Berlin, 19 febrero 1932, en JW (1932), p. 2307, cfr. NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, trad. esp. de Sancho Seral, Madrid, 1929, pp. 300 y 324. También BERGMANN, *Le régime des devises dans la pratique du droit international privé*, en *Bulletin de l'Institut Juridique International*, XXXV (1936), p. 34; LEMKIN, *La réglementation des paiements internationaux. Traité de droit comparé sur les devises, le clearing et les accords de paiement*, París, 1939, p. 301.

(75) Reichsgericht, 11 diciembre 1919, en JW (1920), p. 373; Reichsgericht, 17 marzo 1924, en JW (1924), p. 1590; Reichsgericht, 29 enero 1937, en *Warneys Rechtsprechung* (1937), p. 98, cfr. NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional*

en las reglamentaciones de cambios para dar cumplimiento a sus obligaciones, tal como reconocen los tribunales (76).

En la doctrina, Nussbaum (77), llega a precisar «cómo en todo caso la deuda de dinero, el deudor no queda liberado de su obligación por imposibilidad, no imputable a él, de efectuar el pago, aun en el caso de que en el país de origen de la moneda se halle prohibida la exportación de numerario». Es que —como precisa en otro lugar (78)— «el deudor no se halla relevado de sus obligaciones hacia el acreedor extranjero, ni deja de ser deudor del cambio extranjero que constituye el objeto de la obligación», pues «mientras existan perspectivas de poder satisfacerlas, debe adoptar las medidas apropiadas a fin de obtener el permiso necesario para transferir los fondos».

La legislación de divisas del III Reich también condujo a sus instancias superiores judiciales a ofrecer a los acreedores dos posibilidades: a recibir un interés del 4 por 100 de sus créditos o a aceptar el pago en una cuenta bloqueada hasta que se concediese una autorización para su movilización hacia el exterior (79).

Los tribunales y la doctrina de este período ponen de relieve cómo ante el régimen de divisas no cabe alegar una imposibilidad objetiva (80), en base al § 245 del BGB, puesto que los medios de pago extranjeros siempre pueden encontrarse o adquirirse mediante una autorización: ni puede invocarse una imposibilidad subjetiva, puesto que supone, en definitiva, una mera incapacidad de pago del deudor (81).

e internacional, trad. argentina de Schoo, Buenos Aires, 1954, p. 631; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14 ed., Tübingen, 1954, p. 44.

(76) Apelación Hamburg, en *Devisenarchiv* (1936), p. 364.

(77) NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, cit., pp. 300 y 324.

(78) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit., p. 630.

(79) Cfr. BAUER, *Devisenrecht und bürgerliche Rechtspflege* (1932), p. 113; BLAU, *Devisenrecht und Privatrecht*, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 47 (1933), p. 239; CASPARIUS, *Ungelöste Fragen auf dem Gebiete der Zivilrechtsfolgen der deutschen Devisengesetzgebung*, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 86 (1936), p. 36; HARTENSTEIN, *Devisennotrecht*, Berlín, 1935, p. 4; HUMBURG, *Einwirkung des Devisenrechts auf Privatverhältnisse*. Diss. Rostock, 1936, p. 29.

(80) Landesgericht Dortmund, en *Juristische Wochenschrift* (1932), p. 2462; cfr. MÜLLER, en *Juristische Wochenschrift* (1932), p. 1997; HARTENSTEIN, en *Juristische Wochenschrift* (1932), p. 319, y *Devisennotrecht*, en *Rechtspflege und Wirtschaft* (1933), p. 81; Deutsches Landesgericht Düsseldorf, en *Juristische Wochenschrift* (1933), p. 971; KLÜBER, en *Deutsche Steuerzeitung* (1934), p. 320; GERSTBERGER, en *Juristische Wochenschrift* (1934), p. 1156; GILLEN, *Die zivilrechtliche Bedeutung der Erteilung oder Nichterteilung einer Devisenrechtlichen Genehmigung*. Diss. Köln, 1938; *Reichsgerichtzeitung*, 151, p. 38; en *Juristische Wochenschrift* (1936), p. 1284; en *Devisenarchiv* (1936), p. 1560, con comentario de HARTENSTEIN, en *Devisenarchiv* (1936), p. 1609; FLAD, BERGHOLD, FABRICIUS, *Das neue Devisenrecht*, 2.ª ed., 1939; CAPPENBERG, *Die Bedeutung der Devisenrechtlichen Genehmigung für das Privatrecht und das Verfahrensrecht*. Diss. Greifswald, 1939.

(81) Cfr. LENHOFF, *Privatrechtliche Probleme des Devisenrechts*, Wien, 1932, p. 4; STOLL, *Notgesetzgebung*, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 134 (1936), p. 344; EHNINGER, *Die Einwirkung der Deutschen Devisengesetzgebung auf privatrechtliche Schuldverhältnisse*. Diss. Tübingen, 1937, p. 30.

Los tribunales austríacos también declaran que los ordenamientos extranjeros sobre divisas no pueden tomarse en cuenta cuando se trata de juzgar la posibilidad de cumplimiento de una deuda en moneda extranjera considerándola como meramente subjetiva (82), o ya sin alcance dentro del país (83), sin suponer para el deudor una imposibilidad liberatoria de la deuda (84).

La doctrina reaccionaba del mismo modo: tanto Wahle (85) como Pisko-Gschnitzer (86) advertían que las prescripciones dadas para el ámbito de divisas no pueden plantearse dentro del ámbito de la imposibilidad, ya que sólo puede hablarse de una incapacidad subjetiva. Del mismo modo, Bydlinski (87) concluye que la falta de dinero no libera al deudor, aunque no sea por su culpa, puesto que la reglamentación de divisas no hace imposible la prestación.

La jurisprudencia suiza rechaza totalmente la alegación de una imposibilidad de pago por aquellos deudores que se amparan en sus legislaciones de control de cambios, en base a que para los tribunales suizos dicha reglamentación no es para ellos obligatoria (88), ya que pertenece a la esfera del derecho público extranjero (89), además de que debido al riesgo de un control de cambios, implantado en el país del deudor, debe estar a su cargo y no del acreedor (90): también porque el demandado tenía bienes fuera del país donde existía el control (91), además de que tampoco puede impedir que bajo la jurisdicción suiza un tribunal ejecute los bienes del deudor en ella existentes (92). Incluso, en base a la «doctrina del contacto» se llega a admitir que acreedores extranjeros pudiesen demandar a otros acree-

(82) Oberster Gerichtshof, 10 diciembre 1935.

(83) Oberster Gerichtshof, en Rechtsprechung n. 300 (1936). Oberlandsgericht Wien, en Ev. Blätter, n. 564 (1949), y en Ev. Blätter, n. 252 (1947), con comentario de WAHLE.

(84) Cfr. en Juristische Blätter, 7 (1956), p. 180.

(85) WAHLE, *Die Wirksamkeit ausländischer Devisensperre nach österreichische Recht*, en Rabels Zeitschrift (1935), p. 779 ss.

(86) PISKO-GSCHNITZER, *Kommentar*, de KLANG, VI, 2.^a ed., p. 550.

(87) BYDLINSKI, *Devisenvorschriften und internationales Privatrechts*, en Juristische Blätter, 15-16 (1956), p. 385.

(88) Tribunal federal, 18 septiembre 1934, en Journal des Tribunaux (1935), p. 72; Tribunal federal, 8 octubre 1935, en Amtliche Sammlung, 61, II, 242; Tribunal federal, 19 febrero 1936, en Amtliche Sammlung, 62, II, 108; Tribunal federal, 2 marzo 137, en Nouvelle Revue de Droit International Privé (1937), p. 624, con nota de MEZGER, cfr. BENDHEIM, *Das deutsche Devisenrecht und die Schweiz*. Diss. Bern, 1936; JEDLICKA, *Die Stellungnahme der schweizerischen Gerichtspraxis zu den deutschen Devisenbestimmungen*, en Schweizerische Juristische Zeitung, 34 (1937), pp. 85 ss.

(89) Tribunal federal, 18 septiembre 1943, en Amtliche Sammlung, 66, II, 249.

(90) Tribunal de instancia de Zürich, 23 abril 1937, en Nouvelle Revue de Droit International Privé (1937), p. 627.

(91) Tribunal de comercio de Saint-Gall, 7 marzo 1933, en Nouvelle Revue de Droit International Privé, 2 (1935), p. 428.

(92) Tribunal federal, 8 mayo 1935, en Amtliche Sammlung, 61, II, 242, cfr. THORMANN, *Die Geldschuld im Schweizerischen Privatrecht*, en Zeitschrift für schweizerische Recht, 56 (1937), p. 10 ss.

dores, también extranjeros, simplemente por haber adquirido títulos de un empréstito colocado en Suiza, aunque lo hubiera sido sólo en parte (93).

Además, como advierte la doctrina (94), en vista de las posibilidades reales que tiene un deudor para el pago de su deuda en moneda extranjera, hace irrelevante la alusión a una imposibilidad, puesto que las legislaciones sobre divisas, en definitiva, no suponen más que meras «contrariedades» o simples «dificultades locales».

En Holanda, el Tribunal Supremo rechaza categóricamente a un deudor la alegación de una imposibilidad de cumplimiento, tanto de hecho como de derecho (95). Otros tribunales locales, como el de Rotterdam (96), en base a las circunstancias, decide que la defensa de la imposibilidad de cumplimiento era de mala fe y no podía ser invocada por la sociedad deudora. El Tribunal de Amsterdam condena a una sociedad alemana a pagar los intereses de su empréstito, tanto por que se hallaba sometida al derecho local, como porque no excluía la posibilidad de procurarse de otro modo el dinero (97), además de que una legislación extranjera de divisas no podía impedir que el acreedor se procurara una modalidad ejecutiva para el cobro de su crédito sobre bienes situados fuera del país. El Tribunal de Hertogenbosch (98) no acoge la imposibilidad alegada por un deudor checo debido a que el Derecho holandés no la puede considerar.

La jurisprudencia francesa es escasa sobre esta cuestión, habiéndose pronunciado en sentido favorable a la imposibilidad de hecho (99). En general, se entiende que la legislación monetaria pierde su eficacia al traspasar las fronteras del Estado que la mantiene, debido a su carácter eminentemente político (100). Para que exonerare al deudor, se tiene el criterio de que ha de tratarse de un obstáculo insuperable, como cuando se trata de la importación o exportación de un cuerpo

(93) Tribunal federal, 1 febrero 1938, en *Ammtliche Sammlung*, 64, II, 88 y 104, cfr. SCHMID, *Kollisionsrechtliche Probleme bei internationale Darlehen und Anleihen*. Diss. Zürich, 1954.

(94) Cfr. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, II (Basel, 1950), p. 685; CERMAK, *Kommentar*, en *Hefte für die Praxis des internationalen und ausländischen Rechtes* (1956), p. 14; KÄGI, *Der Einfluss des Devisenrechts auf internationale schuldrechtliche Verträge*. Winterthur, 1961, p. 134.

(95) Hodge Raad, 26 mayo 1939, en *Nederlandsche Jurisprudentie* (1939), p. 1386.

(96) Tribunal de Rotterdam, 6 julio 1938.

(97) Tribunal de Amsterdam, 18 junio 1935.

(98) Tribunal de Hertogenbosch, 6 febrero 1953, en *Rabels Zeitschrift* (1959), p. 316, cfr. VAN ECK, *Juridische aspecten van geld. Valutaproblemen bij de dekolonisatie*. Deventer, 1970.

(99) App. Colmar, 11.3.1938, en *Revue Critique de Droit International* (1939), p. 124, con nota de BATIFFOL. También, PLANIOL, RIPERT y BOULANGER, *Traité de droit civil*, II (París, 1957), pp. 501 y 698.

(100) Cass. Req., 4 enero 1927; App. París, 30.6.1933, en *Clunet* (1933), p. 963; App. Colmar, 16.2.1937, en *Dalloz Periodique* 1937.2.25, cfr. ARMINJON, *Précis de Droit International Privé Commercial*, París, 1948, p. 250; LEREBOURS-PIGEONNIERE, *A propos du contrat international*, en *Clunet* (1951), p. 4 ss.

cierto (101); en cambio, para el deudor que tiene a su disposición otros medios, aunque sean más complicados u onerosos, sólo se produce una simple dificultad de ejecución, pero no una posibilidad exonerativa (102). Carbonnier (103) no ha dejado de señalar que si se admitiese la alegación de imposibilidad de ciertos contratantes, encontrarían medio cómodo para desligarse de las operaciones que resultasen desventajosas para una fluctuación del cambio, por lo que se violaría la seguridad del tráfico y supondría un expediente de fraude que podrían utilizar las partes para dejar incumplidos sus compromisos.

En la doctrina belga, Van Hecke (104) ha precisado cómo las prohibiciones de las legislaciones monetarias no plantean una imposibilidad de hecho, ya que al deudor le es perfectamente posible pagar, sobre todo cuando el deudor posee haberes en el extranjero, a pesar de las prohibiciones del país establecidas por la jurisdicción que alcance a la operación.

La jurisprudencia italiana presenta en esta cuestión dos posturas opuestas respecto a la imposibilidad alegada por el deudor para cumplir en moneda extranjera: a la primera corresponde la decisión de la Casación, en su sentencia del 30 de julio de 1937 (105), ante el caso de un deudor residente en Alemania, pero con bienes en Italia y ligados a la garantía de su deuda, que invoca la imposibilidad de poder cumplir ante la legislación de divisas alemana, estableciendo que la deuda está implícitamente regulada por el derecho italiano, por lo que se debe rechazar la legislación alemana como causa de fuerza mayor que da lugar a la imposibilidad, además de tomar en cuenta la naturaleza genérica de las obligaciones de dinero: a la segunda dirección corresponde la sentencia de la misma Casación, del 10 de junio de 1938 (106), donde, a pesar de que en la controversia las normas restrictivas extranjeras no eran aplicables en virtud del Derecho internacional privado, vienen calificadas como contrarias al orden público; sin embargo, las considera como causa de imposibilidad de la prestación en cuanto estaban vigentes en el Estado del deudor y porque el deber que tenía de obedecer a las leyes del propio país era de carácter prohibitivo y dichas normas indiscutibles.

La doctrina italiana reaccionó ante ambas sentencias. En cuanto

(101) Cfr. EMORINE, *L'action du contrôle des changes sur le commerce extérieur. Les récents assouplissements*, París, 1951.

(102) Trib. de Paix de Lille, 6 octubre 1948, en Rec. Gaz. Palais, 1948.2.210, cfr. ROBLOT, *Réglementation des changes et droit privé*, en *Le contrôle des changes*, cit., p. 43.

(103) CARBONNIER, en *Revue trimestrielle de droit commercial* (1941), p. 71.

(104) VAN HECKE, *Problemes juridiques des emprunts internationaux*, Leyden, 1955, p. 229.

(105) Cass., 30 julio 1937, n. 2859, en *Giurisprudenza italiana*, I (1938), páginas 52 ss.; la improcedencia de defender la imposibilidad de cumplimiento también fue decidida por Cass., 16 enero 1933, en *Settimanale delle Cassazione* (1933), p. 262, y App. Milano, 26 noviembre 1937, en *Il Foro Italiano*, I (1938), páginas 273 y 277.

(106) Cass., 10 julio 1938, en *Il Foro Italiano* (1939), col. 571. La misma argumentación fue aducida por Trib. Venecia, 15 diciembre 1936.

a la de 1937, Ascarelli (107), Montel (108), Andrioli (109), Chirotti (110), Balladore Pallieri (111) y Conforti (112) se pronuncian de acuerdo con sus decisiones, mientras que Bassano (113) establece otra opinión al admitir la imposibilidad de cumplimiento en base a las normas de Derecho internacional privado, distintas de las civiles, criterio que posteriormente seguirá Treves (114). Y respecto a la sentencia de 1938, al haber tomado en cuenta la imposibilidad de la prestación, viene apoyada por Scalfati (115) y el mismo Treves (116), quien entiende que en la mayoría de los casos existe una verdadera imposibilidad jurídica de la prestación o bien una imposibilidad de hecho de esa misma prestación debido a la incidencia de las normas extranjeras de control de cambios.

Para la doctrina y la jurisprudencia inglesa rige la regla: «A contract, whether lawful by its proper law or not, is in general invalid in so far the performance of it is unlawful by the law of the country where the contract is to be performed» (117). Las cuestiones acerca del control de cambios, ante los tribunales ingleses, se han decidido desde dos puntos de vista: a) según la especie monetaria se encuentre regida por la ley del lugar que dicta las medidas de control; b) o por la ley que nada tiene que ver con esta legislación (118).

(107) ASCARELLI, *Legislazione sulle divise e principi generali delle obbligazioni*, en *Il Foro Italiano*, I (1938), pp. 885 ss. Anteriormente ya había sostenido esta tesis en *Controllo sulle divise e debiti di moneta estera*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, I (1936), pp. 195 ss.

(108) MONTEL, *Legislazione straniera sulle divise e impossibilità della prestazione*, en *Rivista italiana di diritto finanziario*, II (1938), pp. 100 ss., ahora en *Questioni in tema di moneta e titoli di credito*, Napoli, 1960, pp. 16 ss.

(109) ANDRIOLI, *Legislazione sulle divise e forza maggiore*, en *Il Foro Italiano*, I (1939), col. 57.

(110) CHIROTTI, *Le norme straniere sull'esportazione delle valute in relazione all'adempimento delle obbligazioni*, en *Rivista di diritto privato*, II (1939), páginas 54 ss.

(111) BALLADORE PALLIERI, *A proposito degli effetti all'estero della legislazione sulle divise*, en *Giurisprudenza comp. diritto internazionale privato*, X (1944), páginas 48 ss.

(112) CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Pompei, 1962, pp. 88 ss.

(113) BASSANO, *Inadempimento dell'obbligazioni e norme valutarie straniere*, en *Giurisprudenza italiana*, I-1 (1938), col. 865.

(114) TREVES, *Problemi internazionalprivatistici delle obbligazioni pecuniarie nella giurisprudenza italiana*, en *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale* (1965), pp. 246 ss., y *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, pp. 293 s.

(115) SCALFATI, *Questioni di diritto internazionale privato derivanti dalle legge restrittive in materia di cambi e divise*, en *Rivista di diritto internazionale* (1942), pp. 44 ss.

(116) TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, cit., páginas 295 y 298.

(117) Cfr. DICEY-MORRIS, *Conflict of Law*, 7.ª ed., London, 1948, p. 788. Del mismo modo fue aplicada para la Sentencia «Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar», Court of Appeal, 1920, cfr. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, II (Chicago, 1947), pp. 538 ss.; MANN, *The Legal Aspect of Money*, 2.ª ed., Oxford, 1963.

(118) Cfr. GRAVESON, *The Discharge of Foreign Monetary Obligations*, en

a) El juez inglés respeta las restricciones del control de cambios extranjero cuando las obligaciones monetarias se rigen por la ley del país que ha establecido el control. Así, se decide para dos casos en que intervenía el control de cambios chileno: el primero, ante la Cámara de los Lores, de 11 de diciembre de 1934 (119), resolvía el caso de una sociedad inglesa residente en Chile que alegaba la imposibilidad de pagar las libras esterlinas convenidas en contrapartida del alquiler de unos locales; la tesis sólo fue aceptada en cuanto a la especie de libras, pero no como causa de exoneración, debiendo pagar en la moneda local (pesos). En otro caso, igualmente el juez de primera instancia (120) dijo que el pago del residente inglés en Chile mediante giros en libras se hizo imposible de acuerdo con la ley del lugar de cumplimiento, pero que le quedaba al actor la alternativa de recibir el pago en pesos chilenos. En definitiva, que dicha imposibilidad tan sólo era respecto a la moneda inglesa, sin que pudiera alegar una imposibilidad que exonerara al deudor del pago, ya que lo puede hacer en la moneda local.

b) El otro punto de vista que la jurisprudencia inglesa mantiene ante las restricciones impuestas por las reglamentaciones de control de cambios es: Si esta legislación no pertenece a la *lex loci solutionis*, entonces se le niega cualquier consecuencia de hecho (121). Por tanto, no se reconoce la imposibilidad de pago para contratos celebrados en Gran Bretaña, incluso por deudores de otra nacionalidad (122). La posibilidad de pago en moneda local hace imposible alegar exoneración del deudor, ya que su situación contractual no altera en ningún sentido su patrimonio. De aquí que Mann (123) concluya que «si el deudor no puede pagar a su acreedor, puede depositar la suma en el Tribunal; si no lo hace, puede ser declarado en quiebra» (124).

Lectures on the Conflict of Law and International Contracts, Ann Arbor, 1951, página 125.

(119) Cámara de los Lores, 11 diciembre 1934, «De Beeche v. South American Stores (Gat and Chaves), Ltd.», en Nouvelle Revue de Droit International Privé (1935), p. 386 con nota de MEZGER, cfr. NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit., pp. 651 y 652; SCHOO, *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, Buenos Aires, 1940, p. 887; MANN, *Das Recht des Geldes*, trad. alemana, Frankfurt am Main-Berlin, 1960, p. 349.

(120) En el caso: «Saint Pierre v. South American Stores (Gath and Chaves), Ltd.», en Clunet (1937), p. 354, y (1938), p. 589, cfr. NUSSBAUM, *Derecho monetario*, cit., p. 652; SCHOO, *op. cit.*, p. 888; MANN, *op. cit.*, p. 350.

(121) En el caso: «Kleinwort Sons and Co. v. Ungarische Baumwollindustrie, A. A. and Ungarian General Creditbank» (2 King's Bench Div. 1939, 678), cfr. MANN, *Das Recht des Geldes*, cit., p. 353, n. 55.

(122) En el caso: «Seligman Bross v. Brown Shipley y Co.» (1916, 32 T.L.R. 549), cfr. MANN, *op. cit.*, p. 352.

(123) MANN, *Gran-Bretagne*, en *Le contrôle des changes*, dirigida por HAMEL, BERTRAND, ROBLLOT, cit., p. 206.

(124) Para NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 630, igualmente, nada impide al acreedor iniciar un juicio por cobro ante los tribunales locales, creando de este modo una jurisdicción *quasi-in-rem* contra el deudor. ASCARELLI, *Obbligazioni pecunia-*

Los Tribunales norteamericanos para este caso aplican la *lex loci solutionis*, por lo que, tanto a un acreedor del país como a cualquier otro residente en él no les afecta la imposibilidad que alegue un deudor en base a las normas de un régimen de control de cambios (125). Como advierte Nussbaum (126), la mayoría de las decisiones se atienen a la no aplicación de las leyes extranjeras sobre el control de cambios, de acuerdo con lo que suele ser un uso normal de las reglas generales del Derecho internacional (conflict rules).

En el caso concreto de unos empréstitos extranjeros, pero redactados y lanzados en Estados Unidos según una terminología local, quedan sujetos a su jurisdicción (127). Para los Tribunales estadounidenses, dirá Nussbaum (128), la imposibilidad no constituye una defensa válida para no pagar las obligaciones pecuniarias o de suma.

De todo este examen comparado, en general, cabe destacar cómo los Tribunales de casi todos los países y la doctrina imperante que trata las interferencias del régimen de control de cambios en el cumplimiento de negocios jurídicos que implican el cumplimiento o pago en moneda extranjera, toman en cuenta las posibilidades subsidiarias que todo deudor tiene a su disposición para poder llevar a cabo su ejecución, cuales son: la posibilidad de hacer un depósito en cuenta bloqueada (129), el contar con un patrimonio o bienes en otro país (130)

rie, cit., p. 240, también considera que el acreedor puede ejecutar los bienes del deudor que no cumple.

(125) Así sucedió en los casos: «Sabl v. Laenderbank», 30 New York Supplement 2 d 608 (1941); «David v. Veitscher Magnesitwerke», 348 Pa. 335, 35 A 2d 346 (1944); «Stern v. Pesti Magyar Kereskedeln», 278 App. Div. 811, 105 New Work Supplement 2d 352 (1951), cfr. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 639.

(126) NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 639.

(127) Tal ocurrió para los casos: «Central Hanover Bank and Trust Co. v. Siemens und Halske A. G.», 15 E Supp. 927 District Court of New York Southern District (1936), en Clunet (1936), p. 1129; «Pery v. Norddeutscher Lloyd», 150 Mis. 73, 268 New York Supplement 525 (1934); «Glynn v. United Steel Workcorp.», 160 Mis. 405, 289 New York Supplement (1935); «Marks v. United Steel Works Corp.», 169 Mis. 678, 289 New York Supplement 1035 (1935); «Sheppard v. Hamburg-Amerikanische-Paketfahrt A. G.», en New York Law Journal, 14 marzo 1934, p. 1934, p. 1232, cfr. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 639.

(128) NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 640, n. 86.

(129) La cuenta bloqueada, como los pagos por clearing, pertenecen a una serie de medidas que fueron adoptadas por los Estados que impusieron el control de cambios, cfr. GERARD, *Les régimes de réglementation du commerce des devises et les créances commerciales bloquées à l'étranger*, en *Revue Economique International*, II (1932), pp. 471 ss.; MANN, *The Legal Aspect of Money with special Reference to Comparative and Private International Law*, London, 1938, página 335. Un bloqueo general de cuentas lo llevó a cabo Canadá en 1940, cfr. RASMINSKY, *Foreign Exchange Control in Canada*, Ottawa, 1941. Para Italia, cfr. BOLAFFI, *Efficacia liberatoria dei versanti in «conto bloccato»*, en *Giurisprudenza completa della Suprema Corte di Cassazione (sez. civ.)*, II (1947), pp. 31 ss.; MANCIOTO, *Conti e depositi bancari soggetti a controllo valutario*, en *Il regolamento dei pagamenti internazionali*, Milano, 1960, pp. 177 ss.

(130) Como recuerda VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Leyden, 1955, p. 229, de hecho, el deudor le es perfectamente posible pagar, sobre todo cuando posee haberes en el extranjero. Comparten este criterio, NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional, cit.*, p. 630; SCHOO, *op.*

y, en último término, realizar el pago en la moneda local por conversión dineraria (131).

El que no quepa alegar por los deudores una imposibilidad jurídica, o ya de hecho, es debido a una razón jurídica fundamental: que las deudas de dinero—y la deuda en moneda extranjera es una especie de ellas—son siempre posibles de realizar por su existencia en el mercado, al tener el dinero una naturaleza indestructible y ser de carácter ultrafungible, por lo que jamás perece. De aquí que desde los tiempos medievales se venga aplicando el brocardo, ya de aceptación universal: «*genus nunquam perit*» (132).

Nussbaum (133), a propósito de la alegada imposibilidad de cumplimiento (impossibility of performance) sobrevenida con posterioridad a la conclusión del contrato, manifestaba que «no existe ninguna norma jurídica que permita la aplicación de estas reglas cuando se trata de un deudor de sumas de dinero (money debtor), aún cuando las circunstancias más deplorables lo hagan financieramente incapaz (financially unable) para dar el debido cumplimiento a su obligación (to pay his debt); ni siquiera en el sistema de la *equity* podría invocarse como defensa una incapacidad (inability) de esta naturaleza». La disculpa del deudor de una imposibilidad de cumplimiento es para Mann (134) un argumento erróneo, en cuanto que favorecería a su situación patrimonial, por lo que no puede admitirse.

También recuerda Schoo (135) cómo «en esta materia, por cuanto nos hemos salido del cuadro de las obligaciones de dar sumas de dinero, ninguna legislación admite la excepción de imposibilidad de incumplimiento, ya que no nos encontramos ante una deuda de cosa cierta que perece por circunstancias fortuitas, sino ante una obligación de género, y el género no perece».

cit., pp. 859 y 860; SCALFATI, *Questioni di diritto internazionale privato derivanti dalle leggi restrittive in materia di cambi e divise*, en *Rivista di diritto internazionale* (1942), p. 49; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, *cit.*, p. 240.

(131) Un estudio de derecho comparado muy completo en que se demuestra la universalidad de este principio, DACH, *Conversion of Foreign Money. A Comparative Study of Changing Rules*, en *The American Journal of Comparative Law*, 3 (1954), pp. 155 ss.; COHN, *Conversion of foreign money obligations maturing during war*, en *Georgetown Law Journal*, 50 (1962), pp. 513.

(132) SCACCIA, § 2, glosa 3, n. 115, ya decía de este brocardo que es una «*generalis consuetudo totius mundi*» reconociendo que invocar una imposibilidad de pago ante diversa moneda no constituye una defensa válida del deudor. Se confirma y admite por ASCARELLI, *Rattifica in tema di perimento di moneta*, en *Il Foro Italiano*, IV (1953), p. 64; NUSSBAUM, *Money in the Law National and International. A Comparative study in the borderline of Law and Economics*, Brooklyn, 1950, página 469; CHESHIRE y FIFOOT, *The Law of Contract*, 4.^a ed., London, 1956, páginas 477 y 481; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, Hamburg, 1936, p. 78, donde destaca, también, cómo «nunca cabe una exoneración cuando se trata de una deuda de cosas genéricas; menos aún en el caso de una deuda dineraria».

(133) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, *cit.*, p. 210.

(134) MANN, *Das Recht des Geldes*, *cit.*, pp. 351 y 352. En el mismo sentido CARBONNIER, en *Revue trimestrielle de droit commercial* (1941), p. 71.

(135) SCHOO, *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, *cit.*, p. 861.

Las disposiciones monetarias de la *lex loci*, dirá Conforti (136), no parecen idóneas a producir la imposibilidad absoluta de cumplir en cuanto que, refiriéndose a obligaciones pecuniarias no implican un agotamiento total del *genus* objeto de la *solutio*; el *genus*, esto es, la divisa que el deudor se ha obligado a prestar, existe normalmente también en el extranjero, allí donde las medidas coercitivas del Estado local no tienen aplicación.

Y para concluir, Eliescu (137) insiste en que si se trata de un *genus*, en tanto que tal, no perecerá jamás; el deudor siempre podrá procurárselo a fin de sustituirlo en el pago; por tanto, no es suficiente que la imposibilidad de ejecución sea porque la deuda se rinda más onerosa o más difícil; una vez obligado, el deudor deberá realizar la misma (*pacta sunt servanda*).

La jurisprudencia española (138) y nuestra doctrina (139), con acertada visión y justicia distributiva, aplican y mantienen el brocardo «*genus nunquam perit*» como un principio ineludible para las obligaciones dinerarias.

Al igual que en otros países, ciertos deudores—no de buena fe, precisamente—también alegaron como causa de su impago la imposibilidad jurídica y de hecho a que les sometía la legislación de control de cambios.

Para la primera etapa de la reglamentación de divisas en España, la comprendida entre 1928 a 1936 (140), contamos con dos decisiones jurisprudenciales que abordan el planteamiento de la imposibilidad de

(136) CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Pompei, 1962, p. 91. Los internacionistas italianos que han intentado mantener una imposibilidad jurídica y de hecho para el deudor por aplicación de las normas de conflictos (BASSANO, *op. cit.*, y TREVES, *op. cit.*) no toman en cuenta el aspecto esencial de las deudas de dinero, de su naturaleza imperecedera en cuanto *genus* y de sus principios universalmente aceptados de la conversión y ultrafungibilidad.

(137) ELIEUSCU, *L'inexécution des obligations contractuelles, leur impossibilité d'exécution ausi que leur exécution forcée en natura en droit civil roumain*, en *Revue roumaine des sciences sociales*, 10-2 (1966), p. 226.

(138) La Sentencia del 27 de abril de 1943 confirmaba que «la deuda pecuniaria no se refiere a monedas individualizadas, como una obligación genérica cuya extinción por imposibilidad sobrevenida no está amparada por el artículo 1.105, conforme al principio *genus nunquam perit*, implícito a *contrario sensu* en el artículo 1.182, en relación con el artículo 1.170, n. 1 del Código civil», cfr. BONET CORREA, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Madrid-Roma, 1967, p. 166.

(139) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 226; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. Derecho general de las obligaciones*, I-2 (Barcelona, 1959), p. 327; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), p. 413; BONET CORREA, *El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el régimen de control de cambios*, *cit.*, pp. 28 y 34, y *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, *cit.*, pp. 166 ss.; RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands»*, Madrid, 1968, pp. 222 ss.

(140) Cfr. OLARIAGA, *La intervención de los cambios en España*, Madrid, 1929; SARDA, *La intervención monetaria y el comercio de divisas en España*, Barcelona, 1936.

pago: la primera es un Auto del Tribunal Supremo, del 21 de marzo de 1935: la segunda es la Sentencia del mismo Tribunal, del 8 de julio de 1936.

En el primer caso se trataba de dos entidades, la «Financière Française et Coloniale» contra «Madrid-París, S. A.», quien previamente en el país vecino había seguido una contienda y donde el Tribunal francés había condenado a la sociedad española al pago de lo debido. El Auto del Tribunal Supremo español no acoge las pretensiones de la sociedad francesa «por no aceptarse por la legislación ni por la jurisprudencia de los tribunales franceses el principio de reciprocidad con España, ni existe tratado alguno internacional sobre punto tan importante». Este fundamento de derecho, que le hubiera bastado al Tribunal Supremo para justificar su negativa, sin embargo, se refuerza con el argumento de la imposibilidad de pago aunque sea de una manera tangencial y relativa —y exclusivamente para esta ocasión— al afirmar, además, que «siendo indiscutible el hecho de que «Madrid-París, S. A.» no obtuvo previa autorización del Centro Oficial adecuado, era incuestionable que no podía pagar al extranjero la cantidad que ahora se le exigía». No obstante, el argumento pretendía justificar más la no aplicación de la sentencia extranjera que una propia imposibilidad de pago; se trataba de un argumento secundario, o de refuerzo, que vendría a revelar su propia inconsistencia teniendo que reconocer que no se trataba más que de una mera «dificultad». Efectivamente, se tenía en cuenta «que su aplicación en España podía rozar con alguna norma de alcance político, cual el Decreto-Ley de 29 de mayo de 1931, dictado en defensa de la economía nacional, y que imposibilitaría o, cuando menos, dificultaría el abono de las cantidades que la Sala Tercera del Tribunal de Apelación de París impone a la sociedad española «Madrid-París, S. A.», en beneficio de una empresa extranjera».

Fundamentalmente era la ausencia de un principio de reciprocidad entre España y Francia lo que justificaba el impago del deudor, puesto que por falta de una autorización no se reconocía una imposibilidad absoluta de pago, al declararse tan sólo por el propio Auto que «cuando menos dificultaría el abono de cantidades»; lo que quiere decir que si únicamente dificultaba el pago es manifiesto que verdaderamente no lo hacía del todo imposible.

Efectivamente, un año más tarde, el Tribunal Supremo español, en Sentencia del 8 de julio de 1936 (141), se enfrentaba con el problema de un modo directo al haber alegado el deudor que el precio expresado en marcos es una operación que está prohibida por Decretos y Ordenes que invoca, principalmente el Real Decreto de 10 de enero de 1931 y Decretos de 29 de mayo siguiente, fundando en ellos una violación, una interpretación errónea y una aplicación indebida de los artículos 1.258, 1.170 y 1.116 del Código civil. El Tribunal Supremo, que rechazaba esta argumentación por constituir una cuestión nueva en casación, ade-

(141) Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, V (1936), núm. 1.619, páginas 778-779.

más, añadía: «procede declarar que las infracciones y violaciones de aquellos artículos del Código civil no pueden fundarse en disposiciones del Poder Ejecutivo, que cual repetidos Decretos y Ordenes se refieren al cambio, compra y especulación de moneda extranjera, para coordinar los movimientos del mercado de cambios con la acción gubernamental», concluyendo que son «disposiciones que además se dictaron con posterioridad a la perfección del discutido contrato y que en modo alguno pueden afectar a la eficacia jurídica y cumplimiento de éste», por lo que «ni son de estimar las violaciones de los artículos 1.170 y 1.116 del mismo Código, ya que se hacen derivar ambas de la imposibilidad de pagar en marcos por prohibirlo, según el recurrente, el Decreto de 29 de mayo de 1931, anteriormente comentado, todo lo cual obliga a rechazar los dos primeros motivos del recurso».

Sin que pospongamos las otras razones que el Tribunal Supremo aduce, de tratarse de una cuestión nueva en casación y de que eran normas del poder ejecutivo dictadas con posterioridad a la perfección del contrato, es indudable que nuestro más alto Tribunal dice bien claramente que no dan base para invocar una infracción o violación del artículo 1.170 del Código civil, ya que tienen un cometido distinto—el «coordinar los movimientos del mercado de cambios con la acción gubernamental»—, por lo que concluye rotundamente que «en modo alguno pueden afectar a la eficacia jurídica y cumplimiento de éste».

Efectivamente, en el artículo 1.170 del Código civil es donde se establecen las modalidades del cumplimiento de las deudas de dinero y donde se previene el caso concreto de que ocurra una imposibilidad (que al no distinguirse sus clases habrá de entenderse se refiere a todas, la jurídica, la de hecho, la absoluta o total, la relativa o de mera dificultad), por lo que si dicha especie de deuda de dinero (marco, dólar, franco, etc.) se hace imposible, el pago podrá hacerse en moneda española de curso legal. Es decir, que mientras el artículo 1.170 del Código civil norma desde un plano sustantivo y general las modalidades de pago de las deudas de dinero, las disposiciones de la Administración económica del Estado lo hacen desde otra perspectiva adjetiva y accidental—pero no por ello menos decisiva y poderosa—con una finalidad específica del control de los pagos; se trata de que las operaciones y transacciones en dinero hacia el exterior sean previamente justificadas con objeto de discernir su conveniencia dentro del contexto de la balanza de pagos del país. El poder público tutela las relaciones económicas privadas para que no queden sometidas exclusivamente a un criterio de autonomía particular, a los intereses específicos de los individuos, sino que también cooperen a realizar el más general de los intereses de la política económica nacional. En definitiva, se trata de un sometimiento de los intereses particulares a los públicos y en donde las instancias judiciales y administrativas, actúan como moderadoras y árbitros de los conflictos que surjan entre ambas partes (142).

(142) Ya en nuestro estudio: *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, cit., pp. 185 ss.

Dentro de la segunda etapa del régimen de control de cambios español (desde 1936 a la actualidad), ciertos deudores también invocaron la imposibilidad de cumplimiento de sus pagos en moneda extranjera ante el carácter prohibitivo y obstaculizador de las normas de dicha reglamentación de cambios, así como por sus decisiones ejecutivas de incautación que toman sus funcionarios.

Así, en el caso que presenta la Sentencia del 9 de noviembre de 1957 (143), el deudor había recibido un cheque de una determinada cantidad de dólares que le había dado para negociar su acreedora, pero al hacerlo ilícitamente, sin la autorización debida, el Juzgador Especial de Delitos Monetarios se incautó de su contravalor en pesetas. Reclamada por la deudora aquella cantidad de dólares, o su contravalor en pesetas, en su defecto, el demandado alega que, a causa de la dicha incautación del Juzgado de delitos Monetarios, no podía ni procedía el reembolso. La alegada imposibilidad no es tomada por el Juez de Primera Instancia y concluye por condenar al demandado y restituir aquella suma de dólares adeudados o, en otro caso, su contravalor en pesetas al cambio oficial en la Bolsa de Madrid, tal como se cotizase el dólar el día en que recayese la sentencia. El Tribunal Supremo, al casar la sentencia de la Audiencia, que tan sólo juzgaba una devolución de pesetas, y sin tomar en cuenta, ni tampoco mencionar la incautación punitiva del Juzgado de Delitos Monetarios, se limita a decir que «ha de regir, en primer lugar, la devolución de la especie y, en segundo lugar, de no ser ello posible, según la cotización que rijan al momento del pago».

Una vez más, el Tribunal Supremo da muestras de respeto a los intereses de las partes y en este caso concreto reconoce la preferencia inexcusable de que la acreedora obtenga los dólares, si bien tomando en cuenta las medidas de la Administración económica del Estado, por lo que se condiciona la entrega de los dólares a aquellas normas, si bien deje la opción a que se reciba el equivalente pecuniario en la moneda española de curso legal que, por lo demás, ya había previsto y pedido en su demanda la parte acreedora.

En nuestra doctrina, los profesores Hernández-Gil (144) y Díez-Picazo (145), respecto a la interpretación de la imposibilidad a que se refiere el artículo 1.170 del Código civil y considerando esta última sentencia del Tribunal Supremo, hacen ver cómo dicha imposibilidad no es la meramente subjetiva, sino una imposibilidad objetiva y general. Se trata de una imposibilidad objetiva que puede proceder, a juicio del profesor Hernández-Gil, de la falta material de existencia de monedas de la especie pactada (al desaparecer de la

(143) Jurisprudencia civil (edición oficial) LXIII (noviembre 1957), páginas 226 s.

(144) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960) pp. 413 y 415.

(145) Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I (Madrid, 1966), página 436, ahora en «*Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Madrid, 1970, p. 455.

circulación) en el momento del pago, de disposiciones legales que ordenan la retirada de la circulación o, en fin, tratándose de moneda extranjera, de la aplicación de normas limitativas o prohibitivas sobre la circulación de divisas. Ante esta imposibilidad, concluye el ilustre profesor, el pago ha de efectuarse en la moneda nacional de curso forzoso en el lugar de cumplimiento.

La jurisprudencia confirma esta solución para las deudas pecuniarias en moneda extranjera. Así, en un contrato de compraventa, la Sentencia de 6 de abril de 1963 (146) aborda el caso de una sociedad española que alega la nulidad de dicho contrato en base a la Ley del 24 de noviembre de 1938, por lo que deduce una imposibilidad de poner en práctica lo pactado respecto al pago en moneda extranjera; sin embargo, el Tribunal Supremo mantiene que «si se trata de meros accidentes que han de acompañar a la *solutio*, determinando el modo, tiempo y lugar, etc., en que ha de hacerse efectiva la prestación, no habrá obstáculo ninguno en reconocer la validez del contrato, aun cuando temporalmente o por razones de emergencia se encuentre prohibido o sea imposible poner en práctica lo pactado, en cuanto a alguno de dichos accidentes con que fue convenido el pago, máxime si la misma ley se encarga de arbitrar medios supletorios o sustitutivos que, por sí mismos, evidencian el carácter mixto de la norma legal, que puede ser prohibitiva de la modalidad pactada y permisiva o subsidiaria en cuanto a otras posibilidades solutorias que el mismo legislador reconoce o establece». Y cuando esta imposibilidad resulte de una disposición legal, la sentencia añade que «lo mismo sucede en cuanto al medio o instrumento de pago, que el artículo 1.170 dispone que se efectúe en la especie pactada, y no siendo posible, sin concretar ni limitar las causas de esa imposibilidad, en moneda de plata u oro que tenga curso legal en España».

Esta sentencia ha sido tomada en cuenta por nuestra doctrina civilista (147), para mostrar las influencias de la Administración sobre las relaciones jurídico-privadas, así como por la internacionalista (148), respecto al reconocimiento del principio imperante de la autonomía de la voluntad de las partes, y también contemplándola en uno de los momentos de la vida del contrato internacional, cual es el de su ejecución o cumplimiento.

Por su parte, los deudores han seguido intentando exonerarse de sus pagos —o cuando menos intentar lograr un cambio favorable— en base a la reglamentación de cambios. La Sentencia del 8 de junio de 1963 (149) aborda un caso en que el deudor vuelve a invocar una

(146) Repertorio de jurisprudencia Aranzadi (1963), núm. 2.204.

(147) Cfr. CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 473.

(148) Cfr. PECOURT GARCÍA, *Jurisprudencia española de Derecho internacional privado* (V). *Obligaciones en moneda extranjera* (S. 6 abril 1963). Nota —A. *El cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y el control de cambios*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, XVII-4 (1964), páginas 589 y 598.

(149) Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi (1963), núm. 3.323, p. 2110.

imposibilidad legal de adquirir la moneda o especie pactada (liras), por existir dichas leyes prohibitivas. El Tribunal Supremo, después de reconocer la fuerza de ley que tienen las operaciones contractuales entre las partes contratantes (art. 1.091 del Código civil), establece que, «reconocida la deuda, ha de mantenerse como subsistente y exigible mientras no se extinga por alguna de las formas que prescribe el artículo 1.156, en este caso por el pago que ha de efectuarse según dispone el precepto que le sigue, entregando la cosa o la prestación en que la obligación consiste, sin que introduzca ninguna modificación en la interior doctrinal legal el hecho de que por existir leyes prohibitivas obligue a realizar el pago en pesetas, pues en tal caso esta moneda actúa en sustitución de la convenida»... «de aquí la improcedencia del recurso, que ha de perecer por no resultar contravenidos los artículos 1.096 y 1.170 del Código civil, como se denuncia en el último motivo formulado».

La sentencia es recogida por Díez-Picazo (150) para destacar cómo ni el artículo 1.170 ni la legislación de divisas establecen un régimen jurídico claro en cuanto a los pagos en moneda extranjera y su conversión a moneda española. ¿En qué casos —se interroga este autor— una deuda de moneda extranjera podrá ser pagada con moneda española? Si bien reconoce cómo la jurisprudencia admite la conversión en aquellos casos en que ninguna de las partes se ha opuesto al cambio, no obstante vuelve a preguntarse: ¿Cabe admitir, sin embargo, que la conversión pueda imponerse sin que haya mutuo acuerdo o, por lo menos, aquiescencia de ambas partes al respecto? Después de decirnos que este problema constituye una auténtica laguna legal y jurisprudencial, propone recurrir a los principios generales del Derecho (el Derecho intermedio y el Derecho europeo), para concluir que se debe admitir el pago en la moneda pactada y junto a él una *facultas solutionis* del deudor de pagar en la moneda del *locus solutionis*; cree que así es más fácil para el deudor y es razonable para el acreedor, quien no puede justamente oponerse a recibir el pago.

En realidad, el régimen jurídico establecido por el Código civil, en cuanto a los pagos en moneda específica, creemos que no es tan incompleto como se supone, ni tampoco lo dispuesto por la legislación de control de cambios.

La reglamentación de divisas no tenía por qué ser más explícita ni sobrepasar sus concretos límites de control, para lo que le ha bastado señalar, por una parte, el ámbito que abarca la materia u objeto de las operaciones que realizan las personas al entablar sus obligaciones patrimoniales en las que intervengan como último resultado el desplazamiento de monedas y, por otra parte, al exigir la reglamentación de cambios a los particulares una previa autorización que controle dichas operaciones y pagos al exterior. Ni por su finalidad de control ni por su naturaleza adjetiva o reglamentaria al servicio de la admi-

(150) Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 437, ahora en «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», *cit.*, p. 455.

nistración económica del Estado, el ordenamiento de divisas no tiene el cometido de establecer normas sustantivas sobre el cumplimiento de las obligaciones monetarias (151).

En cambio el régimen jurídico del Código civil sobre los pagos en moneda extranjera pudo ser más explícito. Entonces, le bastó al Código civil enunciar una sola norma, el artículo 1.170, para el pago de las deudas de dinero en las que interviniese otra moneda que no fuera la de curso legal en España: Aunque su contenido resulte insuficiente para la problemática actual, no por eso puede acusársele de ser una norma oscura; antes bien, sus principios son claros y su *ratio* fue y sigue siendo útil para dar resolución justa y equitativa a los pagos en moneda extranjera. Aunque la terminología del artículo 1.170 responda a expresiones muy localizadas y próximas a su época de redacción (152), no deja de dar solución al cumplimiento de las obligaciones dinerarias, aunque de un modo particular, para las obligaciones en moneda extranjera, plantea cuestiones interpretativas respecto a alguno de sus aspectos concretos y en cuanto a la evolución que presenta el sistema monetario español vigente.

A este respecto, se deben contestar las interrogantes abiertas por la doctrina (152 bis) con objeto de poder hallar soluciones justas y equitativas ante un conflicto de intereses en materia de obligaciones dinerarias.

En primer lugar, los casos en que una deuda de moneda extranjera puede ser pagada con moneda española (siempre por aplicación del régimen establecido por el artículo 1.170 del C. c.), lo serán tan sólo «no siendo posible entregar la especie». Por tanto, la cuestión interpretativa sólo se presenta, y reduce, en cuanto a lo que ha de entenderse por imposibilidad de entregar la especie de dinero pactada. Entonces, el deudor no tiene una facultad optativa para realizar el pago en la moneda que le convenga, sino que queda condicionado por su propia voluntad inicial a cumplir en la moneda específica y por la propia norma del artículo 1.170, cuando dispone que, en primer lugar, se pague en la especie pactada y sólo en la moneda de curso legal cuando no sea posible. El problema, pues, queda reducido a examinar los casos de imposibilidad del deudor para pagar la especie pactada.

La imposibilidad que a un deudor puede presentársele es de dos clases: objetiva y subjetiva (153).

(151) A este respecto es clara la doctrina sostenida por el Tribunal Supremo (S. 8 abril 1958), cfr. Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi (1958), núm. 1.467.

(152) Un próximo estudio lo dedicamos a «*Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170, n. 1 del Código civil*».

(152 bis) Cfr.: DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil, cit.*, I, página 436.

(153) Si bien la Sentencia del 6 de abril de 1963 ha dicho que el artículo 1.170 no distingue entre causas de imposibilidad, sí conviene deslindar la modalidad llamada subjetiva, que, en realidad, según se va a ver, no supone una auténtica imposibilidad, sino tan sólo un mero «obstáculo» o «dificultad», tal como ha precisado la doctrina europea y americana, cfr. KÄGI, *op. cit.*, *passim*, y NUSSBAUM, *op. cit.*, *passim*.

Se produce una imposibilidad objetiva cuando por circunstancias sobrevenidas y completamente ajenas al deudor, bien de carácter material ya legal, le impiden absolutamente poder llegar a poseer la moneda pactada. Son, justamente, los casos que han dado lugar a la aplicación del régimen jurídico del artículo 1.170 del Código civil cuando se ha implantado un régimen de control de cambios. Al producirse una negativa de la autorización por parte de las autoridades del control de cambios, no cabe duda que el deudor se encuentra con un impedimento de carácter normativo, tanto como material, para poder entregar a su acreedor (nacional o extranjero) la moneda pactada. Ahora bien, como las deudas de dinero no son perecedoras, dada su naturaleza genérica y fungible, la obligación de pagar no se extingue, y es por lo que «no siendo posible entregar la especie» —prevista por el art. 1.170—, el deudor ha de pagar el equivalente de la especie pactada en moneda española de curso legal. No existe *facultas solutionis* para el deudor; la norma legal establece un rango de aplicación a sus modalidades de pago.

Se produce una imposibilidad meramente subjetiva cuando aparece una incapacidad de pago del deudor (la falta de recursos monetarios), o bien, cuando por su negligencia y dolo resulta un impedimento que hace el no disponer de las monedas pactadas. Dentro de un régimen de control de cambios si el deudor no justifica debidamente el origen y fundamento de su deuda en moneda extranjera ante las autoridades de control de cambios (lo que dará lugar a una negativa de la autorización) se encontrará que no dispone de la moneda pactada como consecuencia de su propia conducta. Por tanto, en este supuesto no se dará una verdadera imposibilidad, sino que aparecerán tan sólo meros «obstáculos» o «dificultades», pues son únicamente consecuencias provocadas por su propia conducta. Aquí, aún menos que en el caso anterior de verdadera imposibilidad objetiva, puede otorgársele al deudor una *facultas solutionis* para solventar su deuda, que pueda omitir el pago en la moneda extranjera comprometida, ante una situación impositiva derivada de su propia conducta. Situación impositiva, pues, que no es una verdadera imposibilidad, por lo que tampoco se producen los presupuestos normativos del artículo 1.170, y al no observar la ley el deudor tendrá que cumplir su compromiso entregando necesariamente la especie pactada y no la moneda española.

Al haberse implantado los regímenes de control de cambios ha sucedido que ciertos deudores de divisas, al advertir la frecuencia con que se suceden en el tiempo y alteran los cambios de cotización, han tratado de aprovechar el momento que les es favorable para obstaculizar deliberadamente los plazos de cumplimiento de sus pagos —lo que nos advierte ya su mala fe—, o bien al tratar y pretender establecer incompatibilidades formales entre las disposiciones del ordenamiento común y las derivadas del régimen de control de cambios, con la finalidad de exonerarse de sus deudas —lo que nos descubre su actitud fraudulenta—. Si concediésemos al deudor una *facultas solutionis* pondríamos en sus manos el instrumento que favoreciese sus fraudes y mala fe, al

poder decidir por sí mismo la conveniencia del pago de sus obligaciones en moneda extranjera a moneda nacional, lo que le eximiría así de sus compromisos anteriores y quedar a su arbitrio y vulnerar lo pactado (*pacta sunt servanda*) (art. 1.091 del Código civil).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo siempre ha mantenido como regla general—conforme a la letra y espíritu del artículo 1.170 del C. c.— que el pago de las deudas en moneda extranjera deberá hacerse en la especie pactada (SS. 29 octubre 1895, 3 julio 1939, 3 julio 1943, 23 diciembre 1954, 9 noviembre 1957, 6 abril 1963), aunque suele ser frecuente que se pida por el mismo acreedor, o subsidiariamente se establezca por el juzgador, una cantidad equivalente de la moneda pactada en pesetas españolas, tanto por falta de un interés específico en el acreedor como por ser la moneda nacional la que sirve de base a la condena (154), pero todo ello sin que obste al deseo explícito del acreedor en el *petito* de su demanda para recibir la moneda especificada, a lo que el Tribunal Supremo se inclina a reconocer diciendo (tal como puso de manifiesto en la Sentencia del 31 de mayo de 1954): «cuyo pago se verifique cuando las leyes españolas lo permitan, en una cantidad de dólares equivalentes a dicha suma».

Tampoco hay una laguna importante en el régimen legal español de los pagos en moneda específica en cuanto a la determinación del tiempo o momento en que ha de realizarse la conversión o equivalencia de monedas. A este respecto, la Orden de 23 de marzo de 1869 (art. 2.º), la establecía «al cambio corriente al día del pago» (155).

Sin embargo, la cuestión ha venido resolviéndose por los tribunales según el caso planteado; de aquí que la jurisprudencia presente decisiones que carecen de univocidad; no obstante, pueden apreciarse ciertas posturas esporádicas y destacarse un criterio dominante.

En cuanto al primer grupo de decisiones puede decirse que han sido determinadas por las circunstancias económico-jurídicas que concurrían especialmente en sus casos (alteraciones del valor de las monedas o de

(154) La Dirección General de los Registros y del Notariado fue quien más insistió en la necesidad de establecer siempre una equivalencia de las divisas con la moneda de curso legal en el Reino, de un modo concreto para los créditos hipotecarios (Resolución del 15 febrero 1926). Por razones de seguridad del tráfico jurídico para garantía de terceros y en función de un criterio de soberanía nacional, el legislador de ciertos ámbitos especiales exige que se fije de antemano la expresión comparativa entre la moneda extranjera que se adopta y la moneda española de curso legal, sin que ello implique necesariamente su conversión, cfr. Ley de Sociedades Anónimas (art. 31, núm. 1); Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (arts. 3 y 8); Reglamento del Registro Mercantil (art. 102 f); Reglamento de la Ley Hipotecaria (art. 219, núm. 1); Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria (art. 15, núm. 4); Reglamento de la Ley del Notariado (art. 177).

(155) Dicho art. 2.º disponía que «cuando se hubiere estipulado algún pago en moneda extranjera, se pagase valiéndose materialmente de moneda del Estado a que se refería el acuerdo, o bien en moneda nacional al cambio corriente el día de pago». Al no ser una norma de Derecho civil común, no le alcanzó la disposición final derogatoria (art. 1.976) del Código civil, a pesar de que con el paso del tiempo, quedó inadvertida por los Tribunales.

la mora del deudor), por lo que el Tribunal Supremo adoptó varias posiciones: así, consideró como más equitativo para adecuar la correspondencia valorativa entre las monedas extranjeras y la española «el cambio del día en que se había emplazado al demandado» (S. 23 diciembre 1954 (156) y, también, porque así lo había pedido el acreedor en base a las devaluaciones y a la mora del deudor, aceptándose el «cambio del día de la sentencia» (SS. 3 octubre y 9 noviembre 1957 (157), o porque tratándose de una indemnización se juzgaba más adecuado que tuviera lugar que fuera «el cambio del día en que había ocurrido el hecho» (S. 6 julio 1957) (158).

Un criterio dominante, coincidente con la Orden de 23 de marzo de 1869, aparece en todas las épocas para determinar la equivalencia de las monedas por conversión, cual es el de atender «al cambio del día o momento del pago» (SS. 10 marzo 1925 (159), 3 julio 1936 (160), 9 noviembre 1957 (161), 6 abril y 8 junio 1963 (162).

(156) V., en *Anuario de Derecho civil*, VIII-2 (1955), p. 660.

(157) V., en *Jurisprudencia civil* (edición oficial del Ministerio de Justicia), LXII (1956), pp. 35 ss., y en *Jurisprudencia civil*, LXIII (Madrid, 1959), páginas 226 ss.

(158) V., en *Jurisprudencia civil*, LXI (Madrid, 1958), pp. 326 ss.

(159) V., en *Jurisprudencia civil*, XXXIII (Madrid, 1927), pp. 773 ss.; en *Alcubilla, Ap.* (1926), p. 891, y en *Revista de Derecho Privado*, XVIII (1931) página 307.

(160) V., en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, V (1936), núm. 1.619.

(161) V., en *Jurisprudencia civil*, LXIII (Madrid, 1959), núm. 680, páginas 226 ss.

(162) V., en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* (1963), núms. 2.204 y 3.323

La interpretación de los contratos civiles

ANTONIO CANO MATA

Juez de Primera Instancia e Instrucción
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. Introducción.—II. Alcance de la interpretación.—III. Reglas de interpretación.—IV. Fijación de los elementos de hecho y su sentido negocial para las partes.—V. Terminación del proceso mental interpretativo y establecimiento de conclusiones.—VI. Calificación jurídica del contrato y aplicación de sus efectos.—VII. Crítica.

I. Al ser un contrato verdadera ley para las partes (1), el estudio de las normas dadas por el legislador para su interpretación, ofrece un interés práctico (2), máxime por el carácter complementario de estas reglas para la fijación de cláusulas testamentarias (3).

Este alcance práctico todavía se acentúa más por el hecho de que si bien la antigua jurisprudencia venía calificando de «cuestión de hecho» —y por tanto no susceptible de casación— todo lo relativo a la interpretación de los contratos, a partir de la Sentencia de 29 de abril de 1926, se sienta de forma indubitada —como dice el profesor De Castro y Bravo (4)— la posibilidad de impugnarse en casación toda Sentencia que contenga violación, inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, de los preceptos o doctrina legal que regula la interpretación de los contratos (5), dejando la soberanía de los juzgadores de instancia, limitada a la apreciación conjunta de las pruebas y del sentido de lo dicho y hecho: soberanía que —incluso— en casos extremos también permitirá una casación, si tal apreciación resulta evidentemente errónea o notoriamente ilógica o desorbitada (6).

A través de este trabajo vamos a intentar desarrollar el sentido y

(1) Artículo 1.091 del Código civil.

(2) A. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico* (editorial Tecnos, Madrid, 1969).

(3) Sentencia 26 enero 1967.

(4) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* (Tratado práctico y crítico de Derecho civil. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Tomo X, página 81, Madrid, 1967).

(5) Sentencias de 31 mayo 1968, 29 enero 1969..., etc.

(6) Sentencias 11 octubre 1966, 7 junio 1967, 11 octubre 1967, 8 enero 1969, 18 febrero 1969..., etc.

alcance de los preceptos del Código civil, que dan reglas de interpretación, y su subsiguiente desarrollo doctrinal y jurisprudencial; interpretación que, la mayor parte de las veces, es desarrollada por los jueces y tribunales en las resoluciones motivadas que ponen fin a la acción ejercitada por las partes, sin perjuicio de que en otras ocasiones sean los árbitros o los letrados —a través de sus dictámenes e informes— los que se vean obligados a realizar esta función interpretadora.

II. Si interpretar es fijar el sentido de algo, sobre todo de lo que no está claro, la interpretación de los contratos *«es un proceso mental que conduce al intérprete, a través de las reglas dadas por el legislador, a declarar el sentido y alcance de lo querido por las partes, y subsiguientemente las normas jurídicas y efectos que le son de aplicación»*.

El proceso interpretativo puede estar sometido a una mayor o menor intensidad. Así:

La interpretación de un contrato es inútil, cuando las partes están de acuerdo, no sólo en el sentido y alcance de lo pactado, sino en su tipificación jurídica. En estos casos no se trata de interpretar un contrato, sino de precisar sus efectos, sobre los que puede haber dudas jurídicas más o menos razonables.

La interpretación quedará limitada a una cuestión estrictamente jurídica, cuando las partes estén acordes con el sentido y alcance de lo pactado, pero no con la naturaleza del contrato que les liga ni con las normas jurídicas de aplicación. En este caso el intérprete se limita a la tipificación del contrato, y si es atípico a fijar las normas que le son de aplicación (7). Sustantivamente, por tanto, la función del intérprete es calificadora, y procesalmente, la fase expositiva o alegatoria podrá enlazarse con la decisoria, sin pasar por el período probatorio.

La interpretación de un contrato alcanzará su plena intensidad o desarrollo, en los casos en que las partes no estén acordes ni en cuanto al sentido de sus manifestaciones, ni en su alcance negocial, ni en la naturaleza jurídica del contrato que les une. Surge, entonces, en toda su amplitud, la función interpretadora que se inicia con ese proceso mental —al que antes hemos aludido— que camina siguiendo las normas que da el legislador, y que conduce, ordinariamente, al conocimiento de lo que las partes han querido.

Fijado el sentido negocial, se tipificará el contrato y se fijarán las normas por las que debe regirse; y todo ello con independencia de lo querido por una y otra parte contratante —aisladamente consideradas—, pues es axioma jurídico en nuestro derecho el que «la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno solo.

(7) Doctrinalmente la posibilidad de contratos innominados o atípicos es plenamente admitida en nuestro derecho. Legalmente su permisión enlaza con el artículo 1.254 del Código civil, cumplidos que sean los requisitos generales de consentimiento, objeto y causa (artículo 1.261) y no se violen las leyes, la moral o el orden público (artículo 1.255). Doctrinal y jurisprudencialmente su admisión tiene carácter general.

de los contratantes» (8), principio que trae aparejada como inmediata consecuencia la nulidad de todo contrato —no sólo de una cláusula— sujeto a una condición exclusiva o rigurosamente potestativa, supuesto que ya prevé el artículo 1.115 del Código civil (9).

III. Al estudiar los preceptos sobre interpretación de contratos, contenidos en nuestro Código civil, e insertos —fundamental, aunque no únicamente— en el Capítulo IV, Título II, Libro cuarto (artículos 1.281 al 1.289), se admite, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que entre unos y otros preceptos no existe jerarquía o subordinación.

Cierto, en nuestra opinión, que el legislador no ha establecido una preeminencia entre los preceptos aludidos: pero no es menos indudable que dichas normas reflejan —quizá inconscientemente— el camino mental que el intérprete debe recorrer. Así:

1.º *Fijación de los elementos de hecho y su alcance para las partes*: Estas reglas generales de interpretación están recogidas en los artículos 1.282 al 1.288 —ambos inclusive— del Código civil.

2.º *Conclusiones finales a las que necesariamente llega el intérprete al concluir su —tan citado— proceso mental interpretativo*: Las recogen los artículos 1.281 y 1.289 del mismo texto legal.

3.º *Calificación jurídica del contrato y sus efectos*: Se llega a ella con base en las conclusiones del apartado anterior, y desarrolladas con la aplicación del artículo 1.258 de nuestro primer cuerpo legal.

En todas estas normas resalta, de forma indubitada, el triunfo de la intención sobre las palabras, y no podía ser de otra forma, pues negar este principio equivaldría a negar la voluntad de los contratantes.

Queremos reiterar el predominio absoluto de nuestro derecho del espíritu sobre la letra, cuando de interpretar cláusulas contractuales se trata, *pues sólo este principio recta, pero ampliamente desenvuelto, puede conducir al intérprete a comprender los contratos que le son sometidos* (10).

(8) Artículo 1.256 del Código civil.

(9) Con meridiana claridad recoge esta afirmación la Sentencia de 10 de diciembre de 1960. Por el contrario, no será de aplicación este principio en los casos en que el condicionamiento de una obligación no dependa de la voluntad exclusiva de una parte, sino de ambas, pues entonces no se deja el cumplimiento de lo que nazca al arbitrio de uno solo de los contratantes. (Sentencias de 6 febrero 1954, 6 julio 1961..., etc.).

(10) En contra de la tendencia subjetiva —o de la autonomía de la voluntad— los objetivistas, o defensores de lo que ellos llaman «interpretación realista», exigen del intérprete que se limite a saber cómo entiende la generalidad de las gentes una determinación de conducta, prescindiendo del caso concreto para concluir afirmando que, en la práctica, el resultado a que se llega es el mismo que con la aplicación de la doctrina subjetiva, aunque con base real y objetiva. (E. DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*. Traducción de la tercera edición alemana y concordancias con el Derecho español, por W. Roces. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Serie B-II, Madrid, 1926).

IV. Entrando ya en el proceso mental de interpretación, el artículo 1.282 del Código civil dice así:

«Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.»

El precitado artículo, que viene a reproducir el viejo aforismo romano «semper autem in fide, quid senseris, non quid dixeris, cogitandum» (11), y cuyo antecedente patrio se encuentra en el Ordenamiento de Alcalá, nos lleva a una consecuencia precisa y directa: *el legislador exige del intérprete la búsqueda de lo que los contratantes quisieron al signar su contrato, independientemente de que lo hayan plasmado o no en términos o palabras precisas.*

Por eso, si lo que se busca es «lo querido», el punto de partida lo tienen que constituir los actos de los contratantes, adecuadamente valorados;

En concordancia con lo expuesto, el Tribunal Supremo recalca la prevalencia de la intención sobre las palabras, porque —como dice nuestro más alto Tribunal— la verdadera esencia jurídica del contrato reside en aquello que las partes quisieron convenir, con independencia de la manera como lo expresaron al dar realidad exterior a su pensamiento, por lo que la interpretación de un contrato no puede detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las palabras, sino que ha de indagar fundamentalmente la intención, espíritu y finalidad que haya presidido el negocio, lo que sólo podrá inferirse de la total conducta de los interesados (12).

Por supuesto, el precepto que estudiamos, al referirse a los actos de los contratantes como elemento de interpretación, no excluye —como indica el término «principalmente»— los actos anteriores, ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes (13).

De aquí la admisión, no sólo de los elementos anteriores, sino de todas las circunstancias concurrentes, entre las que tendrán un lugar privilegiado los contratos que tengan conexión con el que se trata de interpretar, pues es innegable que cuando entre las mismas partes contratantes (14) hayan mediado diversos negocios jurídicos relacionados entre sí, deberán tomarse en cuenta todos, para fijar su propio

(11) CICERÓN, *De officiis*.

(12) Sentencias 20 abril 1944, 24 junio 1952..., etc.

(13) Sentencias 24 febrero 1904, 26 diciembre 1905; 21 noviembre 1908; 26 marzo 1923, 8 abril 1931, 20 febrero 1940, 9 diciembre 1944..., etc. Alguna de estas resoluciones lo único que señalan es el mayor valor que el legislador ha dado a los actos coetáneos y posteriores, sobre los anteriores; principio que —por lo demás— es más que discutible.

(14) E incluso entre una de ellas, cuando ha realizado varios contratos análogos, sin que sea indispensable que éstos sean de los considerados de adhesión.

sentido y alcance, puesto que vienen a significar —los unos respecto a los otros— actos anteriores, coetáneos o posteriores (15).

El precepto que acabamos de estudiar se complementa con el artículo siguiente del Código —artículo 1.283—, que literalmente dice:

«Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar.»

Con la promulgación de este principio, lo único que hace el legislador es ratificar el principio espiritualista que informa la disposición anterior, y del que es su consecuencia más inmediata.

Este precepto rinde tributo al sistema espiritualista de la libre y lícita contratación, y al principio —generalmente admitido— de que las obligaciones que manan de un contrato, deben estar sujetas a los límites del acuerdo de voluntades que las hizo nacer, y que produce, como lógica consecuencia, la de que cualquiera que sean los términos de un contrato, no pueden entenderse comprendidas en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos que fueron objeto de estipulación (16).

Todo lo que antecede demuestra, que el intérprete debe comenzar su investigación desarrollando, correctamente, los preceptos que acabamos de estudiar. Para nosotros esto tiene una claridad meridiana.

Se nos argüirá, sin embargo, que contra esta presunta primacía, el Tribunal Supremo ha señalado en más de una ocasión el carácter subsidiario del artículo 1.282 respecto al 1.281 (17).

Creemos que tal argumentación no hace quebrar nuestra afirmación, puesto que —como señala Puig Brutau (18)— el sentido y alcance indubitado de las palabras empleadas, sólo resultará tras haber sido confrontadas con cuantos elementos de valoración sean ofrecidos al juzgador. Sólo —como señalaremos con posterioridad— si la literalidad de las expresiones usadas no queda desvirtuada, será de aplicación el artículo 1.281, *pero no como premisa, sino como conclusión*.

Además, cuando el Tribunal Supremo afirma lo contrario, lo hace *no por una razón jurídica, sino por motivos simplemente técnicos*: el carácter restrictivo del recurso de casación. La consecuencia más directa es la de que, al no existir en las anteriores instancias las razones de simple técnica jurídico-restrictiva que concurren en la casación, la doctrina no tiene justificación para ser aplicada por los tribunales de instancia.

Tras las normas que acabamos de estudiar, el legislador continúa dando reglas para interpretar los contratos, con la promulgación de

(15) Sentencias de 24 abril 1944, 21 abril 1951..., etc.

(16) Este párrafo se limita a reproducir la Sentencia de 23 de marzo de 1929.

(17) Sentencias de 19 enero 1925, 4 febrero 1927, 22 abril 1950, 30 marzo 1953, 21 enero 1965..., etc.

(18) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil* (Tomo II, Volumen I, *Doctrina general del contrato*, págs. 301 y 302, Editorial Bosch, Barcelona, 1954).

unos principios fundados —sobre todo— en el sentido común, que ayudan a entender lo que los contratantes han querido.

Así, el artículo 1.284 dice así:

«Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.»

El precepto transcrito contiene —como dice Bonet (19)— una simple regla de hermenéutica.

Su texto es claro y la finalidad que persigue evidente. El legislador parte del principio incuestionable de que, al contratar, las partes no quisieron jugar, sino que a ciencia y conciencia buscaron una finalidad y un objetivo concreto. Por eso nuestra jurisprudencia exige, al interpretar este precepto, que se huya de aquellas interpretaciones contractuales que conviertan las cláusulas en vacías, inútiles o ilusorias (20).

Si el artículo 1.284 contiene una regla de hermenéutica, el artículo 1.285, según el cual:

«Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.»

carga el acento en la interpretación sistemática, convirtiendo en ilícito, para un contratante, pretender establecer la voluntad de las partes, atendiendo a una determinada cláusula contractual, con olvido de las demás; antes por el contrario, una de las normas de inexcusable observancia en materia de interpretación, para saber lo querido por los contratantes, es la conexión entre las diversas cláusulas contractuales, debiendo atribuirse a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (21).

En caso de discrepancia entre las cláusulas generales y las especiales, hay que valorar preferentemente estas últimas, por ser regla principal la preferencia de lo especial o particular sobre lo general, porque el objeto de las cláusulas especiales es, precisamente, alterar o aclarar lo convenido en las condiciones comunes, a las que sobreponen —dice el Supremo— un sentido más concluyente y más concretamente adaptado al caso singular de que se trata (22):

En perfecta concordancia con las disposiciones anteriores, el artículo 1.286 dice:

(19) FRANCISCO BONET RAMÓN, *Código civil comentado* (Editorial Aguilar, página 1.011, Madrid, 1962).

(20) Sentencias de 10 marzo 1920, 18 abril 1941, 21 abril 1951, 2 febrero 1952..., etc.

(21) Sentencias de 5 junio 1945, 4 febrero 1947..., etc.

(22) Sentencias de 18 abril 1941, 24 febrero 1944..., etc.

«Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.»

Este precepto, además de reiterar la interpretación sistemática recogida en el artículo anterior, rechazando indirectamente la gramatical (al exigir que las palabras de varias acepciones se interpreten conforme a la naturaleza y objeto del contrato), resalta la importancia de la *interpretación finalista* de los contratos, puesto que la finalidad de la interpretación —dice la jurisprudencia— no es la meramente doctrinal o teórica de desentrañar el llamado tenor de la obligación, sino precisar lo que prácticamente impone ésta, determinando cuáles sean los actos realizados o por realizar para que tengan lo pactado su debido cumplimiento (23).

Puede, además, defenderse la afirmación de que el artículo 1.286 reproduce —con distintas palabras y de forma menos precisa— el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal, que posteriormente estudiaremos, y que obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. De la buena fe volverá a acordarse el legislador en el artículo 1.288.

Los tres últimos preceptos que acabamos de estudiar, contienen elementos suficientes para que el intérprete dote de efectividad al contrato, pero, por si ello resulta en algún caso insuficiente, el artículo 1.287 dispone:

«El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.»

Este precepto da amplia entrada a lo que Puig Brutau llama «interpretación constructiva» (24) y Messineo «interpretación integradora» (25), que, en sustancia, no es sino dotar al contrato interpretado de la vida, finalidad y consecuencias que las partes quisieron darle.

Entendemos —con Castán (26)— que no puede darse una regla fija para interpretar los términos «uso o costumbre del país», pues las circunstancias del caso concreto serán decisivas para aplicar ya el uso o costumbre del lugar donde se encuentra el objeto del contrato, ya las vigentes en el sitio de la ejecución, o las del lugar donde se celebró el contrato.

Este precepto, a más de dar entrada a esa interpretación «cons-

(23) Sentencias de 21 octubre 1964, 9 diciembre 1944..., etc.

(24) JOSÉ PUIG BRUTAU. Obra y tomo citado en la nota 18, pág. 295.

(25) MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto* (Milán, 1948, págs. 364 y siguientes).

(26) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral* (Tomo III. Derecho de Obligaciones. Novena edición, pág. 429, Madrid, 1958).

tructiva o integradora» a la que acabamos de aludir, dota al intérprete-juzgador del arma más eficaz para dar a cada contratante lo suyo, al autorizar al legislador a que el uso o la costumbre *suplan la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*.

Y... ¿cuál es la cláusula o cláusulas que de ordinario suelen establecerse? Pueden ser muchas, pero hay una que todo contratante quiere establecer por medios directos o indirectos (27), a través de la cual logre que el equilibrio de prestaciones, existentes en el momento del contrato, no se altere: la cláusula o cláusulas estabilizadoras (28). Creemos que, con base en el artículo 1.287, el juzgador podrá dar entrada a cualquier cláusula estabilizadora, con la que logrará que la justicia, a través de la equidad, reine en cada caso concreto.

Sin embargo, en la práctica, no sólo los tribunales no utilizan este precepto para hacer triunfar el principio «*rebus sic stantibus*», sino que en los casos —no demasiados— en que ha sido aplicada por el juzgador de instancia, ha exigido el Supremo la prueba plena del uso o costumbre que se aplica en el caso de autos (29).

Finalmente, el artículo 1.288 dice:

«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.»

Aplicar este precepto exige no favorecer a la parte que ha ocasionado la oscuridad de un contrato o de alguna de sus cláusulas, principio que ha sido aplicado a los contratos de adhesión, por unívoca y constante jurisprudencia, según la cual, la oscuridad de que habla el artículo 1.288 no puede favorecer a quien presentó un documento a la otra parte para su aceptación, criterio reiteradísimo para los contratos de seguro, en razón de ser éstos, contratos de adhesión, por lo que se ha de recoger la interpretación más favorable al asegurado, por ser la entidad aseguradora la que redactó el contrato, sin intervención del asegurado, por lo que a aquélla le es imputable la oscuridad (30). De aquí deriva, en estos casos, una protección al contratante más débil.

Además, el estudio de este precepto hace quebrar la teoría según la cual, el principio de buena fe no está presente en los artículos relativos a la interpretación de los contratos. Muy por el contrario, el

(27) Consciente o inconscientemente todo contratante exige, o cuando menos acepta estas cláusulas, pues sin ellas se rompe el equilibrio de prestaciones, base de su acuerdo.

(28) La Sentencia de 19 de diciembre de 1966 acepta una curiosa cláusula estabilizadora: la del precio del carbón en Madrid, pactada en el arrendamiento de un local de negocio.

(29) La costumbre a que se refiere este artículo —dice la Sentencia de 12 de marzo de 1912— hay que probarla, y si ninguna prueba se ha hecho por las partes, no está obligada la Sala a pasar por la simple afirmación del juez de instancia.

(30) Sentencias de 15 marzo 1949, 11 junio 1966..., etc.

artículo 1.288 demuestra que el legislador no ha olvidado la «bona fide», cuando de interpretar un contrato se trata, aunque quizá no dio suficiente proyección externa al principio.

En concordancia con este criterio, nuestro Tribunal Supremo recoge la buena fe como determinante de la responsabilidad contractual y en defensa de la seguridad del comercio, al interpretar los contratos, con base en el artículo 1.288, que acabamos de estudiar (31).

V. Tras la aplicación al caso debatido, de las disposiciones contenidas en los artículos 1.282 al 1.288, el intérprete ha recorrido el camino para sentar sus conclusiones, fijando los supuestos de hecho y el sentido negocial que éstos tienen para los contratantes, o —por el contrario— reconociendo la absoluta imposibilidad de resolver las dudas que el contrato encierra.

Las conclusiones a las que puede llegar son tres:

1.^a *Que los términos de un contrato, a más de ser claros, no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes. En este caso se estará al sentido literal de sus cláusulas* (párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil).

Sin recorrer el proceso mental interpretativo, con base en los preceptos estudiados en el epígrafe anterior, nunca podría llegarse a esta conclusión, pues —como ya apuntamos— lo único que el intérprete estaría en disposición de declarar es que los términos de un contrato son claros, pero nunca podría afirmar que no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, pues sólo con el estudio de todas las circunstancias que rodearon al contrato se podrá llegar a conocer la voluntad de las partes.

Cosa distinta es el que se dejen a un lado las palabras y se pretenda sustituir por una interpretación que olvide por completo aquéllas, pues el simple sentido común nos dice que cuando la utilización de términos en un contrato escrito es clara e inequívoca, por regla general reflejan la voluntad de los contratantes; pero el que esto sea regla general no permite acogerse a las palabras, olvidando o posponiendo lo querido por las partes.

Siguiendo el criterio expuesto, el Tribunal Supremo, en recientes resoluciones, ha señalado que la necesidad de atenerse a la interpretación literal, textual o gramatical, sin desviarse de su recto y natural sentido, constituye la regla de interpretación primordial que ha de tener presente el juzgador, si una evidencia intencional distinta y común de los contratantes no obliga a prescindir de ella, ya surja del propio contexto del contrato, de alguna cláusula destacada del mismo o de los propios actos de los que contrataron, coincidentes o no en el tiempo con la perfección del contrato, y que aclaren, alteren, amplíen o res-

(31) Sentencias de 13 marzo 1952, 4 noviembre 1959, 11 octubre 1966..., etc.

trinjan la realidad jurídica resultante de la literalidad de lo pactado; y que no es válido el principio «in claris non fit interpretatio», porque el elemento gramatical presupone siempre la interpretación; porque el afirmar que una cláusula es clara implica ya una valoración de las palabras y de la congruencia que guardan con la voluntad, por lo que el axioma recogido es falso (32).

Los disconformes con nuestra tesis reproducirán aquí la objeción que ya hicimos constar, al desarrollar el artículo 1.283, de que nuestro más alto Tribunal ha señalado en algunos casos el carácter principal del artículo 1.281 respecto al 1.282.

Frente a este criterio, y desde un punto de vista teórico, volveremos a reiterar las argumentaciones que con anterioridad dimos (33).

Pero es que, además, en la práctica, al estudiar las resoluciones que dicho Tribunal ha dictado con matiz más objetivo, y en defensa de la literalidad, en el supuesto de utilización de términos claros, vemos que tales resoluciones, no olvidan el sentido espiritualista que informa toda la interpretación de los contratos. Así, en todas ellas se recuerdan las «circunstancias atendibles», las «circunstancias del caso de autos», los «términos anteriores, coetáneos y posteriores del contrato», etc., lo cual nos autoriza llegar a la conclusión de que pese a lo que exponen dichas resoluciones, nuestro Tribunal Supremo examinó el contrato con las reglas, que el legislador da en los artículos 1.282 al 1.288, y sólo cuando vio que la literalidad era conforme con la intención, cargó el acento en las palabras obrantes en el contrato (34).

Esta conclusión aparece ratificada por el estudio de gran número de resoluciones —quizá las más técnicas y mejor fundadas— donde se reitera que el párrafo 1.º del artículo 1.281 no excluye la interpretación, sino que la presume, pues la afirmación de que una cláusula es clara implica una valoración de las palabras y de su congruencia con la voluntad, a la que sólo se llega no deteniéndose en una interpretación gramatical, sino indagando la intención de los contratantes, el espíritu y finalidad que hizo nacer el negocio, que sólo puede conocerse a través de los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato; es decir, la total conducta de los interesados, incluidos —como elemento indispensable— los posibles negocios conexos (35).

Quizá todas las dudas y vacilaciones doctrinales o jurisprudenciales las hubiera podido evitar el legislador de una forma muy simple: habiendo colocado el actual artículo 1.281 detrás del artículo 1.288, pues así se hubiera puesto un poco más de manifiesto el carácter sintetizador del tan mentado artículo 1.281, análogo al que ofrece el artículo 1.289, salvo el carácter de subsidiariedad que este último precepto encierra.

(32) Sentencias de 27 octubre 1966, 13 diciembre 1966..., etc.

(33) Véanse notas 17 y 18.

(34) Sentencias de 4 diciembre 1963, 8 febrero 1964, 21 enero 1965..., etc.

(35) Sentencias de 20 abril 1944, 22 junio 1950; 7 febrero 1964, 20 abril 1964, 27 octubre 1966, 13 diciembre 1966..., etc.

2.^a *Que las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes: en este caso prevalece ésta sobre aquéllas (párrafo 2.º del artículo 1.281).*

Esta segunda conclusión, lo único que hace es recoger la doctrina espiritualista manifestada en los artículos 1.282, 1.283 y siguientes, estudiados en el epígrafe IV), a cuyo estudio nos remitimos.

Sobra recalcar que nos estamos refiriendo a una intención o voluntad común, que nada tiene que ver con la investigación de la voluntad interna de un contratante, sin influencia en la determinación de la conducta de las demás partes intervinientes en el contrato.

3.^a *Si pese a las normas dadas por el legislador en los artículos 1.282 al 1.288, fuese absolutamente imposible resolver las dudas, el artículo 1.289 establece una norma de carácter supletorio, según la cual (36):*

— Si las dudas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuera gratuito, se resolverá a favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Nos encontramos ante una regla de equidad derivada de la gratuidad del contrato.

— Si las dudas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, pero éste es oneroso, se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

El equilibrio que busca este precepto creemos que está referido al momento de su contratación, y a lo más a los hechos normales posteriores, con exclusión —por tanto— de las circunstancias imprevisibles sobrevenidas con posterioridad (37).

— Si las dudas recaen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fué la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo (38).

VI. Fijados los elementos de hecho y su sentido negocial, y tras haber llegado el intérprete a cualquiera de las conclusiones apuntadas. *deberá calificar el contrato.*

La calificación del contrato —teóricamente— no debe ofrecer problemas, pues conocido lo que los contratantes quisieron al negociar, basta con encuadrarlo dentro de la figura jurídica que corresponda y que fue buscada por las partes, independientemente de que —caso de que el contrato sea escrito y las partes le hayan dado denominación jurídica— éstas le hayan dado o no su nombre técnico, o —en caso de

(36) La subsidiariedad de esta norma deriva de la exigencia, para su aplicación, de que existan dudas de interpretación, y que éstas no puedan resolverse por las normas que preceden al artículo 1.289. Sentencias de 9 abril 1947, 7 junio 1955..., etc.

(37) Véase la aplicación práctica de este principio en la Sentencia de 16 diciembre 1947.

(38) No hace el legislador sino ratificar lo que ya tenía declarado, con carácter general, en el artículo 1.261 del Código civil.

darlo— coincida o no con la realidad de lo querido, pues es esto lo que el intérprete tiene que buscar, no sólo al fijar los hechos, sino al llegar al momento de la calificación jurídica (39).

Bastará, por tanto, por deducir —como dice el Tribunal Supremo—, teniendo en cuenta la finalidad perseguida, cuál ha de ser su valoración jurídica, determinada por el juego de los factores gramatical, lógico, histórico y sistemático, la trascendencia, repercusión y efectos que cabe asignar en Derecho, a cuanto de hecho aparece consignado por los contratos, puntualizando —a fines de ejecución— cuál sea la sustancia y accidentes absolutos, cualitativo y cuantitativo, que integran la prestación cuyo cumplimiento se reclama (40).

No debe importar demasiado el que se encuentre el intérprete ante un contrato mixto (41) o atípico (42), pues ninguna de estas denominaciones importa demasiado. La atipicidad de un contrato es siempre relativa, siendo tan difícil encontrar un negocio jurídico regulado hasta en los detalles más mínimos pensados por las partes en el caso concreto, como el pensar que los contratantes tienen tanta imaginación, como para crear un contrato válido carente de previsiones normativas absolutas. Para el supuesto de negocios mixtos, no puede sentarse «a priori» si le son de aplicación las normas del contrato principal, o las que deriven, de una combinación armónica, de las reglas de los diversos contratos, de donde deriva el carácter híbrido o mixto del que se trata de interpretar.

Valorado el contrato, sólo restará aplicar sus efectos, que serán no sólo los que deriven del cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (43).

Cabrá el recurso de Casación, si al calificar el contrato o aplicar sus efectos se incurre en violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sólo nos resta lamentar el exceso respeto que el legislador, a través de todo el Código civil, concede a las cláusulas privadas, en detrimento de la equidad; lo que podría superarse mediante la concesión a los Tribunales de facultades discrecionales más amplias —aunque por supuesto sujetas a límites—, tanto en el campo sustantivo (44) como en el procesal (45).

(39) De absoluta aplicación el principio espiritualista imperante para fijar los elementos de hecho y su sentido negocial.

(40) Sentencias de 11 abril 1964, 27 octubre 1966..., etc.

(41) El arbitrio judicial fijará las normas a aplicar, a la luz de la finalidad del Negocio.

(42) Véase la nota 7, en orden a los contratos atípicos o innominados.

(43) Artículo 1.258 del Código civil.

(44) Las limitaciones contenidas en los artículos 1.102, 1.255, 1.316, 1.459, 1.859 y 1.884 —todos ellos del Código civil— no dejan de constituir exigencias mínimas que en nada merman la excesiva autonomía de la voluntad.

(45) La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 contiene los preceptos procesales más progresivos de nues-

VII. Finalmente, en cuanto a la crítica que merecen los preceptos estudiados, de clara influencia francesa, el maestro Castán (46), recogiendo el criterio doctrinal dominante, cree que los Códigos no deben formular reglas para interpretar los contratos, quedando esta materia reservada a la ciencia, y en resumen al arbitrio judicial, ya que al no poder reducirse la interpretación a principios estereotipados, puesto que éstos serían —con frecuencia— arbitrarios e injustos al caso concreto, o tan vagos e imprecisos que nada resuelven, el único camino viable es el ya apuntado arbitrio judicial. Siguiendo este criterio —sigue diciendo Castán—, los Códigos alemán, suizo y portugués, entre otros, han prescindido de fijar reglas interpretadoras de los contratos, sentando, a lo más, un principio general y amplísimo como el contenido en el artículo 157 del Código alemán (47).

En oposición a este criterio, los defensores del legalismo sin fisuras, estiman necesario que el legislador fije unas normas para interpretar los contratos, por ser el único medio válido de poner coto a una posible arbitrariedad judicial, dado el carácter vinculante de estas disposiciones para el juzgador (48).

El problema, tal como lo plantean ambas doctrinas, no es nuevo —como diría Drost (49)— pues cuando en un determinado momento histórico surge y se desarrolla una justicia no sujeta a Ley, nace al poco tiempo una contracorriente tendente a la juridificación de estos poderes.

Este fue el sentido de la lucha en Roma por la codificación del derecho logrado en las XII Tablas, o de la lucha de la Escuela —que en derecho penal se llamó— Clásica, por implantar el legalismo frente a la arbitrariedad del antiguo régimen.

Pero cuando el legalismo es absoluto e inflexible, de inmediato se empieza a propugnar la concesión de un mayor arbitrio judicial, tendencia a la que estamos asistiendo en el actual momento jurídico, pues cuando el concepto de Ley —como dice Gómez Jiménez de Cisneros (50)— parecía llenar por completo los anhelos humanos, se vuelven hoy contra ese concepto todas las críticas vivas, vibrantes e insacia-

tra legislación, al limitar el principio dispositivo a sus justos límites. Así, el artículo 43 de dicha Ley permite el planteamiento por el Tribunal a las partes de lo que podemos llamar «nuevas tesis»; y el artículo 75 dispone que el Tribunal pueda acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto, pruebas en cuya práctica intervienen las partes.

(46) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, obra y tomo citado en la nota 26, página 424.

(47) El artículo 157 del Código civil alemán (BGB) dice: «Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico».

(48) En el derecho español es precisamente el carácter vinculante que tienen para los Tribunales las normas de interpretación de los contratos, lo que permite el recurso de casación, conforme se desprende de las Sentencias citadas en la nota 5.

(49) DROST, *Das Ermessen des Strafrichter* (Berlín, 1930).

(50) JUAN GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los hombres frente al Derecho* (Ensayistas Hispanos. Editorial Aguilar, Madrid, 1959).

bles, que el pensamiento moderno ha dirigido contra lo abstracto y lo general, en favor del individuo, o sea de lo concreto.

Todo lo que antecede nos demuestra que el problema —y su dificultad— consiste en una fijación de límites, y que tan absurdo e inadmisibile es el arbitrio judicial sin fronteras como el rígido legalismo que algunos han propugnado y defienden en la actualidad.

Acogiéndonos, por tanto, a esta teoría intermedia, y aplicada al caso que nos ocupa, estimamos que —en líneas generales— los preceptos que hemos estudiado combinan armónicamente ambas tendencias, a través de unos artículos lo suficientemente amplios y prudentes como para permitir una limitada discrecionalidad judicial, pero dentro de unos principios vinculantes para el intérprete.

Lo único en que quiebran las normas legales de interpretación, es en conceder un arbitrio judicial excesivamente limitado, lo que encajona la discrecionalidad dentro de límites estrechos, en algunos casos, y que quizá se podía salvar con una ligera modificación del artículo 1.287, que —incluso— cabría defender que no hubiera sido necesaria, si el Tribunal Supremo y los tribunales de instancia hubiesen interpretado el precepto citado con criterio más progresivo y sin trabas procesales.

VIDA JURIDICA

1. NOTAS CRITICAS

Una nueva forma del pensar jurídico (1)

Hay dos clases de libros: unos que informan y sirven para acrecentar nuestro caudal de conocimientos; otros, que nos obligan a repensar lo conocido y nos invitan a la aventura de lo nuevo. Atractivo de la novedad que constituye por sí mismo un valor, aunque a menudo vaya unido al desencanto, ante lo vano de la promesa o por nuestra incapacidad para comprender lo que tenga de enriquecedor.

El libro de Rödíg, con el sugestivo título de "La forma de pensar por alternativas en la Jurisprudencia", es un buen desafío a nuestro aceptado modo de pensar jurídico.

Sigue Rödíg las enseñanzas de Ulrich Klug. Para que no se dude sobre la ortodoxia de su pensamiento, en las concisas palabras que dicho libro lleva a modo de prólogo, Klug nos dice solemnemente que dicha obra constituye un impresionante progreso en el desarrollo del nuevo método de la ciencia jurídica.

La importancia propia del libro que nos ocupa se centra en que no es un mero ensayo o una simple aplicación de la lógica simbólica, sino que al lado de las formulaciones abstractas se encara con una serie de cuestiones concretas de la vida jurídica. Con lo que puede ser leído, y hasta con utilidad, por quienes no simpatizan con las formulaciones logísticas.

El libro puede considerarse dividido en tres partes. De ellas, tan sólo la última está totalmente redactada en el lenguaje cifrado de la nueva lógica. El mismo autor, para alivio y consuelo de los lectores, les anima diciéndoles que el jurista profano puede no entrar en la lectura de esa última parte, detenerse ante ella y no seguir; y esto, agrega, sin perder mucho. Observación extraña, pero que se nos explica diciendo que, si las afirmaciones hechas en las secciones del libro en las que no se utiliza el cálculo fuesen triviales o falsas, las que se hacen u obtienen en la parte final, en aquella en la que se emplea el cálculo, no dirían nada o no serían verdaderas, pues ellas no son otra cosa que la conclusión o formulación simbólica de lo ya dicho en las dos primeras partes, en las que no se empleara el cálculo.

En efecto, las 139 primeras páginas contienen pocas fórmulas y, en general, están redactadas en lenguaje jurídico corriente y moliente. En ellas se hacen consideraciones interesantes sobre metodología jurídica en general, y en

(1) RÖDIG, Jürgen: *Die Denkform der Alternativen in der Jurisprudenz*, Springer-Verlag. Berlín. Heidelberg. New York. 1969. 208 pág.

especial sobre la interpretación de determinadas disposiciones legales. Posiblemente no del todo nuevas, pero vistas las cuestiones desde ángulos no corrientes, lo que presta a la exposición un especial interés.

La definición de alternativa se hace distinguiendo la que se utiliza como modo de pensar jurídico, de la alternativa en sentido lógico (más abstracta y de menor contenido) y en sentido vulgar (de mayor contenido o concreción.) Será aquélla la relación entre dos conjuntos, de clase distinta, heterogéneos, que están en contraposición de posibilidades o concurrencia de estados de la cosa ("Sachverhalten") y se excluyen entre sí (por identidad de lugar y de tiempo) (2).

Concretado el significado de la alternativa, se pasa a considerarla en los distintos métodos del pensar jurídico.

Destaca que el "topos" de la alternativa, al chocarnos o desconcertarnos (ante la presencia de la posibilidad antes no pensada), nos empuja a encontrar el buen camino. Lo que procura aclarar con un caso artificialmente complicado de daño por negligencia, y otro, más interesante, de una concurrencia de fianza e hipoteca en garantía del mismo crédito, en el supuesto de insolvencia del deudor. Respecto de este caso, señala la alternativa del pago hecho por el que sufre la carga de la hipoteca y del pago hecho por el fiador; con las consecuencias de la posibilidad en cada hipótesis de la subrogación en los derechos del acreedor.

El llamado aspecto fenomenológico de la alternativa, es ocasión para destacar que la alternativa impone separarnos de la realidad concreta y considerar, no sólo aquello que realmente sucede, sino también lo que pudiera suceder.

En fin, se refiere al método sistemático, que consiste en la ordenación del pensar; para la que se necesita ir construyendo unidades superiores, libres de contradicciones internas y siempre de la mayor simplicidad de contenido (3).

Siendo éste el significado de la sistemática, su manifestación ideal habría de ser la axiomática. Mas, honradamente se nos advierte que la simplificación exigida para el axioma, tan sólo puede conseguirse en la lógica pura. Como, por tanto, ello no es posible en el Derecho, se nos dice—siguiendo a Klug—que el Derecho sólo podría llegar a formulaciones de "casi-axiomas". Esta conclusión se completa señalando que: "los criterios del método axiomático son criterios puramente lógicos. Frente a ellos, el fenómeno de la alternativa de ningún modo pertenece a la lógica". Es cierto que en el método de la alternativa se excluye la contradicción como en el sistema lógico. En éste no puede haber contradicción entre las proposiciones. En la alternativa se trata de estados de cosas, individuales, distintas, y la contradicción no existe porque

(2) Estima semejante a la alternativa la relación entre hacer y abstenerse, p. 84; respecto a la causalidad señala la existencia de alternativas más o menos puras, p. 114.

(3) Como era previsible, aunque coloca los tres métodos en el mismo plano, Rödíg se inclina por el sistemático. Los "topoi", advierte, resultan en hojarasca y no sirven para conocer la interna conexión y orden, p. 135. Recoge las críticas dirigidas a la jurisprudencia de conceptos, pp. 163 y sig., y concluye que tal método debe superarse, pero no con un "minus", sino con un "plus" de lógica, p. 166; comp. p. 179.

al mismo tiempo y en el mismo lugar sólo podrá existir el uno o el otro estado de cosas (§ 1 o § 2).

Estas afirmaciones originan de modo natural e irremediable una observación crítica. Se nos dice que la alternativa existe entre estados de cosas ("Sachverhalten") y no entre proposiciones; se nos enseña también que el sistema, y especialmente el axiomático, el único exacto y puramente lógico, opera únicamente sobre proposiciones. Ello no obstante, Rödíg dedica la última parte de su estudio (págs. 140-198) a formular axiomáticamente una serie de alternativas. No se nos explica cómo se produce este paso de lo concreto a lo puramente abstracto; con lo que parece quedar abierta una interrogante sobre el mismo fundamento del modo de pensar propuesto, conforme a la lógica simbólica.

El valor de la alternativa se va contrastando en tres casos, como demostración de su práctica utilidad.

Primero, el del "servus communis" (D. 145, 3, 1, 4); examinado con finura de buen jurista. Aunque, dicho sea en honor a la verdad, Juliano no parece haber formulado una alternativa en el sentido de Rödíg (§ 1 o § 2); pues aquél utiliza para la solución de su problema tres hipótesis: la del siervo de E que promete al siervo común de E y T; la de este mismo siervo común que promete a dos siervos, uno de E y otro de T; la del tercero, que promete a dos siervos, uno de T y otro de E, pero existiendo incapacidad de E para adquirir lo prometido.

El segundo caso, rotulado pintorescamente del "pollo con arroz", es un supuesto de responsabilidad, por acto del dependiente del hotelero (cocinero) y de negligencia del dañado (no cuida, al comer, de separar los huesos, se traga uno y se produce una herida en la garganta que ocasiona su muerte, tras varias vicisitudes).

El tercero, rotulado "tertium non datur", en el que se examina la situación trágica, en la época nazi, del médico de un sanatorio de enfermos mentales, de cuyo certificado dependía la vida o la muerte de cada paciente. ¿Ha de considerarse dicho médico responsable criminalmente por la muerte de cada enfermo exterminado, en base a uno de sus certificados? ¿Habrán de tenerse en cuenta que su permanencia en el sanatorio le permitió salvar la vida de muchos pacientes (además de la suya), y que su dimisión no hubiera servido para salvar la vida de quienes fueron exterminados? Estas circunstancias, en caso de ser tenidas en cuenta, ¿excluyen la existencia del delito? ¿servirán de atenuante?

Con lo dicho se advertirá el modo de proceder utilizado; se estudian casos discutidos o discutibles, como prueba de que, respecto de ellos, puede pensarse en alternativa (disyuntiva de soluciones).

En la segunda parte de la obra se trata de demostrar que pensando en alternativa se aclaran mejor los conceptos o se resuelven adecuadamente difíciles cuestiones. Lo que se contrasta respecto de los conceptos de hacer y omisión, permiso y prohibición, valor y valoración, y, finalmente, sobre la causalidad.

Esta labor se realiza con cuidado e ingenio, siendo especialmente interesante el examen crítico de las opiniones de los penalistas. Demuestra, por ejemplo,

que la omisión no es simplemente una pura negación, sino que siempre supone la existencia de un otro hacer.

A veces, sin embargo, los razonamientos son poco convincentes y hasta recuerdan la dialéctica del sofista. Así ocurre con el examen de la proposición: "si un hacer está prohibido, el no hacer está ordenado". La crítica a que la somete Rödig es posible, porque viene a dar mayor contenido a la frase "no hacer" que el que en ella está implicado. No se quiere decir que "cualquier no hacer" esté dentro de lo ordenado, sino sólo aquel no hacer que está prohibido. En el supuesto que examina, la prohibición de seguir impuesta al coche cuando el semáforo está en rojo, puede entenderse como una orden de no hacer. Rödig observa que entonces ha de concluirse que está dentro de lo ordenado que los coches deban o puedan dar marcha atrás a todo gas y chocar con los coches que le sigan. El "no hacer ordenado" (el no seguir) no incluye el poder hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por tal precepto, pues no lleva consigo el abolir otras prohibiciones existentes y menos aún las que van implícitas en la misma finalidad de la prohibición.

El autor piensa que la mejor y más clara manifestación de la utilidad del modo de pensar en alternativa se encuentra en su aplicación al concepto de causalidad en sentido jurídico. A tal efecto, va estudiando críticamente las teorías de Mill, Von Buri, Engisch y la doctrina de la "conditio sine qua non". Las pone a prueba en el supuesto clásico del centinela que se queda dormido y que al no advertir el ataque por sorpresa determina la derrota, y, también en el antes citado del médico del sanatorio de enfermos mentales en época nazi. Pensando en alternativa, se tiene en cuenta otra posibilidad (alternativa impura), la del no hacer (si el médico hubiera dimitido: habría venido otro, posiblemente más dañino). Llega con ello a definir como autor de una situación, a quien puede conducirse de tal modo, que una situación fáctica que se ha producido, en otro caso no se habría producido.

Rödig parte de la existencia de valores. La Jurisprudencia entiende ha de considerarse como una parte de la Etica; de la pura y también de la aplicada. Pero lo que le interesa destacar es la relación entre la situación fáctica y la situación de valor. Afirma existe una situación de valor positiva y otra negativa; negando se den situaciones de valor neutras, y afirma que los conceptos de mandato, permiso y prohibición no se refieren a una sola situación, sino a la relación entre varias situaciones. Insiste en que una conducta puede ser contraria a Derecho, sin estar por ello prohibida; caso en el que se encontraba el médico del sanatorio de enfermos mentales antes referido.

La parte final de la obra está bajo el rótulo: "El sistema axiomático para la teoría de la alternativa". Con ella se nos introduce en otro mundo, el de la simbólica, el de los signos y los cálculos. El juego con las piedrecitas ("calculi"), con el que muchos filósofos han creído encontrar la "mathesis universalis", es bueno para contar, pero no sirve para obtener la solución de los casos jurídicos. Los signos no son más que signos y no pueden designar más que a ellos mismos. Pero ellos son aquellos con lo que se construye el lenguaje simbólico utilizado, siguiendo las enseñanzas de Klug.

El lenguaje simbólico, sin embargo, ha abierto las puertas a grandes ilu-

siones. ¿Podrá utilizarse para facilitar la automatización respecto al Derecho? ¿Hay que contar, en el próximo futuro, con la utilización de computadoras jurídicas? (4).

En su libro, Rödíg nos advierte que la automatización de la doctrina jurídica exige una gran prudencia. Los teoremas (consecuencias lógicas) dependen totalmente de la exactitud de los axiomas; éstos, para que puedan ser así llamados, han de tener las notas de: no contradicción, ser completos y no depender de otros. Entonces, si ello es así, se deja abierto el interrogante: ¿cómo estar seguro de la exactitud de un supuesto cuya existencia y verdad de nada depende? (5).

La forma del pensar en alternativa, tal y como la expone y emplea Rödíg, tiene en su abono la serie de finos análisis jurídicos que se nos ofrecen en la primera parte de su libro. Aunque no puede ocultarse que, leyéndolos, queda la duda de si no hubieran sido lo mismo si se hubiesen elaborado siguiendo el clásico consejo de Jhering: "para ser buen jurista hay que usar de la imaginación (contrastar las posibles soluciones con el mayor número de casos o supuestos, reales e imaginarios)" (6).

¿Qué esperanzas abre el nuevo método para la renovación y mejora del pensar jurídico? Difícil pregunta, quizá imposible de contestar, para un jurista a la antigua usanza. Sería, parece, como preguntar a un viejo pintor impresionista su opinión sobre los hallazgos del "arte nuevo". ¿Dónde hallar el puente de comunicación entre tales dos mundos?

Rödíg, que conoce bien el Derecho de la manera tradicional, muestra clara y repetidamente su preocupación sobre la utilidad práctica del método axiomático. La que parece bien justificada, mientras no se abandone el postulado de que el Derecho, la ciencia jurídica, pertenece al reino de la razón práctica. ¿Tiene alguna utilidad lanzarse a la formulación y al descifrar los teoremas obtenidos de los axiomas? Axiomas y teoremas representados por signos esotéricos, lenguaje escrito que hay que ir traduciendo lenta y penosamente (7). Y lo que parece más descorazonador, para el lector lego: cuando

(4) En la tercera edición de *Juristische Logik*, 1966, ULRICH KLUG recoge un estudio suyo, publicado en el libro homenaje a Jahrreis (1964), sobre las máquinas de elaboración electrónica de datos en el Derecho (pp. 157-172), con información sobre mecanismos fórmulas y posible utilización. Refiere que en la práctica sólo se han obtenido resultados positivos respecto a impuestos y seguros sociales. Es decir, en cuestiones más de cálculo matemático que del pensar jurídico.

(5) Rödíg no desconoce esta dificultad; precisamente amonesta y advierte de los peligros del método axiomático, especialmente respecto al del empeñarse en mantener lo que una vez se ha postulado, pp. 177 y sig.

(6) No puede menos de recordarse, al leer ciertos libros muy modernos, en el buen método escolástico, de la contraposición de proposiciones.

(7) Sobre la construcción del lenguaje simbólico, pp. 142 y sig.; los teoremas sobre la fundamentación de la alternativa, pp. 182-198. También pueden compararse las secuencias, p. ej., de pp. 18-21, 98, 104, 108, 126.

Sobre la lógica axiomática y sus diferencias con la lógica tradicional, KLUG, loc. cit., pp. 12 y sig.

piensa haber descifrado una larga serie de fórmulas, se encuentra ante resultados que, quizá por ignorancia o falta de sensibilidad, piensa podría calificar de verdades de Perogrullo. Pero también hay que tener presente la disparidad de gustos y educación; el profano no será nunca capaz de apreciar el encanto que encierran para el buen ajedrecista los signos misteriosos de un problema del noble arte del ajedrez, y, menos aún, los hallazgos del molino de silogismos que inventara la logística

F. de C.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Jurisdicción y Administración de trabajo.—Extensión y límites de sus competencias”. Editorial Tecnos.—Madrid 1970. 195 páginas.

Como el propio autor indica en la Nota Preliminar, la misión —o, cuando menos, la intención— de este libro es la de contribuir a la delimitación de funciones entre la Jurisdicción y la Administración de trabajo, abordando por vez primera el estudio total de un tema que hasta ahora sólo ha sido objeto de meritorias aproximaciones parciales; haciéndolo en la confianza de que los destinatarios de las normas laborales y las Autoridades judiciales y administrativas que tienen encomendada su aplicación puedan hallar un hilo conductor, que les permita avanzar con mayor seguridad en tan intrincada como inexplorada materia.

Siguiendo el esquema, que la Teoría General del Derecho facilita al ocuparse de los problemas referentes a la actuación de las normas jurídicas, examina en capítulos independientes los distintos supuestos, con análisis paralelo, de su posibilidad a cargo de los órganos judiciales y administrativos a quienes se difiere el conocimiento de las cuestiones laborales; así se ocupa de la aplicación, de la declaración, de la atribución, de la interpretación y del ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral; finalizando con un detenido análisis de las relaciones entre jurisdicción y administración de trabajo.

Una redacción fluida, una precisa distribución sistemática y un adecuado complemento de bibliografía y referencia jurisprudencial integran y hacen de la obra que comentamos, una aportación importantísima al estudio y solución de los problemas en la delimitación de funciones, pues como dice el autor, la razón de este estudio, es, precisamente, la de intentar desvanecer las graves dudas de atribución competencial, e incluso los patentes errores que reinan en la materia, no pretendiendo tanto el establecimiento de principios axiomáticos cuanto la exposición de unos argumentos que puedan facilitar ulteriores tomas de posición de quienes intervienen en la aplicación del Derecho del trabajo.

MANUEL TRENZADO RUIZ

Doctor en Derecho

STAUDER, Bernd: "Le contrat de "finance-equipment-leasing". Genève, 1970. Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève. Un volumen de 47 páginas.

El mundo de los negocios abre nuevas vías, busca medios y posibilidades de establecer nuevas relaciones jurídicas o combina las clásicas para darnos una versión de acuerdo con las necesidades de la actual economía de mercado, su financiación y su comercialización. Tal es el caso de esta actual figura que proviene del ámbito norteamericano, conocida por "leasing", pero que se está extendiendo dentro del marco europeo, tal como ahora nos hace ver para Suiza el joven y docto profesor de la Universidad de Ginebra, Bernd Stauder.

Esta monografía es el ejemplo clásico del bien hacer y mejor exponer en el análisis de una institución, tanto por la metodología empleada como por la claridad expositiva de una institución compleja como es leasing. Así, comienza el autor con una introducción, en la que pasa a poner de relieve cómo son particularmente ciertas sociedades especializadas las que toman a su cargo unas determinadas inversiones o la comercialización de ciertos productos de otras empresas, cediéndoles el uso de aquellos bienes de inversión o facilitándoles la canalización de sus bienes o productos en el mercado. Por tanto, el jurista ha de afrontar su análisis para conocer sus variantes, su identidad y notas distintivas con las figuras comunes del ordenamiento actual de modo que pueda llegar a identificar su naturaleza jurídica y saber cuáles son las normas aplicables.

En capítulo aparte se hace la historia de sus antecedentes para concluir con un concepto de leasing, concebido como "toda operación destinada a otorgar por un período determinado o indeterminado, y mediante el pago periódico de una remuneración, un derecho de uso de un bien mobiliario o inmobiliario por la transferencia de la posesión y no de su propiedad". La gama de posibilidades en que puede concretarse un contrato de leasing es advertida en varias modalidades, como las del leasing mediato e inmediato, el de bienes de consumo y el de bienes de inversión, el llamado leasing operativo y el financiero.

Capítulo aparte merece el estudio de los aspectos económicos de la figura que el autor prefiere denominar "leasing de financiamiento y equipamiento", para analizar su mecanismo, funciones económicas y el costo de la operación.

Una vez abordadas las bases socio-económicas de esta figura contractual se pasa a perfilar su naturaleza jurídica, partiendo tanto de las denominaciones utilizadas por las partes, como de la búsqueda de la verdadera naturaleza según las finalidades intrínsecas de la operación o contrato que se lleva a cabo. Se establecen las analogías y diferencias con el arrendamiento de empresa, la compraventa y el arrendamiento-venta en base a la especial cesión de uso que se hace de los bienes.

De acuerdo con el ordenamiento positivo suizo, nuestro ilustre autor muestra las dificultades de encajar una cesión de uso que no es la típica y simple, como tampoco lo es la de una enajenación usual. Se vale de las

analogías que presenta la legislación sobre ventas parciales y a plazos para su aplicación al contrato de leasing, por lo que puede llegar a concebirse como un contrato de venta parcial *sui generis*, si bien sea frecuente que la sociedad de leasing convenga un pacto de reserva de propiedad que se inscribe en el registro para evitar las consecuencias de un secuestro de bienes o de la quiebra del empresario.

Este magnífico estudio se concluye haciendo ver el porvenir positivo con que ha de contar en la vida negocial el contrato de leasing, si bien su inicial evolución económica y jurídica no puedan darnos todavía sus contornos más perfilados y su cualificación jurídica idónea. Además, el estudio se completa con la biografía del tema, su jurisprudencia europea y un modelo de contrato de leasing, por lo que a su valor científico se añade su utilidad práctica.

JOSÉ BONET CORREA

VARRONE, Claudio: "Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia"; Nápoles, 1968. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene s. n. e.; 240 páginas.

El autor se propone estudiar la viabilidad, en Derecho italiano, de la figura de la transmisión de la propiedad, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Comienza su exposición aludiendo a la diversidad de opiniones sobre el tema. Seguidamente pasa a tratar el problema de los inconvenientes de la admisión de este tipo de negocio jurídico; se objeta contra ella el hecho de ser un excelente medio para burlar la prohibición del pacto comisario, prohibición establecida en el artículo 1.963 del Código civil italiano para la anticresis y en el 2.744, para la prenda y la Hipoteca. Mas el autor indica que cabe pensar en la admisión de la figura si, a pesar del inconveniente mencionado, puede solucionar problemas que las garantías típicas —prenda, hipoteca— no pueden solucionar. Con respecto a este punto, Varrone expresa su convicción de que la transmisión de la propiedad con fin de garantía es el único vehículo para garantizar el derecho del acreedor sin perjudicar al deudor; en efecto, si el objeto de la garantía es un bien mueble, el deudor puede mantener su posesión sobre él, evitándose el desplazamiento propio de la prenda, y así beneficiarse de sus frutos y rendimientos, siendo, como consecuencia, más realizable, desde el punto de vista económico, el cumplimiento de su obligación para con el acreedor; si se trata de un inmueble, se evita la inactual coexistencia externa de derechos reales sobre una misma cosa, propia de la hipoteca clásica.

Cuestión interesante en la obra es la naturaleza de la figura que tratamos más concretamente, la naturaleza jurídica del derecho del acreedor sobre la cosa que se le entrega en garantía de su crédito.

El autor plantea la cuestión partiendo de dos puntos claros: primero, no cabe hablar, en Derecho italiano, de los tipos de propiedad, sino de

uno sólo; segundo, en el número de derechos reales es "clausus". ¿Es propietario, el acreedor, de la cosa dada en garantía? Es difícil admitirlo por la esporadicidad de su derecho y por sus restricciones. Y si no es propietario, ¿qué es? ¿Quién es, entonces, el verdadero propietario de la cosa dada en garantía? Entramos en el campo problemático del negocio fiduciario. Si el acreedor es efectivamente propietario de la cosa a él dada puede perjudicar al deudor enajenándola: como consecuencia del principio de la inoponibilidad de pactos a terceros, el tercero adquirente, al menos el de buena fe, resultaría protegido en su adquisición a costa del fiduciante, además, en caso de quiebra del acreedor, la cosa sería atacada como otra más de éste, perjudicándose indebidamente el deudor, sin que procediera la "separatio ex iure domini".

Estas conclusiones han llevado a muchos a desaprobado la vigencia de la figura en cuestión, o bien, para evitar este inconveniente, a configurar el derecho del acreedor sobre la cosa dada en garantía como un derecho distinto de la propiedad. Para llegar a esta segunda posición, se ha aducido también la temporaneidad de la relación, olvidando que hay propiedades esporádicas, esto es, destinadas a perecer en un plazo más o menos señalado como por ejemplo, en el caso de venta con reserva de dominio.

Varrone dice, con respecto al problema de la inoponibilidad del pacto a terceros, que este principio no debe ser aplicado al sujeto que contemplamos: según el autor, el acto de enajenación al tercero sería un acto antijurídico por constituir un peligro de incumplimiento; por ello, debe ser jurídicamente inválido e irrelevante. Con respecto a la cuestión de la quiebra, Varrone concede la "separatio ex iure domini" al fiduciante en la quiebra del fiduciario, aduciendo que la propiedad de éste es meramente formal, mera consecuencia de "abstractos esquemas de lógica jurídica". Varrone, presta así una contribución más a la ya arraigada "jurisprudencia de intereses", sacrificando la decimonónica "jurisprudencia en conceptos".

Señala además, el autor que lo antijurídico de la figura reside en que al valer de la cosa dada en garantía normalmente más que el importe del crédito garantizado, al producirse el incumplimiento, se consolida un enriquecimiento injusto del acreedor; este enriquecimiento injusto no sólo perjudica al deudor, sino también a los otros acreedores, atentando contra el principio de responsabilidad patrimonial contenido en los artículos 2.740 y 2.741 del Código civil; Varrone trata de corregir tal efecto proponiendo para la generalidad de los casos, la solución concreta del artículo 1.851 del Código civil, que contempla el supuesto de prenda irregular, solución restablecedora del equilibrio.

En síntesis, Varrone opina que procede rechazar la figura cuando sea utilizada sólo como instrumento para burlar la prohibición del pacto comisorio; entonces cabría acudir al expediente del fraude de ley. Esta maniobra, propia de los negocios indirectos, es, de hecho, realizable, porque la aplicación del artículo 1.851 es restrictiva, positivamente hablando. El enriquecimiento injusto del acreedor es, de hecho muy posible; piénsese incluso en la usura encubierta.

Por el contrario, según el autor no cabe rechazar la figura cuando su adopción se deba a fines lícitos.

La obra de Varrone aporta ideas útiles no sólo sobre el tema concreto que trata, sino también sobre toda la problemática del negocio fiduciario. Sus argumentos, si bien no siempre convincentes, suelen ser brillantes. Su obsesión por matizar le hace a veces, incurrir en repeticiones innecesarias, concretamente al tratar del pacto comisorio. A nuestro juicio, los inconvenientes que señala a la figura tratada son graves y las soluciones que aporta parecen, más que soluciones simples caminos para hallar la solución. Queda sin matizar la naturaleza del derecho del acreedor sobre la cosa dada a él en garantía. Por otra parte, estimamos que la utilidad que se consigue con la figura —no desplazamiento de la posesión, solidez del acreedor— se podría obtener acudiendo a otro instrumento menos peligroso que la transmisión de la propiedad. Piénsese por ejemplo, en las figuras españolas de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento (Ley de 16 de diciembre de 1954).

La obra, con todo, constituye una valiosa aportación sobre un tema hoy candente.

LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLVEZ

Profesor A. de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla

REVISTAS

A cargo de
BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo
MORALES MORENO, Antonio Manuel

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

NERSON, Roger: *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le Droit civil*, RTDC, año 69, octubre-diciembre 1970, págs. 661 a 683.

El trabajo se sitúa ante los progresos de la ciencia biológica y médica, y desde ahí se coloca como problemática la medida de la influencia en el Derecho civil francés de los progresos de esas ciencias. Tras el análisis referido se pone de manifiesto cómo las técnicas biológicas o médicas han contribuido a la revelación de la verdad en la administración de la prueba, han favorecido una toma de conciencia que ha conducido en el plano jurídico a una valorización del cuerpo humano; mas también se constata en el Derecho francés una gran prudencia en la aplicación de los progresos de la ciencia. Se señalan para concluir los peligros de una "biologización" del Derecho. La biología puede servir de auxiliar al Derecho, pero no de modelo, pues el Derecho debe dominar las técnicas para orientarlas hacia la escala humana.

SMITH, Juan Carlos: *Ser y deber ser*, RDEA, año 13, enero-marzo 1968, páginas 119 a 134.

Frente a la concepción kelseniana en la que la norma es concebida como un esquema de interpretación de la conducta humana, y el deber ser expresado en aquélla, como una categoría trascendental, con cuyo auxilio puede el jurista aprehender el material empírico perceptible, se ofrece en este trabajo el método histórico, como más adecuado al conocimiento jurídico.

2. Derecho de la persona

FORNIER, Ascensión: *Régimen jurídico del menor en la actividad empresarial*, RDEA, año 13, julio-septiembre 1968, págs. 119 a 132.

Se recoge la ponencia presentada a las I Jornadas Hispanoamericanas en torno al Derecho especial del menor. Se insiste fundamentalmente en la capacidad contractual de los menores con proyección al Derecho mercantil. En este terreno gira su problemática en torno a los siguientes epígrafes: El menor,

titular de la empresa; el menor, partícipe de sociedades mercantiles; el menor, colaborador del empresario; la intervención del menor en la actividad publicitaria; el ejercicio de la excepción de la menor edad.

GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: *La teoría del "abuso del Derecho" como principio informador de las "relaciones de vecindad"*, RDEA, año 13, enero-marzo 1968, págs. 35 a 74.

Parte el trabajo de una consideración de las relaciones de vecindad en el mundo actual, tras de la cual expone las principales teorías en orden al límite del ejercicio de los derechos subjetivos determinado por la buena vecindad. La doctrina del "abuso del Derecho" resulta insuficiente para regular por sí misma las "relaciones de vecindad", porque puede que sin intención de perjudicar se cause un perjuicio que debe ser reprimible en las relaciones de vecindad, porque con utilidad propia se puede irrogar un daño.

3. Derechos reales

FUEYO LANERI, Fernando: *La Ley número 16.640, de Chile, sobre reforma agraria, en cuanto afecta a las normas del Derecho común*, RDEA, año 13, julio-septiembre 1968, págs. 27 a 50.

Esta Ley chilena, obra de economistas, sociólogos y políticos, ha alterado una veintena de instituciones jurídicas del Derecho común. El autor del artículo pretende hacer en él una divulgación de la misma.

GURSKY, Karl-Heinz: *Zur sogenannten "Randberichtigung" des § 999 Abs. 1 BGB*. ACP, febrero de 1971, págs. 82 a 93.

Según el parágrafo 999 del BGB, "el poseedor puede exigir indemnización por los gastos de un poseedor anterior, cuyo sucesor jurídico es él, con la misma extensión en que podría exigirla el poseedor anterior si él mismo hubiese de restituir la cosa". De acuerdo con el autor, este derecho del poseedor no está limitado por la posible acción de regreso del último poseedor frente a su causante.

LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Principios orientadores de la concentración parcelaria*, RDEA, año 13, enero-marzo 1968, págs. 145 a 159.

El trabajo estudia los siguientes aspectos: Concentración parcelaria y bien común, concentración parcelaria y justicia social, concentración parcelaria y política de Derecho agrario, concentración parcelaria y estatuto jurídico de la propiedad, concentración parcelaria y política fiscal discriminatoria.

SIMITIS, Konstantin: *Das besitzlose Pfandrecht*, ACP, febrero de 1971, páginas 94 a 154.

Estudio de Derecho comparado sobre el derecho de prenda sin desplaza-

miento como derecho real de garantía apto para atender a las necesidades económicas de una sociedad desarrollada.

4. Obligaciones y contratos

ARENS, Peter: *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen*, ACP octubre de 1970, págs. 392 a 425.

Estudio sobre los problemas derivados de aquellos supuestos de hecho en los que concurren una responsabilidad contractual y una responsabilidad extra contractual.

DIETRICH, Peter: *Die Aufrechnungslage*, ACP, noviembre de 1970, páginas 534 a 553.

Este artículo pretende aclarar los problemas suscitados en torno a la eficacia de la compensación y debidos principalmente a la confusa redacción del párrafo 389 del BGB, de acuerdo con el cual "la compensación da lugar a que los créditos, en la medida que se cubran, valgan como extinguidos en el momento en el cual se enfrentan siendo aptos para la compensación".

INMENGA, Ulrich: *Fehler oder zugesicherte Eigenschaft?*, ACP, febrero de 1971, págs. 1 a 18.

Estudio del párrafo 459 del BGB (responsabilidad del vendedor por vicios y cualidades de la cosa) en relación con el supuesto de compraventa de empresa.

JUNG, Herbert: *Die sogenannte Gesamtursache*, ACP, octubre de 1970, páginas 426 a 436.

Estudio de aquellos supuestos en los que un daño es producido al mismo tiempo por varios sujetos, de manera que la acción de cualquiera de ellos habría sido suficiente para causar ese mismo daño.

KUPISCH, Berthold: *Konstruktionsprobleme der Wandlung im BGB*, ACP, noviembre de 1970, págs. 479 a 501.

Se trata de determinar la naturaleza de la acción redhibitoria: ¿es una acción dirigida directamente a obtener la devolución del precio o, por el contrario, va dirigida sólo a la resolución del contrato, lo que implicará como consecuencia una acción dirigida a obtener dicha devolución? El autor opta por la primera construcción.

LORENZ, Werner: *Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung*, ACP, octubre de 1970, págs. 367 a 391.

El autor parte de la postura adoptada en los últimos años por el Tribunal Supremo alemán (Bundergerichtshof), tendente a presumir la culpa de los fabri-

cantes en los supuestos de daños sufridos por los consumidores al usar productos defectuosos. Se trata, pues, de un estudio sobre la carga de la prueba en este campo de la responsabilidad.

MEINCKE, Jens Peter: *Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag*, ACP, febrero de 1971, págs. 19 a 43.

Estudio sobre la imposibilidad sobrevenida en los contratos bilaterales, dividido en dos partes, en las que se analizan las consecuencias de la imposibilidad en la obligación afectada por la misma, así como en la obligación de contraprestación que recae sobre la otra parte contratante.

PECHER, Hans Peter: *Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert*, ACP, febrero de 1971, págs. 44 a 81.

Estudio sobre el valor patrimonial de la reparación debida por daños causados en bienes no patrimoniales de la persona.

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *El concepto de obligación: Especial referencia al deber jurídico*, RDEA, año 13, julio-septiembre 1968, págs. 11 a 26.

Se inicia con una consideración del Derecho de obligaciones en la sistemática del Derecho civil, consideración a la que sigue una exposición sobre la obligación, evolución histórica y estudio y crítica del Código civil español y del panameño.

SCHMIDT, Eike: *Zur Dogmatik des § 278 BGB*, ACP, noviembre de 1970, págs. 502 a 533.

El trabajo se divide en tres apartados. Los dos primeros se ocupan de la responsabilidad derivada de la actuación de aquellas personas de quienes el deudor pueda servirse para cumplir y de la responsabilidad derivada de la actuación del representante del deudor. El último examina críticamente el proyecto de modificación del § 831 (que se ocupa de supuestos análogos en el campo de la responsabilidad extracontractual).

5. Derecho de la familia

SAUJOT Colette: *Le fondement des récompenses*, RTDC, año 59, octubre-diciembre 1970, págs. 661 a 706.

Después de la promulgación de la Ley francesa de 13 de julio de 1965 han sido modificados profundamente los regímenes matrimoniales por lo que respecta al reparto de poderes entre los esposos, pero quedan subsistentes tres

masas patrimoniales, propias y de la comunidad, entre las cuales hay una intercomunicación durante el matrimonio, que sigue haciendo necesaria la aplicación, en el momento de su disolución, de un sistema de indemnizaciones recíprocas, al que tradicionalmente se ha denominado "recompensas". Se indaga con proyección histórica y actual el fundamento de las "recompensas", rechazando el autor su construcción sobre la base de la técnica del enriquecimiento sin causa.

ZANNONI, Eduardo Antonio: *El régimen del concubinato en el anteproyecto del Código civil paraguayo de 1964*, RDEA, año 13, abril-junio 1968, págs. 43 a 89.

Se inicia el trabajo con una exposición en torno al concubinato en América latina. En la segunda parte se analiza el Anteproyecto de Código civil paraguayo de 1964. Este texto caracteriza al mismo como "unión de hecho concertada entre un hombre y una mujer exentos de los impedimentos de los artículos 142, incisos I, II y III, y 143 para contraer legítimas nupcias, con el fin de vivir juntos, bajo un mismo techo, compartir la misma mesa y lecho, procrear, alimentar, educar a los hijos habidos de su unión y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de cinco años, siempre que ellos hubieran fundado un hogar y que ambos se hayan tratado como tales ante sus parientes y relaciones sociales" (art. 281). La legitimación de este tipo de uniones en el Anteproyecto exige una previa homologación (voluntaria o contenciosa), que determina la equiparación, en cuanto a los efectos personales, al matrimonio en legítimas nupcias; en el aspecto patrimonial quedan sometidos al régimen de separación de bienes. El concubinato determina, asimismo, presunción de paternidad y vocación hereditaria. Se extingue por mutuo consentimiento, ausencia inmotivada del hogar por más de un año y celebración del matrimonio por cualquiera de los concubinos.

6. Derecho de sucesiones

FONT BOIX, Vicente: *El usufructo de disposición y el fideicomiso de residuo*. RDEA, año 13, enero-marzo 1968, págs. 75 a 99.

Estas dos figuras se presentan como figuras paralelas por cumplir funciones económicosociales, en principio, iguales. Desde esta consideración previa el autor estudia cada una de ellas por separado, destacando su historia y naturaleza jurídica, y concluye con la exposición de las analogías y diferencias entre las mismas. A esto añade una lista bibliográfica.

En cuanto a la calificación del usufructo de disposición se entiende que no hay usufructo cuando se dispensa de la restitución. El fideicomiso de residuo se califica de sustitución fideicomisaria; el fideicomisario de residuo es un verdadero heredero.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades

SIMONETTO, Ernesto: *Il lucro dell'impresa cooperativa: utile e risparmi spesa*, Rivista della Società, marzo-abril de 1970, págs. 237-279.

El autor estudia en primer lugar la viabilidad legal de configurar a la cooperativa como una entidad destinada a producir lucro. A continuación se ocupa de la naturaleza de ese lucro y del papel que puede jugar ese lucro en la causa de la cooperativa.

ARENA, Andrea: *Contributo allo studio dell'invalidità del contratto civile e della sopravvivenza della società*, Rivista delle Società, marzo-abril de 1970, págs. 280-290.

La nulidad del contrato de sociedad no produce al tiempo la nulidad de esta última. Es preciso distinguir entre el contrato y su objeto. En aquél la nulidad (absoluta o relativa) tiene eficacia *ex tunc*; en cambio en éste, la sociedad, la invalidez tiene eficacia *ex nunc*.

BUONOCORE, Vincenzo: *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, Rivista delle Società, marzo-abril de 1970, págs. 291-326.

El autor estudia las diversas formas de obstruccionismo practicables por los accionistas en las asambleas de la sociedad, así como su licitud. También se atiende a la naturaleza, caracteres y límites del derecho de discusión de los accionistas.

3. Cosas mercantiles

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *El modelo de utilidad y sus diferencias con la patente de invención*, RDEA, año 13, abril-junio 1968, págs. 113 a 127.

Entre el invento y las llamadas novedades de forma existe una zona indefensa, el pequeño invento, en el cual la protección se pretende, no simplemente para una forma, sin más, sino para una forma con cierta novedad o mejora en el aspecto técnico, aunque carezca de altura inventiva. Las legislaciones han adoptado frente al problema de la protección del pequeño invento cuatro posturas, que se desenvuelven por el autor. Tras esta exposición estudia el problema en el Derecho español.

V. DERECHO PROCESAL

2. Procesos especiales

SOTO NIETO, Francisco: *Excepción de falta de reclamación previa en la vía gubernativa*, RDEA, año 13, abril-junio 1968, págs. 91 a 111.

La excepción dilatoria considerada (artículo 533, n. 7 LEC), por su finalidad se asimila al acto de conciliación, según se destaca por la jurisprudencia. Esta aproximación es sometida a examen por el autor en sus últimas consecuencias. Se consideran además las disposiciones legales que prescriben y regulan la reclamación previa administrativa y la imposibilidad de recurso de casación por infracción de ley fundada en la desestimación de la excepción.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

- 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.
 ODA = 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. Zeinschrift 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 (Hamburgo).
MLR = The Modern Law Review (Londres).
NC = The North Carolina Law Review.
NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
NR = Nuestra Revista (Madrid).
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, 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 = Rivista 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 Derecho e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDL = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMS = 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 (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (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 (Berlin).
 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 (Paris).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 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 = Svansti Juristtdning (Estocolmo).
 T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
 ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

- 1. PROPIEDAD HORIZONTAL.—1. Reglas de comunidad otorgadas por los promotores, únicos titulares registrales, sin el consentimiento de los actuales dueños de pisos.—2. Aprovechamiento exclusivo por un copropietario de todo o parte de un elemento común.—3. Instalación de salas de fiesta, clubs de baile y similares. (Sentencia de 2 de junio de 1970.)**

Los propietarios, promotores de la construcción de un edificio sobre un solar que les corresponde, otorgan ventas de distintos pisos del referido edificio, en favor de diversas personas, en documentos privados. Después de estas ventas, los promotores, por sí solos y sin conocimiento de dichos compradores, otorgan escritura pública de obra nueva y división de casa por pisos, sin estatutos, pero completando la descripción de un local de la planta baja en el sentido de que el dueño del mismo queda facultado para dotar a dicho local de una instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire, con los elementos precisos para ello, y especialmente para la colocación de la torre de enfriamiento y de recuperación de agua, que habría de ser situada en la terraza general del inmueble, sobre la vivienda del portero y en debidas condiciones.

Tal derecho no figuraba en el proyecto de construcción del edificio.

Con posterioridad a la escritura de división de casa por pisos, pero antes de su inscripción en el Registro de la Propiedad, se inicia el otorgamiento de las escrituras públicas de compraventa de los pisos y locales, quedando probado, al parecer, que bastantes de ellas se otorgan antes que la correspondiente al local a que se refiere el litigio.

Las ventas se otorgan libres de cargas y gravámenes y con cuantos derechos les son inherentes y accesorios, particularmente los que les corresponden sobre los elementos comunes, y sin mencionar las facultades que en la escritura de división se referían al describir el local antes mencionado, si bien en las escrituras públicas de compraventa se contiene una cláusula por la que el comprador declara conocer la escritura de división horizontal y presta su conformidad a la misma, pero no resulta probado que *todos* los compradores ratificaran dicha escritura de división de casa por pisos.

Otorgada la escritura pública de compraventa del local a que se refiere el pleito, se solicita autorización de la comunidad de propietarios del edificio para la instalación del sistema de refrigeración antes aludido. La Junta de propietarios niega la autorización en las dos reuniones que al efecto celebró en fechas distintas (13 de noviembre de 1967 y 5 de diciembre de 1967) para tratar de esta cuestión, aunque con quorum de votación en contra distinto en una y otra junta, en la última de las cuales se prohibió, además, que en

los locales comerciales se instalasen salas de fiesta, clubs de baile, música y similares.

El dueño del local a que nos venimos refiriendo demanda a la comunidad, suplicando, entre otras cosas, se declare el derecho del mismo a la mencionada instalación y la nulidad de los acuerdos de la comunidad.

El Juzgado de primera instancia estima la demanda.

Apelada por la comunidad, la Audiencia revoca la sentencia.

Interpuesto recurso de casación por el dueño del local afectado, el Tribunal Supremo da lugar a él, fallando en la segunda sentencia "que revocando en parte y en parte confirmando la sentencia que con fecha 17 de diciembre de 1968 dictó el Juzgado de primera instancia núm. 8 de esta capital y estimando parcialmente la demanda... debemos declarar y declaramos nulo e inválido el acuerdo de dicha comunidad, adoptado en la Junta que tuvo lugar el día 5 de diciembre de 1967, mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la referida finca la instalación de salas de fiesta, clubs de baile, música y similares. Desestimamos las restantes pretensiones formuladas en la demanda y absolvemos de las mismas a la parte demandada, sin hacer expresa condena de las costas causadas en ambas instancias".

En sus Considerandos, dice la Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que entre los fundamentos que sirven de base al fallo desestimatorio de los tres primeros pedimentos de la demanda, sienta la sentencia recurrida que la facultad reservada al accionante para colocar en la terraza general del inmueble, sobre la vivienda del portero, una torre de enfriamiento y de recuperación de agua para la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire en el local de su propiedad, ni encaja en la hipótesis prevista en el artículo 394 del Código civil, ni puede perjudicar, supuesta su naturaleza real, a los demás copropietarios de la casa al amparo del principio de fe pública registral, debido a que para ello habría de haberse hecho constar este gravamen en cada una de las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, y no se hizo así."

"CONSIDERANDO: Que el recurrente no impugna que, caso de constituir un gravamen, debería haberse hecho constar la facultad de elevar la torre susodicha en cada una de las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes, sino que ataca aquellos fundamentos de la sentencia recurrida por estimar que tal facultad no es más que una de las varias que integran el contenido de su derecho de dominio, una simple concreción o especialización de la de servirse de las cosas comunes, reconocida a cada partícipe por el artículo 394 del Código civil, pero no una servidumbre o derecho real limitativo, afectado por lo dispuesto en el artículo trece de la Ley Hipotecaria, ataque que concreta en los motivos tercero y cuarto, en relación con lo razonado en el que articula bajo el ordinal segundo."

"CONSIDERANDO: Que esta impugnación no merece ser acogida, porque si bien es verdad que la repetida facultad, vista como tal, esto es, desde el lado activo, constituye una parte integrante de las que forman el contenido de su complejo derecho de propiedad, siquiera se proyecta únicamente sobre

uno de los elementos comunes del edificio, no lo es menos que excede de la que para servirse de las cosas comunes concede a los partícipes el citado artículo 394, ya que, como viene a reconocer el propio recurrente en el motivo segundo, entraña un “derecho real” (sic) sobre parte concreta de una cosa corporal, específica y determinada, con el consiguiente poder de exclusión de los demás partícipes; facultad que vista, no desde el lado de su titular, sino desde el de los demás del inmueble, parcelado horizontalmente, o sea, en el aspecto pasivo, entraña una limitación del contenido normal del dominio que, de no mediar aquélla, correspondería a dichos titulares, por lo que, conforme a lo prevenido en el párrafo primero del artículo trece de la Ley Hipotecaria, para que pudiera surtir efecto contra esos terceros, sería menester que constase en las inscripciones de las fincas sobre que recae, es decir, según la apreciación de la sentencia de instancia, que no por haber sido impugnada por el recurrente está ahora fuera de discusión, en las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes.”

“CONSIDERANDO: Que, esto sentado, han de decaer también los motivos primero, quinto y sexto, en los que se denuncia la infracción por inaplicación de los preceptos relativos a la legislación; artículos primero, párrafo tercero (en relación con el 98 de la Ley y 355 de su Reglamento), y treinta y ocho, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, y a la fe pública registral; artículo 34 de la misma Ley, pues es obvio que una vez suscitada contiendá ante los Tribunales acerca de la eficacia definitiva de los derechos inscritos, la aplicación de aquellos preceptos generales ha de efectuarse en necesaria concordancia con lo dispuesto en el artículo trece, párrafo primero, de esa Ley, el que, como se ha indicado, contiene la exigencia inexcusable de que las limitaciones del dominio han de constar precisamente en las inscripciones de las fincas sobre que recaigan, para poder surtir efectos contra terceros.”

“CONSIDERANDO: Que si bien es antigua doctrina jurisprudencial que cuando la acción se funde en la nulidad de un acto o contrato, lo primero que debe pedirse es la declaración de nulidad, previo llamamiento de todos los interesados, esta doctrina es inaplicable al caso de autos, dado que, como también tiene proclamada esta Sala, en la sentencia de 11 de junio de 1897, no se infringe aquella doctrina cuando para decidir la cuestión litigiosa no hay necesidad de dictar resolución concreta sobre la validez o nulidad de contratos o actuaciones, supuesto que se da en el presente caso, cual se advierte de la simple lectura de los precedentes considerandos, razón que impide acoger el motivo séptimo, que denuncia la violación, por no aplicación, de lo dispuesto en los artículos 1.091, 1.255, 1.256, 1.258, 1.278 y 1.300 del Código civil, en relación con la doctrina legal al principio aludida, así como el motivo octavo, que acusa la infracción por aplicación indebida de lo prevenido en el artículo quinto, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, acusación que indudablemente se formula sobre la base hipotética de la estimación del motivo anterior.”

“CONSIDERANDO: Que al declararse probado en el apartado c) del cuarto considerando de la sentencia recurrida que el día once de octubre de 1967, fecha en que fue vendido al actor el local número tres, todos los demás pisos pertenecían en propiedad a personas distintas de las que vendieron dicho

local, quienes los habían adquirido, según sus propios títulos, libres de cargas y sin que en ninguno de ellos se hiciese constar la discutida facultad que se reservó el dueño del local aludido, no se afirma ni ello puede deducirse tampoco del texto del mencionado considerando, que los "títulos" a que se refiere sean las escrituras públicas de venta de los pisos, por lo que carece de viabilidad el motivo decimotercero, en el que, a base de algunos de dichos instrumentos públicos, trata de demostrarse que los mismos no se habían otorgado en aquella fecha y que en ellos se prestó conformidad por los adquirentes, si no de modo directo, sí "per relationem", a la reserva de la tan repetida facultad al hoy impugnante, motivo que tiene que perecer igualmente en cuanto además se propone demostrar que la suma de las cuotas de propiedad consignadas en dichas escrituras asciende al veintiuno, treinta y cinco por ciento, y que esta cantidad ha de deducirse de sesenta y tres, cero seis por ciento de las cuotas de los dueños que en la junta que cita votaron en contra de la instalación de la torre de refrigeración, toda vez que no es cierto que la suma de aquellas cuotas asciende al veintiuno, treinta y cinco por ciento, ni en la sentencia recurrida ni en los documentos invocados consta, como sería menester, que todos los adquirentes de los pisos mencionados votaron en contra de la tantas veces repetida instalación; razones por las cuales ha de ser igualmente desestimado el motivo decimocuarto y último, cuyo éxito está basado en la estimación del anterior, a lo que todavía podría agregarse que, en todo caso, la conformidad prestada por esos compradores de ciertos pisos no sería suficiente para purificar al título constitutivo de la propiedad horizontal del vicio opuesto por la parte demandada, puesto que para ello sería preciso que la pretendida ratificación hubiera sido unánime."

"CONSIDERANDO: Que, en virtud de todo lo que hasta aquí ha sido expuesto, resulta innecesario examinar los demás motivos del recurso en cuanto puedan hacer referencia a la desestimación por el Tribunal "a quo" de los tres primeros pedimentos de la demanda, ya que, al rechazarse los otros motivos, subsisten fundamentos bastantes para servir de soporte al fallo desestimatorio de dichos pedimentos, pero si deben tomarse en consideración los motivos noveno y decimosegundo en cuanto impugnan el pronunciamiento del mismo fallo que rechaza el cuarto pedimento de la demanda, relativo a la declaración de nulidad e invalidez del acuerdo de la comunidad de propietarios mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la finca la instalación de salas de fiesta, clubs de baile, músicas y similares, motivos que merecen ser acogidos habida cuenta que no conteniendo el título constitutivo de la propiedad horizontal de la casa de autos regla estatutaria alguna sobre el destino que podría darse a los locales comerciales, el acuerdo combatido implica una modificación de aquel título y el establecimiento de una regla de tal clase para cuya validez se requiere la unanimidad, conforme al artículo 16, norma primera, en relación con el artículo quinto, párrafos tercero y cuarto, de la citada Ley de Propiedad Horizontal, con lo que de ningún modo se quiere decir que los ocupantes de esos locales gocen de la más omnímoda libertad para dedicarles a las actividades indicadas u otras que resulten dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, sino que únicamente en estos supuestos quedará restringida esa li-

bertad, en virtud de la prohibición sostenida en el artículo séptimo, párrafo tercero, de la misma Ley, que si resultare efectivamente infringida, podrá dar lugar a la aplicación de lo estatuido en el siguiente artículo 19.”

“CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede declarar haber lugar al recurso, sin hacer especial imposición de costas.”

El problema fundamental de entre los que aborda la sentencia que comentamos es el relativo a los consentimientos precisos para otorgar unos estatutos o reglas de una comunidad en un edificio cuya propiedad está dividida por pisos. Pero además examina otros problemas no menos interesantes, a algunos de los cuales nos vamos a referir:

1.º *Aprovechamiento por un solo copropietario, en exclusiva, de todo o parte de un elemento común.*—El supuesto aparece en la práctica con mucha frecuencia, generalmente en relación con terrazas o patios cuyo uso o disfrute se reconoce con carácter exclusivo a un solo dueño, quedando los demás excluidos de él.

Cuando el total uso o goce de un elemento común se concede a un solo dueño, con carácter permanente o definitivo, parece lógico pensar que, por ese solo hecho, tal elemento deja de ser común para ser privativo del dueño del piso al que se le concede, aunque éste habrá de ejercitar su derecho sobre el mismo con respeto de las limitaciones que se deriven de su propio destino y de las que resulten en su caso de los estatutos y de la ley. La consecuencia más interesante de esta posición es que la Junta de propietarios no podrá acordar en lo sucesivo nada que perjudique o lesione el derecho del propietario sobre tal elemento. Cualquier modificación del status jurídico del mismo precisaría del consentimiento de dicho dueño.

Este derecho no puede ser calificado de servidumbre por las razones que luego exponremos para el caso de aprovechamiento exclusivo de solo una parte de un elemento común, y con más la consideración de que el uso y disfrute se refiere aquí a la totalidad del elemento conforme a su destino económico (1).

El derecho del propietario sobre ese elemento es análogo al que tiene sobre su propio piso, y si a éste se le califica de propiedad, no vemos inconveniente en admitir que esta propiedad se extienda a ese “anejo” constituido por la terraza o patio cuyo aprovechamiento exclusivo le corresponde. Repito que pese a ello el aprovechamiento debe realizarse dentro de los límites impuestos por el destino de ese elemento o que resulten en su caso de los estatutos o de la Ley. Tampoco excluimos que, pese a ese carácter exclusivo, por tanto privativo, del aprovechamiento del elemento, pueda éste ofrecer alguna parte o aspecto que se le deba considerar común, al igual que en un piso, no obstante ser privativo existen ciertas partes o elementos que tienen carácter común (2).

(1) Véase lo que después exponemos acerca de la servidumbre.

(2) Por ejemplo, el muro medianero en la parte que protege o rodea el propio piso, la parte del suelo, del techo o de las paredes que constituyen la armadura del edificio, etc.

Cuando el aprovechamiento concedido en exclusiva a un copropietario se refiere tan solo a una parte de un elemento común, ¿podría pensarse que ese derecho debe ser calificado como de servidumbre? La contestación a esta pregunta exige que hagamos unas consideraciones previas:

a) *Noción del derecho de servidumbre.*—Del examen de los artículos del Código civil, reguladores de este derecho, puede llegarse a la conclusión de que al atribuir a una persona este especial derecho de servidumbre sobre un predio, se le está atribuyendo una utilidad sobre el mismo. No se trata siempre de un verdadero goce sobre el fundo sirviente, que, por definición, no existe en las servidumbres negativas (3). De ahí que la expresión más conveniente para reflejar el contenido de este derecho sea la de "utilidad", expresión amplia que en algunos casos podrá comprender también el goce (en las servidumbres positivas, y muy claramente en las servidumbres de pastos).

Pero no basta con esta nota de atribución de una utilidad sobre el predio sirviente, ni siquiera que sea parte de la utilidad general que el predio proporciona. Porque esta utilidad, total o parcial, se atribuye también en los derechos reales de goce sobre un predio ajeno, tales como el usufructo, uso o habitación. Lo que matiza a la servidumbre es que la utilidad que la misma atribuye es distinta de la que primordialmente proporciona el predio sirviente conforme a su destino económico. Así esta nota concreta nos servirá para distinguir la comunidad de pastos (cuando el terreno se halle destinado a pastos) de la servidumbre de pastos a favor de una comunidad (cuando la utilidad primordial que el terreno proporcione conforme a su destino económico no sean los pastos). También nos servirá para eliminar del ámbito de la servidumbre el supuesto de tránsito por un terreno destinado en su totalidad al paso: no habrá servidumbre (aun prescindiendo del problema de si los bienes de dominio público pueden ser susceptibles de servidumbre) en el caso del tránsito por calles o plazas públicas; no la habrá en la hipótesis de terreno destinado exclusivamente al tránsito de los copropietarios del mismo (4).

La servidumbre supone siempre una relación entre personas. Es absurdo afirmar que exista aquí una relación entre predios. Las consecuencias de esta posición no podrían mantenerse. Pero además, en nuestro Derecho ni siquiera es necesaria la existencia de dos predios (5). Siempre será necesaria la existencia de un predio sirviente, pero la existencia del predio dominante tan solo es precisa en las servidumbres prediales (6), y aun aquí, aparte de la consideración de la utilidad o ventaja que conectada al predio se atribuye al titular activo, su función, la función del predio dominante, es precisamente la de individualizar a este titular, precisamente por su conexión con tal

(3) Cfr. artículo 533 del Código civil. En estas servidumbres negativas la utilidad entendida en sentido amplio estriba precisamente en la prohibición impuesta al dueño del predio sirviente, que se traduce en un beneficio o ventaja para el titular activo de este derecho.

(4) Véase después el problema, distinto, aunque relacionado, acerca de si cabe constituir servidumbre sobre un predio a favor de un condueño de éste.

(5) Cfr. artículo 531 del Código civil.

(6) Cfr. artículo 530 del Código civil.

predio dominante. Es decir, que así como el titular pasivo de la servidumbre se determina siempre "ob rem", el titular activo puede quedar determinado individualmente (en las servidumbres personales), o por su titularidad sobre una finca (en las servidumbres prediales).

Y en fin, la servidumbre grava una cosa ajena, ajena en el sentido de no pertenecer a su titular (7).

Con estas breves y extractadas notas podemos ya reproducir la definición que en otra ocasión (8) formulamos:

La servidumbre es un derecho real en fundo ajeno que faculta a su titular a obtener del predio gravado una concreta utilidad, distinta de la que primordialmente proporciona éste conforme a su destino económico.

b) *Servidumbre constituida a favor de un copropietario del fundo sirviente.*—El error antes denunciado de considerar a la servidumbre como una relación entre predio y no entre personas, ha llevado a muchos autores a considerar como posible una servidumbre sobre una finca "a favor de otra", cuyo dueño sea a la vez copropietario del fundo sirviente.

Ahora bien, digamos de entrada que aunque es lícito admitir que a un copropietario de un predio se le faculte para percibir de éste una concreta utilidad en forma tal que si de un extraño se tratara, se consideraría como servidumbre, en este caso, no obstante, debe mantenerse la relación en el ámbito propio del condominio. Cuando varios condueños pactan que uno de ellos pueda aprovechar de tal manera el fundo común o percibir del mismo una concreta utilidad, no están constituyendo una servidumbre, sino regulando el aprovechamiento o utilización de la cosa común en la esfera propia del condominio.

La imposibilidad de constituir una servidumbre sobre un predio a favor de un copropietario del mismo, deriva de la esencia misma de este derecho: se trata de un derecho real sobre cosa ajena, y en este caso la finca gravada no es ajena, sino propia (aunque limitado su derecho en la medida en que concurren los derechos de los demás condueños). Por otro lado, en el supuesto que contemplamos concurrirán en la misma persona las cualidades de sujeto activo y sujeto pasivo en el momento de su nacimiento (9).

(7) Cfr. artículos 530 y 531 del Código civil.

(8) En mi obra *La servidumbre predial de paso, en el Derecho civil común español*, Murcia, 1963, pág. 12 y sigs., en donde pueden verse con más detalle las notas características de la misma.

(9) No es obstáculo para nuestra posición la subsistencia de la servidumbre en los casos en que habiéndose constituido a favor de un extraño al predio sirviente, el titular activo adquiere después una cuota en la propiedad del mismo predio. La subsistencia de la servidumbre en este caso deriva conceptualmente de la regla misma de la indivisibilidad de la servidumbre. Como dice BIONDI (*Le servitù prediali nel Diritto Romano*, Milán, 1954, pág. 106), así como para la constitución de la servidumbre se exige el consentimiento positivo de todos los condueños, inversamente para la extinción por confusión se precisa que el propietario haya llegado a ser dueño de todo el fundo. Apartándonos de este aspecto dogmático, la explicación práctica puede hallarse en lo siguiente: Al adquirir el titular activo de la servidumbre una cuota en la propiedad del predio sirviente, su disfrute habría de ser desde entonces a título de condominio, mas para ello precisaría del consentimiento de todos los condueños (cfr. arts. 397

En el Derecho romano se resolvió la cuestión en sentido negativo: un condómino no puede tener servidumbre sobre el predio común, porque, como dice PAULO, "nulli enim res sua servit" (10). Precisamente esta regla, hoy admitida en términos generales (11), se formuló entonces a propósito del supuesto que contemplamos de si un condueño del predio sirviente puede o no ejercitar sobre dicho fundo una facultad a título de servidumbre. La contestación, como se ha visto, fue negativa (12).

Y este mismo criterio debe entenderse aplicable a nuestro Derecho vigente por las razones mismas antes expuestas.

En contra de nuestra tesis no cabe acudir al expediente, que por lo demás sería innecesario, de considerar constituida la servidumbre sobre las cuotas de los demás propietarios, porque la servidumbre recae sobre la entera finca gravada (13); en otras palabras, porque la servidumbre es indivisible. Como dice BIONDI (14) con referencia al Derecho romano, así como es inconcebible que una persona sea en parte esclavo y en parte libre, así también es absurdo que un fundo sea en parte sirviente y en parte libre (15).

Pues bien, en el supuesto de la sentencia que examinamos, fácilmente se deduce de nuestra posición que no se trata de una verdadera servidumbre. Al atribuir al dueño del local el uso y aprovechamiento de una parte de la terraza para una finalidad determinada, puede pensarse en principio que se está regulando el aprovechamiento de una parte común con atribuciones

y 398 del Código civil). Si media este consentimiento, habría entonces una extinción de servidumbre y una simultánea regulación del disfrute o utilidad en parte de la cosa común, pero en tanto no mediara este consentimiento podría subsistir la servidumbre en cuanto aprovechara a su titular.

(10) D. 8,2,26. Dice este fragmento 26: «In re communi nemo dominorum, iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest: neque prohibere, quo minus alter faciat: *nulli enim res sua servit*. Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit: Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat, aut ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest opus tolli». (*Corpus...*, ed. de Gothofredo, Lugduni, 1650, tomo, I, pág. 244).

(11) Cfr. artículos 530 y 531 y 546 n.º 1.º del Código civil.

(12) La regla de subsistencia de la servidumbre en caso de que el titular activo adquiera una cuota en la propiedad del fundo sirviente, se recoge en D. 8,1,8,1: «Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterit». (*Corpus...* edición citada de Gothofredo, tomo I, pág. 238.)

(13) Aunque el lugar de ejercicio puede concretarse sobre parte de ella. En Derecho Romano se recoge la prohibición en el fragmento de PAULO transcrito en la nota anterior: «licet ab initio per partes adquiri non poterit».

(14) Op. cit, pág. 161.

(15) Para una mejor comprensión de este ejemplo véase BRUGI, *Storia letteraria del concetto di servitù prediale dai glossatori all'odierna scuola tedesca*, en *Commentario alle Pandette*, de GLÜCK, Libro VIII, traducido y anotado por BRUGI, Milán, 1900, pág. 16 y sigs., más concretamente en pág. 16, en donde hace referencia a la asimilación de la servidumbre con la esclavitud. Así —dice—, mientras en Roma se produjo una asimilación de las servidumbres personales (usufructo, uso, etc.) a las prediales, la sistemática de los glosadores y postglosadores va más allá, y sitúa las prediales a nivel de la esclavitud y de los otros vínculos sobre la persona. En las *leges reg. Hisp. Lib. XXXI*, parte III, in princ., se dirá, por ejemplo, que los edificios tienen servidumbre los unos sobre los otros, y las heredades las unas sobre las otras. como los señores sobre sus siervos...».

específicas a uno de los condóminos que en el caso de comunidad exceden del ámbito del artículo 394 y, por supuesto, del 398 del Código civil, para encajar en el 397, por lo que tal atribución exigiría el consentimiento de todos los partícipes. Es más, si tal aprovechamiento de esa parte de un elemento común se atribuye con exclusividad a uno de los condueños, propiamente lo que se está otorgando es una división de ese elemento común, o mejor dicho, en otros términos, se está excluyendo de la comunidad esa parte de terraza, que en tal parte deja de ser común en cuanto su utilización corresponde exclusivamente a uno de los condueños (16). En todo caso, será necesario el consentimiento de todos los condueños por imperativo de lo dispuesto en los artículos 5.º, párrafos tercero y cuarto; 7.º, párrafos segundo y once, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y, en su caso, por el juego de los artículos invocados del Código civil, más concretamente del artículo 397.

El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, no califica, al menos decididamente, como servidumbre el supuesto examinado. En el tercero de sus Considerandos reconoce expresamente que tal facultad “desde el lado activo constituye una parte integrante de las que forman el contenido de su complejo derecho de propiedad”, y desde el lado pasivo “entraña una limitación del contenido normal del dominio que, de no mediar aquélla, correspondería a dichos titulares”. Parece, pues, que en definitiva considera tal facultad como un derecho real limitativo del dominio (17).

Por nuestra parte nos parece mejor calificar ese derecho del dueño de la planta baja como de “anejo” a su local, uno de esos “anejos” a que se refiere el artículo 5.º, párrafo primero, inciso último, de la Ley de Propiedad Horizontal. De no aceptar esta conclusión, cabría entender que se trata de una regulación especial del aprovechamiento de ese elemento común, dentro de las normas de la comunidad, pero que en ningún caso constituye servidumbre.

2.º *En qué forma debe hacerse constar registralmente la facultad concedida al dueño de la planta baja.*—El Tribunal Supremo parece aceptar que la forma de hacer constar las facultades concedidas exclusivamente al dueño de la planta baja es la que tiene su cauce legal en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, de ser así, y puesto que las presuntas limitaciones que entrañan las facultades concedidas, afectan a un elemento común, pero no a los pisos privativos, debería bastar que en la descripción del edificio en su conjunto contenida en la escritura de declaración de obra nueva y configuración del edificio en régimen de propiedad horizontal, se hiciese la oportuna constatación, sin que luego fuese preciso que se contuviese en todas y cada una de las descripciones de los pisos.

Es más, no debería entenderse el precepto con tal rigidez que exigiera su constancia formal acto seguido o dentro de la descripción del edificio en

(16) Véanse los problemas del aprovechamiento «por espacios» de una cosa común en mi obra *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1966, pág. 33 y sigs.

(17) Pero ¿limitativo también del propio dominio? porque si se entiende que es común esa parte de terraza atribuida a un condueño en aprovechamiento exclusivo, también es propia del titular de este derecho.

su conjunto. La escritura y la inscripción forman un todo y deben cada una de ellas ser interpretadas en su conjunto. Y lo cierto es que en tal escritura, y en tal inscripción de la misma (en ésta directamente o por remisión a las hojas registrales de los diferentes pisos) se contenía expresamente la facultad exclusiva atribuida al dueño de la planta baja.

El supuesto de propiedad horizontal presenta características registrales distintas de los casos generales que contempla el artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal, y esas características dimanar de la existencia de una hoja registral en la que se contiene la descripción del edificio en su conjunto, y la de los diferentes pisos, bien directamente o por referencia, y las reglas del título y de los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de la propiedad horizontal, todo ello con independencia de la existencia en su caso, y además de las hojas registrales abiertas a cada piso, pero que permitirá dar cumplimiento en algunos casos a la exigencia del artículo 13 de la Ley Hipotecaria con la sola inscripción en la hoja registral del edificio.

Realmente cabe distinguir tres hipótesis:

a) Derecho sobre un piso privativo. Deberá constar en la hoja registral de éste, si la tiene abierta, y en otro caso en la general del edificio.

b) Derecho sobre un elemento común. Deberá constar en la hoja registral del edificio en su conjunto, porque es a éste al que afecta.

c) Anejo correspondiente a un piso privativo. Deberá constar en la descripción de este piso, y por tanto en la hoja registral de éste si la tiene abierta, y en otro caso en la general del edificio.

Parece, pues, que si en el caso contemplado por la sentencia se entendiera que la facultad atribuida constituye una limitación afectante a un elemento común deberíamos seguir el criterio apuntado sub b).

Recuérdese que en la actualidad el piso puede figurar inscrito en hoja especial y separada, pero que esto no es necesario. Y cuando no se halle inscrito en hoja especial y separada, los derechos reales, incluso los que afecten a un piso privativo, se inscribirán en la hoja registral del edificio en su conjunto. Así resulta de los artículos 8, números cuarto y quinto, y 107, undécimo, de la Ley Hipotecaria, después de su reforma por la Ley de Propiedad Horizontal. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 1966, expresamente admite la constitución de una hipoteca sobre un piso que figura inscrito en la hoja general del edificio, pero no en hoja especial y separada.

Naturalmente que si admitimos que la facultad atribuida constituye un anejo del local, nos hallaríamos en la hipótesis sub c), y en relación con el caso contemplado las dificultades, al menos de orden registral, se desvanecerían.

3.º *Quiénes deben otorgar la facultad de aprovechamiento exclusivo de parte de la terraza.*—Desde el punto de vista sustantivo civil es éste el problema fundamental en el caso debatido. Porque cualquiera que sea la configuración doctrinal de la facultad concedida de entre las antes expuestas, siempre llegaremos a la misma conclusión: la necesidad del consentimiento de todos los propietarios para que pueda ser concedida.

En el supuesto de la sentencia, la escritura de configuración del edificio en

régimen de propiedad horizontal fue otorgada sólo por los entonces titulares registrales, pero no por *todos los dueños* que lo eran ya en esa fecha (porque pese a haberse otorgado las compraventas en documentos privados, los compradores, al menos algunos de ellos, habían tomado posesión de sus respectivos pisos).

El problema es muy interesante en la práctica porque muy frecuentemente, unas veces por el afán de vender más pisos, otras, quizá las más, de buena fe, es lo cierto que a veces en los documentos privados de venta que firman los promotores se silencian las limitaciones que luego aparecen en los Estatutos o de algún modo en la escritura de división de casas por pisos. No es de extrañar que el comprador que adquirió un piso con la participación correspondiente en los elementos comunes, sin limitación alguna pactada, rechace luego las que el promotor pretende imponer por sí solo en una regulación voluntaria de la propiedad horizontal otorgada por la sola voluntad del mismo.

En principio puede aparecer una cierta discordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral. En el Registro aparece como único dueño el promotor, por lo que el Registrador exigirá el consentimiento de éste, y sólo de éste, para que la división por pisos del edificio construido pueda inscribirse. Pero lo cierto es que cuando el titular registral ha vendido y transferido previamente algún piso, desde el punto de vista sustantivo civil, yo no es él el único dueño y deben concurrir al otorgamiento de la referida escritura de división de casas por pisos, o deben prestar su consentimiento en documento separado todos los ya dueños de los diferentes pisos o locales del edificio. A este problema se refiere el sexto Considerando de la sentencia que estudiamos.

Si el titular otorga la escritura de división de casa por pisos por sí solo y al hacerlo se ajusta en todo a lo pactado en los documentos privados o públicos de venta, no habrá problemas, pero si no es así, los propietarios perjudicados podrán o impugnar las reglas que el promotor pretenda unilateralmente imponer, o simplemente desconocerlas, como en el caso de la sentencia.

En caso de impugnación, la nulidad que en este caso se pretenda declarar y habría de conseguirse será parcial por regla general, con referencia tan sólo a la cláusula que se aparta de lo pactado en perjuicio de los compradores.

Y ello porque cabe entender que en los contratos previos de compraventa se encierra normalmente un mandato tácito (18) de los compradores a favor del vendedor o vendedores titulares registrales, para que por éstos se otorgue la correspondiente escritura de división de la casa por pisos, ya que con ésta y su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad se facilitará

(18) Recuérdese que el calificativo de «expreso» a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.713 del Código civil, se contrapone al de «general», es decir, que «expreso» es en dicho artículo equivalente a «especial», pero no debe confundirse esta clasificación que contrapone el mandato general al expreso en sentido de especial, con la otra clasificación que se refiere no al contenido de las facultades concedidas, sino a la manera en que el consentimiento se ha dado; es decir, a la clasificación entre mandato expreso y tácito. A la primera clasificación se refiere el artículo 1.712, y a la segunda el 1.710 (cfr. SS. del Tribunal Supremo entre otras de 13 de junio de 1944 y 7 de julio de 1944). Y ambas clasificaciones son compatibles (cfr. la citada Sentencia de 13 de junio de 1944), de suerte que un mandato expreso en el sentido del artículo 1.713 puede ser tácito en el sentido del artículo 1.710.

su propia documentación o en todo caso la inscripción de su propio piso, con las menores molestias posibles. Si el titular registral se ajusta a este mandato no habrá problemas. Pero si se aparta de él, si se aparta de lo pactado, habrá que entender que en cuanto se haya apartado o excedido de los límites de lo pactado, no vincula a los mandantes compradores (19).

De lo expuesto se deduce la importancia que para los promotores tiene incluir en los documentos privados o públicos de compraventa de pisos que otorguen antes de la escritura de división horizontal, las oportunas cláusulas que contengan las limitaciones o pactos que luego hayan de insertarse en dicha escritura de división que en su caso otorguen por sí solos.

4.º *Fe pública registral y limitaciones impuestas unilateralmente por el promotor.*—En el caso de la sentencia, ¿cabía alegar en favor del dueño del local la protección del principio de la fe pública registral al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria? La sentencia contesta negativamente en el cuarto Considerando por estimar que la aplicación de dicho artículo 34 (y de otros que cita) cuando se suscita contienda ante los Tribunales acerca de la eficacia necesaria definitiva de los derechos inscritos, ha de efectuarse en necesaria concordancia con lo dispuesto en el artículo 13, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria, que exige que las limitaciones del dominio han de constar precisamente en las inscripciones de las fincas sobre que recaigan para que puedan surtir efectos contra terceros.

Sin embargo, esta fundamentación legal es más que dudosa para el presente caso si se aceptan las argumentaciones que sostenemos y que hemos expuesto en el apartado 2.º del estudio de esta sentencia.

Podría, no obstante, llegarse a la misma conclusión:

Si al otorgarse la escritura pública de compraventa del local de la planta baja no estaba inscrita la escritura de división de casas por pisos, ya que entrando en juego el artículo 1.462 del Código civil la adquisición se habrá producido seguramente con el otorgamiento de la misma escritura de compraventa, y es a este momento al que hay que referir la regla del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que exige como requisito para su aplicación que el tercero adquiera de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo (20).

Si el comprador de dicho local no hubiese inscrito su derecho, porque esta inscripción es exigida en el citado artículo 34 como requisito para la protección de la fe pública registral.

Si el comprador hubiese tenido conocimiento de que otras personas habían comprado y adquirido pisos o locales en el edificio con anterioridad a la fecha de la escritura de división de casas por pisos, porque en este caso carecería de buena fe, requisito indispensable para gozar de los beneficios del referido artículo 34.

En suma, no cabe invocar la fe pública registral, obvio es decirlo, cuando falten algunos de los requisitos legales exigidos para que la misma despliegue

(19) Cfr. artículos 1.714 y 1.727, párrafo 2.º.

(20) En contra MOLINA RAVELLO (*Comprensión de la fe pública registral*, en *Rev. Crít. de Dch. Inmob.* 1948, pág. 772, y SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, pág. 382.

su eficacia. Pero concurriendo todos los requisitos, no vemos otra alternativa que la de aplicar dicho artículo 34 con todas sus consecuencias.

5.º *Instalación de salas de fiestas, clubs de baile y similares en un local de un edificio en régimen de propiedad horizontal.*—De no prohibirse en el título constitutivo de la propiedad horizontal, y este es el caso contemplado, no cabe luego acordar su prohibición si no es con los requisitos propios de la modificación de aquel título, requisitos que no concurren aquí, y así lo reconoce el Tribunal Supremo en el penúltimo de los Considerandos de la sentencia que estudiamos.

Y no es que haya de ser necesaria una expresa prohibición. Bastaría que se dedujera del destino que conforme al título constitutivo de la propiedad horizontal (o estatutos) habrían de tener los distintos pisos o locales. Así, un piso destinado a vivienda no podría dedicarse a sala de fiestas, ni un local destinado a una clase específica de actividad comercial distinta a la de sala de fiestas podría dedicarse luego a esta actividad, sin los requisitos propios de la modificación del título.

Por otro lado, el Tribunal Supremo viene a reconocer implícitamente en el citado Considerando que no puede afirmarse que la sala de fiestas o el club de baile sea intrínsecamente inmoral, dañoso o peligroso, aunque muy bien se cuida de advertir que si, efectivamente, las actividades que luego en la práctica se desarrollaran en dicha sala de fiestas o club de baile fueran inmorales, dañosas o peligrosas, quedaría restringida la libertad que en otro caso tendría el propietario, de conformidad con la regla del artículo 7.º, párrafo 3.º de la Ley de propiedad horizontal, con posible aplicación de lo estatuido en el artículo 19 de dicha Ley.

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

2. La Ley sobre venta de bienes muebles a plazos y su registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1970).

RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ - CANO

El caso de que se ocupa esta Sentencia es el siguiente. En 1966 CRECOM, S. A. presta a don Ricardo 1.127.000 pesetas para que compre a don Aníbal el camión Pegaso M. 701359 placa verde y M. 542394 matrícula definitiva. La devolución se fragmenta en 24 plazos mensuales y se facilita con la aceptación de letras de cambio. Se trata de un préstamo de financiación a comprador regulado por la Ley de 17-VII-1965 sobre venta de bienes muebles a plazos (artículo 3.º, párrafo 2.º). El contrato se extiende en impreso oficial (Modelo B, aprobado por Resolución de 14-XII-1966 de la Dirección General de los Registros y del Notariado) y se inscribe en el Registro de ventas a plazos de bienes muebles (Orden del Ministerio de Justicia de 8-VII-1966) para acogerse a la protección que brinda dicho Registro a la cláusula de reserva de dominio pactada a favor de los vendedores o de los financiadores (oponibilidad a tercero —artículo 23 de la Ley de 1965—). Al producirse el impago de la segunda letra, CRECOM, S. A. procede al embargo del camión. Pero este se encuentra en poder de don José, quien lo había comprado en 1967 a don Aníbal (segunda compraventa) por el precio de 960.000 pesetas, causándose por la Jefatura de Tráfico de Madrid las oportunas inscripciones. Por ello, don José interpone una demanda de tercería de dominio, solicitando el levantamiento del embargo.

El Juez de primera instancia desestima la demanda de tercería. La Audiencia revoca la sentencia apelada y estima la demanda de tercería. El recurso de casación interpuesto por CRECOM, S. A. se basa fundamentalmente en la infracción del artículo 20 de la Orden de 1966 (desarrollo del artículo 23 de la Ley de 1965), cuyo párrafo primero establece que "A todos los efectos legales se presumirá que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado". Lo que, según alega la sociedad recurrente permite oponer la reserva de dominio ingresada en el Registro incluso frente a tercero de buena fe.

El Tribunal Supremo desestima el recurso:

"Considerando que la sentencia recurrida consigna respecto al con-

trato de venta a plazos que se discute que “del conjunto de las pruebas practicadas se acredita que no hubo entrega ni puesta a disposición del comprador del objeto vendido, quien con posterioridad al documento contractual de 6 de octubre de 1966 prescindió de la compra del camión que aquí se debate”, declaraciones que no atacadas al amparo del párrafo 7.º del artículo 1.692 de la Ley, ni por error de hecho ni de derecho, se impone respetarlas y por tal estimar acertada la consecuencia legal a que llega la sentencia de que no se perfeccionó la venta a plazos y que por tal falta de perfección la empresa recurrente que financió la operación no puede acogerse a los beneficios que le conceden las disposiciones citadas en el motivo, que están previstas para los casos de venta perfecta, en que el comprador recibe lo comprado y con ello garantiza la financiación, pero si en el caso de autos el vendedor no entregó al comprador la cosa, como manda el artículo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1965 y reitera el 9.º al decir que sólo quedará perfeccionada la venta cuando el comprador satisfaga al momento de la entrega o puesta a disposición del objeto el desembolso inicial, no puede decirse que existió la venta.

“Considerando que si en el contrato discutido no hubo entrega de la cosa y por tal la venta no se perfeccionó, los derechos del financiador, no independientes sino derivados de la venta que financiaba al amparo de la Ley citada, no quedaron garantidos por la sola inscripción del contrato, que por sí no puede convalidar los actos que por sí no tuvieron existencia legal, y esta falta de derecho le priva de oponerse al poseedor tercerista, lo que obliga a desestimar el motivo único del recurso...”

El resultado a que conduce esta Sentencia es correcto. Pero no se puede afirmar lo mismo con respecto a su fundamentación.

Estimar que no se perfeccionó el primer contrato de compraventa porque no tuvo lugar la entrega del camión supone dar por descontado que dicho contrato de compraventa queda sometido a la Ley de 1965. Sin embargo, esa conclusión es más que dudosa. En efecto, en la financiación de una compraventa a través de comprador, éste adquiere al contado, pagando el precio total inmediatamente, precisamente gracias al dinero que le presta para ello el financiador. El negocio a plazos es únicamente el de préstamo entre financiador y comprador, en tanto en cuanto éste tenga que devolverle a plazos la cantidad recibida. La inclusión de dicho negocio de préstamo a plazos en el ámbito de la Ley de 1965 se debe a que evidentemente cumple la misma función económica que la compraventa a plazos. Pero no parece, atendiendo a los artículos 1.º y 3.º, párrafo 2.º, que ello implique también la inclusión de la compraventa al contado financiada por el préstamo al comprador. Luego dicha compraventa se perfecciona, de acuerdo con el Código civil, por el mero consentimiento de las partes. Vemos pues cómo el fundamento jurídico adoptado por esta sentencia no es muy sólido.

Nos encontramos con un supuesto de doble venta y, de acuerdo con el artículo 1.473 del Código civil, no se puede reconocer la propiedad

del camión a don José (segundo comprador), ya que, aunque es el único comprador que ha tomado posesión del mismo, no parece posible apreciar en él la buena fe exigida por el párrafo 1.º de dicho artículo. En este sentido, conviene indicar que, en principio, resulta difícil aceptar la buena fe del comprador que no ha consultado previamente el Registro de venta a plazos cuando el objeto de su compra es de los incluidos genéricamente en el ámbito de la Ley de 1965. Sin embargo, no creo adecuado recurrir en este caso al artículo 1.473, ya que, si bien han existido dos ventas sobre un mismo objeto, en el momento en que se plantea este conflicto sólo conserva eficacia jurídica la segunda compraventa. En efecto, si atendemos a la conducta de don Ricardo (primer comprador) y a la de don Aníbal (vendedor) parece evidente que, con posterioridad a la perfección del contrato de compraventa, se produjo un desistimiento bilateral con respecto al mismo. Así resulta de los hechos probados: don Ricardo "prescindió de la compra del camión" (da la sensación de que desapareció, puesto que, a pesar de ser demandado también por don José, no compareció y fue declarado rebelde) y don Aníbal no reclamó nada, limitándose a vender de nuevo el camión al cabo de cierto tiempo.

Una vez establecida esta ineficacia de la primera compraventa por renuncia de las partes a su consumación el razonamiento utilizado por el Tribunal Supremo en el segundo Considerando de esta Sentencia es correcto. La inscripción en el Registro no puede convalidar lo nulo o lo inexistente. Al no haberse producido la transmisión de la propiedad a don Ricardo, no podía nacer una reserva de dominio a favor de CRECOM, Sociedad Anónima, aunque así constare en el Registro. Sobre este punto conviene hacer las siguientes observaciones:

1.º Que en realidad, ni siquiera nos encontramos ante una reserva de dominio, a pesar de la terminología de la Ley y de sus normas complementarias. En efecto, el establecimiento de una reserva de dominio a favor del financiador de una compraventa sólo es posible en los préstamos a través del vendedor. En tales casos, el vendedor es quien se reserva el dominio (que figura como cláusula de la compraventa a plazos), cediéndolo después, junto con el crédito sobre el precio restante, al financiador de la operación. Pero en las financiaciones a través de comprador ya hemos señalado que la compraventa es al contado, por lo que no cabe ninguna reserva de dominio por parte del vendedor. La entrega de la cosa es una auténtica tradición de la propiedad sin ningún tipo de gravamen. El financiador es un tercero totalmente ajeno al negocio de compraventa y al de transmisión de la propiedad. Por ello, cuando la Ley habla aquí de reserva de dominio se está refiriendo al efecto propio de esa garantía y no a la figura en cuestión. Se trata pues de una cesión (transmisión de la propiedad) en garantía, que el comprador realiza a favor de su prestamista. Naturalmente, para que dicha transmisión tenga lugar es indispensable que el comprador haya adquirido previamente la propiedad del objeto en cuestión.

2.º En la compraventa financiada a través del comprador la única garantía registral de que el objeto haya sido verdaderamente transmitido

a este último y que consecuentemente se haya producido la cesión en garantía ("reserva de dominio") en favor del prestamista que financia la operación es la declaración de éste (diligencia que consta al final del Modelo oficial de contrato, en la que el financiador declara —se supone que previa comprobación— que se ha consumado la compra a la que destinaba el préstamo por él concedido). Se trata de un procedimiento muy inseguro para garantizar que el Registro corresponde a la realidad jurídica. Un ejemplo ilustrativo nos lo da el caso resuelto por esta Sentencia. El financiador había dado su visto bueno y, sin embargo, la operación había quedado frustrada a mitad de camino. No hay que olvidar que la explicación de semejante contradicción puede radicar no sólo en una conducta negligente del comprador en el momento de comprobar el efectivo cumplimiento del contrato, sino que también puede encontrarse en la conducta de un prestamista que, viéndose engañado por el presunto comprador, decide acogerse a la protección del Registro, creando así la apariencia de que la operación se había llevado a feliz término. De esta forma queda al arbitrio de los particulares el crear trabas artificiales al tráfico de aquellos bienes muebles que puedan quedar sometidos al ámbito de esta legislación especial. Es oportuno recordar que, de acuerdo con el artículo 3.º de la Ley de 16-XII-1954, "la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública". Por otra parte, esta desconexión de la realidad con el Registro de ventas a plazos podría salvarse también, en el caso de los vehículos, mediante una conexión de dicho Registro con la Jefatura Central de Tráfico.

3.º El caso aquí estudiado presenta un supuesto en el que parece haberse infringido las normas existentes sobre la cuantía del desembolso inicial o cantidad del precio total que no podrá ser financiada (artículo 16 de la Ley de 1965 y artículo 5.º del Decreto de 12-V-1966). Basta con considerar que el préstamo de CRECOM, S. A., ascendía a 1.127.000 pesetas, mientras que el precio pagado por el segundo comprador fue de 960.000 pesetas. Sin embargo, el contrato de financiación tuvo acogida en el Registro, ya que "La infracción de las normas legales o reglamentarias sobre el máximo de los tipos o tasas de recargo o sobre la cuantía del desembolso inicial y tiempo máximo para el pago del precio aplazado, son defectos que no entran en la calificación y, por tanto, no impiden el registro del documento" (artículo 10, párrafo 2.º de la Orden de 1966).

4.º Finalmente, creo oportuno apuntar que al dar lugar al embargo del camión en base a la reserva de dominio (ya hemos visto que en realidad se trata de una transmisión de la propiedad en garantía del crédito), se considera que dicha cláusula tiene como efecto el de colocar al crédito del vendedor o al del financiador en una situación de preferencia con respecto al objeto adquirido gracias al uno o al otro de dichos créditos; derecho de preferencia idéntico al que nace del derecho de prenda (Vid. el artículo 19 de la Ley de 1965). El vendedor o el financiador no ejecutan sobre una cosa propia (lo que carece de sentido), sino que ejercen un derecho de prenda sobre una cosa cuya propiedad ha entrado en el patrimonio del comprador desde el momento mismo de su entrega a éste.

II. SENTENCIAS

A cargo de Rodrigo BERCOVITZ, Juan José BERNAL-QUIROS, José M. BURGOS, Juan CADARSO, Juan de Dios DOVAL, Gaudencio ESTEBAN, Gabriel GARCIA CANTERO, Rafael GARCIA VILLAVARDE, Julio GARRIDO, José PERE RALUY, José POVEDA DIAZ, Ricardo RUIZ SERRAMALLERA y Manuel TRENZADO.

DERECHO CIVIL.

I. Parte general.

1. **CONGRUENCIA O INCONGRUENCIA; PRINCIPIO «IURA NOVIT CURIA»:** *Es principio general inspirador de nuestro ordenamiento procesal que la invocación de las normas jurídicas hechas por las partes no vincula al órgano jurisdiccional, por lo que:* a) *los Tribunales pueden basar sus resoluciones en fundamentos distintos;* b) *la aplicación del Derecho incumbe al Tribunal aun sin alegación de la parte;* c) *el respeto a los hechos no impide la actuación del juez en la esfera del Derecho y le permite aplicar las normas que estime procedentes;* d) *el principio «iura novit curia» trata, en realidad de la aplicación de un precepto legal a hechos que resultan del pleito, y e) el juez debe dar la doctrina jurídica en que funda su fallo, pudiendo resolver por razones distintas de las alegadas y rectificando los errores de técnica jurídica en que hubieren incurrido las partes.*

CARGA DE LA PRUEBA: *La de la simulación incumbe a quien la ha alegado.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Un documento del que se deducen hechos contrarios a los que admite la sentencia recurrida no sirve para patentizar el error que se denuncia por haber sido objeto de apreciación por el Tribunal y sólo podría ser atacada su exégesis por la vía pertinente con invocación de los artículos referentes a la interpretación que se juzgasen infringidos y señalando el concepto de la infracción. La demostración del error debe hacerse invocando documentos auténticos, que sin necesidad de deducciones ni hipótesis, contengan la demostración de unos hechos contrarios e incompatibles con los que la sentencia admite como básicos para su tesis. La apreciación conjunta de la prueba no puede ser desvirtuada con la invocación de uno solo de los elementos que la integraron. [S. de 15 de abril de 1969; desestimatoria.]*

2. **NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS:** *El artículo 4.º-1.º del Código civil es aplicable a los supuestos en que la validez o nulidad de los actos procesales resulta de la aplicación o inaplicación de normas extrañas al cuerpo de Derecho material de que aquél forma parte.*

VALOR PROBATORIO DE LA CONFESIÓN: *Hallándose excluida ésta del ámbito de la representación voluntaria y no siendo válida la confesión prestada por un apoderado, aunque lo sea especial, en nombre de una persona física que sea parte en el proceso, no puede hacer prueba contra el representado lo confesado por el representante.*

RELACIÓN LABORAL: *La calidad de trabajador de la persona que intervenga en operaciones de compraventa por cuenta de un empresario no depende sólo de la existencia de los dos requisitos específicos establecidos por el artículo 6.º de la L. C. T. en su párrafo 2.º —que dichas operaciones exijan para su perfección la aprobación de empresario y que el trabajador no quede personalmente obligado a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación— sino que es también esencial que concorra el requisito de la subordinación al empresario del interviniente en tales operaciones manifestada en su sujeción a las instrucciones de aquél.*

RECURSO DE CASACIÓN: *Es causa de desestimación de recurso el no citar la Ley que se supone infringida ni el concepto en que lo haya sido. [S. de 14 de noviembre de 1969; desestimatoria.]*

3. INCUMPLIMIENTO DE LEYES FISCALES: *El incumplimiento de leyes de carácter fiscal no es obstáculo al ejercicio de acciones encaminado a lograr la efectividad de derechos civiles ni puede servir de base a la casación por infracción de ley. [S. 5 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

4. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: FIJACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD: *Es función propia de los Tribunales la de fijar, afirmándolas, cuáles sean las manifestaciones de voluntad constitutivas de los contratos litigiosos, con determinación de su sentido y alcance, según las normas establecidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, interpretación que es atacable en este recurso cuando al hacerla el juzgador incide en equivocación evidente, en contradicción con las reglas que al efecto señalan los anteriores preceptos, que resultan así infringidos, partiendo en todo caso, para la decisión de la cuestión planteada, tanto de la voluntad de los contratantes, como de los hechos que en relación al cumplimiento de las cláusulas contractuales sean declaradas por el Tribunal a quo.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: VALOS DEL TÉRMINO «FINCAS AISLADAS»: CONTEMPLACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE MODO CONJUNTO: *La interpretación gramatical y lógica del juzgador en el sentido de que el valor del término de «quedar las fincas aisladas» no ha de entenderse de modo absoluto de forma que sea cualquiera el medio posible de acceso a las mismas, excluya la aplicación de éste sino refiriéndose a los medios de comunicación ordinarios y análogos a los existentes en el momento del pacto, que hagan a las fincas económicamente utilizables, conforme a su destino agrícola, forestal, o de pastoreo, lejos de poder ser considerado como contrario a la lógica, haciendo así irracional la interpretación, se ajusta a los principios de hermenéutica, que aplica la sentencia, pues de otro modo la simple posibilidad física de acceso, inadecuado, insuficiente y antieconómico conduciría por la simple valoración gramatical de la palabra empleada en una de las cláusulas del*

contrato, a sancionar un perjuicio patente contrario a la voluntad de los contratantes al establecer las cláusulas, que han de contemplarse de modo conjunto para inducir su sentido y alcance.

Sería ilógico que al llevar a efecto la labor interpretativa, se acuda para decidir un extremo al examen conjunto de las cláusulas del contrato, aplicando las normas del artículo 1.285 del Código civil, y se aparte de tal medio interpretativo al fijar el sentido de la cláusula 5.ª, atendiendo ahora el aislado valor gramatical de los términos en ella empleados, con dualidad de criterios que no cabe admitir. [S. de 22 de junio 1968; no ha lugar.]

5. RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: *El omitir el párrafo del artículo 1.692 L. E. C., en que se ampara el motivo, hace inviable el recurso de casación.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *La interpretación de los contratos es, en principio, facultad privativa de los Tribunales de instancia, salvo cuando se evidencie, por el cauce del artículo 1.962-1.º L. E. C., que infringe notoriamente alguna de las normas sobre hermenéutica legal o se demuestre, en la forma establecida en el artículo 1.692-1.º L. E. C., el error del juzgador al fijar los hechos en que la interpretación se apoya. Esta interpretación, siempre que sea racional, ha de aceptarse en casación, aun cuando cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud.*

VENTA CON EXCLUSIVA: *Lo que en el argot comercial de comisionistas y exclusivistas se denomina impropiaemente «comisiones indirectas», son las cantidades que deben recibir los exclusivistas en concepto de indemnización en los casos en que las empresas concesionarias, quebrantando lo estipulado, realicen directamente las ventas y les priven del correspondiente premio, cuyas cantidades, al igual que las procedentes de las verdaderas comisiones —o «comisiones directas»—, no se perciben hasta que las operaciones lleguen «a buen fin». [S. de 28 de febrero de 1970; desestimatoria.]*

6. RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *No es factible combatir la interpretación del contrato que hace la Sala sentenciadora por el cauce del artículo 1.692-7.º L. E. C., sino por la del párrafo 1.º de dicho artículo, citando para ello como infringidas las normas de hermenéutica contenidas en el Código civil.*

DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *No pueden estimarse como documentos auténticos a los efectos de la casación los que fueron base del pleito y que han sido interpretados por el Tribunal «a quo» en su sentencia. [S. de 11 de diciembre de 1969; desestimatoria.]*

7. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *No tienen, a efectos de casación, carácter de documentos auténticos los que han sido básicos del pleito, examinados e interpretados por el Tribunal «a quo».*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *La interpretación de los contratos es, en principio, facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, aun cuando cupiere alguna duda sobre su*

absoluta exactitud, siempre que aquélla fuere racional. [S. de 31 de diciembre de 1969; desestimatoria.]

8. CASACIÓN; MOTIVOS AMPARADOS EN EL NÚM. 1 DEL ARTÍCULO 1.962 L. E. C.: DEBEN RESPETAR APRECIACIONES FÁCTICO-PROBATORIAS DEL TRIBUNAL «A QUO»; *Fundamentado este recurso de casación en cinco diferentes motivos, es de notar que todos ellos se formulen al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil. y, por ende, no cabe admitir en la argumentación y desenvolvimiento de aquél, apreciaciones fáctico-probatorias que sean contrarias o discrepantes a las sostenidas por la Sala sentenciadora en la sentencia que se impugna, pues las afirmaciones del Tribunal «a quo» en ese orden tienen que ser íntegramente respetadas al no haber sido combatidas en legal forma dentro de lo mermado en el ordinal 7.º del antes sentado artículo 1.692, acreditando por ese medio el error de hecho o de derecho que se creyera padecido por el juzgador en la resolución recurrida.*

OBLIGACIÓN SUSCRITA; DEMOSTRACIÓN DE CONFORMIDAD; FIRMA EN BLANCO: *Es doctrina sostenida por esta Sala que cuando una obligación cualquiera aparece suscrita por una persona a quien afecta su cumplimiento, en lugar adecuado, hay que admitir como presunción «juris tantum» que la firma estampada es una demostración de conformidad de quien la puso con lo que del documento se desprende, y si contra lo que es usual y corriente una firma puesta en blanco fue abusivamente aprovechada por alguien para posteriormente llenar el documento y hacer figurar al firmante como responsable de una obligación que no contrajo, quien esto alegue es quien ha de hacer la demostración y probanza de que así sucedió, siendo naturalmente, el llamado a apreciar las pruebas contrarias a la presunción el Tribunal de instancia, sin que su criterio pueda ser sustituido por el del recurrente, si no ha combatido, en forma adecuada, las afirmaciones fácticas de la Sala sentenciadora. Contra la presunción «juris tantum» sólo podía prevalecer la demostración de que no ha tenido realidad el negocio aparentemente estipulado.*

CONTRATO DE PRÉSTAMO; CARACTERÍSTICAS: *Del propio documento se desprende la existencia del préstamo, dados sus términos, así como también el compromiso u obligación de devolver al acreedor la cantidad total, resultante del préstamo en «varias partidas» en el plazo estipulado, obligación ésta característica del contrato expresado, conforme a la sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1913, en relación con el texto del artículo 1.740 del Código civil, en cuanto este precepto se refiere a la condición de devolver otra tanto de la misma especie y calidad.*

CASACIÓN; PRESUNCIONES; IMPUGNACIÓN DE LOS HECHOS BÁSICOS: *Debe notarse en orden a la invocación del 1.249 del Código civil, que la impugnación de hechos básicos de una presunción sólo puede hacerse por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C. [S. de 21 de diciembre de 1967; no ha lugar.]*

9. CASACIÓN; ERROR DE HECHO; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No pueden esgrimirse como documentos auténticos, como aquí se hace, para evidenciar dicho error,*

los mismos que la Sala sentenciadora tuvo en cuenta para construir su tesis decisoria del litigio.

CASACIÓN: PRESUNCIONES: ARTÍCULO 1.249 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 1.249 del Código civil según reiterada jurisprudencia de esta Sala, sólo puede impugnarse por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y no por el número 1.º que se ha utilizado.*

CONTRATOS: ARMONIZACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.283 Y 1.253 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 1.283 del Código civil, que se alega como infringido por la sentencia recurrida, ha de aplicarse armonizándole con el 1.258, determinando la diferencia entre las cosas distintas de las comprendidas en el contrato, que deben excluirse, y las consecuencias naturales de lo convenido, como aquí ocurre, que han de estimarse incluidas.*

PRUEBA PERICIAL: APRECIACIÓN DISCRECIONAL: REGLAS DE LA SANA CRÍTICA: *En ningún caso están obligados los Tribunales a sujetarse al parecer de los Peritos, y si bien el artículo 632 L. E. C. establece que se atenderán a su apreciación a las reglas de la sana crítica, éstas no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación, quedando en definitiva sometida la prueba pericial a la discrecional apreciación del juzgador de instancia [S. de 10 de mayo de 1967; no ha lugar.]*

10. CONTRATO DE OBRA: INTERPRETACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *La supuesta infracción hermenéutica está defectuosamente articulada porque: a) el contrato en relación con el cual el recurrente considera infringidos los artículos 1.281 y 1.283 del Código civil consta de diversas cláusulas, hasta el número de diez, y no se especificó, como debiera haberse hecho, cuál de ellas se supone mal interpretada por el juzgador; b) porque aunque parezca que el mal interpretado ha sido el pacto contenido en la cláusula décima, se arguye la infracción del artículo 1.281 del Código civil, precepto que en su primera parte se refiere a la interpretación literal, mientras que en la segunda se atiende al elemento intencional, y no se especificó cuál de ellas se ha infringido. [S. de 16 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

11. INJUSTICIA NOTORIA: LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO CUESTIÓN FÁCTICA O JURÍDICA: *La cuestión sobre la impugnación de la calificación del contrato sería solamente jurídica —y susceptible de encuadre en la causa 3.ª de injusticia notoria— si el impugnante respetase integralmente los hechos admitidos por el Tribunal a quo, pero si el recurrente no acata las apreciaciones fácticas de la sentencia impugnada, debe acatar dichas apreciaciones por el cauce de la causa 4.ª —error de hecho—. [S. de 9 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

12. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: FACULTAD DE LOS ÓRGANOS DE INSTANCIA: *La labor de interpretación de los contratos es facultad exclusiva del Tribunal de instancia, cuyo criterio ha de ser respetado, de no ser ilógico o irracional o desorbitar el texto que se interpreta.*

INJUSTICIA NOTORIA; IMPUGNACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE HECHO: *La impugnación de un hecho probado ha de realizarse por el cauce de la causa 4.ª del artículo 136 de la L. A. U. [S. de 4 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

13. RESOLUCIÓN; INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL: *Es de la exclusiva competencia del Tribunal a quo la declaración sobre quien ha incumplido el contrato, habiendo que atenerse al pronunciamiento del mismo, cuya estimación sólo puede combatirse por el cauce del número 7.º del citado artículo (1.692). [S. de 2 de mayo de 1970; desestimatoria.]*

14. LEGITIMACIÓN: *En un litigio nacido de una compraventa pro indiviso, el hecho de que varios compradores demanden al vendedor y al resto de los compradores, no da lugar a la excepción de falta de legitimación activa y pasiva desde el momento en que el conflicto nace de que mientras los demandantes afirman la validez del documento de compraventa, los demandados la niegan.*

OTORGAMIENTO DE ESCRITURA: *La facultad que el artículo 1.279 del Código civil brinda a los contratantes se extiende a todos ellos, sin distinciones, y no en el sentido de reciprocidad obligacional. Por lo que podrá ser ejercida por cualquier comprador pro indiviso frente al vendedor y a los demás concompradores.*

CONGRUENCIA: *La congruencia debe entenderse en relación con las pretensiones deducidas por los litigantes, por lo que no se produce incongruencia cuando los pronunciamientos del fallo de la sentencia concuerdan con los pedimentos formulados en la súplica de la demanda, desestimándose, además, las excepciones opuestas por los demandados.*

CASACIÓN; CONTRADICCIÓN: *La contradicción prevista en el número 4.º del artículo 1.692 de la L. E. C. ha de resultar de los términos mismos del fallo entre sí, siendo preciso que se produzca de forma indudable una incompatibilidad entre los mismos. [S. de 11 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

15. VENTA DE FINCAS POR APODERADO; FALSEDAZ DEL PRECIO ESCRITURADO; DECLARACIÓN DEL QUE EL APODERADO VENDIÓ POR PRECIO SUPERIOR AL FIJADO EN LA ESCRITURA; LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO; ESTIMACIÓN DE OFICIO: *La demanda dirigida exclusivamente contra el apoderado para que reintegre la diferencia entre el precio real y el expresado en la escritura debió dirigirse también contra el comprador, por existir un litisconsorcio pasivo necesario, que puede ser estimado de oficio en cualquier estado de pleito.*

NOTIFICACIÓN A LA HACIENDA DEL NUEVO PRECIO: *Al decirse en el final de la parte dispositiva de la sentencia que se dé parte a la Hacienda Pública del nuevo precio, se hace una declaración delicada que exige llamar a juicio a la entidad compradora por existir un litisconsorcio pasivo necesario. [S. de 16 de noviembre de 1970; ha lugar.]*

16. CASACIÓN; INCONGRUENCIA; DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Debe ser desechado el segundo, alegado al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la L. E. C., pues adolece de un defecto formal inexcusable, al no citarse*

en él como infringido el precepto aplicable, puesto que ni siquiera se alude al artículo 359 de la Ley Procesal Civil, cuando, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, deben desestimarse los recursos sobre incongruencia que no cita dicho artículo 359, porque esa omisión implica causa de inadmisión, por tener tal precepto a estos efectos, el carácter de norma de derecho material aplicable.

CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: FALTA LA CITA DE NORMAS VALORATIVAS DE LA PRUEBA: *La misma suerte desestimatoria alcanza el motivo, en el que, alegándose la existencia de un error que tiene que referirse a la valoración de las pruebas, ni siquiera se citan las normas valorativas, de inexcusable y obligada observancia para el Tribunal a quo, que hayan podido ser infringidas.*

MALA FE: APRECIACIÓN: CUESTIÓN DE HECHO: *La apreciación de los hechos y actos reveladores de la mala fé son, en cuanto a su existencia, cuestión de hecho reservada al Tribunal de instancia, no revisables en casación salvo evidente error, formalmente acusado por cauce procesal idóneo en la apreciación de las pruebas.*

ADQUIRENTE DE BUENA FE: SIMULACIÓN: NO LO ES EL PARTICIPANTE COMO COMPRADOR EN UN CONTRATO SIMULADO: *En la sentencia recurrida se han aceptado los fundamentos de la apelada, o sea, la de primer grado, y en los razonamientos de la sentencia del Juzgado, se estudia la aparente transmisión efectuada en el año 1958 y se sostiene la simulación absoluta de la ficticia compraventa, sin que los hechos demostrativos estimados al respecto por el juzgador, hayan sido debidamente combatidos utilizando para ello la adecuada vía; y, por ser parte interviniente en esa simulación el supuesto comprador y recurrente, como conocedor que era de la ficción, por ser participante en la misma, no puede ampararse en un contrato jurídicamente inexistente para sostener, ahora, que él era un adquirente de buena fe, conforme a un válido y real contrato de compraventa. [S. de 9 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

17. NULIDAD DE CONTRATOS: LEGITIMACIÓN: *Quien suscribió un contrato y se aprovecha del mismo no puede útilmente impugnarlo como nulo por ilicitud de causa.*

SIMULACIÓN CONTRACTUAL: *En la simulación relativa, el negocio disimulado que subyace y se intenta que prevalezca sobre el simulado tiene que aparecer revestido, junto con los demás requisitos necesarios para su existencia y validez, de una verdadera y lícita causa.*

CASACIÓN: DILATORIA 2.ª DEL ARTÍCULO 533 DE LA L. E. C.: CAUCE PROCESAL: *La falta de personalidad —litigante ad procesum— a que se refiere la excepción 2.ª del artículo 533 de la L. E. C., tiene como cauce procedente en casación, el número 2 del artículo 1.693 de la L. E. C., y no puede dar lugar al recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal. [S. de 13 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

18. ABUSO DE DERECHO, BUENA FE, FRAUDE DE LEY : ARTÍCULO 9.º DE LA L. A. U. : *El artículo 9.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos agrupa tres instituciones jurídicas distintas, perfectamente diferenciadas por la doctrina, que son : a) la del abuso de derecho, que introducida por nuestra jurisprudencia al amparo del artículo 1902 del Código civil como una manifestación de culpa extracontractual, tiende a impedir que en el ejercicio de un derecho se produzcan daños o perjuicios a un tercero, bien deliberadamente utilizando aquellos derechos con una finalidad antijurídica, o por ejercitarse de una forma incivil y con desconsiderada despreocupación de un resultado dañoso que pudo y debió evitarse ; b) la de la buena fe, que siendo un principio general en nuestro sistema jurídico recogido en varios artículos del Código civil, y especialmente para el campo contractual en el artículo 1.258, consistente en el respeto a las normas de conducta colectiva que son propias de toda conciencia honrada y leal y van implícitamente exigidas en cada caso como necesarias para el normal y feliz término de todo negocio jurídico ; y c) la del respeto a las normas imperativas que deben prevalecer contra cualquier conducta o maniobra encaminadas a eludir las, produciendo un fraude de Ley y que llevan en esa finalidad fraudulenta su propia nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil. [S. de 3 de abril de 1968 ; no ha lugar.]*

19. ABUSO DE DERECHO : INVOCACIÓN POR QUIEN ES RESPONSABLE DE CONDUCTA ANTIJURÍDICA : *La aplicación del artículo 9.º de la L. A. U. —abuso de derecho— como expresión de una institución de equidad, presupone una actitud meramente pasiva del que sufre el daño en su patrimonio, sin culpa de su parte, como consecuencia del ejercicio antisocial de un derecho por parte de un tercero, pero no puede invocarse a su favor, por quien es responsable de una conducta antijurídica que lleva aparejada sanción en la Ley.*

INFRACCIONES PROCESALES : INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO : *Por ser rogada la jurisdicción, es el actor el que fija la pretensión que determina la relación jurídico-procesal, no pudiendo oponerse válidamente las cuestiones que, por vía de excepción, aporta al proceso el demandado, como base de la inadecuación de procedimiento. [S. de 7 de octubre de 1970 ; no ha lugar.]*

20. RECURSO DE CASACIÓN : CONFESIÓN JUDICIAL : *Como tiene reiteradamente declarado esta Sala, para que la prueba de confesión judicial alcance aquella fuerza probatoria que las leyes le conceden, ha de ser explícita, categórica y absoluta. [S. de 6 de octubre de 1970 ; no ha lugar.]*

21. PRUEBA PERICIAL Y DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL : *Su apreciación corresponde al tribunal sentenciador, sin que contra ella se dé recurso alguno. [S. de 21 de mayo de 1970 ; no ha lugar.]*

22. PRUEBA DE TESTIGOS : *Si el artículo 1.248 del Código civil se considera valorativo de prueba, el recurso que denuncia su violación debió acogerse al número 7.º que no al 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., pero ni aún salvando tal defecto podría el recurso haber prosperado, pues una extensa jurisprudencia, concretada en los dos últimos años, dice de forma terminante*

que el artículo 1.248 del Código civil, en lo relativo a la fuerza probatoria de las declaraciones testimoniales, por tener un carácter más bien admonitivo que preceptivo, queda al margen del recurso de casación.

ERROR DE HECHO: *No puede fundamentarse, ni en los informes de una sociedad privada, ni en los de los interventores y Comisario de la quiebra, por carecer todos ellos de carácter de auténticos, además de que no contradicen sino que forman la base de la que parte la relación fáctica de la sentencia impugnada que califica la quiebra de fraudulenta.* [S. de 16 de octubre de 1970; no ha lugar.]

23. **PRUEBA DE PRESUNCIONES:** *Las cuestiones relativas a si el hecho del que ha de deducirse la presunción está completamente acreditado (art. 1.249 del Código civil), no pueden ser solventadas en casación por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Es preciso que dicho error aparezca con toda evidencia.*

RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No pueden plantearse.* [S. de 7 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

24. **PRESUNCIONES:** *La deducción en la prueba de presunciones es de la apreciación del Tribunal Sentenciador con la única limitación de no resultar contraria a las reglas del criterio humano.*

CARGA DE LA PRUEBA: *A los demandados incumbe probar los elementos im-peditivos de la acción.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No puede fundamentarse el error de hecho en la apreciación de la prueba en una serie de documentos que fueron todos examinados por la Sala, según constante jurisprudencia de este Tribunal.* [S. de 10 de abril de 1970; desestimatoria.]

25. **CASACIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS; CITA DE LAS NORMAS VALORATIVAS DE LA PRUEBA:** *Para la estimación del error en la valoración probatoria, o sea, el de derecho, es imprescindible que el Juzgador de instancia tenga que ajustarse a una regla legal preestablecida que sea para él de obligado acatamiento, por lo que es inexcusable citar la norma referente a la prueba que haya sido violada, y, en este caso, los artículos que se mencionan como infringidos no contienen, propiamente, normas valorativas de la prueba (1).*

CASACIÓN: PRESUNCIONES: CAUCES DE IMPUGNACIÓN: *La estimación de las presunciones corresponde, en general, al Tribunal sentenciador, los hechos en que la presunción se asienta pueden atacarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, alegándose, si afecta la equivocación a su existencia, el error de hecho; en lo que concierne al enlace preciso y directo*

(1) Se citaban en el recurso los artículos 1.949 y 1.953 del Código civil.

entre el demostrado y aquél que se trate de deducir, por tratarse de un juicio lógico y no de un simple hecho, sólo cabe acusar la infracción del artículo 1.253 del Código civil por el cauce que ofrece el ordinal 1.º de la mentada Ley de Enjuiciamiento.

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: ERROR, DOLO, VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN: CUESTIONES DE HECHO Y CONCEPTOS JURÍDICOS: *La existencia del error, dolo, violencia e intimidación, vicios del consentimiento a los que se refiere el artículo 1.265 del Código civil, suele constituir problemas de hecho de la exclusiva apreciación de los Tribunales de instancia, si bien, moderando el alcance de esta doctrina, tiene asimismo declarado este Tribunal que los conceptos de error y dolo no son meras cuestiones de hecho, pues pueden entrañar conceptos jurídicos impugnables por la vía del número 1.º del repetido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, pero siempre la concurrencia de esos vicios del consentimiento, por implicar una anomalía en la contratación, no debe admitirse sin una cumplida prueba de su realidad.*

ERROR EN LA SUSTANCIA DE LA COSA: SU DETERMINACIÓN: FIN PERSEGUIDO POR LAS PARTES: CUESTIÓN DE HECHO: CRITERIO RESTRICTIVO: *En lo que concretamente atañe a la determinación de lo que puede constituir la sustancia del objeto contractual, de acuerdo con la doctrina propugnada en la sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1943 (en la que se hace un estudio y exégesis del error sustancial), requiere tal extremo, la investigación de los elementos que maticen cada caso particular y, sobre todo, del fin perseguido por las partes, de tal modo que se trata, fundamentalmente, de una cuestión de hecho reservada a la apreciación de los Juzgadores de instancia y que sólo en límites muy reducidos puede controlar el Tribunal de casación, como así lo ha reconocido la jurisprudencia establecida en numerosos fallos, entre ellos el de 25 de noviembre de 1932, no debiendo olvidarse, cual sostiene la mentada sentencia de 14 de junio de 1943, que tanto en el Derecho Romano como en los derechos modernos, el reconocimiento del error sustancial, con trascendencia anulatoria del negocio, tiene un sentido excepcional muy acusado, ya que, fundamentalmente, lo decisivo para la eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido. [S. de 14 de mayo de 1968; no ha lugar.]*

II. Derechos reales, José POVEDA DIAZ.

1. **ACCIÓN DECLARATIVA DEL DOMINIO; REQUISITOS:** *La acción declarativa del dominio, como la reivindicatoria, exige inexcusablemente que se acredite el título dominical y se identifique la finca.*

ACCIÓN DE DENEGACIÓN DE LA PROPIEDAD: *Es muy discutible que, con relación a la propiedad, pueda admitirse la existencia de una acción autónoma encaminada a que se declare que el demandado no es dueño, sin que se atribuya dicho dominio al actor, pues no se comprende la finalidad que podría perseguirse al utilizar tal acción.*

ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: *Pueden pedir la rectificación del Registro todos aquellos que se crean con algún derecho a los bienes inscritos.*

PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *Puede servir como uno de los elementos probatorios que se tienen en cuenta para acreditar el dominio a favor de una persona.*

FALTA DE LEGITIMACIÓN Y FALTA DE ACCIÓN: *Son dos conceptos distintos, ya que el primero considera la capacidad procesal de la parte, no en abstracto, sino con referencia a un proceso concreto, por estar el actor en cierta relación con el objeto del litigio, y el segundo mira en cambio, el éxito de la pretensión, para el cual es preciso acreditar que se está asistido de la acción de derecho material que se invoca.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Para que pueda ser estimada la existencia de error de hecho es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que el error de hecho invocado evidencie una clara y abierta contradicción con las afirmaciones de hecho contenidas en la sentencia recurrida, sin necesidad de interpretaciones, razonamientos, deducciones, analogías ni hipótesis; b) Que no puede prevalecer el resultado de elementos probatorios aislados, sobre la apreciación conjunta de todos ellos; c) Que no pueden invocarse como documentos auténticos, a efectos de casación, aquellos que fueron objeto de debate y que tuvo ya en cuenta la Sala sentenciadora; y d) Que la evidencia del error ha de ser objetiva y no subjetiva.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: *Se produce error de derecho en la valoración de la prueba cuando una norma confiere un determinado valor, o lo condiciona o niega, a un concreto medio probatorio, y el Tribunal de instancia infringe el precepto de que se trata. Por otra parte, a efectos del recurso de casación, es ineludible citar, no sólo el elemento valorativo de la prueba vulnerado, sino además, el concepto en que lo haya sido. [S. de 19 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: CARGA DE LA PRUEBA: *Corresponde al reivindicante de unas joyas probar que el título por el que las joyas estaban en poder del demandado es un título que le obliga a la restitución.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO Y DE DERECHO: *Va contra la claridad exigible en un recurso de casación afirmar que la Sentencia recurrida incurre en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, sin distinguir ambos conceptos. El error de hecho debe resultar de documentos auténticos y no de deducciones, no siempre lógicas, del recurrente. [S. de 13 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

NOTA: La Sentencia contempla el caso de un comerciante que entrega joyas a un vendedor, a cambio de las cuales, éste le acepta unas letras de cambio; quebrado el vendedor, el comerciante reivindica las joyas alegando que las citadas letras no suponen que las hubiera vendido. No habiendo demostrado la no transmisión de la propiedad de las joyas, se desestima la demanda.

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Para el éxito de la misma, y de acuerdo con la constante doctrina del Tribunal Supremo, es preciso acreditar, en primer lugar, la titularidad dominical de quien reclama, en segundo término, la identidad del objeto que se reivindica, y, finalmente, la mera detención de aquél contra quien se ejercita.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No puede basarse en un documento privado que fue objeto en el pleito de diversas interpretaciones de las partes.* [S. de 28 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

4. REIVINDICACIÓN DE AGUAS: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA POR IMPOSIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO EN FORMA ESPECÍFICA: OBLIGACIÓN «EX LEGE»: PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: *Al no haberse incluido la propiedad del actor sobre las aguas en el expediente de expropiación forzosa tramitado respecto a ellas, suple la indemnización acordada al obligado restablecimiento de la situación anterior, ya que es imposible por haber quedado firme la expropiación. Por lo tanto, se trata de obligación nacida de la ley y no de la culpa extracontractual, no cabiendo aplicar la prescripción extintiva del artículo 1.968, 2.º del Código civil.*

LO ACCESORIO SIGUE A LO PRINCIPAL: *No se ha violado este principio de derecho, porque no se ha desechado la petición principal de restablecimiento de la situación anterior, sino que acogiéndola, por no ser posible llevarla a la práctica, se recurre a la indemnización.*

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA ADMINISTRATIVA EN EXPROPIACIÓN FORZOSA: *El límite entre una y otra jurisdicción viene determinado por el artículo 349 del Código civil, en el que se apoya la competencia de la jurisdicción civil en este caso.* [S. de 20 de noviembre de 1970; desestimatoria.]

NOTA: El criterio de esta sentencia tiende a amparar al propietario de bienes inmuebles cuyo derecho ha sido ignorado en el correspondiente expediente de expropiación forzosa. Dada la rapidez de este procedimiento, el sistema de anuncios públicos (que no siempre llegan a conocimiento efectivo de los interesados), para algunos de sus trámites esenciales (por ejemplo, artículos 18 y 21 L. Exp. Forz.), y la brevedad de los plazos para los recursos procedentes (arts. 18, 22, 126, L. Exp. Forz. y 125 de dicha Ley en relación con el 460, 4.º del Código civil y 1.653 de la L. E. C.; arts. 52 y 58 de la L. J. C. A.), puede darse algún caso de violación de derechos privados sin que su titular haya podido defenderlos oportunamente, sobre todo cuando reside habitualmente alejado de donde radican los bienes expropiados (suesto que, al parecer, no era el de autos).

Esta sentencia, respetando la firmeza del procedimiento administrativo, para el interés individual del propietario (que ha de armonizarse con la función social de la propiedad), fundándose en el artículo 349 del Código civil (debidamente conjugado con los 1.101 y 1.090 del Código civil), con lo que se logra un doble resultado: afirmar la competencia de los tribunales civiles; y sacar la cuestión del campo del artículo 1.902 del Código civil. Lo que a su vez evita dos posibles escollos: la existencia y prueba del dolo o la culpa en el expropiante (art. 1.902 del Código civil y Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1915, 12 de marzo de 1941, 30 de junio de 1954, 4 dediciembre de 1903, 31 de diciembre de 1932, 6 de julio de 1942), y el plazo de prescripción —breve— para el ejercicio de la acción, del artículo 1.968, 2.º del Código civil.

5. USUCAPIÓN: EL REQUISITO DE LA POSESIÓN EN LA USUCAPIÓN «SECUNDUM TABULAS»: *La posesión es requisito necesario para la usucapión. El artículo 35 de la L. H. se limita a establecer una presunción iuris tantum desvirtuable mediante prueba en contrario.*

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *No existe incompetencia por el hecho de que la jurisdicción ordinaria declare la nulidad de una confiscación de bienes acordada por esa misma jurisdicción como consecuencia de la imposición de una multa por el Alto Comisario del Gobierno Nacional en Marruecos, ya que dicha jurisdicción no entró a declarar la validez o nulidad de la multa, sino la de la ulterior medida de la confiscación. [S. de 19 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

6. USUCAPIÓN DE AGUAS PÚBLICAS: EXTENSIÓN DEL DERECHO ADQUIRIDO: *Los límites de los derechos y obligaciones del aprovechamiento de aguas públicas adquirido por usucapión, son los resultantes del modo y forma en que se hayan usado las aguas.*

ARRENDAMIENTO DE RÉGIMEN ORDINARIO: PERTURBACIONES DE HECHO: OBLIGACIÓN DE GARANTÍA: *No hay perturbación de hecho a un arrendatario cuando la actividad del Sindicato de Riego (tercero) está amparada en las facultades que le incumben, y si el arrendador le garantizó en el uso de las aguas una extensión mayor de la que a él mismo correspondía, será éste y no la Comunidad de Regantes el obligado a abonarle los perjuicios.*

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: PRUEBA DEL DAÑO: *No cabe apreciar responsabilidad por culpa extracontractual cuando la sentencia recurrida afirma la falta de prueba de los perjuicios alegados, y no se ha combatido eficazmente esta base fáctica.*

JURISDICCIÓN COMPETENTE EN MATERIA DE PROPIEDAD DE LAS AGUAS Y SUS CAUCES: *Corresponde a la jurisdicción ordinaria conocer de las cuestiones sobre propiedad de las aguas de una acequia, del cauce de ésta, de su presa, de sus hijuelas, brazales y madres, y de sus tajaderos.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: SU CITA: *Los documentos alegados como auténticos han de ser mencionados de manera concreta, siendo uno de los elementos para concretarlos la fecha de ellos, pero en todo caso las resoluciones administrativas que pueden suponerse aludidas no son documentos auténticos a efectos de casación, fueron tenidas en cuenta por el Tribunal de Instancia, y su contenido no contradice la fundamentación fáctica de la sentencia recurrida. [S. de 18 de junio de 1970; desestimatoria.]*

7. APROVECHAMIENTO DE AGUAS PÚBLICAS: MERMAS EN EL MISMO POR APERTURA DE POZOS: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AGUAS: EQUIDAD: DERECHOS ADQUIRIDOS: *Probado que la explotación de los pozos abiertos merma el caudal perteneciente a los actores, no puede admitirse la sentencia que permite aquella explotación con la condición de revertir al curso de las aguas el volumen preciso para subsanar dicha merma, lo que, si constituye una solución quizás equitativa, carece de base legal y significa un quimérico*

respeto a los derechos adquiridos, por la dificultad técnica de llevarla a la práctica y por su imprecisión, ya que la medida de la merma puede variar constantemente.

USUCAPIÓN DE AGUAS PÚBLICAS: EXTENSIÓN DEL DERECHO ADQUIRIDO: *El que explotaba un pozo desde el año 1945, y en 1964 realizó obras para ampliar el caudal extraído, ha ganado usucapición sobre las aguas que venía explotando desde 1945 pero no sobre el aumento del caudal producido por aquellas obras de ampliación.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA; DOCUMENTOS AUTÉNTICOS A LOS EFECTOS DE CASACIÓN: *No lo son la diligencia de reconocimiento judicial, ni las certificaciones expedidas por la Confederación Hidrográfica y por el Registro de la Propiedad, respectivamente. [S. de 8 de octubre de 1970; estimatoria.]*

NOTA: Está plenamente justificada la inadmisión por el Tribunal Supremo de la solución, «quizás» equitativa, dada por el Tribunal *a quo*, de permitir que sigan explotándose unos pozos que está demostrado se nutren en parte considerable de una corriente natural de aguas públicas, sobre la que existen derechos adquiridos, a condición de restituir a dicha corriente la cantidad de agua en que el Tribunal estimó producida su merma.

De una parte, no se está en el supuesto estricto de la equidad (vid. F. de CASTRO, *Dercho Civil de España*, tomo I, 3.^a edición, Madrid, 1955, págs. 470 y 471), ya que el párrafo 1.º del artículo 23 de la Ley de Aguas, en su aplicación al caso de autos, no resulta contrario a la Justicia o al bien común por exceso de generalidad o abstracción.

Y de otra parte, aquella solución del Tribunal *a quo*, aparentemente acertada en la abstracción de la pura matemática, implica un inaceptable desconocimiento de la realidad social regulada por la norma legal que la sentencia aplica. Ley y sentencia deben tender (porque esa es la finalidad del Derecho), a la realización de la Justicia, pero de un modo posible y práctico.

En cambio, parece poco afortunada la afirmación por el Tribunal Supremo, escueta y sin matizar, de que no es documento auténtico a los efectos de casación una certificación del Registro de la Propiedad cuya veracidad no ha sido impugnada. La realidad es que el contenido de tal certificación, en el caso de autos, no acreditaba nada contra los hechos declarados probados por los Tribunales de Instancia, y que éstos ya la habían valorado adecuadamente en sus sentencias.

8. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: ARTÍCULO 1.239 DEL CÓDIGO CIVIL: SERVIDUMBRES: PRESUNCIÓN DE NO EXISTENCIA: *Conformes las partes en la existencia de un contrato verbal de cesión de un trozo de solar, sin que resulte alegada la existencia del precio, ha de estimarse que dicho negocio jurídico consistió en un contrato gratuito, y por ello, aplicable lo que, respecto de dichos contratos establece el artículo 1.239 del Código civil, sobre todo, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 348 del mismo Código y reiterada doctrina jurisprudencial, según la que, en los contratos en que se establezcan gravámenes que limiten el derecho de propiedad, ha de estar bien expresa la voluntad de las partes, favoreciendo la interpretación, en caso de duda, al propietario.*

INCONGRUENCIA: *Ejercitada la acción negatoria de servidumbre, la declaración de existencia de la misma, aunque no haya sido pedida, es consecuencia obligada de la desestimación de la demanda, por lo que no incurre en incon-*

gruencia el Tribunal que hace dicha declaración. [S. de 30 de septiembre de 1970; ha lugar.]

NOTA: No es posible donación en forma verbal de servidumbres (arts. 633 y 334, núm. 10, del Código civil).

III. Obligaciones.

1. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES: RÉGIMEN JURÍDICO: *Tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, distinguen en el nacimiento de las obligaciones las procedentes de los contratos, artículo 1.091 del Código civil, de aquellas otras que se derivan de los delitos y faltas en que el sujeto incurre, artículo 1.092, que se rigen por las normas contenidas en el Código penal, y de unas terceras originadas de actos u omisiones en que interviene culpa o negligencia no penada por la ley, determinadas en el artículo 1.093, que son reguladas por los preceptos contenidos en el Capítulo II del Título XVI del Libro IV del mismo texto sustantivo; obligaciones todas ellas: que tienen carácter y finalidad diferentes, pues así como las primeras, nacidas de la voluntad de las partes, están sujetas a indemnización por disposición del artículo 1.101, las segundas quedan subordinadas a la jurisdicción penal, siendo ésta la que declara la responsabilidad civil, pero como accesoria de la penal que impone, y las terceras que surgen al ocasionarse el daño, como derivación del incumplimiento de unas obligaciones impuestas por la naturaleza y de la necesaria relación y convivencia social, cuya reparación se obtiene en la forma y medida que determinan los Tribunales civiles.*

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO: EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR MUERTE: *Conforme al artículo 115 del Código penal, la acción penal se extingue por la muerte del culpable, pero subsiste la acción civil contra sus herederos o causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil. En el caso de autos, extinguida la responsabilidad penal por fallecimiento del procesado, concluso ya el sumario y elevado a plenario, reconociendo los actos culposos como objetivamente delictivos, merecedores de la calificación de ilícitos desde el punto de vista penal, la acción civil que subsiste, aunque debe ejercitarse por la vía civil, lo será al amparo del artículo 1.092 del Código civil, y no en virtud del artículo 1.093, en relación con el artículo 1.902, como ya declaró la sentencia de 22 de enero de 1919.*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL: *La responsabilidad civil procedente de delito no encaja en el párrafo 2.º del artículo 1.968, que se refiere sólo a la nacida de los artículos 1.093 y 1.902 del Código civil. [S. de 4 de julio de 1970; ha lugar.]*

NOTA: El caso resuelto presenta extraordinaria importancia práctica, aparte de ofrecer una norma de solución para lo que puede considerarse constituye una laguna legal. Fallecido el responsable de un accidente de circulación y ejercitada la acción civil ante la jurisdicción ordinaria, se alega la prescripción anual. Contra la sentencia de la Audiencia Territorial que la estimó, el Tribunal Supremo acoge el recurso sentando una interesante doctrina que declara la inaplicabilidad del plazo establecido por el artículo 1.968 del Código civil. Esta solución se encuentra reforzada en el cuarto considerando.

con la ampliación de la jurisdicción penal, después de extinguida la acción penal, en orden a la creación del título ejecutivo, conforme al artículo 10 del Texto Refundido de la Ley del Automóvil. En la sentencia se encuentran algunas afirmaciones un tanto sorprendente; así la calificación de los actos causantes del accidente como «objetivamente delictivos merecedores de la calificación de ilícitos desde el punto de vista penal», o bien la existencia de una «responsabilidad criminal presunta»; declaraciones que acaso merecieran mayor precisión. En la doctrina, se ha ocupado del tema Díez PICAZO, *La prescripción en el Código civil* (Barcelona, 1964), pág. 236, quien llega a la conclusión de que el único término de prescripción aplicable a este tipo de acciones es el general de quince años de las acciones personales. Extremo, sin embargo, que no aclara la sentencia.

2. CONTRATOS: OFRECIMIENTO REAL NO SEGUIDO DE CONSIGNACIÓN: LIBERA AL DEUDOR DE LA POSIBLE TACHA DE INCUMPLIMIENTO: *Una amplia jurisprudencia interpretativa ha suplido el relativo vacío que se nota en los artículos 1.176 y 1.124 del Código civil en cuanto a los efectos del ofrecimiento sin consignación, en relación con el cumplimiento de los contratos, entre las cuales destacan: la de 27 de diciembre de 1892, que absuelve al deudor de la mora solvendi cuando «al tiempo de entregar las llaves de la casa (en un contrato de inquilinato), puso la suma debida y la siguió teniendo a disposición del dueño que no ha querido recibirla» (sin consignarla oficialmente); y la de 9 de julio de 1941, que se refiere al ofrecimiento, no aceptado por la aseguradora, del pago de una prima de un seguro; y cuando el asegurador pide la resolución, alegando el incumplimiento del contrato por el asegurado, la sentencia afirma que aquel ofrecimiento, aún no seguido de consignación, «obsta a la declaración autorizada por el artículo 1.124 del Código civil», o sea, a la del incumplimiento por parte del deudor; y la de 5 de julio de 1944, que dice: «el artículo 1.176 del Código civil, preceptivo de que el ofrecimiento de pago, seguido de consignación, libera al deudor de la responsabilidad procedente de la obligación, cuando el acreedor se niega, sin razón, a admitir el pago que se le ofrece, no autoriza a deducir que en estas condiciones el ofrecimiento no seguido de depósito carece de eficacia jurídica, ya que tiene la de excluir la mora solvendi, o sea, la de impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades, ni reclamaciones»; orientación digna de ser seguida y que puede quedar condensada en los siguientes términos: la consignación libera al deudor de la obligación del pago, porque se da por realizado; el ofrecimiento real sin consignación, libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento.*

Procede suscribir el criterio de la sentencia de 1.ª instancia que condena el pago y a la entrega simultánea de la cosa, de la que no ha sido liberado el vendedor por el ofrecimiento real no seguido de consignación, y rechazar el de la Audiencia, que conduce a que la falta de consignación, aún mediando el ofrecimiento real, no sólo priva al oferente de la acción que le concede en este caso el artículo 1.599 del Código civil para reclamar el pago, sino que le constituye en incumplidor a los efectos del artículo 1.124 del Código civil.

CONTRATOS: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *El incumplimiento no produce la resolución ipso facto, sino a petición del perjudicado. [S. de 31 de octubre de 1968; ha lugar.]*

3. CONTRATO DE OBRA: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA: *No obsta a la resolución pro incumplimiento el pacto contenido en la cláusula 21 del contrato de ejecución de obras, que interpretado con la extensión que pretende darle el recurrente significaría tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes contra la prohibición del artículo 1.256 del Código civil, por lo que no puede tener otro alcance que el señalado en el artículo 38 del pliego de condiciones generales, que fija el criterio interpretativo de aquél.*

VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO: *Si bien es cierto que el mero retraso en el pago no podía justificar la paralización de las obras, no podía pretenderse, ni aparece pactado, que ante la imputable y deliberada negligencia frente a la necesaria aportación de medios, viniese obligada la sociedad constructora a financiar por su cuenta y riesgo el resto de la obra, cualquiera que fuese el importe de la misma; conducta negligente de la demandada que, establecida como hecho determinante de la resolución por la sentencia recurrida, no ha sido rebatida en forma*

INTERESES LEGALES: *No procede la condena al pago de los intereses moratorios desde la fecha del acto de conciliación, sino desde la de la sentencia definitiva, ya que hasta dicho momento la cuantía de lo debido estaba, no sin razón, en estado polémico, por el que sólo desde que se conoció exacta y definitivamente, procede el pago de aquéllos. [S. de 18 de noviembre de 1970; ha lugar en parte.]*

NOTA: El texto de la cláusula 21 del contrato era el siguiente: «la empresa se obliga a no interrumpir las obras de construcción bajo ningún pretexto ni excusa, aun cuando la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana no abonase sus pagos con regularidad». En el artículo 38 del pliego de condiciones generales, por su parte, se establecían los plazos de mora (uno y dos meses), que darían lugar, respectivamente, al abono de intereses o a la resolución del contrato.

4. DENUNCIA DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: *Constituye causa justa de resolución unilateral de un contrato de suministro con pacto de exclusiva el impago de dos suministros, aunque en las facturas se hayan incluido algunas pequeñas partidas que eran de parte de la vendedora. En tal caso, sólo se podrá retener el importe de dichas partidas.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *El número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C. es una vía impugnativa que sólo permite el enfrentamiento de afirmaciones fácticas (las que contenga la sentencia y las que ofrezcan documentos invocados con tal fin), siendo inadecuado para alegar razonamientos puramente jurídicos. [S. de 27 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

5. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *Requerido notarialmente el comprador de un inmueble para que pague el precio en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes con la advertencia que de no verificarlo se entenderá por resuelta la relación contractual, el transcurso del plazo sin cumplir tal obligación, sin que lo impida ninguna causa, abre la vía al ejercicio de la*

acción resolutoria por parte del vendedor, de acuerdo con el artículo 1.504. Resolución que no podrá evitarse con la consignación judicial del precio realizada posteriormente al plazo concedido. [S. de 11 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Sin embargo, hay que tener en cuenta que dicha consignación se realiza en el momento de contestarse a la demanda y formular reconvencción contra los demandantes.

6. CUMPLIMIENTO: *No puede darse por cumplida la entrega de la casa vendida en la fecha estipulada por su sola desocupación física de personas y cosas, sino que es precisa la transmisión de las llaves de la casa, que es cuando realmente queda en poder del comprador. [S. de 27 de noviembre de 1970; ha lugar.]*

7. OBLIGACIÓN A PLAZO: INCONGRUENCIA: *Se incurre en la sanción de inadmisión del número 4.º del artículo 1.729 de la L. E. C., cuando, al alegar incongruencia de la resolución recurrida, no se señala la clase o concepto de infracción del artículo 359 del mismo Cuerpo legal.*

FIJACIÓN DEL PLAZO: *No es impugnabile una facultad discrecional de las autoridades judiciales, como la determinación del plazo en que debe cumplirse una obligación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.128 del Código civil, simplemente porque su uso no se ajusta al personal criterio o interés del deudor, hoy recurrente. [S. de 29 de septiembre de 1970; no ha lugar.]*

8. ABUSO DE JURISDICCIÓN: CLÁUSULA COMPROMISORIA: *No hubo abuso de jurisdicción, porque la frase contenida en la carta dirigida al Notario-Depositario, en la que se consigna textualmente: «las cuestiones que el cumplimiento de este compromiso pueda comportar, serán resueltas por usted», no puede, dada la vaguedad de sus términos, estimarse como cláusula de compromiso o contrato preliminar de arbitraje, pues según el párrafo 2.º del artículo 8.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953, para que dicho contrato preliminar exista, es necesario una fijación, por lo menos en principio, de la relación jurídica singular a que ha de referirse, sin que sea válida una renuncia genérica a la acción judicial, que es a lo más que se puede llegar en una avanzada interpretación de esta carta.*

SOLIDARIDAD PACTADA: *Existe una solidaridad pactada aunque no se mencione la palabra en el contrato, bastando con que se evidencie la voluntad de los contratantes de deber prestar o pedir íntegramente las cosas objeto de la misma*

SUMISIÓN TÁCITA: *Se ha de entender que ha existido, al alegar en la contestación a la demanda otras excepciones, aparte de la de incompetencia de jurisdicción.*

PLAZO: FIJACIÓN: *Al haberse pactado literalmente que los socios «no tienen plazo prefijado para el pago de esos veintidós millones quinientas mil pesetas y consiguiente retirada de los títulos, pudiendo por tanto efec-*

tuarse el pago cuando lo estimen oportuno», ello conduce a la necesidad de que este extremo sea fijado por el Tribunal, conforme a lo previsto en el párrafo 2.º del artículo 1.128 del Código civil, que es lo que, con acierto, ha hecho la instancia. [S. de 19 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

9. **NOVACIÓN:** *Corresponde a los Tribunales, atendiendo en cada caso concreto a las circunstancias que en él concurran, decidir si existe o no novación, esto es, si existe o no incompatibilidad de voluntades entre dos contratos.*

CASACIÓN: DEFECTOS DE FORMA: *Es necesario citar los números y párrafos de los artículos que como concordantes se dicen infringidos junto con el que se alega. [S. de 26 de junio de 1970; desestimatoria.]*

10. **MORA: NECESIDAD DE REQUERIMIENTO:** *Habiendo determinado la Sala sentenciadora, por interpretación del convenio de 6 de marzo de 1967 y por apreciación conjunta de las pruebas practicadas, no suficientemente combatidas por el recurrente, que la fecha de entrega de la obra, además de no estar en aquél claramente consignada, no fue la determinante del establecimiento de la obligación, anterior éste en todo caso al repetido convenio, no se da el supuesto del párrafo segundo, número 2.º del artículo 1.100 del Código civil, por lo que para la producción de la mora se precisa intimación de la parte acreedora. [S. de 26 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

11. **COMPENSACIÓN DE MORAS:** *Determinado que el precio se estipuló a tanto alzado y no por unidad de obra, el propietario incurrió en mora al no abonar la totalidad del precio, mora que se compensa con la del contratista al no entregar el edificio, de conformidad con el artículo 1.100 del Código civil.*

PRESTACIONES DE CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO: *El propietario no puede exigir al contratista la entrega de la obra, mientras adeude a éste parte del precio alzado convenido, porque la cláusula décima del contrato señala la simultaneidad en la entrega del precio y de la obra, al sostener que se abonará el último plazo «cuando» se entregue la obra. [S. de 16 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

12. **OBLIGACIONES: INCUMPLIMIENTO: PRUEBA DE LOS PERJUICIOS:** *El incumplimiento de una obligación no implica ni supone la existencia de los perjuicios a efectos de relevar de la prueba de su existencia, que incumbe a quien los reclama, de conformidad con el artículo 1.101 del Código civil, que exige para que la indemnización proceda, que los perjuicios se hayan efectivamente causado.*

CASACIÓN: APRECIACIÓN DE LA REALIDAD DE LOS PERJUICIOS: *La sentencia proclama la realidad de los perjuicios sufridos por la actora por causa de la demandada, y esta afirmación deducida por la Sala sentenciadora de la prueba, únicamente puede ser combatida demostrando el error de hecho o de derecho a que se refiere el número 7.º dl artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

CONGRUENCIA; CONDENA AL PAGO DE CANTIDAD INFERIOR A LA PEDIDA: *No es incongruente ni viola el artículo 359 de la Ley Procesal la sentencia que condena al pago de una cantidad inferior a la pedida. [S. de 28 de junio de 1968; no ha lugar.]*

13. INTERESES CONVENCIONALES; INAPLICABILIDAD DEL INTERÉS LEGAL: *De acuerdo con el artículo 1.108 del Código civil, el interés legal sólo es aplicable «a falta de convenio»; no procederá cuando libremente convinieron los interesados en el interés del 6 por 100, pacto absolutamente lícito que viene a representar los daños y perjuicios que de la conducta del mandatario —culposa, al menos en el orden civil—, se derivan y de la que es responsable, según previene el artículo 1.724 en relación con el 1.108. [S. de 25 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

14. CONGRUENCIA; EL JUZGADOR NO HA DE ATENERSE LITERALMENTE A LOS PEDIMENTOS DE LAS PARTES, SINO A SU RECTO SENTIDO Y VERDADERO ALCANCE: *Es doctrina jurisprudencial que la congruencia no supone que el juzgador haya de atenerse literalmente a las palabras que expresan los pedimentos de las partes, sino que ha de ponerlas en conexión con los antecedentes de hecho y los razonamientos jurídicos que éstas expongan en el cuerpo de sus escritos, por lo que habiéndose ajustado el Tribunal a quo a esta conocida doctrina al determinar el recto sentido y verdadero alcance de la pretensión reconvenzional formulada por el recurrido al contestar la demanda, acogida en el fallo precisamente con ese sentido y alcance, procede rechazar el motivo.*

ACCIÓN DE RESCISIÓN POR LESIÓN «ULTRA DIMIDIUM» (COMPILACIÓN DE CATALUÑA); NACIMIENTO; EFECTOS DE PERFECCIÓN Y DE CONSUMACIÓN DEL CONTRATO: *La acción rescisoria de la compraventa por lesión ultra dimidium, prevista en el libro IV, título I, capítulo II, de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, nace en el momento de perfección del contrato, no necesariamente en el de su consumación, como lo revela con meridiana claridad el último párrafo del artículo 323 en relación con el 2.º del artículo 324 de dicho texto legal.*

A ello no puede oponerse:

1.º *Lo dispuesto en el artículo 325 de la Compilación, en conexión con el 1.295 del Código civil, dado que estos preceptos no regulan los requisitos que dan vida a la acción, sino los efectos del éxito de la misma, y no todos los efectos, sino solamente los restitutorios, en el supuesto específico de contrato consumado, que en el orden lógico son secundarios respecto al efecto primario, implícito en la Ley, tanto común como especial, pero que es inherente al concepto mismo de «rescisión», consistente en la ruptura o desintegración del contrato sinalagmático y en la consiguiente desaparición de la causa justificante de las recíprocas obligaciones contraídas por las partes, ora estén pendientes de cumplimiento, ora ya estén cumplidas totalmente al declararse la rescisión; efecto primario, especialmente relevante en el caso de que la rescisión se oponga por el vendedor como excepción o por vía reconvenzional a la actio empti ejercitada por el comprador, por*

ser el único que se producirá en la hipótesis de contrato perfecto e inconsumado, si bien, en obsequio al principio de conservación del contrato, podrá ser evitado por el comprador mediante el pago en dinero al vendedor del justo precio total, sin interés alguno, a cambio de la entrega de la cosa objeto del contrato.

2.º *La inexistencia de lesión para el vendedor en la fase de pendencia de cumplimiento de las obligaciones dimanantes del negocio, porque no puede negarse que, jurídicamente hablando, resulta menoscabado el patrimonio del vendedor desde el instante en que, por la perfección de la compraventa, entra a formar parte del pasivo patrimonial una obligación, cual es la de entregar la cosa que con el cumplimiento de la obligación dejará de ser de su propiedad, sin que la carga se nivele simultáneamente en el activo con un derecho de crédito, el relativo al precio, de cuantía equivalente*

OPCIÓN DE COMPRA: MOMENTO DE PERFECCIÓN DE LA COMPRAVENTA: *Por otra parte, en el supuesto de formación sucesiva del contrato de compraventa civil mediante el ejercicio del llamado derecho de opción, la perfección de aquel negocio jurídico se produce salvo en el caso insólito de opción referida a un contrato preliminar de compraventa —desde el momento en que llega a conocimiento del concedente-vendedor la declaración unilateral por la que el optante exterioriza su voluntad de comprar la cosa por el precio preestablecido—, tesis que constituye la verdadera doctrina legal por ser la única reiterada por esta Sala, sin que lo sea la que exige la posterior conformidad del concedente con la declaración de compra del optante, ni la que interpone entre la declaración de voluntad recepticia del optante y la perfección del contrato de compraventa, un contrato de promesa bilateral de compraventa, perfeccionado con la consumación del contrato de opción y consumado con la perfección del de compraventa.*

ACCIÓN DE RESCISIÓN POR LESIÓN «ULTRA DIMIDIUM»: CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD EN CASO DE MEDIAR OPCIÓN DE COMPRA: *En virtud de las razones hasta aquí expuestas, debe estimarse que la fecha decisiva para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión ultra dimidium y para el cómputo del plazo cuatrienal de caducidad, es la de la perfección del contrato de compraventa, y que tal fecha, cuando medió un pacto de opción de compra, es aquella en que llegó a conocimiento del concedente-vendedor la declaración de voluntad recepticia del optante comprador.*

ACCIÓN DE RESCISIÓN POR LESIÓN «ULTRA DIMIDIUM»: CUESTIÓN SOBRE EL CARÁCTER ALEATORIO DEL CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA: *En torno a la exclusión del contrato discutido del ámbito de la rescisión por lesión, la única cuestión alegada y controvertida en instancia fue si el precio de 450.000 pesetas, fijado en la cláusula de opción, tenía carácter aleatorio con perjuicio posible para el concedente-vendedor, porque éste corría el riesgo de que el valor de las fincas se incrementara con el transcurso del tiempo y fuese, en la fecha del eventual ejercicio del derecho de opción, superior al importe del precio fijado en la de celebración del pacto preparatorio, con lo que suscitaba un interesante tema sobre el carácter aleatorio del contrato*

de opción de compra, ya apuntado por esta Sala en su sentencia de 6 de junio de 1959, mientras que la cuestión que se plantea en el motivo tercero... por ser nueva, se halla excluida del recurso de casación, conforme a la constante doctrina de este Supremo Tribunal. [S. de 7 de noviembre de 1967; no ha lugar.]

NOTA: La sentencia últimamente citada, de 6 de junio de 1959 (Aranzadi R. 3.026), establece la siguiente doctrina en relación con la naturaleza del contrato de opción: «En primer término, toda cláusula de opción por precio cierto y determinado y a largo plazo, constituye una obligación de tipo unilateral al obligar siempre al concedente y dejar en libertad al concesionario de hacer o no uso de ella a su conveniencia, pero entraña también, sin llegar a ser un contrato puramente aleatorio, una obligación grandemente afectada de «aleas» derivado de su ejecución diferida por tan extenso lapso de tiempo.»

En lo que se refiere a la pretendida exclusión del contrato discutido (contrato de opción), del ámbito de la rescisión por lesión «ultra dimidium», a cuya cuestión se alude en la sentencia de 7 de noviembre de 1967 antes extractada, conviene tener en cuenta el contenido del párrafo 2.º del artículo 323 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de julio de 1960: «No procederá esta acción rescisoria... en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio... de lo adquirido.»

15. OPCIÓN DE COMPRA: RÉGIMEN JURÍDICO: *El contrato de opción se halla regulado por las normas generales establecidas para la contratación, entre las que se encuentra el artículo 1.924 del Código civil.*

CONTRATO DE COMPRAVENTA: CAUSA: *Conforme a la constante jurisprudencia de la Sala I se entiende por causa, a los efectos del artículo 1.274 del Código civil, la adquisición de la cosa para el comprador y la obtención del precio para el vendedor, sin que sobre ella influyan las diversas modalidades que, acerca de su importe y forma de pago, puedan haberse convenido. [S. de 13 de abril de 1970; no ha lugar.]*

16. ARTÍCULO 1.471 DEL CÓDIGO CIVIL: *No es aplicable cuando la cuestión debatida consiste en la identificación real de la finca, sin afectar al supuesto de que ésta tenga mayor o menor cabida de la consignada en el título.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *La viabilidad de este motivo requiere: 1) Que los documentos en que se funda el error no hayan sido objeto de examen e interpretación en la Sentencia recurrida; 2) Que demuestren el hecho por sí, sin necesidad de razonamientos o conjeturas; y 3) Que el Juzgador no se base en la apreciación conjunta de la prueba, pues en este caso, no cabe desarticular una de las pruebas, olvidando las restantes. [S. de 26 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

17. VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZO: INOPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS. DE LAS RESERVAS DE DOMINIO NO INSCRITAS EN EL REGISTRO ESPECIAL: *Consignado en el párrafo 1.º del artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965, reguladora de la venta a plazos de bienes muebles, que «Para que sean oponibles a tercero las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se insertan.*

en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente», y justificado en autos que el contrato no fue inscrito en el Registro, resulta inoperante la existencia de dicho contrato, pues si no se inscribió no puede oponerse a terceros, por lo cual la tercera interpuesta por el vendedor, ante el embargo por un tercero del bien vendido a plazos, aunque el dominio se lo hubiera reservado aquél en el contrato de venta, no puede prosperar. [S. de 24 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Estimamos totalmente correcta la doctrina de la Sentencia que antecede. Pero queremos resaltar un supuesto que, aunque no se dio en este caso, es posible que ocurra. Es posible que ocurra, dada nuestra legislación actual, que un bien que no es propiedad del comprador, por haberlo comprado a plazos, y haberse reservado el vendedor el dominio, sea hipotecado por aquél, afirmando que es propietario del mismo, y que su precio de adquisición está totalmente pagado, puesto que el Registrador de Hipoteca mobiliaria no tiene obligación (ni facultades) para investigar este hecho. Esto supone un defecto grave de nuestro Registro de Hipoteca mobiliaria y que es consecuencia de la falta de concordancia entre el Registro de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento y el de venta de bienes muebles a plazos. Ambos Registros, que se refieren a bienes muebles, deberían unificarse para evitar estos problemas.

18. PRÉSTAMO USUARIO: DECLARACIÓN DE NULIDAD Y CONDENA A LA DEVOLUCIÓN: *Del propio texto del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aprende que la contradicción a que se refiere ha de resultar de los mismos términos del fallo, circunstancia que no concurre en el caso actual, puesto que entre la declaración de nulidad por usura del contrato de préstamo, y la condena al prestamista a la devolución de la cantidad indebidamente percibida, lejos de producirse aquella contradicción, aparece la más perfecta armonía, ya que el segundo pronunciamiento, como incluso se dice en el mismo fallo, es simple efecto y mera consecuencia jurídica del primero.*

CASACIÓN: INCONGRUENCIA POR DEFECTO DE JURISDICCIÓN: *Aseverando el propio recurrente que su alegación de falta de bastanteo del poder otorgado a favor del Procurador del demandante, fue rechazada por la Sala sentenciadora, ya no puede acusar a ésta de haber incidido, a este respecto, en defecto de jurisdicción; en último término, el motivo tendría que haberse aducido por el cauce del número 3.º, y no del 6.º, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la hipotética falta de resolución sobre dichos puntos, constituiría en todo caso una incongruencia por citra petita.*

PRÉSTAMO USUARIO: RELACIÓN DE PRÉSTAMO: *La resolución combatida, al estimar que los repetidos instrumentos públicos contienen un solo contrato de préstamo, no emplea la palabra «contrato» en el estrecho sentido acabado de apuntar, sino en el de relación o vínculo jurídico que ligaba al prestamista y mutuuario, cual lo demuestra el texto en su considerando 6.º, que habla de la persistencia de la «relación» de préstamo, y el de su considerando 5.º, en donde, al tratar de matizar la tesis de la unidad contractual —según advierte el propio recurrente—, afirma que tales escrituras «obedecen a un solo y único préstamo», y aduce como prueba de esta afir-*

mación la confesión judicial del impugnante, el que reconoció el íntimo nexo existente entre el contenido de la escritura de 1962 y el de la de 1958, li-gazó hoy no impugnada en el recurso.

LEY DE USURA: FACULTADES EXTRAORDINARIAS CONCEDIDAS A LOS TRIBUNALES PARA FORMAR SU CONVICCIÓN: *Conforme a la conocida y constante jurisprudencia de esta Sala, manifestada últimamente en la sentencia de 9 de mayo de 1968, aun cuando la extraordinaria facultad otorgada por el artículo 2.º de la Ley sobre préstamos usurarios de 23 de julio de 1908 (1), asite y alcanza a este Tribunal Supremo, ello no empece a que, por la necesidad de armonizar esa facultad con las exigencias propias del recurso de casación por infracción de Ley, se haya sentado por esta Sala la reiterada doctrina de que si bien es verdad que en los recursos que versan sobre la aplicación de la mencionada Ley puede entrar el Alto Tribunal en el estudio y análisis de la prueba practicada en el pleito, pues aun siendo siempre respetable el juicio formado al respecto por el Tribunal de instancia, no es intangible, ello no obstante, para que la casación no se convierta en una tercera instancia, esta Sala debe respetar, en principio, los supuestos y apreciaciones de hecho que constituyen el fundamento de la sentencia recurrida, en tanto que ésta y aquéllos no aparezcan en absoluta y manifiesta disconformidad con las resultancias procesales, con arreglo al antes citado artículo 2.º de dicha Ley Especial, y estimando esta Sala que el autorizado criterio sostenido por el Tribunal a quo debe respetarse y mantenerse, sin que puedan ser substituidas sus apreciaciones, hechas conforme a una convicción jurídica formada con sujeción a lo establecido en el artículo 2.º de la repetida Ley Especial, teniendo presentes las alegaciones de las partes y también las pruebas practicadas y demás elementos de juicio obrantes en el pleito, por el particular criterio de los recurrentes, ha de desestimarse el motivo. [S. de 2 de diciembre de 1968; no ha lugar.]*

19. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE ARQUITECTO: ARTÍCULO 1.598 DEL CÓDIGO CIVIL: *Al subsistir la calificación de arrendamiento de servicios dada por la instancia al contrato por el cual se encargó a un Arquitecto la confección de un proyecto de edificio, no le es de aplicación el primer párrafo del artículo 1.598 del Código civil, que requiere como base la existencia de un arrendamiento de obra, por lo que dicha disposición legal no pudo ser violada, contra lo que pretende el recurrente.*

HONORARIOS: VALOR DE LAS NORMAS DE FIJACIÓN DE TARIFAS: *El precio que la parte hoy recurrente está obligada a pagar es el convenido entre ambas partes contratantes, sin que esta Sala haga pronunciamiento sobre el valor que a efectos de fijación de tarifas y obligatoriedad de las mismas puedan tener las normas de régimen interior de los Colegios de Arquitectos, así como las consignadas en los Decretos y Ordenes ministeriales.*

DEFECTOS DEL RECURSO: CUESTIÓN NUEVA: *El motivo que plantea una cuestión nueva no propuesta oportunamente en la instancia, cual es la existencia*

(1) Artículo 2.º: «Los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes».

de un contrato de arrendamiento de obra, incurre en la causa de inadmisión. 5.ª del artículo 1.792 de la L. E. C. [S. de 21 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

20. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: HONORARIOS DE ARQUITECTO: PRUEBA: *Sobre las afirmaciones del recurrente, que no están acreditadas en autos ni aún indiciariamente, sino contradichas por las pruebas de testigos y de presunciones, debe prevalecer la constatación del considerando tercero de la sentencia recurrida, a cuyo tenor, en hoja por la que el arquitecto da cuenta al Colegio Oficial de Arquitectos de haber sido encargado del proyecto y dirección de un edificio se hace constar, no sólo que se han convenido honorarios, sino que éstos se harán efectivos por intermedio del citado Colegio, es decir, todo lo contrario de lo que pretende el recurrente.*

PACTOS: *La sentencia recurrida niega que los hechos supuestamente condicionantes se hubieran pactado como tales, entendiendo como demostrativo de esta negativa el que el pago de honorarios se pactó en la hoja y a pesar de no haberse conseguido la licencia municipal ni haberse llevado a efecto la construcción se pagaron honorarios, presunción esta última que no se ha combatido eficazmente como tal.*

DEFECTOS DEL RECURSO: INCONGRUENCIA Y CONFUSIÓN: *Al extenderse el recurrente en especulaciones sobre cuestiones ajenas a las tratadas en el considerando que se intenta impugnar, como el problema de si existió o no un pacto sobre las normas de valoración de los servicios y el tiempo en que habían de satisfacerse, el motivo está afectado de incongruencia y confusión; además de que está defectuosamente formulado, al añadir en él el recurrente la denuncia de otra infracción por violación del artículo 1.204 del Código civil, sobre novación de obligaciones, con lo que agrupa materias diversas. [S. de 30 de junio de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: El comitente, hoy recurrente, sostenía que el pago de los honorarios por confección del proyecto había quedado condicionado contractualmente a la concesión de la licencia municipal de obras y a la terminación del edificio.

21. CONTRATO DE OBRA: REVISIÓN DE PRECIOS: DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: *El artículo 1.593 del Código civil no contiene una norma prohibitiva de pactos en contrario a ella, sino dispositiva, por lo que habiéndose estipulado en el contrato litigioso la revisión de precios para el supuesto de que alguna norma lo impusiera, resulta evidente que, al producirse este supuesto por virtud de las disposiciones sobre revisión de precios contenidas en el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964 y Decretos de 22 de mayo de 1963 y 11 de marzo de 1965, de los Ministerios de Hacienda y Trabajo, respectivamente, no puede subsistir la prohibición de revisión contenida en el citado artículo.*

TERMINACIÓN DE LA OBRA: ACTA DE RECEPCIÓN PROVISIONAL: *No revela por sí misma que la obra estaba inconclusa, porque el calificativo de provisional que dicha acta atribuye a la recepción de la obra no es incompatible con la*

terminación de ésta, sino antes bien, revela su conclusión, y sólo guarda relación con la recepción definitiva, que será la determinante de la expiración de los plazos de garantía, de la devolución de las cantidades retenidas como fianza y del pago del resto del precio que estuviere aplazado; además de que la propia acta evidencia que el edificio se había concluido, pues en ella se afirma que «del reconocimiento técnico practicado se ha comprobado la terminación del mismo, su identidad con el proyecto que lo define y su correcto estado» lo que no queda desvirtuado por la alusión que se hace a pequeños remates, que «si los hubiera... serán terminados en el plazo de veinte días», remates que por su parte la hoy recurrente no probó mediante la oportuna acta en que se hicieran constar, ni a ellos se aludió en el acta de recepción definitiva.

ERROR DE HECHO: *La certificación del arquitecto no evidencia dicho error, pues si bien de su tenor literal pudiera inferirse que las obras terminaron en fecha posterior a la establecida por la instancia, sin embargo, el propio autor de ella se encarga de desvirtuar su valor, afirmando todo lo contrario cuando es llamado a reconocer la autenticidad de su contenido. [S. de 25 de junio de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: Por contrato celebrado mediante concurso-subasta, la entidad demandada, Mutualidad Laboral Siderometalúrgica de San Sebastián, adjudicó a la sociedad constructora demandante la construcción de un edificio en fecha 7 de julio de 1962. En el artículo 22 del pliego de condiciones se establecía lo siguiente: «Revisión de precios. A tenor de lo dispuesto en el Decreto de 13 de enero de 1955, por el que se suprimen los términos de la Ley de 17 de junio de 1945, el contratista no tendrá derecho en ningún caso a solicitar la revisión de precios por variaciones en los costos de materiales intervenidos o de salarios, salvo disposición oficial en contra». El Decreto de Hacienda de 22 de mayo de 1963, reconociendo que las circunstancias han cambiado, entiende aconsejable y dispone la actualización o revisión de los precios de los contratos que estuvieren pendientes de ejecutar en el momento de su entrada en vigor; el Decreto de Trabajo de 11 de marzo de 1965 dispone que las fórmulas de revisión se aplicarán «en los contratos de obras cuya subasta, concurso o concierto directo se efectuó hasta el 31 de diciembre de 1965»; el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964, en sus disposiciones transitorias, ordena su aplicación a los contratos anteriores a su fecha, si bien excluye de la revisión la parte de obra que estuviera ejecutada con anterioridad.

22. CONTRATO DE OBRA: ARQUITECTO-DIRECTOR: LEGITIMACIÓN PASIVA: *El Arquitecto-director de una obra ejecutada por un contratista no es solidario de las obligaciones de éste, y sólo responde de las reglas generales de su profesión, no infringiendo la doctrina legal sobre litisconsorcio pasivo necesario la sentencia apelada, cuyo razonamiento es correcto en cuanto a la diferencia de ambas responsabilidades, tanto más cuanto en el caso presente la obra fue comenzada y acabada sin conocimiento de dicho facultativo.*

RUINA PARCIAL: ORIGEN: *Además de que la resolución recurrida declaró probado que «la ruina parcial de la techumbre y grietas que presentaba en la parte no derruida tuvieron como único origen los defectos o vicios de que la construcción adolecía», declaración no suficientemente combatida*

por el contratista hoy recurrente, no puede exigirse por ello responsabilidad al facultativo que, no habiendo sido oportunamente avisado del comienzo de la construcción, mal pudo vigilar la colocación de los materiales.

DAÑOS Y PERJUICIOS: *Siendo facultad del Tribunal sentenciador la declaración de su existencia y fijación, no puede el recurrente sustituir el criterio del mismo por el suyo propio.* [S. de 12 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

23. **ARBITRAJE DE EQUIDAD: PUNTO NO SOMETIDO A DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS:** *El recurso es totalmente infundado, porque fue el recurrente quien propuso las cuestiones que fueron examinadas, y resueltas por los árbitros por haber sido sometidas a su decisión.* [S. de 17 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

24. **ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD POR HABER RESUELTO LOS ÁRBITROS PUNTOS NO SOMETIDOS A SU DECISIÓN:** *Si bien es cierto que los árbitros de equidad no pueden traspasar los límites del compromiso, también lo es que no están obligados a interpretar con restricciones las facultades que les están encomendadas, apartándose de la misión amistosa y cordial que les ha sido conferida; advirtiéndose que la naturaleza y finalidad del arbitraje de equidad permite una mayor elasticidad en la interpretación de sus términos, sin atenerse, en cuanto a si hubo o no exceso jurisdiccional, a la literalidad de las cláusulas compromisorias, procurando inducir la voluntad de las partes, que es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral, por el conjunto de todas ellas.* [S. de 23 de marzo de 1968; no ha lugar.]

25. **RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: CASO FORTUITO:** *Si el accidente se produjo como consecuencia del reventón de una de las ruedas del vehículo, que ocasionó el desvío de éste y requirió que el conductor ejecutase una maniobra de cambio de dirección, determinante del choque contra un árbol, se trata de un hecho casual o fortuito que elimina la responsabilidad civil conforme al artículo 1.105 del Código civil.*

(RESPONSABILIDAD OBJETIVA ABSOLUTA: *La doctrina de la inversión de la carga de la prueba en materia de accidentes de automóvil no cabe confundirla con la responsabilidad objetiva absoluta, ya que siempre hay que partir de la culpa o negligencia del demandado como determinante del accidente.* [S. de 5 de octubre de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Se trataba de un accidente ocurrido el 13 de enero de 1964, por lo tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Automóvil. Bajo la vigencia de esta última norma, cabe preguntar si el mismo hecho—rotura o reventón de una de las ruedas del vehículo—, daría lugar a indemnización. Parece que se impone la respuesta afirmativa.

26. **RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE CEDER EL PASO:** *Según el artículo 25 inciso a) del Código de la Circulación, en el cruce con las vías públicas que tengan derecho de*

preferencia o prioridad de paso, debidamente señalizado, los conductores, no sólo deben siempre ceder el paso a los vehículos o animales que transiten por la vía preferente, sino que han de llegar a detener por completo su marcha cuando sea preciso; tal obligación no se circunscribe a ceder el paso a los vehículos que el conductor efectivamente vea u observe que se acercan al cruce, sino que comprende la de cerciorarse si es visible la aproximación de aquellos móviles, a fin de estar en condiciones de calcular si la velocidad de los que se acercan y la distancia a que de los mismos se hallare, le permiten la maniobra, siempre peligrosa, de cambio de dirección, sin riesgo de choque y sin obligar a los otros conductores a ejecutar bruscas desviaciones.

CULPA CONJUNTA: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: *No obstante lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código civil, ya puede decirse consolidada la doctrina jurisprudencial más moderna, ratificada últimamente en sentencia de 20 de mayo de 1968, según la cual, cuando los causantes y culpables sean varios, sobre cada uno de ellos pesará la obligación solidaria de reparar íntegramente el daño, sin perjuicio de que en la relación interna la deuda se presuma dividida en tantas partes iguales como deudores haya. [S. de 20 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: Demanda el acompañante de una motocicleta al conductor de la misma y al conductor de un turismo; éste había accedido a la vía principal sin cerciorarse de la presencia de la moto; el conductor de la moto, debido a su juventud, perdió la serenidad y al intentar rebasar al turismo, se desvió a su parte izquierda, produciéndose en tal momento la colisión, que se hubiera evitado de haber actuado con mayor calma. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia territorial que condenó a ambos, y viene a ratificar el principio de solidaridad en las obligaciones nacidas de culpa extracontractual. Como se sabe, este principio es objeto de amplia discusión en la doctrina; cfr. ampliamente ALBALADEJO, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, en ADC. 16 (1963), pág. 349 y sigs., quien se muestra partidario de la mancomunidad; últimamente SANCHO REBULLIDA, *La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos*, en *Estudios en honor de Castán Tobeñas*, III (Pamplona, 1969), pág. 574 y siguientes, trata de encontrar nueva argumentación a favor de la solidaridad. Las objeciones de ALBALADEJO a la disparidad de los fallos jurisprudenciales sobre esta materia son de peso, y acaso aconsejaran un replanteamiento a fondo del tema por parte de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

27. RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: ATROPELLO DE UN CICLISTA POR INAPLICACIÓN DEL SISTEMA DE FRENADO: FALTA DE DILIGENCIA: *Hay falta de diligencia en la conducta del conductor de un omnibus que circulando por el tramo recto de una carretera de cinco metros de ancho, y siendo dos metros cincuenta la anchura de su vehículo, invade la zona izquierda, atropellando a un ciclista que circulaba en dirección contraria, dejando de aplicar el sistema de frenado de su vehículo. [S. de 4 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

28. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: CULPA EXCLUSIVA DEL PERJUDICADO: *Si el accidente se debió a la culpa exclusiva del recurrente,*

es evidente la inexistencia de culpa extracontractual por parte del conductor del camión y, por tanto, la inexistencia de responsabilidad por parte del mismo y del propietario del vehículo. [S. de 3 de octubre de 1970; no ha lugar.]

29. RESPONSABILIDAD CIVIL DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS: ACUERDOS TOMADOS POR EL PRESIDENTE Y DIRECTOR DE JUNTA DE OBRAS DEL PUERTO: *Conforme al artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, los particulares podrán exigir a las Autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos; en tal precepto está incluida la posible responsabilidad del Presidente y Director de una Junta de Obras del Puerto por actos realizados en el desempeño de sus funciones.*

INEXISTENCIA DE CULPA O NEGLIGENCIA: *No incurren en culpa o negligencia graves el Presidente y Director de la Junta de Obras del Puerto que entienden estar acomodada a su actuación a la defensa de los intereses y derechos de la Junta, habiendo expresado su conformidad el Abogado del Estado y entendiendo el Ministerio de Obras Públicas que no existe motivo alguno que justifique la exigencia de responsabilidad civil.*

DIVERGENCIAS DE CRITERIO EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS LEGALES: *La divergencia de criterio en la interpretación de los textos legales, manifestada en la estimación del recurso del particular ante el superior jerárquico, no genera responsabilidad civil dada la falibilidad de la inteligencia humana.* [S. de 6 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Es interesante la declaración de que la estimación de un recurso administrativo contra el acuerdo del inferior no presupone, sin más, responsabilidad civil por culpa o negligencia grave; el funcionario más diligente puede realizar actos que luego son revocados por el superior. Sin embargo, la conformidad del Abogado del Estado no parece que elimine la posibilidad de reclamación del particular, quien, en todo caso, podría dirigir su acción contra este último funcionario. El criterio del superior jerárquico, expresado por vía de informe, será un medio de prueba más, pero en modo alguno vinculará al Tribunal.

30. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA MAGISTRADO DE TRABAJO: NO USO DE RECURSOS PREVIOS: *Es evidente la índole de recurso extraordinario que tiene el de responsabilidad civil, y es un principio de derecho procesal, que la interposición de los recursos extraordinarios, requiere la previa utilización de los ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico procesal, con la finalidad de lograr la reparación del agravio, esa subsidiariedad del de responsabilidad civil está determinada en el artículo 906 de la Ley procesal civil, la actora no utilizó el recurso de casación contra el auto dictado en ejecución de lo convenido en la conciliación, ni promovió el incidente regulado en el artículo 745 de la mencionada Ley procesal* [S. de 3 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

31. CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La denuncia en un mismo motivo de infracciones de tan diversa índole y de tan dispares normas legales, se opone a lo que terminantemente dispone el artículo 1.720 de la Ley Procesal, que prescribe en su inciso segundo, que «si fuesen dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expondrán en párrafos separados y numerados»; por lo tanto, esa defectuosa formulación del motivo constituye en este trámite, una verdadera causa de desestimación, pues faltan claridad y precisión.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL DUEÑO DE LA EMPRESA: ARTÍCULO 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL: ES DIRECTA FRENTE AL PERJUDICADO: *La jurisprudencia tiene declarado que es directa y no subsidiaria respecto del dueño de la empresa la obligación de reparar el daño causado por negligencia de tercera persona, ligada a él por vínculo de dependencia o subordinación, y así debe ser, atendida la expresión literal y el espíritu que informa el artículo 1.903 del Código civil.*

El artículo que acaba de citarse, 1.903, establece una responsabilidad directa entre el dueño o director del establecimiento o empresa y el perjudicado, lo que engendra entre ambos una relación jurídica material que deja a salvo la de la empresa o dueño con su dependiente sólo para que aquélla pueda repetir contra éste lo que hubiese pagado, por lo que es bien patente la legitimación pasiva de la primera frente al perjudicado, debido a que no se identifica la responsabilidad del causante material, que responde por culpa in operando con la de la persona por cuenta de quien trabaja que responde, además, por culpa in vigilando o in eligendo, por todo lo cual debe concluirse que el directo causante del daño no es término subjetivo necesario en la repetida relación jurídica que se contempla en el caso jurídico debatido.

ACCIÓN DE REEMBOLSO: ENTIDADES ASEGURADORAS DE ACCIDENTES DEL TRABAJO: ARTÍCULO 53: *Esta Sala tiene establecido en múltiples sentencias que el artículo 53 de la Ley de Accidentes del Trabajo inviste a las entidades aseguradoras de accidentes laborales, de la facultad o potestad de ejercitar en sustitución de la víctima del accidente, o conjuntamente con ella, o sus sucesores legales, las acciones derivadas del evento dañoso.*

PRUEBA: APRECIACIÓN CONJUNTA: *Aunque esos elementos probatorios esgrimidos por la parte recurrente, examinados aisladamente, implicasen unos hechos contrarios a los admitidos por el juzgador, como ésta (la Sala sentenciadora) los obtuvo por la apreciación conjunta en unión de todos los demás, no podrían servir para enervar tal apreciación conjunta.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: ARTÍCULO 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL: PRUEBA DE LA DILIGENCIA PARA PREVENIR EL DAÑO: *No es cierto que para que procediera la condena haya que probar que doña R. A. había procedido sin la diligencia de un buen padre de familia, sino al contrario: (según el artículo 1.903 in fine), sólo se liberaría de responsabilidad si hubiese acreditado que empleó aquella diligencia. [S. de 11 de mayo de 1967; no ha lugar.]*

32. ENTIDAD ASEGURADORA DE ACCIDENTES DEL TRABAJO: ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA EL RESPONSABLE POR CULPA O NEGLIGENCIA; PRESCRIPCIÓN: *Cuando se presentó la demanda, no había transcurrido el año de plazo desde que la Entidad aseguradora terminó de pagar lo que por incapacidad temporal le correspondía, ni desde que constituyó en la Caja Nacional el capital costo de la renta por la incapacidad permanente resultante, que fueron los actos que hicieron nacer su acción de repetición contra el responsable; de donde se deduce que no eran de aplicación los preceptos que la recurrente cita en el motivo primero de su recurso (1).*

RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN CULPA: CASOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL: *No es cierto que la teoría de la responsabilidad objetiva haya quedado traspasada, sino que, al contrario, es una aspiración en la evolución del derecho moderno, que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable que sobrevenga a consecuencia de su actuar o de las cosas que le pertenecen o estén bajo su guarda, hallándose en plena elaboración la delimitación de esos casos que ya se van abriendo paso en algunos Códigos progresivos, teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo del riesgo jurídico, o de la causalidad, viéndose ya algunos ejemplos en nuestro Código cuando dispone en el artículo 1.908, párrafo 2.º, que «responderán los propietarios, de los daños causados..., por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», sin exigir, como en otros supuestos de daños, que éstos sobrevengan por haber construido sin las precauciones adecuadas, o por no estar las cosas en lugar seguro, o por falta de las reparaciones necesarias, como también en los daños producidos por caída de los árboles, por los causados por los animales e incluso por la caída de las cosas de los edificios —artículos 1.908, párrafo 3.º y 1.910 (2).*

ENTIDAD ASEGURADORA DE ACCIDENTES DEL TRABAJO: ACCIÓN DE REEMBOLSO O REPETICIÓN: ACTOS PROPIOS; LEGITIMACIÓN PASIVA: *En el motivo se desorbita el principio del valor de los actos propios, pretendiendo darle un alcance que no tiene, por lo que tampoco puede prosperar, ya que quiere vincular a la Entidad aseguradora, a la posición defensiva que hubo de mantener en el juicio laboral en que fue demandada, en el que sostenía que rechazaba el siniestro porque entendía que había sido producido por fuerza mayor y no constituía por tanto, accidente de trabajo que debiera indemnizar; más como la jurisdicción laboral, en el ejercicio de sus privativas funciones, declaró que, efectivamente, había sido accidente de trabajo y que ese riesgo estaba asumido a la Entidad aseguradora, tuvo que resarcirlo, y ya no podía esta Entidad mantener aquella posición defensiva, y al tener que pagar el siniestro, y ser éste producido por un tercero responsable de él, contra éste pudo repetir, como repitió, en uso de la facultad que le otorgaba el artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo y artículo 189 del Reglamento, entonces vigente, a cuyos preceptos vino a sustituir, ahora,*

(1) Se citaban los artículos 1.968-2 y 1.969 del Código civil.

(2) Con relación a este último precepto, vid: BATTLE VÁZQUEZ, M. *Los daños por filtración y caída de líquidos y el artículo 1.910 del Código civil*, Revista «Pretor», núm. 15, mayo-junio de 1963.

el artículo 97 del Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, que limita ese derecho de repetición sólo al reembolso del costo de las prestaciones sanitarias que hubiere satisfecho por consecuencia del accidente laboral producido por un tercero responsable, que será el legitimado pasivamente en el proceso en que se ejercite esa acción de reembolso o de repetición. [S. de 14 de marzo de 1968; no ha lugar.]

33. CASACIÓN: ERROR DE HECHO; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Las sentencias recaídas en un procedimiento criminal, no tienen eficacia suficiente para ser consideradas como documentos auténticos a los efectos de la casación civil, y contrarrestar la estimación que haga en virtud del conjunto de la prueba el tribunal de esta Jurisdicción, valorando los hechos del litigio en el orden estrictamente civil.*

ASEGURADOR: PAGO DE INDEMNIZACIÓN Y SUBROGACIÓN EN EL LUGAR DEL PERJUDICADO: *Independientemente de la acción que pudiera caber de modo directo a la víctima del accidente o a sus herederos, frente al culpable civil o penal, y de las consecuencias de la eficacia de esta acción entre éstos y el asegurador, es indudable que éste último, mediante el pago de la indemnización oportuna se subroga en el lugar de dichos perjudicados, dotándose de la precisa legitimación frente al culpable para recuperar el importe de lo satisfecho, sin que esta acción quedara limitada a la que posiblemente pudiera haberle, si era procedente, contra el que como inmediato perjudicado hubiera sido indemnizado de tal hecho culposo.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: ARTÍCULOS 1.902 Y 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL: ACCIONES DE UNA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE ACCIDENTES DEL TRABAJO: *En el motivo segundo denuncia la recurrente la violación del artículo 1.902 del Código civil, al considerar la sentencia recurrida, como perjudicada por el accidente ocurrido, a una Compañía aseguradora de accidentes del trabajo, en favor de la cual fija una indemnización, y bastaría para desestimarla atender a la inexactitud del concepto utilizado que en todo caso sería el de aplicación indebida, aparte de olvidar o desconocer la recurrente.*

1.º *Que cuando se determina la responsabilidad extracontractual o aquiliana en el artículo 1.902 del Código civil, el legislador tiene en cuenta, ante todo, no el lado activo de la titularidad de la acción, sino el pasivo, de responsabilidad, puesto que literalmente declara que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo cualquier género de culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», frente a aquel que tenga derecho a su exigencia.*

2.º *Que el artículo 1.903 del Código civil establece una responsabilidad directa entre el dueño o director del establecimiento o empresa y el perjudicado, lo que engendra entre ambos una relación jurídica material que deja a salvo la de la empresa o dueño con su dependiente solo para que aquella pueda repetir contra éste lo que hubiese pagado, por lo que es bien patente la legitimación pasiva de la primera, frente al perjudicado, debido a que no se identifica la responsabilidad del causante material, que responde por culpa*

«in operando», con la de la persona por cuenta de quien trabaja, que responde además por culpa «in vigilando» o «in eligendo», por todo lo que debe concluirse que el directo causante del daño no es término subjetivo necesario en la repetida relación jurídica que se contempla en el caso jurídico debatido (1).

(3) Que el perjudicado con el daño ocasionado fue satisfecho por la Compañía recurrida, en cumplimiento de lo establecido en la legislación de accidentes del trabajo, la cual, con independencia de los principios generales que rigen en este punto nuestro Ordenamiento jurídico, permite expresamente a dicha Entidad, que se dirija contra el responsable civil de aquel daño, para recuperar el importe de las prestaciones satisfechas (art. 53 de la Ley de Accidentes del Trabajo entonces vigente).

La simple lectura del artículo 53 de la Ley de Accidentes del Trabajo muestra que el Tribunal «a quo» procedió correctamente, ajustándose de modo estricto a las normas legales, puesto que dice que «la calificación de accidente de trabajo de un hecho no obsta para que puedan ejercitarse por el perjudicado las oportunas acciones civiles o criminales por negligencia o dolo»; añadiéndose a continuación que «el asegurador tendrá derecho preferentemente a reclamar del responsable civil, por pleito o causa criminal, el importe de las prestaciones satisfechas», que es justamente lo que sucedió en este caso, teniendo establecido esta Sala en múltiples sentencias, que el artículo 53 de la Ley de Accidentes del Trabajo inviste a las Entidades aseguradoras de accidentes laborales, de la facultad o potestad de ejercer en sustitución de la víctima del accidente, o conjuntamente con ella o sus sucesores legales, las acciones derivadas del evento dañoso. [S. de 16 de abril de 1968; no ha lugar.]

NOTA: La litis fue originada por la reclamación formulada de la Compañía aseguradora contra la Renfe y tres empleados de esta entidad, en base en que dicha Compañía aseguradora se había visto obligada a suplir las indemnizaciones correspondientes a un accidente de trabajo sufrido por un obrero que procedía a descargar un vagón contra el que chocó una máquina, conducida por dichos empleados de la Renfe, cuyo accidente determinó la lesión del mencionado obrero, la cual le produjo una situación de incapacidad parcial permanente.

La Compañía aseguradora estimó que existía culpa o negligencia en los referidos empleados de la Renfe y formuló demanda de juicio de mayor cuantía solicitando que se condenara a dichos empleados y a la Renfe, en forma solidaria, a satisfacer el reembolso de las indemnizaciones y gastos pagados por aquella Compañía aseguradora como derivación del accidente.

Dictada por el Juzgado sentencia favorable a dicha petición, y confirmada por la Audiencia, la representación de la Renfe interpuso recurso de casación.

(1) Obsérvese que en la sentencia de 11 de mayo de 1967, antes reseñada, se establece idéntica doctrina.

(2) La última parte de esta doctrina es fiel reflejo de la establecida en la sentencia (que se cita expresamente entre otras) de 11 de mayo de 1967, antes reseñada.

1. **ARRIENDO COMPLEJO; INTERPRETACIÓN DE CONTRATO:** Aunque la Audiencia, de los pactos de las partes deduce la existencia de dos contratos totalmente independientes: uno para la construcción del local con participación de los demandados en el pago de su importe, a modo de ayuda, préstamo u otra figura jurídica, y otro contrato totalmente independiente, de arrendamiento puro y simple del local, sometido en su regulación a la L. A. U., del examen conjunto de los pactos se deduce que el fin que se propusieron las partes no fue otro que el de los demandados llegaran a explotar el local en concepto de arrendatarios, por una renta módica en compensación a la parte con que habían contribuido a su construcción, perteneciendo al arrendador el edificio resultante y percibiendo renta durante su construcción y más elevada una vez fuera explotado el local e incluso abonando los arrendatarios durante la explotación, la parte con que se comprometieron a participar en la ampliación de obras a realizar, lo que demuestra que ambas series de pactos constituyen un solo contrato complejo y atípico; reiterada doctrina declara que la regulación en estos contratos queda excluida de la legislación arrendaticia. [S. de 30 de octubre de 1970; ha lugar.]

2. **ARRIENDOS COMPLEJOS; EXCLUSIÓN DE LA L. A. U.:** El contrato por el que una parte recibió de la otra por tiempo determinado y precio cierto, el «solar» litigioso para construir en él, a sus expensas, un edificio destinado a cinematógrafo, que pasaría a ser de la propiedad de la parte arrendadora, no quedó regulado en ningún momento por la legislación especial de arrendamientos Urbanos, por que dicho pacto demuestra, con toda claridad, que el precio del arrendamiento convenido se integró, no sólo por el específicamente estipulado, sino también, y de forma muy esencial, por el valor de las obras que habían de realizarse y que constituían el factor económico decisivo del negocio y causa determinante de su celebración lo que da lugar a que se califique como de naturaleza atípica y compleja.

NOVACIÓN; CLASES: Para que la novación extintiva se produzca, es precisa la justificación de un «animus novandi» manifestado de modo expreso por los otorgantes o una declaración tácita de voluntad deducida de la incompatibilidad de las dos convenciones y no dándose tales circunstancias, la alteración contractual ha de calificarse como novación meramente modificativa.

INJUSTICIA NOTORIA; INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: Tratándose de un arriendo excluido de la L. A. U. al haberse sustanciado el proceso por los trámites previstos en la referida Ley y no por los establecidos en los artículos 481 y siguientes de la L. E. C. se observaron formalidades procesales inadecuadas que conforme a lo dicho en S. de 10 de marzo de 1961, han producido un quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio con la consiguiente indefensión de la parte demandada, lo que determina la estimación del recurso. [S. de 10 de octubre de 1970; ha lugar.]

NOTA: Para la crítica de la doctrina jurisprudencial sobre régimen de arriendos atípicos véase en esta misma Revista el comentario a la S. de 13 de junio de 1961 —año 1963, páginas 204 a 211—. En cuanto a la afirmación

de que los trámites procesales de la L. A. U. suponen indefensión para la parte demandada, suena un tanto extraña, ya que son sustancialmente idénticas las garantías que el proceso común y el especial arrendaticio ofrecen a las partes (J. P. R.).

3. **HABITABILIDAD; ARRIENDO DE SOLARES:** *La L. A. U. al referirse a los locales de negocio señala la característica de que se trate de edificaciones habitables por lo que los «solares», como tales, no están sujetos a la ley especial y al no estarlo, no pueden ser objeto de prórroga alguna, por lo que no infringe la Ley la sentencia que califica al arriendo como de solar si en el propio contrato se consigna la calificación de solar dada al inmueble y las construcciones rudimentarias existentes actualmente en el local fueron realizadas por el arrendatario con autorización del arrendador.*

CALIFICACIÓN COMO ARRIENDO O SUBARRIENDO; DENOMINACIÓN DADA POR LAS PARTES FALTA DE RELIEVE DE LA CALIFICACIÓN A LOS EFECTOS DEL FALLO: *La calificación dada por las partes a lo contratado carece de importancia y no merma las facultades del Tribunal para establecer la verdadera naturaleza del contrato; por otra parte es inocua la calificación que se atribuya de subarriendo o arriendo si en uno y otro caso no hay derecho a la prórroga forzosa y procede la resolución. [S. de 22 de septiembre de 1970; no ha lugar.]*

4. **CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: SOLAR O LOCAL DE NEGOCIOS:** *Si lo arrendado fue una extensión de terreno descubierto y sin ninguna edificación, cuya naturaleza no ha podido quedar modificada por las obras que el arrendatario, en virtud de la autorización que le fue concedida en el contrato, realizó con posterioridad, (porque se convino que la extinción del vínculo, el arrendatario haría suyas el total o parte de las obras que pudiera aprovechar y las restantes tendría que derribarlas dejando libre de materiales y escombros la finca si a la arrendadora no le conviniera que subsistieran) y si las proyectadas edificaciones no se comprendieron en el contrato, ni por ende se tuvieron en cuenta para fijar la merced o precio del arrendamiento, el arrendamiento es de solar.*

CASACIÓN; RIGOR FORMAL: *Es inadmisibile el motivo que involucra los conceptos de error de hecho y de derecho.*

CASACIÓN; ERROR DE DERECHO: *Sólo se da el recurso —en cuanto a las pruebas— cuando se infringe en la sentencia algún precepto legal de los que determinan el valor de un medio de prueba.*

CASACIÓN; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tiene este carácter el propio contrato litigioso, el reconocimiento judicial y las certificaciones que fueron objeto de análisis y exégesis por el Tribunal «a quo». [S. de 2 de junio de 1970; no ha lugar.]*

5. **CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: CRITERIOS PARA LA MISMA:** *Es doctrina jurisprudencial que la clasificación legal del arrendamiento de fincas urbanas en inquilinato y local de negocio, no depende directamente de las condiciones objetivas y materiales de la cosa arrendada, ni siquiera del uso a que realmente lo dedique el arrendatario, sino del destino convenido expresa o*

tácitamente por los contratantes, el cual, si bien puede ser modificado en el curso de la relación arrendaticia, por acuerdo de las partes, dentro de los límites establecidos por la Ley, no puede serlo eficazmente por actos unilaterales del arrendatario. Si en el contrato se pacta que el local arrendado se destinará, de modo exclusivo, a vivienda familiar y clínica médica, sin que el arrendatario pueda variar y modificar el contrato, no puede calificarse el arriendo de local de negocio por el hecho de que la fianza depositada fuera de dos mensualidades de renta y porque desde el comienzo del arriendo, el local se haya destinado exclusivamente a clínica médica.

FIANZA : CUANTÍA : *Las sumas fijadas en concepto de fianza en el artículo 105 párrafo, 1 de la L. A. U. constituyen el límite mínimo del «quantum» de esa prenda irregular, denominada fianza por la Ley, pero no el tope máximo, el que en el Derecho vigente queda confiado a la autonomía de la voluntad de las partes.*

INFRACCIONES CONTRACTUALES : CONOCIMIENTO Y CONSENTIMIENTO DE LAS MISMAS : *Es doctrina uniforme de la Sala I que el conocimiento no equivale, lógica, ni jurídicamente, al consentimiento y la mera inacción procesal de una parte no implica necesariamente aquiescencia a los actos realizados por la otra si la inacción no es concluyente. [S. de 2 de julio de 1970; ha lugar.]*

NOTA : *Realmente sorprendente es la doctrina según la cual el máximo de la fianza queda confiado, por la L. A. U., a la autonomía de la voluntad de las partes; tratándose de arriendo de viviendas o equiparado a viviendas como el que, según el T. S., era el objeto del litigio, las normas de la L. A. U. son de derecho absolutamente imperativo no derogables por la voluntad de las partes y, por tanto, es ilegal la exigencia al arrendatario de una fianza en cuantía superior a la señalada por la Ley. No hay reparo en cambio, que poner, a la tesis, según la cual el señalamiento de la fianza en cuantía correspondiente a un determinado tipo de contrato no sea decisiva para la calificación del mismo (J. P. R.).*

6. REVISIÓN DE RENTA : PLAZO : *No constituye incongruencia el hecho de que la sentencia no señale expresamente el plazo de vigencia de la renta revisada, pues declarada la revisión, el artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos queda aplicado, y el plazo de vigencia de la renta revisado por ser consecuencia de la revisión y su vigencia expresamente consignada en el artículo, no siendo preciso hacerlo constar en el fallo, por ser derivación necesaria del acuerdo de revisión. [S. de 9 de marzo de 1970; desestimatoria.]*

7. REDUCCIÓN DE RENTA ARRENDATICIA A LA BASE FISCAL : NECESIDAD DE BASE FISCAL CONCRETA COMO TÉRMINO DE COMPARACIÓN : *Constante jurisprudencia de la Sala 1.ª tiene declarado que es presupuesto necesario e ineludible para el éxito de la acción del artículo 103 de la L. A. U. que previamente haya sido fijado por la Hacienda la renta correspondiente al local concreto.*

CONGRUENCIA : *No es procesalmente suficiente una alegación jurídica contenida en uno de los hechos de la demanda, sin concretar correctamente la petición que se deriva de la misma y que se insta del órgano jurisdiccional, si no se formula tal petición en el súplico de la demanda, ya que tales*

defectos vedan al Juzgador el pronunciamiento correspondiente. [S. de 21 de octubre de 1970; no ha lugar.]

8. DERECHO DE TANTEO EN TRASPASO: *Consentido el traspaso por la propiedad en el acto de conciliación por el que tuvo lugar la notificación, ello significa una renuncia al ejercicio del derecho de tanteo y autorización del traspaso, sin esperar al transcurso del plazo de treinta días. [S. de 7 de febrero de 1970; desestimatoria.]*

9. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO; HEREDERO O LEGATARIO: *Probado que el causante arrendatario, por testamento, instituyó heredero al demandado en unión de otra persona, y dicho instituido, con posterioridad al fallecimiento de la testadora asumió las deudas de ésta, por cantidad superior a 160.000 pesetas, hay que estimar que dicho demandado acreditó suficientemente, en el proceso, la cualidad de heredero a los efectos del artículo 60 de la Ley especial, sin que se pueda calificar de simple legatario ni le sea de aplicación la doctrina de las sentencias de 2 de junio de 1965 y 7 de diciembre de 1967 —que excluye a los legatarios del derecho de subrogación—.*

IMPUGNACIÓN DE LOS TÍTULOS SUCESORIOS: *En los procesos sobre subrogación arrendaticia no es dable juzgar de títulos sucesorios ajenos al arrendador, y si no fue convocada al proceso la otra persona designada en el testamento como heredero, tampoco cabría resolver en el recurso acerca de la validez o invalidez de la institución de heredero por defecto en la constitución de la relación procesal.*

ABUSO DE DERECHO: *No probada la antisocialidad de la conducta del demandado ni su intención de perjudicar al otro contendiente en el ejercicio de los derechos que legítimamente le corresponden, falta uno de los presupuestos especiales que la jurisprudencia de la Sala I exige para la aplicación del artículo 9.º de la L. A. U. [S. de 29 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

10. NEGACIÓN DE PRÓRROGA DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO POR NECESIDAD; FIJACIÓN PREVIA DE INDEMNIZACIÓN: *De acuerdo con constante jurisprudencia de la Sala 1.ª —sentencias de 26 de septiembre de 1960, 15 de febrero, 30 de septiembre y 5 de octubre de 1965, 17 de abril y 4 de marzo de 1970, entre otras muchas—, lo que la ley exige con carácter previo a la interposición de la acción de desalojo, no es que real y efectivamente se haya percibido por el arrendatario la indemnización que legítimamente le pueda corresponder, sino que la cuantía de la misma se haya determinado por acuerdo de las partes o por decisión de la Junta de Estimación, salvo en el caso de que la indemnización esté concretado en la Ley.*

CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN; DEPÓSITO PARA FUNERARIA; CALIFICACIÓN: *El arriendo de «depósito para funeraria» está incluido en el número 2.º del artículo 5.º de la L. A. U., lo que supone que, a tenor del número 4, del artículo 70 de la propia Ley, la cantidad indemnizatoria se fija sin necesidad de previo convenio o determinación de la Junta de estimación, consis-*

tiendo en el importe de dos anualidades de la renta pertinente. [S. de 22 de octubre de 1970; no ha lugar.]

11. INJUSTICIA NOTORIA; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Ni la confesión judicial, ni el testimonio de una sentencia son documentos auténticos a efectos de este recurso.*

DERECHO DE NEGAR EL RETORNO: *La renuncia del derecho de negar el retorno por parte del arrendador es perfectamente lícita, conforme a lo dispuesto en el número 3.º del artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, [S. de 7 de noviembre de 1970; desestimatoria.]*

12. DERECHO DE RETORNO; RESERVA DE LOCAL DE MENOR SUPERFICIE DE LA LEGALMENTE PREVISTA, POR CAUSA NO IMPUTABLE AL ARRENDADOR: *Cuando la asignación de piso realizada por el arrendador al titular del derecho de retorno, resulte adecuada, tendrá efectividad la regulación del artículo 84 de la L. A. U. y si el arrendador incumple voluntariamente la obligación con el alcance que le viene impuesta en el artículo 83 de la L. A. U., entra en juego el artículo 88 de la L. A. U., que deja al arbitrio del arrendatario elegir, entre la indemnización en metálico o reclamar la vivienda o local que escoja en el inmueble, precepto aplicable tanto al caso de incumplimiento absoluto como al parcial; cuando el incumplimiento del arrendador no es voluntario sino consecuencia de una circunstancia sobrevenida con posterioridad al derribo de la finca, como es la promulgación de unas Ordenanzas Municipales que exigieron reserva de espacio para aparcamiento y motivaron la disminución de espacio del local reservable, no cabe aplicar el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en la forma pretendida por el arrendatario, y si las normas sobre reducción de renta en función de la correlativa reducción de superficie. [S. de 29 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: La parte actora solicitaba se le entregase en la planta baja del edificio reconstruido un local de la misma superficie del que tenía en el inmueble derribado, mediante la realización de las obras precisas; con arreglo a la sentencia del Tribunal Supremo el arrendatario debe contentarse con recibir un local de poco más de dieciséis metros cuadrados —ya que la instalación del aparcamiento ha reducido extraordinariamente el espacio disponible en la planta—, en lugar del de ¡250 metros cuadrados!, de que disponía anteriormente. Una sentencia más que pone de manifiesto lo poco satisfactorio de la regulación legal de la causa 2.ª de denegación de prórroga.

13. INFRACCIONES CONTRACTUALES COMETIDAS POR EL ARRENDATARIO; CONOCIMIENTO O CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, puesto que no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto volitivo de manifestación expresa o tácita de voluntad, que es el único que podría legalizar el traspaso irregular realizado por el arrendatario. [S. de 17 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

14. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO; CUESTIONES DE PRUEBA: *El simple recibo de una carta de pedido y el atender el arrendatario del local a su teléfono propio, con objeto de transmitir el encargo a otra persona, de*

modo esporádico, y mayormente dada la condición de socios comunes de ambas entidades del inquilino y del supuesto subarrendatario, no implica la permanencia en el local ni la ocupación del mismo por la entidad a la que se atribuye la condición de subarrendatario, por lo que tales elementos de juicio no pueden desvirtuar la apreciación del órgano a quo sobre inexistencia del subarriendo.

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error se presentará de modo claro, cuando el órgano a quo desconozca, tergiversar o no acoja un hecho trascendente o decisivo para la resolución del pleito y que esté debidamente acreditado en autos, mediante documentos que, por sí mismos, hagan prueba de la verdad de su contenido, y ello, de manera ostensible e inequívoca. [S. de 6 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

15. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS DEL RECURSO: *No basta con citar el artículo, sino que es necesario citar los párrafos del mismo que se suponen infringidos.*

AUTORIZACIÓN DE TRASPASO POR CONDUEÑO: *Para liberar la responsabilidad del arrendatario que no tiene intervención en el régimen de comunidad ni posibilidad de conocer sus acuerdos, basta con la manifestación del consentimiento del condueño o condueños con quienes se relaciona normalmente como representante de la comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad de aquellos ante ésta. [S. de 6 de octubre de 1970; desestimatoria.]*

16. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO TRASPASO: CONVERSIÓN DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN ANÓNIMA: *Según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, la conversión de la sociedad de responsabilidad limitada arrendataria en sociedad anónima, como consecuencia del acto voluntario y espontáneo de una ampliación del capital por encima de la cifra que la Ley permite a las sociedades limitadas, constituye un acto de traspaso que puede justificar la acción de resolución cuando no medió el consentimiento o autorización del propietario. [S. de 14 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

COSA JUZGADA: *Para que la sentencia firme recaída en pleito anterior tenga la fuerza de cosa juzgada material en otro posterior, es preciso, además de otras identidades, que la pretensión que se actuó en el primero, sea la misma que se ejercita en el segundo, es decir, que exista identidad de cosa y causas, entendiéndose por cosa la res litigiosa y por causa la verdadera ratio o causa petendi de la pretensión. La mera circunstancia de que el Juzgado Municipal, en el primer pleito, se hubiera visto obligado a examinar, como cuestión previa, la relativa a la alegada titularidad arrendaticia que por traspaso se arrogaba la actora en aquel pleito y que le negaba la demandada, no implica que tal cuestión quedase definitivamente resuelta en el primer proceso, primero porque no se planteó por vía reconvenzional a fin de que fuera resuelta de manera expresa en la parte dispositiva de la sentencia, y segundo porque en el supuesto de que así se hubiera planteado, no podía ser resuelta en tal sentencia por incompetencia del Juzgado e inadecuación del procedimiento.*

EL REQUISITO DE EXPLOTACIÓN COMO BASE DEL DERECHO DE TRASPASO: *Tiene establecido el Tribunal Supremo que el plazo de ininterrumpida explotación de un año, a que se refiere la L. A. U., se refiere precisamente al anterior a la fecha en que se realiza el traspaso, pues la protección que, por medio del reconocimiento del derecho de traspaso, le otorga la Ley al patrimonio comercial que, con su actividad, crea el arrendatario en el local ajeno, debe cesar al ser innecesaria, cual ocurre cuando el propio arrendatario, con el cierre persistente, destruye dicho patrimonio.* [S. de 18 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

17. OBRAS INCONSENTIDAS: UTILIZACIÓN DE ESPACIO PARA CONVERTIRLO EN VIVIENDA: *Las obras que tienden al aprovechamiento de un espacio del local, para su habilitación como vivienda, no pertenecen a la finalidad esencial de un local de negocio, sino todo lo contrario, es una excepción, cuya causa o consentimiento han de resultar acreditados de modo indubitable.*

OBRAS DE ADAPTACIÓN: APRECIACIÓN: DESESTIMACIÓN DEL RECURSO: *Si las obras se adaptan o no al destino pactado, no constituye un hecho apreciable por los sentidos, sino un concepto al que hay que llegar por un razonamiento que no encaja en el cauce de la causa 4.^a del artículo 136 de la L. A. U.*

ERROR DE HECHO: ACTA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *El contenido de un acta de reconocimiento judicial, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, no es medio apto para demostrar un error de hecho, pues limitándose por la Ley la eficacia a los documentos y a los informes periciales, tanto la Sección 5.^a del Título II del Libro II de la L. E. C. que enumera los diversos medios de prueba utilizables en juicio, como el Código civil en el Capítulo 5.^o del Título I del Libro IV, que regula los medios de prueba de las obligaciones, se preocupan de separar cuidadosamente lo que debe entenderse por documentos y por pericias, y regulan en Secciones aparte el reconocimiento judicial, por lo que no pueden confundirse.* [S. de 13 de febrero de 1970; no ha lugar.]

18. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: OBRAS DE CONSERVACIÓN: RESPONSABILIDAD: *La autorización para hacer unas obras necesarias en el piso objeto del contrato, al arrendatario, no le responsabiliza de la ejecución de cuantas obras fuesen preciso efectuar, ya que incumbe al arrendador la realización de las de conservación necesarias.*

OBRAS DE CONSERVACIÓN: EFECTOS DE LA HUMEDAD: APRECIACIÓN DE LOS HECHOS: *Cuando de la prueba pericial obrante en autos, se deduce que el desprendimiento de parte de la techumbre y descubierto de vigas de una de las habitaciones, manchas, caída de cal y pintura en muros y paredes de una de las dos plantas objeto del arrendamiento, obedeció a la humedad que, proveniente de los cimientos, llegó, por capilaridad, a través de los muros, al techo, e infiltrándose en las vigas fue causa, tras un lento proceso, de su pudrición, como la de los cañizos, provocando aquel hundimiento, manchas y caídas, es lo cierto que no puede evidenciar error, y en forma alguna manifiesto, en dicha apreciación probatoria, el que por el perito*

informante, a requerimiento del Letrado del arrendador, manifestase en el acto del informe, el que dicha humedad existente en paredes y techo, hubiese afectado el agua derramada de un grifo, en la parte superior de la habitación en la que se produjeron aquellos daños, correspondiente a la segunda de las plantas, y que el arrendatario dejó abierto, provocando en su ausencia tal derramamiento, cuando, como se destaca en la sentencia, «en modo alguno, dada su extensión, su situación y sus efectos, podrían ser consecuencia de la inundación referida (ocurrida un año antes) por la salida del agua de un grifo, durante tres o cuatro horas».

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIÓN NUEVA: *No se puede traer al recurso una cuestión nueva, no propuesta y discutida en trámite de instancia, por estar incurso, como inadmisibile en la causa 5.ª del artículo 1.729 de la L. E. C., que en la fase del recurso de injusticia notoria, lo es de desestimación.* [S. de 27 de junio de 1970; no ha lugar.]

19. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: APERTURA DE UNA VENTANA: *Cambia la configuración de la cosa arrendada la apertura de un boquete o ventana que pone en comunicación el local que es objeto del arrendamiento con otro propiedad del arrendatario.*

OBRAS INCONSENTIDAS: REPOSICIÓN DEL LOCAL A SU ESTADO ANTERIOR: *Es patente que el hecho de abrir el arrendatario un boquete o comunicación entre el local arrendado y otro distinto, integra una modificación de la configuración del local objeto del arrendamiento, sin que la acción epercitada, a fin de resolver el contrato, quede enervada por el hecho de que con anterioridad a la demanda, haya, el arrendatario, cerrado dicho boquete.*

NATURALEZA DE LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *La prueba de reconocimiento judicial no tiene la naturaleza de documento auténtico, de acuerdo a doctrina del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en la sentencia de 21 de noviembre de 1908.*

OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: CARGA DE LA PRUEBA: *Según el artículo 1.214 del Código civil, el hecho de ser meramente accidental la obra realizada (apertura de un boquete), incumbe al demandado.* [S. de 11 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

20. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: OBRAS INCONSENTIDAS: EXISTENCIA DE UN TABIQUE: VALOR DE LA PRUEBA PERICIAL: *El dictamen pericial carece de la fuerza probatoria suficiente, aunque el propio perito, que reconoció la finca, aclare en su dictamen «no haber encontrado en ninguna parte vestigios o señales de que haya existido antes un tabique, si bien ésto no le parece riguroso para establecer su inexistencia», cuando del total de las pruebas practicadas (peritos, reconocimiento judicial, testigos, presunciones), el Tribunal llega, en la parte final, a la conclusión fáctica de la existencia del tabique cuando se hizo el edificio, aunque aquél ahora hubiera desaparecido.*

OBRAS INCONSENTIDAS; AUTOR: *Una vez probada la existencia de las obras que modificaron la configuración, hay que imputárselas al arrendatario, cuando es un hecho reconocido que el único que ha existido en el edificio, desde su construcción, es el actual inquilino.*

PRUEBA DE TESTIGOS; TACHAS DE TESTIGOS; VALORACIÓN: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que contra la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales de instancia, en uso de la facultad que les confieren los artículos 1.248 del Código civil y 659 de la L. E. C., no se da el recurso de casación (S. de 8 de julio de 1949), siendo reiteradísima la doctrina de que la prueba testifical, por si sola o en combinación con otras, y aún tachados los testigos, es de la discrecional apreciación del Tribunal sentenciador, sin que respecto a ella, y sólo por ella, quepa la casación; doctrina jurisprudencial igualmente aplicable al recurso de injusticia notoria, conforme a la sentencia de 25 de abril de 1964, insistiendo la de 13 del mismo mes y año, en que, sean o no tachables los testigos conforme a lo dispuesto en el artículo 660 de la L. E. C., lo cierto es que la apreciación de este medio de prueba pertenece, según el artículo 659 de la propia Ley, al exclusivo y discrecional arbitrio de los Tribunales, lo mismo en el juicio principal que en el incidente de tachas.*

PRUEBA DE PERITOS; VALORACIÓN: *Aparte de que los dictámenes periciales, conforme a lo prevenido en el artículo 632 de la L. E. C., son de la apreciación de los Tribunales según las reglas de la sana crítica, en todo caso, para justificar un supuesto error, desvirtuando la valoración de la prueba hecha por el Tribunal a quo, habría que demostrarlo de un modo manifiesto y terminante, pues, en términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1953, lo que exige la causa 4.^a, hoy del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es que las pruebas documental y pericial, a las que dicha causa se refiere, obrantes en autos, «patenticen el evidente error en que haya incurrido el juzgador».*

NATURALEZA DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *La misión revisora del Tribunal Supremo, dentro del ámbito del recurso de injusticia notoria, no se extiende a valorar libremente, cual si se tratara de una tercera instancia, el material probatorio suministrado por las partes litigantes, cometido «exclusivo y excluyente» de los Tribunales de instancia, ni alcanza a discernir si la ponderación hecha por éstos en las pruebas es más o menos acertada que la del recurrente, sino que se concreta a enjuiciar la legalidad del fallo, y a esto ha de limitarse, cual se sostiene, entre otras, en las sentencias de 22 de junio de 1963 y 29 de mayo del mismo año.*

DIFERENCIA ENTRE EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA Y EL ORDINARIO DE APELACIÓN: *No se puede confundir el extraordinario recurso de injusticia notoria con el ordinario de apelación, en el que el Tribunal de alzada puede valorar la prueba del pleito de modo distinto a como lo hizo el Juez, llegando con ello a una conclusión diferente, si nque la Audiencia haya de respetar y ajustarse a la apreciación que haga el Juzgado que conoció del asunto en primera instancia, como se deduce de la sentencia de 24 de noviembre*

de 1962; así como tampoco en el recurso de casación puede realizarse una nueva y completa valoración jurídica del pleito, entre otras, la sentencia de 13 de febrero de 1943. [S. de 14 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

21. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: NO LO ES LA INTRODUCCIÓN DE UNA TUBERÍA DE GAS: *La obra consistente en perforar un muro de fachada por bajo de la rasante, para proceder a la introducción de una tubería de gas, sin afectar, en forma apreciable, a la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción de la finca, no presupone modificación en la configuración interna y externa del local.*

RIGOR FORMALISTA DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES DE HECHO Y DE DERECHO: *No puede ser admitido, a tenor del número 4.º del artículo 1.729 de la L. E. C., un motivo en el que se acumulan un alegato de hecho con otro de índole jurídica, por ser contrario al rigor formalista característico de los recursos extraordinarios que preceptúa el último párrafo del artículo 136 de la L. A. U., en relación con el 1.720 de la L. E. C. y la constante interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* [S. de 31 de octubre de 1970; no ha lugar.]

22. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: *Del texto del número 7 del artículo 114 de la L. A. U. se infiere: a) que el «autor» de las obras sea el arrendatario o personas que con él convivan en la vivienda o en el local de negocio, y b) que se produzca uno de los efectos que la Ley impone como causa de la resolución contractual.*

ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: SU CARÁCTER CONTINGENTE: *La declaración de afectar una obra a la configuración del local es problema «contingente», y dentro de dicha contingencia se han de tener en cuenta la relación de hechos aducidos en la litis, las declaraciones de la sentencia de instancia y los propios términos del recurso.*

CONEXIÓN ENTRE ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN Y CESIÓN: *Cuando la obra ejecutada en el local arrendado por el dueño del colindante sólo afecta a la reducción de 30 centímetros de ancho, por el lado de la fachada, y sin repercusión alguna en el interior de lo arrendado, no puede constituir alteración en la configuración y sí, en todo caso, podrá ser una «cesión» de parte del arriendo, lo que estaría incluido dentro de la norma 5.ª del artículo 114 de la L. A. U.*

LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL Y EL ARTÍCULO 1.543 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 1.543 del Código civil, que define el arrendamiento de cosas, por su mismo carácter de generalidad conceptual, no sirve para demostrar ninguna infracción contractual, ni su categoría y alcance.*

INTERPRETACIÓN DE DOCUMENTOS: *Cuando un documento es aceptado e interpretado en autos, debe combatirse, la exégesis del mismo, por las reglas que suponen la de los contratos.* [S. de 25 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

23. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: CUESTIÓN DE DERECHO: *El motivo dirigido a combatir la interpretación de un contrato de arrendamiento, al sustentarse que los términos del mismo suponen autorización para que se efectuarse el derribo de un tabique, no constituye una materia de hecho, sino una cuestión jurídica, referida a declarar la voluntad de los contratantes, que sólo podía lograrse con la alegación de haber sido infringida alguna de las normas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 al 1.287 y 1.289 del Código civil, y no cabe dentro de la causa 4.ª del artículo 136 de la L. A. U. [S. de 4 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

24. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO: *El conocimiento por el propietario de las obras que realice al arrendatario, no equivale al consentimiento expreso y escrito que exige la L. A. U.*

OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: *La construcción de un elemento móvil, no sujeto a la pared, ni empotrado o adherido con obra de fábrica no altera la configuración del local.*

OBRAS INCONSENTIDAS: AUTOR: *Siendo normativa especial de la causa 7.ª del artículo 114 de la L. A. U. la realización de las obras por el arrendatario, claro es que no tiene aplicación la sanción resolutoria que la misma contempla, cuando las obras no han sido realizadas por él.*

ERROR DE HECHO: ACTA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y CONFESIÓN JUDICIAL: *Aunque ambos elementos figuren documentalmente instrumentados en los autos, y elevados, por tanto, a la categoría de documentos públicos —conforme a lo dispuesto en el número 7.º del artículo 597 de la L. E. C. y a la facultad documentadora del Secretario—, no sirven para acreditar la realidad de todo cuanto en ellas se haga constar; si lo que tales documentos reflejan no fue correctamente interpretado por el juzgador, o al apreciarlo infringió alguna norma valorativa de prueba, ello podría combatirse, pero por la vía adecuada, y no por la del error de hecho; por ésta sólo se pueden utilizar documentos o pericia, que contengan afirmaciones que resulten absolutamente incompatibles con las de la sentencia impugnada, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas o deducciones. [S. de 5 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

25. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO: RESTABLECIMIENTO DE LA PRIMITIVA CONFIGURACIÓN: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *Fuese expresa, tácita o implícita la autorización del arrendador para cambiar la configuración, no puede ser modificada de nuevo por el locatario, sino ajustándose a las normas que resultan de la causa 7.ª del artículo 114 de la L. A. U., doctrina que lejos de estar en contradicción con lo preceptuado en el artículo 1.561 del Código civil y con la recogida en varias sentencias (invocadas por el recurrente), se halla comparada por la de algunas de estas resoluciones, pues en la de 2 de marzo de 1954, a la que unilateralmente se remiten las de 15 de octubre de 1958*

y 28 de octubre de 1959, se declaró que variada la configuración del local con el consentimiento o la mera tolerancia del arrendador, viniendo a constituirse nueva disposición de las partes del mismo, no puede modificarse después por la sola voluntad del arrendatario, sin dar lugar a la pertinente causa de resolución del contrato.

MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE TABIQUES: No es lo mismo la construcción de un tabique de reducidas dimensiones y que no llega al techo, en una habitación de servicios secundarios, ni la sustitución de las separaciones de madera (de una carbonería), levantadas para colocar las diversas clases de mercancías, por sendos tabiques que no llegaban al techo, que la erección de un «tabique que separa en dos recintos el espacio, antes abierto e ininterrumpido del local arrendado», sin que a la circunstancia de que no sea de fábrica la totalidad de la obra de división quepa atribuir trascendencia alguna en el resultado perseguido y realizado, consistente en la modificación de la configuración de la cosa arrendada.

TABIQUE REMATADO POR UNA CRISTALERA: PRUEBA PERICIAL: Para apreciar si un tabique está rematado por una cristalera, no parecen necesarios o convenientes los conocimientos científicos, artísticos o prácticos a que se refieren los artículos 1.242 del Código civil y 710 de la L. E. C.

PRUEBA PERICIAL: ERROR: Es causa de inadmisión, con arreglo al artículo 136, último párrafo, de la L. A. U., en relación con el 138 y 150 de la misma Ley, el artículo 1.929, número 4.º de la L. E. C. y la constante doctrina del Tribunal Supremo, el motivo que no exprese el concepto por el cual se estima cometida la infracción. [S. de 2 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

26. **RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR ACTIVIDADES PELIGROSAS:** Es doctrina reiterada de la Sala I del Tribunal Supremo que no basta que se produzca un mero resultado pernicioso para reputar peligrosa una industria, pues este resultado puede ser debido a un accidente fortuito; si la actividad no es peligrosa por naturaleza ni hay riesgo inminente en ella, es irrelevante para la resolución el que, por la delegación de los servicios municipales competentes, se aproveche la ocasión para ordenar que se acentúen las precauciones contra la posible repetición del evento, y lo es también la petición de los inquilinos que, aunque hubiera sido espontánea, no podría nunca, por sí misma, ser determinante de la resolución; es doctrina reiterada que habiéndose ajustado las actividades desarrolladas en el local al destino pactado en el contrato de arriendo la aceptación del arrendador le inhabilita para convertir su propio consentimiento en base de la demanda. [S. de 5 de octubre de 1970; no ha lugar.]

27. **ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR CAUSA DE RUINA:** Si la ruina no significa la caída o destrucción de la cosa arrendada, sino únicamente el peligro, incluso inminente, de que la misma se produzca, según la estimación de la autoridad competente, el hecho no puede dar lugar a la resolución del contrato locativo sino cuando concurren los requisitos taxativamente señalados en la mencionada causa 10.ª, sin que quepa invocar

con éxito lo prevenido en el párrafo 1.º del artículo 118 más que en el supuesto de que a la declaración de estado ruinoso y al acuerdo de demolición, previstos en el párrafo 1.º del artículo 170 de la llamada «Ley del Suelo» de 12 de mayo de 1956, haya seguido la ejecución del acuerdo con arreglo al párrafo 3.º del mismo precepto legal.

APRECIACIÓN DE RUINA: CUESTIÓN JURÍDICA: *La cuestión sobre si se da o no se da el supuesto de pérdida que prevé el párrafo 1.º del artículo 118 de la L. A. U., es estrictamente jurídica, puesto que consiste en dilucidar si el hecho es subsumible en la norma de derecho invocada, esto es, si en él concurren los factores o requisitos singulares del supuesto abstracto descrito por la Ley como causa común de resolución de todos los contratos a que se refiere el Capítulo XI de la L. A. U. [S. de 20 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

28. RUINA PARCIAL DE LA FINCA: OBJETO DEL ARRENDAMIENTO: RELACIÓN JURÍDICA: *Es doctrina del Tribunal Supremo establecida en las sentencias de 7 de octubre de 1961, 24 de junio de 1963 y 23 de junio de 1965, entre otras, que cuando el objeto del arrendamiento esté integrado por diversos elementos, aunque sean físicamente independientes unos de otros, dicho contrato queda afectado en su totalidad por la declaración de ruina de alguno o algunos de los distintos elementos que constituyen su objeto, puesto que de lo contrario habría de reducirse cosa y renta, dando nacimiento a otra relación jurídica diferente, no convenida por las partes, y a las cuales no se les puede imponer coactivamente por la autoridad judicial. [S. de 2 de julio de 1970; no ha lugar.]*

V. Derecho de familia.

1. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SON UNA FUENTE SUPLETORIA: EL PRINCIPIO «NADIE PUEDE IR VÁLIDAMENTE CONTRA SUS PROPIOS ACTOS», EN RELACIÓN CON LA POSIBILIDAD DE REVOCAR LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN CATALUÑA; LA PRESUNCIÓN MUCIANA: *De conformidad con lo que establece el artículo 6.º del Código civil, los Principios Generales del Derecho son fuente supletoria, y por ello, para que puedan aplicarse, es preciso que no haya Ley o costumbre aplicable al punto controvertido. En el caso de que trata la presente litis, el artículo 23 de la Compilación de Cataluña, supone una excepción al principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, ya que establece el dercho del marido a revocar la donación hecha a su mujer.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS: *Alegada por el recurrente interpretación errónea de un precepto, cuando en realidad quiere referirse a aplicación indebida, se incurre en falta de claridad que impide la estimación del motivo. [S. de 24 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: Se trata del supuesto de la «presunción muciana». Unos cónyuges, de regionalidad catalana, sujetos al sistema supletorio catalán de separación

de bienes, compran una finca urbana por mitad y proindiviso. afirmándose por los compradores que la parte del precio que corresponde pagar a la mujer procede de dinero parafernial.

Instada por el marido la separación personal, y habiendo iniciado la mujer gestiones para vender su mitad indivisa de finca, el marido, en Escritura pública, revoca, conforme a los artículos 23 y 20 de la Compilación de Cataluña, la donación hecha a la mujer de la mitad del piso, y seguidamente demanda a su esposa pidiendo se declare que la finca es totalmente suya, ya que la mujer carecía de bienes parafernales y, en consecuencia, y por obra de lo que establece la Compilación, había que estimar que la mitad del piso que adquirió la mujer lo adquirió por donación del marido, que posteriormente había sido revocada.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda y la Audiencia confirma la Sentencia.

Recorre la esposa en casación alegando, entre otros, los siguientes motivos: 1) Interpretación errónea del artículo 23 de la Compilación, ya que, constando en la Escritura que la entrega del dinero se había hecho por mitad entre ambos cónyuges, lo que hay que presumir que procede de donación del marido es el dinero y no la mitad del piso; 2) No aplicación del principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos. El Tribunal Supremo entiende no haber lugar al recurso, según los argumentos antes indicados.

COMENTARIO: La «presunción muciana» que tantos problemas de interpretación había planteado, se aclaró por la Compilación de Cataluña en el sentido que la regula el artículo 23. Ahora bien, creemos que el Tribunal Supremo no interpreta correctamente lo establecido en dicho artículo, puesto que el mismo tiene dos partes diferenciadas: la primera, en la que se establece que cuando no pueda acreditarse la procedencia del bien adquirido por la mujer, se entenderá que procede de donación del marido, y la segunda, en la que se dispone que, demostrada la procedencia del bien, pero no la del dinero, es éste el que se entiende procedente de donación del marido; en ambos casos, la donación está sujeta a los efectos del artículo 20, es decir, que en principio es nula, pero se convalida retroactivamente si el marido se muere sin revocarla.

Pues bien, en el caso que se comenta, parece claro que constaba la procedencia del bien, puesto que se adquirió mediante compra en Escritura pública, cuya validez no se ha puesto en duda. Parece, por tanto, que lo único que podía revocar el marido era el precio pagado por la mitad de la mujer. Este argumento lo utiliza la recurrente, pero el Tribunal Supremo no lo considera.

Por otra parte, para llegar a la conclusión que llega de que el principio «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», no es aplicable cuando la Ley reserva a la persona que realizó el acto la facultad de revocarlo, creemos que no era preciso afirmar, como hace la sentencia comentada, que los Principios Generales del Derecho son fuente subsidiaria, ni dar por sentado que es cosa normal que las normas legales puedan suponer una excepción a dichos Principios. Todo ello, claro está, dependerá de lo que se entienda por Principios Generales del Derecho.

VI. Derecho mercantil.

1. NULIDAD DE MARCAS QUE UTILIZAN NOMBRE COMERCIAL AJENO: *Al declarar la nulidad de las marcas «ACME-DEVA» no se ha incurrido en aplicación indebida del artículo 12A párrafo 3º del Estatuto de la Propiedad Industrial, por cuanto la sentencia recurrida proclama que existe una razón social anterior («ACME, S. L.») y una registración posterior de marcas que llevan*

aquella misma denominación —con un simple aditamento geográfico, como tal no registrable— y que el registro de ellas fue solicitado por quien no era propietario único de ella, ni acreditó tener la autorización de los restantes propietarios, supuestos de hecho ambos que la norma exige para ser actuada.

RAZÓN SOCIAL Y NOMBRE COMERCIAL: *No es óbice para la mentada declaración de nulidad que la norma aplicada hable sólo de razón social y no aluda también al nombre comercial, pues en la propia Ley de 10 de mayo de 1902 se utilizan esas dos expresiones indistintamente, y el Código de comercio hace lo mismo —arts. 126, 146 y 147, entre otros— y también el Estatuto vigente reincide en eso —arts. 135 y 196 y ss.—; y es que, modernamente, aquella diferenciación que podía tener tanta trascendencia en las sociedades personalistas y que no la tenía en las de capitales —art. 151 del Código de comercio y 2.º de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas—, en las que ya no se habla de razón social y sí sólo de denominación de la sociedad, la ha perdido, también, incluso en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, en cuya Ley reguladora se vuelve a hablar indistintamente de denominación o razón social —arts. 2.º y 6.º, párr. 2.º— como términos equivalentes, y deja de exigirse la inclusión del nombre de alguno de los socios.*

ERROR DE HECHO: *No puede alegarse sobre la base de un documento que no afirma, clara y rotundamente, un hecho contrario al que la sentencia reputa como básico de su fallo, sin necesidad de tener que acudir a conjeturas o deducciones. [S. de 29 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

2. CONTRATO DE CESIÓN DE NEGOCIO: LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD RESPECTO DE TERCEROS: *La Sala de instancia declara que el documento privado suscrito por los Sres. L. B. y F. contenía un contrato de cesión de negocio, entendiéndose éste en su acepción jurídica de ente complejo constituido por nombre comercial, clientela, activo, pasivo, etc., y por ello la supuesta y alegada limitación de responsabilidad respecto al pago de deudas, ni es declarada frente a terceros por el Tribunal «a quo», que se limita a establecer la existencia de unos pactos entre los contratantes, ni en forma alguna podía autorizar válidamente a quien adquiere un establecimiento mercantil a limitar su responsabilidad en el giro y tráfico del mismo. [S. de 30 de enero de 1968; no ha lugar.]*

3. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES LESIVOS: *El hecho de que un grupo tenga en el Consejo un administrador nombrado por ellos, no confiere ninguna prerrogativa, ya que, en primer lugar la relación de accionista administrador no es de mandato, sino que éste una vez nombrado, pasa a ser órgano administrativo al servicio de los intereses de la Sociedad; en segundo lugar porque la actuación del Consejo es siempre colegiada; en tercer lugar porque puede darse el caso de que no todos los grupos minoritarios puedan nombrarles, lo que sucede cuando el número de administradores es inferior al de los grupos, y en último caso porque el privarles de esa facultad de agrupación, al haber quedado reducido a uno solo el cargo de administrador, por acuerdo legal de la Junta General, tampoco les acarrea perjuicio irrepa-*

nable, ya que las responsabilidades de los administradores están fijadas en los artículos 79, 80 y 81 de la Ley, y siempre se podrá ejercer el derecho de censura en las Juntas ordinarias o extraordinarias por cada accionista. [S. de 29 de noviembre de 1969; desestimatoria.]

4. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE S. A.: LEGITIMACIÓN: *El artículo 69 de la L. S. A. no habla de la emisión del voto contrario a la adopción del acuerdo, sino que legitima sólo a los concurrentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, lo cual implica que ese acuerdo exista como tal y que sobre él recaiga la oposición, sin que la Ley imponga forma alguna determinada para exteriorizar la oposición y si que la misma se haga constar por el oponente en acta, lo que debe interpretarse, dado que lo normal es que el secretario sea quien extienda tal acta, que, si no se consigna, haya el disidente de acudir a cuantos medios a su alcance tenga para obligar a que, en ella, se consigne su oposición; detallándose en el acta el porcentaje a favor o en contra manifestado en orden al acuerdo adoptado, si se guarda absoluto silencio sobre quienes fueron, personalmente, los que emitieron su voto en uno u otro sentido, quedan los mismos sin identificar y ello constituye obstáculo para dar por cumplido el requisito previo al ejercicio de la acción impugnatoria.* [S. de 30 de enero de 1970; desestimatoria.]

5. CASACIÓN: HECHOS PROBADOS: CAUCE PARA SU IMPUGNACIÓN: *Es función propia del Tribunal de instancia fijar los hechos, debiendo ser respetada tal declaración fáctica de la sentencia, la que puede ser combatida sólo por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la existencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, estando dirigido este motivo exclusivamente a combatir los hechos sentados en la resolución recurrida y establecer en su lugar otros que sean consecuencia, ya de documentos auténticos a los fines del recurso, o bien por la aplicación de normas valorativas de la prueba que hayan sido infringidas por el juzgador, mas nunca puede extender su ámbito a decidir en este motivo sobre las infracciones jurídicas que, como consecuencia de prosperar la impugnación de los hechos, pudieran haber sido cometidas, que habrán de ser denunciadas por el cauce que sea oportuno.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: CONVOCATORIA DEL CONSEJO: FACULTADES DEL PRESIDENTE Y DEL VICEPRESIDENTE Y DE LOS CONSEJEROS: *La interpretación que del artículo 78 de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas hace el juzgador de instancia, al efecto de estimar que corresponde al Presidente convocar al Consejo de Administración, (es) en suma totalmente adecuada, puesto que al afirmar que corresponde dicha facultad al Presidente o al que haga sus veces, no puede suponer la simultánea facultad al efecto a favor del Presidente y del Vicepresidente, pues éste último sólo hace las veces del primero cuando aquél por cualquier causa deja de ejercitar sus funciones; ni en suma la convocatoria hecha por Consejeros, de modo directo, arrogándose la facultad mencionada y sin instar, cual correspondería, del Presidente tal convocatoria, sea equiparable a la que trata de defenderse, como hecha por el Vicepresidente, por ejercer las funciones de Presidente.*

CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Los motivos cuarto y quinto del recurso, seguidos por la misma vía procesal que el anterior (núm. 1 del art. 1.692 L. E. C.), alegan la violación y aplicación indebida, en el uno del artículo 4.º del Código civil, y en el otro la de este mismo artículo en relación con el artículo 77 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, acumulando así, respecto a los mismos preceptos legales, dos conceptos de infracción de carácter independiente, como proclama la doctrina de esta Sala, dando lugar a infringir las normas establecidas en el artículo 1.720 de la Ley procesal civil, defecto formal determinante de la causa de inadmisión que establece el número 4.º del artículo 1.729 de la Ley de trámites, que en trance decisorio se convierte en causa de desestimación que procede acordar respecto a dichos motivos.*

ACCIÓN DE NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y LEGITIMACIÓN PASIVA: *No se trata, cual se argumenta de contrario, de una acción dirigida contra los administradores en tal concepto por actos de administración, sino de impugnar un acuerdo social afectado por los vicios que la resolución señala, ajenos a la Sociedad, lo que hacía improcedente dirigir contra ésta la acción, pues ello suponía partir de la virtualidad formal de la junta celebrada; y en cuanto a la discutida legitimación del demandante, indudable al ser afectado directamente por dicho acuerdo y hacerlo en el doble concepto de Presidente y el de socio, afectaría más propiamente a su personalidad, tener el carácter y representación con que acciona, que nacia planteada en dicho sentido, por lo que estimando adecuada dicha actuación y correcto dirigirla contra los que, en junta irreglamentariamente convocada, tomaron los acuerdos combatidos, han de rechazarse los conceptos de infracción aquí denunciados. [S. de 14 de febrero de 1968; no ha lugar.]*

NOTA: Los hechos que originan la doctrina antes reseñada, se inician por causa de una convocatoria de sesión de Consejo de Administración que efectúan el Vicepresidente de dicho Consejo y dos Vocales del mismo, notificándola al Presidente del Consejo y al Secretario de dicho órgano social, en cuya sesión se procedió a nombrar nuevo Presidente y Secretario, destituyendo a los anteriores y levantándose acta elevando a escritura pública los acuerdos, inscribiendo los mismos en el Registro Mercantil.

El Presidente destituido formula, «en su calidad doble de Presidente del Consejo y además como accionista de la Sociedad», demanda de juicio ordinario de mayor cuantía sobre nulidad de acuerdos sociales, suplicando se declare ilegal y antiestatutaria la mencionada reunión del Consejo de Administración.

El Juzgado de 1.ª Instancia estima la demanda y declara ilegal la reunión del Consejo de Administración y por consiguiente nulos y sin ningún valor ni efecto los acuerdos adoptados, sentencia que es confirmada por la Audiencia Territorial, y, como hemos visto, el Tribunal Supremo ratifica este punto de vista, estableciendo una interesante doctrina sobre el procedimiento de convocatoria del Consejo de Administración y las facultades del Presidente a tal efecto, negando virtualidad a la convocatoria hecha por los Consejeros de modo directo, y también a la hecha por el Vicepresidente mientras que el Presidente no ha dejado de ejercer sus funciones.

Con respecto a la doctrina establecida en la sentencia sobre el tema de la legitimación activa y pasiva para entablar y soportar respectivamente la acción de nulidad a que se refiere la litis, cfr. los artículos 69, «in fine», y 70, párrafo 5.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, y la S. T. S. de 11 de mayo de 1956 (Aranzadi R. 679 de 1957); también vid. VELASCO ALONSO, An-

gel, «La Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y Concordancias». Barcelona 1969, página 320.

6. RECURSO DE CASACIÓN: REQUISITO DE PRECISIÓN Y CLARIDAD: *Es causa por sí sola suficiente para la desestimación del recurso el no cumplir tanto en el planteamiento como en la argumentación justificativa del motivo de casación con el requisito de precisión y claridad que la Ley exige imperativamente en los artículos 1.720 y 1.729.*

IMPUGNACIÓN DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No conteniendo el motivo ninguna impugnación de la apreciación de la prueba, por el cauce del artículo 1.692, 7.º L. E. C., la realizada por la Sala sentenciadora queda incólume y han de ser respetadas en casación todas las declaraciones de índole fáctica que se formularon en la instancia.*

NERA DISCONFORMIDAD DE PARECERES: *Entendiéndose limitada la eficacia de la argumentación del motivo a una mera disconformidad entre el parecer del recurrente y de la Sala sentenciadora, no puede prosperar aquél dentro del carácter, ámbito y finalidad de la casación.*

REVOCACIÓN DE ADMINISTRADORES DE S. A.: *No puede estimarse como ilegal, por interpretación del artículo 75 L. S. A., la determinación de la Junta de no tratar de la destitución propuesta por falta del previo anuncio del propósito de llevarla a cabo, ya que, siendo antigua la causa de la pretendida remoción, era lo natural y lógico su previo anuncio para conocimiento de todos los socios y posible ejercicio por su parte del previo derecho de información. [S. de 13 de diciembre de 1969; desestimatoria.]*

7. RECURSO DE CASACIÓN: HECHOS NO PROBADOS: *Los hechos no declarados como probados en la sentencia recurrida sólo cabe introducirlos en el recurso por la vía del artículo 1.692, 7.º.*

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE S. A. ELECCIÓN DE MIEMBROS: *La agrupación de acciones, a efectos de la elección de los miembros del Consejo por medio de votación, es una circunstancia cuya ocurrencia sólo depende de la exclusiva voluntad de los accionistas. por lo cual el no haberla llevado a cabo sólo a ellos le es atribuible e imputable.*

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES: *El artículo 80 L. S. A. está dado para el supuesto de hecho descrito en el mismo con exclusión de los demás, lo que obsta a su aplicación por analogía al caso de que el ejercicio de la acción de responsabilidad por un grupo de accionistas que representen más de la décima parte del capital social deba producir la incapacidad para el puesto de consejero de las personas designadas para el mismo.*

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: *Para el éxito de impugnación de los acuerdos sociales por lesionar en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad se requiere la justificación del resultado lesivo. [S. de 16 de abril de 1970; desestimatoria.]*

8. DEMANDA Y RECONVENCIÓN. PRIORIDAD: *En los procesos con pluralidad de objetos, originada por haberse formulado reconvención no hay propiamente prioridad en cuanto al examen de las pretensiones ya que la reconvención, como las excepciones, ha de ser examinada al mismo tiempo que la demanda y resuelta en la misma sentencia (art. 544 L. E. C.); si puede haberla en lo concerniente al resultado de la actuación de la demanda y de la reconvención, pero no ha de determinarla el tiempo en que sean formuladas, ya que siempre la tendría la demanda no obstante ser la reconvención una pretensión procesal auténtica como aquélla, con la cual es enfrentada y acumulada por razones de economía procesal y para evitar fallos contradictorios. La subordinación entre ellas en cuanto al resultado de la actuación, se ha de producir cuando por la índole del elemento objeto de la petición de una de ellas en relación con la realización de los hechos que integran el título o causa de pedir y por su adaptación al supuesto legal correspondiente, la consecuencia jurídica que ha de ser aplicada origina necesariamente la desestimación de las demás pretensiones, cuando ello suceda, sólo ha de ser actuada favorablemente la pretensión causal de la desestimación de las otras.*

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR DENUNCIA: *Al atribuirse por el artículo 224 del Código de comercio el derecho de denuncia legal como causa de disolución de las sociedades colectiva y comanditaria constituidas por tiempo indefinido al socio de buena fe, el que deja de ser socio o, siéndolo, carezca de buena fe y se acredita así por los demás socios que se opongan a la disolución, no está legitimado para ejercitarlo. [S. de 19 de diciembre de 1969; desestimatoria.]*

9. PROVISIÓN DE FONDOS: *El artículo 456 es aplicable cuando únicamente intervinieron en la letra el librador y el aceptante, y no cuando además concurre un tomador de la cambial. La doctrina del artículo 480, que en su tenor literal parece tan rigurosa, ha sido atenuada por éste Supremo Tribunal, que, aceptando la teoría ecléctica, considera abstracta la obligación cambiaria sólo respecto a las personas no ligadas al deudor por el contrato causal, es decir, a las relaciones entre aceptantes y terceras personas. Por ello, si el tercero tenedor de la letra, actuó de mala fe o intervino directa o indirectamente en el contrato causal subyacente, también a éste se le puede oponer con eficacia, la excepción de falta de provisión de fondos.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La apreciación conjunta de la prueba no se puede destruir enervando sólo alguno de los elementos probatorios que sirvieron para integrar aquel conjunto.*

USURA: *No es posible declarar usurario un préstamo fundándose tan sólo en las meras referencias del prestatario. [S. de 17 de enero de 1970; desestimatoria.]*

10. LETRA DE CAMBIO: COMPETENCIA: *Formulada demanda en reclamación del importe de una cambial y entablada por los demandados cuestión de competencia por inhibitoria, son a dicha demanda y documentos con ella presentados (letra de cambio, protesto y devolución bancaria), a los que*

hay que atenerse para resolver la competencia, sin que los presentados al contestar el oficio inhibitorio puedan ser tenidos en cuenta. Por ello, acreditado el ejercicio de una acción cambiaria y domiciliado el título valor en Barcelona, es evidente la competencia del Juzgado de dicha población por ser el lugar de cumplimiento de la obligación (pago de la letra). [S. de 3 de octubre de 1969; resuelve competencia.]

11. LETRA DE CAMBIO: COMPETENCIA: *El conocimiento de los litigios donde se reclamen cantidades derivadas de letras de cambio corresponde a los jueces del lugar donde la letra está domiciliada y, como las del presente caso lo fueron en Logroño, debe decidirse la presente cuestión de competencia en favor del Juzgado de dicha capital, sin que a ello obste la circunstancia de que no se haya enviado con el requerimiento copia literal del dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, por haberse subsanado tal defecto al transcribirse el mismo en el último resultando del auto inhibitorio. [S. de 30 de enero de 1970; resuelve competencia.]*

12. RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY O DE DOCTRINA LEGAL: *En todos los supuestos del artículo 1.692 de la L. E. C., excepto en el de error de hecho, debe citarse el precepto o la doctrina legal que hayan sido infringidos y el concepto en que haya sido cometida la infracción.*

COMPRAVENTA MERCANTIL: VENTA «SOBRE CATÁLOGO»: *Así como la factura revela la voluntad de vincularse el autor de la misma a los precios en ellas consignados, no sucede lo propio en las llamadas «condiciones de venta» del catálogo en que se hacía constar que los precios están sujetos a posibles variaciones en las medidas de ejemplares determinados. [S. de 4 de febrero de 1970; desestimatoria.]*

13. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Como regla general, si no se dan elementos que la contradigan, en caso de compraventa mercantil debe entenderse como lugar de cumplimiento del contrato, del pago del precio de las mercancías, el domicilio del establecimiento del vendedor. [S. de 6 de octubre de 1969; decide competencia.]*

14. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Las mercancías, en los supuestos de compraventa mercantil, se entienden entregadas en el establecimiento del vendedor y, por tanto, corresponde al Juez de este lugar entender de la demanda, reclamando el pago, sin que a ello se oponga el que se giren letras para la efectividad de éstas, que sólo significan una facilidad para hacerlo, ni que la venta se haga por medio de agente. [S. de 31 de enero de 1970; resuelve competencia.]*

15. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE LA ENTREGA: *Al no existir ni siquiera invocarse sumisión expresa la competencia territorial habrá de determinarse según las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si la competencia ha de determinarse por el lugar en que haya de cumplirse la obligación de pago, debe entenderse que el género fue entregado en el domicilio donde tiene su establecimiento abierto el industrial vendedor, sin que a efectos de*

competencia pueda obstar el giro, de unas letras de cambio. [S. de 1 de junio de 1970; resuelve competencia.]

16. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE LA ENTREGA: *Hay que estimar que los géneros de comercio fueron entregados y existían al tiempo de constituirse la obligación en el establecimiento del vendedor y que la alegación del comprador de que para el pago le giraba efectos de comercio no obsta a la competencia, porque el giro de letras es un hecho puramente accidental para el cumplimiento de las obligaciones en sentido estricto.* [S. de 3 de marzo de 1970; resuelve competencia.]

17. COMPRAVENTA MERCANTIL: CLÁUSULA DE SUMISIÓN: *Al no rechazarse la cláusula de sumisión estampada en la factura, se venía a prestar conformidad tácita a dicha cláusula. El criterio de la sumisión expresa o tácita de las partes es el preponderante para decidir las cuestiones de competencia, a tenor de lo establecido en el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* [S. de 6 de diciembre de 1969; resuelve competencia.]

18. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE PAGO: *Si otra cosa no consta en contrario, la obligación ha de cumplirse en el lugar donde está radicado el establecimiento mercantil del vendedor. Inicial presunción en favor de la competencia del Juzgado en que radica el establecimiento mercantil del vendedor.* [S. de 1 de diciembre de 1970; resuelve competencia.]

19. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE LA ENTREGA: *No existiendo sumisión expresa ni tácita a ninguna jurisdicción, ni constando tampoco si las mercancías vendidas viajaban por cuenta y riesgo del vendedor o del comprador, es preciso atribuir la competencia que se discute a la jurisdicción del lugar donde el vendedor tiene su establecimiento comercial, por deberse suponer que en él es donde dichas mercancías fueron efectivamente entregadas.* [S. de 20 de noviembre de 1969; resuelve competencia.]

20. RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: *Si la relación de hechos declarada por la sentencia ha sido expresamente aceptada por el recurrente, sólo el motivo ha de versar sobre la apreciación jurídica de tales hechos, que es la materia que puede ser objeto de impugnación a través del artículo 1.692, 1.º de la L. E. C.*

CONTRATO DE TRANSPORTE: HECHOS CONSTITUTIVOS DE CASO FORTUITO A EFECTOS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR: *Son hechos constitutivos de caso fortuito, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 361 del Código de comercio, los siguientes: El camión tenía las condiciones adecuadas, habiendo sido objeto de reconocimiento por la Jefatura de Industria, y sufría en una de su ruedas un pinchazo, parando los conductores el vehículo una vez que se dieron cuenta de ello, y al advertir que salía humo de la cubierta pinchada, aplicaron el extintor tratando seguidamente de desmontar dicha rueda, lo que no lograron por la dilatación de los espárragos que no pudieron extraer, volviendo a aplicar el extintor al darse cuenta de que había fuego en la cubierta, y al no conseguir sofocarlo pusieron el camión en mar-*

cha y circularon unos metros en zig-zag para ver si lograban desprender la rueda, mas al ser infructuosos sus esfuerzos y que el fuego había prendido en las hierbas y árboles de la cuneta, sacaron el camión a unos rastros para evitar mayores daños, y allí, pese al fuego en aumento, extrajeron parte de la mercancía transportada antes de que fuera destruida por el fuego como ocurrió con el resto de ésta y el camión. [S. de 28 de enero de 1970; desestimatoria.]

21. **COMPETENCIA; SUMISIÓN EXPRESA; PÓLIZA DE SEGURO:** *Se acompañó a la demanda, que ha dado lugar a la competencia, una póliza de Seguro, entre las partes, de fecha 1 de octubre de 1966, cuya condición general primera considera como cláusula del contrato, el reglamento de accidente de la aseguradora, manifestando la aseguradora, que recibe un ejemplar del mismo y que conoce su contenido, y con estas circunstancias de hecho, no puede menos de apreciarse, que existe la remisión expresa del artículo 56 de la Ley Rituarial, ya que la firma de la póliza, Ley entre las partes, supone la aceptación de todas sus condiciones y la referencia al Reglamento que se entrega y dice conocer la asegurada, hace que éste haya de ser aplicable, en cuanto se refiere a competencia, y como su artículo 74 establece la remisión expresa de las partes, con renuncia del fuero propio, a los Tribunales de Madrid, es llano que son éstos, los competentes para conocer de la reclamación entablada. [S. de 23 de octubre de 1970; desestimatoria.]*

22. **SEGURO DE DAÑOS:** *Debiendo indemnizar los daños causados en la calzada, hay, asimismo, obligación de soportar los que se produjeran en ella durante la vigencia del seguro y, como las obras de contención se encaminan a evitarlos, es lógico que el importe de las mismas, hechas en beneficio del asegurador, sean de cargo de éste. [S. de 23 de septiembre de 1969; desestimatoria.]*

VII. Derecho procesal.

1. **COMPETENCIA; ALLANAMIENTO:** *La parte demandante se allanó, acatando de una forma expresa la competencia del Juzgado número 32, de los de primera instancia de Madrid, para conocer de la reclamación por él originada en su escrito de demanda, y como dicha sumisión ha sido plenamente ratificada por aquel litigante en el escrito de personación ante este Tribunal, ello es suficiente para que quede determinada aquella competencia en favor del Juzgado mencionado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 y siguientes de la L. E. C. [S. de 17 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

2. **ACCIÓN PARA EL COBRO DE LO INDEBIDO; COMPETENCIA TERRITORIAL; JUEZ DEL LUGAR DONDE SE HIZO EL PAGO QUE SE CONSIDERA INDEBIDO:** *Ante el Juzgado Municipal de Toledo se ejercita una acción de reembolso amparada en el artículo 1.895 del Código civil, por ser éste el lugar en que el demandante abonó la cantidad ahora reclamada con los gastos consiguientes, al recibo de un sobre cerrado, cuyo contenido dice ignoraba, negando que corresponda al*

pago de un servicio encargado por dicho demandante, y dado el extremo indudable de que la cantidad cuyo reembolso que se afirma procede al haber pagado indebidamente, ha de determinar la competencia para conocer de este juicio al Juzgado Municipal de Toledo, donde el pago de la cantidad reclamada se efectuó, y no al de Ribadavia, en que se alega fueron objeto de encargo los trabajos, cuyo cobro se pretendió efectuar por el medio indicado, razones que determinan la decisión de la competencia a favor del primero de los Juzgados Municipales referidos. [S. de 12 de marzo de 1968; en cuestión de competencia por inhibitoria.]

3. CASACIÓN: ADMISIÓN DEL RECURSO: FACULTADES DEL ÓRGANO DE LA S. A.: *En la transcripción de la escritura de poder presentada con el escrito de interposición del recurso, no aparece demostrado ni que don P. B. C. sea el Presidente del Consejo de Administración de la Entidad recurrente, ni que dicho Presidente sea el órgano unipersonal a quien corresponde la representación de dicha entidad, ni que se le hubiere otorgado, en debida forma, la delegación permanente ni transitoria de la función representativa, por lo que no puede sostenerse si tenía facultades representativas, ni, por tanto, si pudo delegarlos en el Gerente de la entidad, ni, consiguientemente, si éste podía traspasarlas al Procurador que formalizó el recurso de casación. [S. de 2 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: El Gerente de una Sociedad Anónima dio un poder, suficiente para el recurso extraordinario de Casación, al Procurador que interpuso el recurso, en dicho poder acredita con una primera copia, debidamente inscrita, que él a su vez tiene poder del Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad, para representar a la Sociedad en juicio y fuera de él, y para poder otorgar poderes para pleitos, incluso con la facultad especial de poder recurrir en casación, pero no se acredita, en forma alguna, que el mencionado Presidente del Consejo de Administración lo fuera efectivamente, y que a él correspondiera estatutariamente la representación de la Sociedad.

4. RECURSO DE CASACIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *El Tribunal de instancia dictó sentencia absolviendo a la Sociedad demandada y hoy recurrida, porque estimó la excepción, que alegó, de falta de legitimación del hoy recurrente; es evidente que el Tribunal a quo al dictar la sentencia recurrida, se limitó a absolver en la instancia a la parte demandada, porque la apreciación de inexistencia del presupuesto procesal subjetivo que es la legitimación, le impidió examinar el fondo de la cuestión litigiosa, que quedó sin resolver, por lo cual, no pudo constar las infracciones alegadas en los dos motivos del recurso, por el cauce formal, uno y otro, del número primero del artículo 1.692 de la L. E. C.; la aplicación indebida e inaplicación de los preceptos de derecho sustantivo, implican el supuesto examen y resolución por el Tribunal de instancia, del fondo del problema litigioso, que no fue realizado. [S. de 17 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

5. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: DEFECTO EN LA FORMACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL: CASACIÓN DE OFICIO: *Cuando la cuestión que en el proceso se ventila afecta directa y necesariamente a quienes a él no han sido llamados, hasta el punto de que la declaración que se pretende obtener ha de decidir sobre los presuntos derechos o situaciones jurídicas de éstos,*

la relación jurídico-procesal ha de estimarse defectuosamente constituida, y por ello, impeditiva de un pronunciamiento decisivo de lo solicitado, ya que la veracidad y eficacia que deben tener las resoluciones judiciales exige el velar porque al procedimiento hayan sido convocados y procesalmente en él estén, cuantos se encuentren afectados por la resolución que haya de dictarse.

Acogida la excepción de defecto en la formación de la denominada relación jurídico procesal, todo razonamiento ulterior en cuanto a la eficacia del vínculo de derecho material está en rigor prohibido, porque prejuzga los problemas en litis, que más tarde puedan reproducirse, completando la integridad pasiva de la acción con los sujetos omitidos en el primer pleito.

Aún acogida la mencionada excepción por la sentencia recurrida, como entra en el fondo al confirmar la sentencia del Juzgado que absuelve de la demanda, procede casar de oficio el fallo recurrido. [S. de 29 de septiembre de 1968; ha lugar.]

NOTA: La sentencia del Juzgado, confirmada por la de la Audiencia, desestimaba en todas sus partes la demanda y absolvía a la demandada de aquélla.

La nueva sentencia que dicta el Tribunal Supremo reza como sigue: «Que con revocación de la sentencia dictada por el Juez de 1ª Instancia..., declaramos mal constituida la relación jurídico procesal, absolviendo de la instancia a la Sociedad...» (demandada).

6. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Las causas expresadas en el artículo 1.693 de la L. E. C., son taxativas y de interpretación estricta, debiendo adaptarse su empleo a las exigencias de su propio texto; se impetra la causa segunda del artículo 1.693, o sea, la que se refiere a la falta de personalidad de cualquiera de las partes, lo que si permite denunciar el defecto, referido a la propia personalidad, a la de un colitigante o a la parte que figura como contraria, no autoriza a acusar la falta de personalidad de quien, precisamente, no fue traído al pleito, como parte. [S. de 27 de junio de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: Se trata de una demanda de rescisión de contrato de compraventa, de un piso vivienda, por falta de pago, y el demandado, hoy recurrente, opone la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada su esposa, basándola en el número dos del artículo 1.693 de la L. E. C.

7. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Ejercitada en el juicio una acción reivindicatoria y no habiéndose dirigido la demanda contra el administrador designado en el testamento, a quien corresponde su representación en juicio con arreglo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1.026 del Código civil, y que a causa de ello gobierna los bienes hereditarios, por lo que, está incluido entre los pasivamente legitimados por el inciso segundo del artículo 348 del Código civil, es indudable que por la parte actora se ha infringido la doctrina legal mantenida por esta Sala, sentencias de 25 de enero de 1963; 5 de marzo de 1963; 19 de enero de 1965; 10 de abril de 1966; y 16 de marzo de 1967. [S. de 9 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: El causante de las demandas recibió, en escritura de capitulaciones matrimoniales, la donación de una finca, sita en Elorrio, con la condición resolutoria de que si se disolviese el matrimonio sin hijos, dicha finca pasaría al dominio de su hermano; disuelto dicho matrimonio sin hijos, los herederos del hermano demandan a los herederos testamentarios del donatario, pero sin incluir en la demanda al administrador de la herencia.

8. CASACIÓN: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *La falta de litisconsorcio pasivo necesario, por su carácter especialísimo, afectante al interés público, debe ser aplicado de oficio.*

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS EN EL FALLO: *No existe contradicción, a efectos del número cuatro del artículo 1.692 de la L. E. C., puesto que si desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado por entender mal constituida la relación juridico-procesal, no por ello confirma aquella sentencia, sino que la revoca, al parecer en la instancia, sin hacer declaración alguna sobre el fondo del pleito.* [S. de 26 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

9. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD: *Este vicio se refiere a la carencia de las cualidades necesarias para comparecer en juicio en el supuesto de que se actúe en su propio nombre, en lugar de hacerlo con carácter o representación distinta, cuando se litiga con diferente calidad que la suya, o en representación de otra persona, lo que no puede confundirse con la falta de acción que afecta al fondo del asunto.* [S. de 26 de noviembre de 1969; desestimatoria.]

10. DEMANDAS CONTRA ORGANISMOS AUTÓNOMOS: COMPETENCIA: FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS DE RIESGO DE LA CIRCULACIÓN: *El artículo 9.º 1, del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1964, dispone que el régimen procesal del Fondo Nacional de Garantías de Riesgos de la Circulación, queda equiparado al dispuesto para los Organismos Autónomos, en la forma prevenida por la Ley de 26 de diciembre de 1958; como esta disposición, en su artículo 78, 1.º, establece que las acciones civiles contra tales organismos, están sujetas a las mismas normas y requisitos que cuando se proceda contra la Administración Central del Estado, y tratándose de ésta ha de entablarse la reclamación ante población en que radique Audiencia, y por tal Abogacía del Estado, es llano que al establecer el artículo 10 del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1964, que la representación y defensa del Fondo de Garantía corresponde a los Abogados del Estado, igual que tratándose de la Administración Central, nunca podrá entablarse acción contra tal organismo en ciudad en que no exista Abogacía del Estado, y no existiendo ésta en Cabra, ha de estimarse la competencia del Juzgado de Madrid.* [S. de 27 de junio de 1970; no ha lugar.]

11. INJUSTICIA NOTORIA: SUPUESTO QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: ORGANISMOS DEL MOVIMIENTO: *Demandada una Delegación provincial de la Sección Femenil de Falange, arrendataria de un local y habiendo comparecido la Delegación Nacional de dicha sección alegando la falta de capacidad jurídica y procesal de la Delegación Provincial —y formulada oposición en*

cuanto al fondo—, *tal falta de personalidad, que sustancialmente constituiría una falta de legitimación pasiva, es materia ajena al quebrantamiento de forma; el quebrantamiento de forma sólo puede dar lugar al recurso cuando hubiere dado lugar a indefensión, y no cabe hablar de indefensión si la Delegación Nacional, contesta a la demanda y recurre.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: *Es adecuado el ejercicio de la acción por parte del arrendador, frente al que es arrendatario según contrato, y por otra parte, si la Delegación Provincial que suscribió el contrato obró como mandatario de la Delegación Nacional, quedó directamente obligada en favor de la persona con quien celebró el contrato, y la presencia de la Delegación Nacional en el proceso significó tanto como reconocer la validez del contrato otorgado por la Delegación Provincial.* [S. de 30 de octubre de 1970; no ha lugar.]

12. **CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO:** *Los motivos formulados en el recurso, respaldados en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., no expresan cuál sea el concepto de la infracción que estiman cometida por el Juzgador de instancia, con lo que contravienen lo dispuesto en el artículo 1.720 de dicha Ley.*

«RECONVENTIO RECONVENTIONIS»: *La reconventio reconventionis está proscriba en nuestro ordenamiento jurídico, por no ser posible en el escrito de réplica alterar los términos del litigio mediante la introducción de acciones nuevas.* [S. de 25 de febrero de 1970; no ha lugar.]

13. **CASACIÓN: COSA JUZGADA: VÍAS FORMALES DEL RECURSO:** *Es patente, cual resulta de los claros términos del número 5.º del artículo 1.692 de la L. E. C., en que el motivo se apoya, que éste se refiere exclusivamente al supuesto de que el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en juicio, y no cabe aplicación al caso opuesto de haber sido acogida dicha excepción, que sólo podría atacarse, si se estima que al hacerlo se infringieron las normas contenidas en el artículo 1.252 del Código civil, por la vía formal del número 1.º del precepto legal antes citado, y como se da por tanto una inadecuación absoluta entre el caso contemplado, estimación de la cosa juzgada, y el que limitativamente señala el número en que el motivo se apoya, es procedente desestimar el motivo que se examina.*

COSA JUZGADA: EFICACIA: *La estimación de la excepción de cosa juzgada, decide por sí el proceso y veda cualquier argumentación que desconoce la eficacia de la misma.* [S. de 29 de octubre de 1968; no ha lugar.]

14. **CASACIÓN: INADMISIÓN DE RECURSO: RESOLUCIÓN SIN CARÁCTER DEFINITIVO:** *Tratándose de demanda incidental en los autos de juicio de quiebra, es evidente que la resolución carece del carácter de definitiva exigido por el número 1.º del artículo 1.689 en relación con el mismo número del 1.690 de la L. E. C.* [S. de 27 de junio de 1970; no ha lugar.]

15. CASACIÓN; INADMISIÓN DEL RECURSO; BENEFICIO DE POBREZA ADMITIDO: *Las sentencias que conceden el beneficio legal de pobreza, no tienen el carácter de definitivas, ni impiden la continuación del juicio, por lo que no tienen acceso a la casación.* [S. de 7 de marzo de 1970; no ha lugar.]

16. CASACIÓN; ADMISIÓN DEL RECURSO; SENTENCIA EN APELACIÓN SOBRE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO: *Contra las sentencias dictadas en grado de apelación sobre declaración de herederos no cabe recurso de casación por no ser definitivas tales declaraciones, pues el alcance de sus pronunciamientos queda subordinado siempre a la más completa justificación y mayores garantías para definir y proclamar los derechos de los herederos, que ofrecen las solemnidades y amplitud de los trámites del juicio declarativo.* [S. de 30 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

17. CASACIÓN; INADMISIÓN DE RECURSO; DEFECTOS FORMALES: *El carácter eminentemente formal del recurso extraordinario de casación, obliga como taxativamente determina el artículo 1.720 de la L. E. C., a expresar el número del 1.692 en que se halle comprendido, a citar con precisión y claridad la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido, expresando en párrafos separados y numerados los distintos fundamentos o motivos del recurso cuando sean varios, y no puede estimarse, como cumplimiento de tales requisitos, el que el encabezamiento del escrito diga que se interpone con base en los números primero y séptimo de dicho artículo 1.692, sin especificar en cada punto en cuál de ellos se sostiene.* [S. de 30 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

18. CASACIÓN; ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS; DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *El motivo está incurso en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 1.729 de la L. E. C., ya que no precisa en qué concepto ha sido infringido por la Sala sentenciadora el artículo 1.225 del Código civil, precisión exigida expresamente por el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la misma Ley, aplicable, según la uniforme doctrina de esta Sala, a los motivos que, amparados en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, acusen error de derecho en la apreciación de las pruebas.*

CASACIÓN; ARGUMENTOS FORMULADOS A MAYOR ABUNDAMIENTO: *El motivo tampoco puede prosperar porque en él se impugna aisladamente un argumento esgrimido por el Juzgador de primer grado, aceptado por el de la segunda instancia, que solamente se formula a mayor abundamiento, y es de sobra sabido que deviene ineficaz el recurso cuando la resolución combatida se apoya en otros fundamentos, no atacados adecuadamente por el que recurre, independientes del que es objeto de impugnación.*

DECLARACIÓN DE VULUNTAD; TÉRMINOS CLAROS; ARTÍCULO 1.281 DEL CÓDIGO CIVIL: *Para que haya de estarse al sentido literal de una declaración de voluntad, es menester que sus términos sean claros y no dejen duda sobre la intención del declarante.* [S. de 16 de mayo de 1968; no ha lugar.]

19. CASACIÓN; DEFECTO PROCESAL: *No se pueden citar dos conceptos de infracción en un mismo motivo, ya que ello constituye clara violación del*

artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. [S. de 22 de enero de 1970; desestimatoria.]

20. CASACIÓN: INADMISIÓN DEL RECURSO: *El único motivo de casación por infracción de ley, al amparo del párrafo primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala como infringidos por violación por inaplicación los artículos 460, 462 y 1.412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los preceptos invocados se refieren a cuestiones estrictamente procesales, para cuyo tratamiento es inadecuado el cauce elegido a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.691 en relación con el 1.692 y el 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* [S. de 27 de junio de 1970; no ha lugar.]

21. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS: *No puede incurrir una Sentencia, a la vez, en dos conceptos antitéticos de infracción de una norma, como son los de violación y aplicación indebida, ya que ambos se excluyen recíprocamente.*

RECURSO DE CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *Solamente puede recurrirse por incongruencia por el cauce del número 3.º del artículo 1.692 de la L. E. C.* [S. de 23 de enero de 1970; no ha lugar.]

22. RECURSO DE CASACIÓN: DEPÓSITO PREVIO Y DECLARACIÓN DE POBREZA: *La constitución del depósito previo a que se refiere el artículo 1.698 de la L. E. C., es siempre necesaria a no ser que el recurrente estuviera declarado pobre, y no están exceptuados del mismo los juicios especiales de la Ley de 17 de julio de 1951.* [S. de 16 de marzo de 1970; desestimatoria.]

23. ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error de derecho solamente se comete cuando se ha infringido un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede, por estar sometida la valoración probatoria a una norma preestablecida, siendo por ello necesaria la cita de tal norma.* [S. de 17 de diciembre de 1969; desestimatoria.]

24. CASACIÓN: DECLARACIONES DE HECHO: *Como quiera que tales declaraciones de hecho no han sido combatidas por el único cauce adecuado para ello, el del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan subsistentes en toda su integridad, y sobre tal situación fáctica, habrá de estudiarse el recurso.* [SS. de 25 de enero y 9 de febrero de 1968; no ha lugar.]

25. CASACIÓN: PRUEBA DOCUMENTAL: *Para invocar el error de derecho en la apreciación de la prueba en relación con la violación del artículo 1.225, es requisito indispensable alegar la infracción del artículo 1.218, al ser el precepto que regula la fuerza probatoria de los documentos.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., no cabe calificar jurídicamente problemas de derecho.*

CONGRUENCIA: No es incongruente (por conceder más de lo solicitado) la sentencia que condena a uno sólo de los demandados al pago de la totalidad reclamada, aunque no se haya declarado la solidaridad de la deuda, cuando la demanda iba dirigida en realidad contra los propietarios de una firma comercial, y se demuestra que tal firma pertenece sólo al demandado condenado. [S. de 14 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

26. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTO AUTÉNTICO: Este concepto ha de suponer que el Juzgador haya afirmado unos hechos que el recurrente estime contrarios a los reales, deduciéndose tal error de documentos auténticos que no puede ser, a efectos de casación, el que constituye la materia de litigio, y por tanto, ha sido examinado y ponderado en la resolución recurrida. [S. de 25 de octubre de 1969; desestimatoria.]

27. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: Los documentos que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora, trascendente en su decisión, carecen de la cualidad de auténticos a los indicados fines de casación. [S. de 31 de octubre de 1970; ha lugar.]

28. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: Al señalarse por el recurrente, como documentos aseveradores del denunciado error de hecho en la apreciación de la prueba, alegado como motivo del recurso al amparo del núm. 7.º del artículo 1692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los propios que el Tribunal de instancia tuvo en cuenta, para en su relación con el conjunto de las pruebas practicadas en el juicio, concluir el fallo, carecen de su catalogación como auténticos, a los efectos mencionados, conforme a uniforme jurisprudencia de esta Sala [S. de 20 de octubre de 1970; no ha lugar.]

29. RECURSO DE APELACIÓN: RECIBIMIENTO A PRUEBA: No puede prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de forma por haber denegado la Audiencia el recibimiento a prueba, ya que no se entabló el oportuno recurso de súplica, en contra de lo que establece el párrafo 2.º del artículo 867 de la L. E. C. [S. de 6 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

30. CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEBE CITARSE EL PRECEPTO INFRINGIDO: La doctrina de esta Sala tiene con gran reiteración declarado que el recurso de casación por quebrantamiento de forma no sólo ha de ceñirse a los casos que concretamente se encuentran establecidos en el artículo 1693 L. E. C. y que además no es suficiente la mención del número del citado artículo en que el recurso se funda, sino que precisa también como esencial requisito, se cite el precepto que se supone infringido. [S. de 16 de enero de 1968; no ha lugar.]

31. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: Con arreglo al n.º 2.º del artículo 862, L. E. C. sólo podrá otorgarse el recibimiento a prueba en la segunda instancia cuando por cualquier causa no imputable al que lo solicitare, no hubiera podido hacerse en la primera toda o parte de la que hubiere propuesto; no puede decirse con razón que hubiera dejado de practicarse la prueba, ya que si no llegaron a deducirse las certificaciones

propuestas fue porque quedó incumplida la condición a la que los propios proponentes de la prueba subordinaron la expedición de las mismas.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INCOMPARENCIA DE TESTIGOS: *Los demandados, hoy recurrentes, no solicitaron la citación judicial del testigo, no obstante lo cual, así lo acordó y practicó el Juzgado, e incomparecido este testigo el día señalado para ser interrogado, la parte se limitó a solicitar nuevo señalamiento para su examen, fijando el Juzgado para ello el día 4 de julio, y al mismo tiempo, acordando de oficio la citación del testigo, la que se realizó el 28 de junio, el que no compareció en la hora y fecha señaladas, sin que los demandados instaran al Juzgado, conforme al artículo 643, II, L. E. C. para que acordase los premios que estimara conducentes para obligarle a comparecer, incluso el ser conducido por la fuerza pública. [S. de 31 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

Los demandados, hoy concurrentes, propusieron en la primera instancia, entre otras, la prueba documental privada, consistente en que se requiera a D. Ramón M. F. para que exhiba, si así lo quiere hacer, las copias de los partes que cierto veterinario remitía a la demandante, en caso de ser exhibidas, se deduzcan certificaciones de dichos documentos, para unir las seguidamente a los autos.

32. RECURSO DE CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: CARÁCTER EXTRAORDINARIO: PETICIÓN DE SUBSANACIÓN DE LA FALTA: MOMENTO PROCESAL DE DICHA PETICIÓN: EXCEPCIONES PROCESALES ÚNICAMENTE ESGRIMIBLES EN LA FASE DE ALEGACIONES: DEMANDADO REBELDE: *Aunque el artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece indicar que se puede fundar en el quebrantamiento de cualquiera «de las formas esenciales del juicio», ello no es así, ya que el propio artículo 1.693 de dicha Ley tiene buen cuidado de precisar que «habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de formas esenciales del juicio, para los efectos del número 2.º del artículo 1.691» únicamente en los ocho casos que tal artículo 1.693 relaciona, casos que, según reiteradamente tiene declarado esta Sala, no pueden ampliarse por razón de analogía ni «a contrario sensu».*

Será indispensable, según el artículo 1.696 L. E. C., que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, y si hubiere ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda, conforme a lo prevenido en el artículo 859 que viene a reiterarse en el artículo 1.750.

Aunque en el referido artículo 1.796 no se determina el momento procesal en que tal subsanación ha de interesarse, ello viene suficientemente aclarado en el número 4.º del artículo 1.752 de dicha Ley, al requerir que la reclamación haya sido hecha «oportunamente», lo cual no puede interpretarse más: que en el sentido de que ha de pedirse en el trámite procesal en que pueda hacerse e inmediatamente después de cometido el quebrantamiento o de que tengan conocimiento de él los interesados.

Como algunos de los casos comprendidos en el aludido artículo 1.693, constituyen verdaderas excepciones procesales que, como tales, sólo pueden ser admitidas en la fase de alegaciones, resulta que, aunque nuestra Ley no lo declare de manera expresa, si no fueron esgrimidos en la fase de alegacio-

nes, su invocación posterior no puede tener eficacia, tanto si fue hecha por quien estaba personado en el proceso, como por quien permaneció en rebel-
 dia, ya que éste no puede salir beneficiado por su tardía comparecencia.

Esto ocurre precisamente con las defensas, invocadas tardíamente, por el recurrente, pues tanto la camada falta de personalidad en el Procurador del demandante, como la falta de competencia territorial en el órgano jurisdiccional ante el que pende el litigio, ya no pueden aducirse con eficacia procesal, después de precluida la fase de alegaciones, aunque el demandado haya permanecido en rebel-
 dia, pues esta situación, que termina tan pronto se admite la comparecencia del rebelde, no hace retroceder en ningún caso el proceso, conforme a lo que se previene en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En armonía con ello el artículo 771 dispone que «el declarado rebelde a quien se le notifique personalmente la sentencia, sólo podrá utilizar contra ella... el recurso de casación cuando proceda», es decir, si era procedente su utilización; y la jurisprudencia, interpretando este precepto, ha establecido que aunque el demandado que estuvo rebelde en la fase de alegaciones, pueda probar la inexactitud de las del actor si el estado procesal se lo admite, no puede en cambio, aprovechar excepciones tardíamente alegadas, pues en la demanda quedaron definitivamente fijados los términos de la cuestión litigiosa, en defecto de contestación que se le opusiera.

DEMANDA: FECHA QUE FIGURA EN LA MISMA: INTRASCENDENTE FRENTE A LA FECHA DE SU PRESENTACIÓN: El hecho de que en la demanda inicial de autos, se hiciese figurar la fecha 8-7-66, resulta intrascendente si se tiene en cuenta que no aparece presentada hasta el 1.º de agosto, cuando ya habían pasado muchos días desde el 11 de julio, en cuya fecha se otorgó el poder que ahora se pretende impugnar. [S. de 14 de mayo de 1968; no ha lugar.]

33. QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMALIDADES DEL JUICIO: INDEFENSIÓN: INEXISTENCIA: No se ha producido indefensión al recurrente que tuvo conocimiento por la demanda del carácter con que actuaba el actor y fundó en ello su oposición a la demanda. [S. de 7 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

34. CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: ARBITRAJE: FALTA DE RECIBIMIENTO A PRUEBA: Al amparo del número 5.º del artículo 1.693 L. E. C., denuncia el recurrente «quebrantamiento de forma por denegación de las diligencias de prueba solicitadas por las partes, toda vez que el árbitro no recibió a prueba el laudo, en base a la facultad que le concede el artículo 27, norma 2.ª (sic), de la Ley de 22 de diciembre de 1.953», motivo que no puede ser atendido, porque cuando, como aquí acontece, el vicio que se supone cometido es la falta de recibimiento a prueba, su denuncia en casación únicamente puede discurrir por el concreto cauce del número 3.º del citado artículo de la Ley procesal civil.

CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: ARBITRAJE: INCOMPETENCIA TERRITORIAL: El motivo, al amparo del número 6.º del artículo 1.693 L. E. C., denuncia quebrantamiento de forma consistente en la incompetencia territorial del Juzgado de Primera Instancia que designó al árbitro que ha emitido el

laudo; motivo que tampoco puede prosperar, porque lo que podría discutirse en casación por el cauce procesal elegido por el impugnante, sería la incompetencia territorial del árbitro que dictó el laudo, pero nunca la del órgano jurisdiccional que lo nombró. [S. de 2 de abril de 1968; no ha lugar.]

35. ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD: *El artículo 30 de la Ley de Arbitrajes de 1953 dice que contra los fallos que dicten los árbitros en el arbitraje de equidad sólo cabrá el recurso de nulidad por los motivos que se mencionan en el párrafo 3.º del artículo 1.691 L. E. C., y por el procedimiento que se establece en los artículos 1.770 a 1.780 de la propia Ley; es desestimable, sin entrar en el fondo, el recurso que se funda en otros motivos. [S. de 14 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

36. INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE DECLARACIÓN DE HECHO SOBRE RENUNCIA INEFICAZ A LA PRÓRROGA FORZOSA: *Si el Tribunal «a quo» afirmó que el arrendatario había renunciado a la prórroga a concertar el contrato de arriendo, para conseguir éste, —renuncia que estimó ineficaz por contraria a la Ley, el órgano «a quo»— tal declaración de hecho sólo puede atacarse, bien al amparo de la causa cuarta de injusticia notoria, con cita de los documentos que abiertamente la contradijeran o al amparo de la causa tercera por error de hecho. [S. de 29 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

37. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: DESESTIMACIÓN: PROCEDENCIA: *Si la interpretación errónea afecta a la equivocación o error en cuanto al contenido de la norma procedente que el propio recurrente aduce como no aplicada, es evidente que no puede interpretarse con error lo que no fue aplicado, por lo que esa incompatibilidad de conceptos constituye causa bastante de inadmisión que en el presente trámite se convierte en desestimación. [S. de 16 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

38. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRUEBA DE CONFESIÓN: ERROR DE HECHO: INADMINISTRABILIDAD DEL RECURSO: *El error de hecho en el resultado de la prueba de confesión no puede ampararse en la causa 4.ª del artículo 136 de la L. A. U. [S. de 5 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

39. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No puede prosperar un motivo formulado al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la L. A. U., cuando los documentos con los que el recurrente pretende demostrar el error que atribuye al Tribunal «a quo» en la apreciación de la prueba, no han sido objeto de estudio y exégesis por parte de la resolución que se impugna. [SS. de 6 noviembre de 1962 y 15 de junio de 1970.]*

INTERPRETACIÓN DE DOCUMENTOS: *No se puede realizar una labor interpretativa de los documentos, contraria a la llevada a efecto por el Juzgador de instancia, sin acudir para ello a la vía judicial adecuada: causa 3.ª del artículo 136 de la L. A. U. [S. de 3 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

40. NECESIDAD DE CONSIGNAR PARA RECURRIR: *En aquellos procesos previstos en la Ley locativa, en los cuales se acuerde la resolución de los contratos*

con extinción del vínculo arrendaticio y consiguiente desalojo, esta obligación que la Ley impone de manera expresa al arrendatario, cuando pretende hacer uso de los recursos de apelación, se transmite al subarrendatario o a cualquier tercero que intervenga en el proceso y ejercite alguna defensa tendente a mantener la vigencia del contrato o la permanencia de la ocupación.

CONSIGNACIÓN POR SUBARRENDATARIO: IGNORANCIA DE LA RENTA: *En los procedimientos instados por la propiedad contra arrendatario y subarrendatario, cuando no se persone el arrendatario, no apela, u omite al apelar consignar las rentas, cumple el subarrendatario con la obligación de consignar en el caso de que ignore la renta que viniese satisfaciendo aquel (el arrendatario), obogando o consignando las que como tal subarrendatario tuviese fijadas.*

RENTAS COMPRENDIDAS EN LA CONSIGNACIÓN: *Cuando se pacta el pago adelantado de las mensualidades, no pueden entenderse satisfechas con la eficacia exigida por tan meritado artículo (148), las que se efectúen o consignen con posterioridad al día inicial al que corresponda el plazo del arriendo [S. de 23 de febrero de 1970; desestimatoria.]*

41. **REVISIÓN: CONTRA SENTENCIA DE CASACIÓN:** *Según resulta de la propia naturaleza del recurso de casación por infracción de Ley, conforme a la que no se falla el pleito sino el acierto o el desacierto de la sentencia que haya dictado el Tribunal «a quo», debido a lo que, cuando aquel recurso se desestima, la sentencia que lo resuelve es la de este Tribunal; no es procedente la formulación del recurso de revisión que aquí aparece planteado contra la sentencia de esta Sala (que desestimó el recurso) en vez de hacerlo contra la de la Audiencia, que es la sentencia firme definitivamente resolutoria del pleito, y aquella a la que aluden los artículos 1.797, 1.797 y 1.801 de la L. E. C., los cuales se refieren a la sentencia firme de instancia como claramente se revela al expresar cualquiera que sea el grado del Juez o Tribunal en que haya quedado firme la sentencia que lo motive. [S. de 13 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

42. **REVISIÓN: SENTENCIA DE TRIBUNAL ARBITRAL DE CENSOS:** *Si bien es cierto que el recurso de revisión por su índole extraordinario y excepcional permite volver sobre una sentencia firme, integrando, por ello, un medio de combatir la presunción de veracidad de la cosa juzgada, establecida en el artículo 1.251 del Código Civil, no ofrece duda que el artículo 49 de la Ley de 31-XII-1945, reformada por la de 26-XII-1957, excepciona dicha generalidad, porque en él se establece que no se dará recurso alguno contra las sentencias de los Tribunales Arbitrales de Censos, dada la índole especialísima, de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales de Censos. [S. de 4 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

43. **RECURSO DE REVISIÓN: DOCUMENTOS RECUPERADOS:** *El documento en que se funda el recurso no basta con que se recobre, sino que es necesario que concurra además la circunstancia de que estuviera detenido por fuerza mayor o por obra de parte en cuyo favor se hubiere dictado. [S. de 31 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas