

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXV
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXXII

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.

JAIMÉ 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 URÍA 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>Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas</i>	3
JUAN RIVERO LAMAS: <i>Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo</i>	153
MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: <i>La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe</i>	189
JESÚS DÍEZ DEL CORRAL: <i>La adquisición a "non domino" de bienes muebles en el Proyecto de Ley Uniforme y comparación con el sistema español</i> ...	265

Vida Jurídica

I. Noticias

- En memoria del profesor Giangastone Bolla* por Alberto Ballarín Marcial ... 294

II. Notas Críticas

- A propósito de la obra "Sociedades Anónimas (Las acciones)", por José María de Prada* ... 298

Bibliografia

Libros 308

- BONET CORREA, José: *La constitución de las servidumbres por signo aparte*, por Francisco Lucas Fernández.—CASTAN TOBEÑAS, José y DE LOS MOZOS, José Luis: *Derecho civil español, común y foral*, por Orenco V. Torralba Soriano.—DE LOS MOZOS, José Luis: *Estudios de Derecho agrario*, por Gabriel García Cantero.—FORSSIUS, Gustav: *La legislación suédoise sur le mariage*, por Gabriel García Cantero.—GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio: *Tratado de Derecho administrativo*, por José Bonet Correa.—GUASP, Jaime: *Derecho*, por M. Alonso Olea.—LOIS ESTEVEZ, José: *La investigación científica y su propedéutica en el Derecho*, por Francisco Lucas Gil.—NAVALLO VALLS, Rafael: *Divorcio, orden público y matrimonio canónico*, por Jesús Diez del Corral Rivas.—RIGAUX, François: *Les personnes*, por Gabriel García Cantero.—ROCA JUAN, Juan: *Sobre la nueva adopción*, por Luis Rodríguez Ennes.—SANCHEZ DE LA TORRE: *Introducción al Derecho*, por José Bonet Correa.—SERVATIER, René: *La communauté conjugale nouvelle en droit français*, por Gabriel García Cantero.

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

a cargo de José María Chico y Ortiz 387

Jurisprudencia

Sentencias.. 349

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 XXV
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXXII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid 15

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. *Atribución de las legítimas:* 1.—Derecho a la legítima y derecho en o sobre su contenido material. I₁) *En el Código civil.* A) *La Legítima como derecho o como conjunto de derechos que aseguran la obtención de un contenido.* 2. ¿Es debida por derecho natural o por disposición de la ley positiva? B) *¿Hay delación legal forzosa del contenido de la legítima?* 3. No hay delación forzosa, ni vocación legal de la legítima en el Derecho que debió ser recogida en el Código civil. 4. No cabe en éste, como tercer género de la delación, la llamada forzosa. 5. Posiciones germanizantes de nuestra legítima. 6. Crítica de éstas. 7. Pretendidos supuestos específicos de delación legal del contenido de la legítima: a) de los hijos del indigno o desheredado; b) de la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo; c) del suplemento de legítima; d) en los supuestos de legados en bienes no aptos para satisfacer la legítima, o perdidos o vendidos antes de causarse la sucesión. 8. Configuración predominantemente negativa de la legítima del Código civil, como sistema de limitaciones o frenos a la libertad dispositiva: objeciones. 9. Planteamiento teleológico del tema. 10. *Quid* acerca del rodeo previo de invalidar en todo o en parte la institución en los casos de preterición y desheredación injusta. C) *Atribución por el causante del contenido de la legítima.* 11. ¿Por qué título se entiende deferida en caso de atribuirla con palabras comunes o si simplemente es por él reconocida. 12. Concurrencia en el legitimario de su derecho y de la atribución que le haya efectuado el causante. 13. Negación práctica de la teoría de la *absorción* de la legítima en la herencia. 14. *Idem* de la teoría de la *yuxtaposición*: ¿cabe renunciar la herencia o el legado y aceptar la legítima? 15. ¿Puede el causante cumplir su deber legitimario mediante dote o donación al legitimario? I₂) *En los Derechos forales o especiales.* Panorama general. 16. En Aragón. 17. En Baleares. 18. En Cataluña. 19. En Vizcaya.

II. *Concreción o determinación del contenido de las legítimas.* II₁) *En el Código civil.* A) *Determinación por el causante.* a) *Institución en cosa cierta.* 20. Antecedentes históricos. 21. Solución actual. b) *Legado determinativo* del contenido de la legítima. 22. Posición del legitimario en ese supuesto. c) *Donaciones en anticipo de legítima.* 23. Supuestos posibles. d) *Donaciones colacionables.* 24. Su aplicación. e) *Dote obligatoria.* 25. Las

antiguamente denominadas donaciones *ob causam*. 26. Antecedentes históricos de la dote obligatoria. 27. Régimen vigente. 28. Su carácter de anticipo forzoso de legítima. f) *La mera entrega de bienes como anticipo de legítima*. 29. ¿Qué entidad jurídica tienen? g) *Partición "parentem inter liberos"*. 30. Su utilización para determinar el contenido de las legítimas. 31. Posibilidad de rescisión por lesión y de saneamiento por evicción. 32. Posible disparidad entre la atribución de la legítima estricta y la asignación de su contenido en caso de pretenderse que objetivamente ésta es mayor. 33. Distinción entre disposición y partición: ¿es siempre posible?. 34. La posición tradicional y el tiempo moderno en supuesto de rescisión por lesión en más de una cuarta parte. 35. Vicisitudes posteriores de la partición en sus distintos elementos. 36. Conclusión respecto del supuesto de asignación posiblemente superior al contenido de la legítima hecha al legitimario a quien sólo se le atribuyó ésta. h) *Disposiciones testamentarias ordenando la asignación de determinados bienes a la legítima del asignatario*. 37. Supuestos posibles y posición de la jurisprudencia. i) *Disposiciones testamentarias relativas a la imputación a la legítima o fuera de ella de anteriores o ulteriores donaciones o anticipos*. 38. Diversas posibilidades. 39. Revocación del carácter de mejora atribuido a una donación o a un anticipo. 40. *Quid de la dispensa de colación*. B) *Determinación subsidiaria hecha por la ley. Normas de imputación*. 41. Planteamiento: ¿cuándo se entiende que no ha habido determinación "expresa" por el causante? a) *Imputación de legados*. 42. Supuestos generales. 43. Legados a favor del cónyuge viudo. b) *Imputación de donaciones a la legítima*. 44. Criterio del Derecho de Castilla y su revisión en la obra codificadora. 45. Reglas generales. 46. Supuestos especiales: Donaciones al cónyuge viudo. 47. A los hijos naturales. 48. A descendientes legítimos que no habrían sido legitimarios en el momento de la donación, pero lo fueron al fallecer el donante. 49. Donaciones a herederos forzosos que sean declarados indignos o justamente desheredados. 50. Donaciones a un legitimario que repudie la herencia. c) *Imputación de lo recibido por la renuncia o transacción de la legítima futura*. C) *Determinación verificada por el comisario o por contador partidor*. 51. Planteamiento de las cuestiones que suscita. 52. ¿Es posible conferirles el encargo de concretar las legítimas en bienes determinados? 53. Valor de la interpretación que efectúen de la voluntad del testador. 54. Límites y requisitos de esa función. 55. Valor de la determinación cuantitativa de las legítimas efectuadas por el contador partidor. D) *Determinación por los interesados o, a falta de acuerdo, por los Tribunales de justicia*. 56. Normas aplicables. II) *En los regímenes forales o especiales*. A) En Aragón. 57. Modos posibles y normas de concreción de la legítima por el causante. 58. Imputación de liberalidades. 59. Concreción de la legítima por el fiduciario. B) En Baleares. 60. Variedades en Mallorca, Menorca e Ibiza y Formentera. C) En Cataluña. 61. Concreción del contenido de la legítima. 62. Imputación a la legítima. D) En Galicia. 63. Particularidades respecto de la concreción de la legítima y de la imputación a ella. E) En la tierra llana de Vizcaya. 64. Modos de individualización del destinatario.

III. *Extinción de las legítimas*. 65. Causas. A) *Renuncia a la legítima*.

tima: 66. Antecedentes históricos en el *ius communis*. 67. Renuncia a la legítima en el Código civil. 68. La “definición” en Mallorca, Ibiza y Formentera. 69. Renuncia en Cataluña a la legítima futura y a la legítima deferida. B) *Prescipción de la legítima*. 70. Precedentes del Derecho histórico. 71. En el Código civil. 72. En el Derecho especial de Cataluña.

I. ATRIBUCION DE LAS LEGITIMAS

1. Hemos estudiado el contenido jurídico de la legítima (1) y observado que ese contenido puede recibirlo el legitimario por diversos títulos de su causante (2) o subsidiariamente por la ley, en todo o en parte, no sólo a falta de disposición testamentaria, sino también en los supuestos de preterición y de desheredación injusta (3).

Ello permite que nos percatemos de la distinción que media entre el derecho *a* la legítima y el derecho *en o sobre* el contenido material de la legítima.

El empleo indistinto de la misma palabra *legítima* para significar, a veces, *el contenido a que da derecho* y, otras, *el derecho a este contenido* ha contribuido a la confusión. Así, fácilmente se fusionan las dos significaciones, traduciéndose elementalmente su integración real o puramente mental—en el concepto de *derecho en o sobre ese contenido*. Fusión que equipara el *derecho a la legítima* a un *derecho en o sobre su contenido material*; y que da lugar a que la atribución de legítima se haga equivalente a una delación y su adquisición a la de su contenido material, como ocurre, de derecho y de hecho, en el sistema legitimario de Derecho germánico, pero no en todos los sistemas.

En el sistema legitimario, llamado romano, en cambio: la adquisición del derecho a la legítima o, mejor dicho, del conjunto de derechos que aseguran al legitimario la obtención de su contenido, de una parte, y la vocación, la delación y adquisición de este contenido, de otra parte, discurren por vías distintas, e incluso pueden proceder, y generalmente proceden, de fuentes distintas.

(1) “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil”, en *ADC*, XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 9 y ss.

(2) “El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles”, I, en *ADC*, XX-I, enero-marzo 1957, pp. 5 y ss.

(3) *Ibid*, III, loc. cit., pp. 69 y ss., y “El apartamiento y la desheredación”, III, en *ADC*, XXI-I, enero-marzo 1958, pp. 75 y ss.

I. EN EL DERECHO HISTÓRICO Y EN EL CÓDIGO CIVIL.

A) La legítima como derecho o conjunto de derechos que aseguran la obtención de un contenido.

2. La legítima, como *derecho a obtener el contenido correspondiente* o, con más precisión, *como conjunto de derechos que aseguran al legitimario su adquisición*, por unas u otras vías, dimana ciertamente de la ley.

Es verdad que de algunas legítimas se ha dicho que son de derecho natural —“*E a esta parte legitima dizen en latin, parte debita jure naturae*” (4) y “*la su parte legitima, a que llaman en latin, de bitum jure naturae*”, dijeron las Partidas (6)—. Cuestión muy discutida por los autores de Derecho común (7), en la que tomó pos-

(4) Partida Sexta, Tít. I, ley 17.

(5) Partida Sexta, Tít. XI, ley 1.

(6) Esta referencia que hace las Partidas ha de entenderse concretamente a los capítulos del Tít. *De testamentis* de las Decretales, cap. *Raynutius*, vers. *Cum autem coram*, donde dice “*legitima iure natura debita, y cap. Si pater, vers. De testatores mortuo*”, donde dice “*tertia iure naturae debitae*”; al § 1, *in fine*, de la *Authentica De heredibus et falcidiae*, cuando dice: “*quia testantibus aliis quidem necessitatim imponetur lex distribuere quandam partem personis quibusdam tanquam hoc secundum ipsam naturam eisdem debeatur, quale est filius, et in nepotibus, et patribus, atque matribus*”; y a la ley *Scriptio*, Dig. XXXVIII-VII, 7, en su § 1, cuando explica que “*una razón de commiseração admite a los ascendientes a los bienes de los descendientes, y a los descendientes el voto común de la naturaleza y de los ascendientes*”.

(7) Cfr. un resumen de las mismas, en *Mercurialis Merlino*, “*De legitima Tractatus Absolutissimus*”, Lib. III, Tít. I, Quaest. I, nn. 1 a 10, y Lib. V, Tít. I, Quaest. VI, nn. 1 a 12; cfr. ed. Genevae 1652, pp. 209 y ss. y pp. 463 y ss.

En la Quaest. VI del Tít. I, Lib. V, clasifica las opiniones a este respecto en cuatro grupos, con algunas variantes y limitaciones.

1.) Los autores que entendieron que la legítima era debida por derecho natural, en cuanto subrogada en la obligación alimenticia, como indicaron Bartolo, Socino, Fulgosio y otros. Si bien el Abad Panormitano objetó que, en ese caso, sólo debería la legítima el ascendiente al descendiente a quien en concreto le debiera alimentos y así no se deberían viviendo el padre en las herencias de la madre ni de la abuela, ni tendría derecho a ella el hijo industrioso.

2.) Quienes la estimaron debida sólo por mandato del Derecho civil, como Cino, Dino, Baldo en Conc. 465, el Abad Panormitano, etc., por entender “*quod nomine origine, quantitate, et entitate legitima est dicenda de iure civile*”, por lo cual tanto la ley como los estatutos podían desconocer la legítima.

3.) Aquellos que consideraron que se debía por Derecho civil, pero por dictado del Derecho natural, como sostuvo Socino iunior.

4.) Y quienes entendieron que era debida por Derecho natural *quod in materia* y por Derecho civil *quod ad quantitatem*, opinión de Picus, Beringario, Mantica, entre otros, y que Merlino considera como la más probable.

Las limitaciones se refirieron a considerar sólo debidas *iure positivo, ac civile* las legítimas de los ascendientes —cuestión también muy controvertida— la del patrono, las de los hijos adoptivos y arrogados y las de los colaterales.

tura radicalmente negativa Vázquez de Menhaca (8), mientras la mayoría de los autores españoles consideraron que si bien del Derecho natural resultaba el derecho a la legítima, el Derecho positivo podía reducirla (9) incluso a un mero derecho a recibir alimentos en caso de precisarlos (10), con lo que de hecho coincidieron

(8) FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, "De successionum creatione, progressu, resolutione effectuque, et resolutione tractatus", Pars I, Lib. II, § XX, nn. 296 a 323; cfr. ed. Salmanticae 1559, ff. 232 y ss.

Partió este autor de plantear si por ley o por estatuto o por costumbre, la legítima de los hijos podía disminuirse totalmente y si incluso era posible que se prohibiera.

Para resolverlo examinó las principales razones aducidas para negar esa posibilidad, que se basaban en estimar las legítimas derivadas del Derecho natural.

La primera razón invocada para considerarlas de ese modo se fundaba en el instinto natural y afecto que regularmente tienen los padres de dejar los bienes a sus hijos para después de su muerte (n. 297). Sin embargo, observó que en algunos pueblos la costumbre establecía que sólo el hijo mayor sucediera al padre en todos sus bienes, por lo que era deducible: "Quin immo per legem poterit efficacius induci, cum lex ni tantum expresso populi consensu, consuetudo autem tacito tantum". Era el caso de los pueblos en que por ley o costumbre regía el sistema de mayorazgo (n. 307), o el de Aragón, donde la ley permitía apartar de la herencia a los hijos dejándoles cinco sueldos (n. 309).

La segunda razón aducida fundaba la legítima en el derecho a alimentos de los hijos. Pero ese deber de alimentar corresponde a los padres respecto de los hijos menores de cierta edad o que por otras razones los necesiten. Así, resultaría que el derecho de alimentos después de muerto el padre daría lugar al nacimiento de otro derecho más general y mayor (n. 311). También observó el caso de que algunos hijos, a quienes se deben alimentos, como a los nacidos *ex damnato coitu*, no tenían derecho a legítima alguna (n. 313).

Por otra parte, fundamentó que la legítima sólo dimanaba del Derecho civil o positivo, en que la propiedad no derivaba del Derecho natural, sino del del Derecho de gentes, y los modos de adquirirle sólo del Derecho positivo (n. 298).

Llegó a afirmar que la ley, e incluso la costumbre (n. 322), no sólo puede excluir totalmente el deber de dejar legítima a los hijos, sino que también podía prohibir que se dejara (nn. 321 y ss.), como ocurría en los mayorazgos establecidos.

(9) GASPAR BAEZA, "De non meliorandis filiabus dotis ratione", ed. Granada 1566, cap. 1, n. 1, fol. 2; "Aducunt etiam, quod legitima iure naturae debetur, 1. *scripto*, ff. *unde liberi*, et quod legitima censemur minuscula portio 1. si quis in suo, C. de inoff. *testamen*, unde durum non est patrem minusculam portionem cogi filiae in dotem dare"; y cap. 2, n. 15, fol. 15: "Praeterea legitima quae censemur debita iurae naturae, ut in 1. *scripto*, ff. *unde liberi*, si non potest in totum tolli (...) certe potest limitari". ANDREA ANGULO, "Commentaria ad leges Regias Melliorationum", ley I, gloss. I, n. 8: "cum autem legitimae quantitatis a legis taxatione pendet"; "legitima minui potest per legem cum eius quantitas sit de iure civile".

(10) Cfr. JUAN LÓPEZ DE BIVERO o DE PALACIOS RUVIOS, "Repetitio rubricae et capituli Per vestras, de donationibus inter virum et uxorem", cfr. ed. Lugduni 1538, Repet. in capitulum, § 21, princ., fol. 149: "legitima succedit loco alimentorum"..."et propterea aliqui doctores dixerunt legitimam in totum per legem vel statutum tolli non posse: minuere tunc sic quasi illud quod filio dimitur deferevit pro alimentis..."; *ibid.*, § 23, n. 7, fol. 157, donde recoge de Baldo, "quod licet statutum posset tollere legitimam filii legitimi nihilominus filius potest alimenta petere"; RODRIGO SUÁREZ, "Repe-

con aquella opinión de Menchaca, quien no discutió que los descendientes tuvieran este derecho cuando los necesitaban.

En definitiva, lo cierto es que la legítima resulta de una deter-

titionie legis Quoniam in prioribus C. de inoffic. testamento". Declaratio Legis Regni, Limitat. secunda, n. 6 (cfr. "Opera omnia", ed. postrina Douaci 1614, p. 490), que recoge la opinión del Abad Panormitano, "distinguendo, scilicet, quod ubi filius non habet unde vivat, non valere statutum in totus absorvens legitimam, alias secus quia tunc cessat aequitas naturalis, et succedit alia regula, scilicet quod in re sua qualibet est moderator, et arbitrus (...) etiam in statuto teneo communem scilicet quod posses minui non in totum tolli, cum simpliciter sit de iure naturali non quota"; GREGORIO LÓPEZ, glosa a la palabra "Librement", de la ley 11, tít. IV, 6.^a Partida, 60 de dichotít. IV, cfr. vers de Samponte y Barba, Martí de Eixalá y Ferre y Subirana, vol. III, Barcelona 1943, p. 173, donde sigue a Baldo en su opinión favorable a que el Derecho municipal favorecedor del primogénito puede autorizar la quasi desheredación de los otros hijos, pero pudiendo el juez enmendar la disposición cuando alguno de los hijos quedare perjudicado en los alimentos, que deberá graduarlos por la calidad de las personas, el valor del patrimonio y demás circunstancias; y glos. a las palabras "non valdrá", de la ley 32, tít. IX de la misma 6.^a Partida, o glosa 171 al cit. Tít. IX, cfr. ed. y vol. cit., p. 612, donde acepta que por licencia Regia puede autorizarse, sin la nota de iniquidad, la total exclusión de la legítima en la fundación de un mayorazgo, siempre que se salven los alimentos, como es costumbre; ANTONIO GÓMEZ, "Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri", lex XL, n. 57, cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 127 vto., que aceptó la constitución del mayorazgo con licencia del príncipe, privando de la legítima a los hijos, con tal de que se les dejen los alimentos necesarios;; "quia licet legitima quam succedit loco alimentorum sit inducta de iure naturali".... "per consequens inmutabile".... "tamen eius quotaet quantitatus non est inventa nec inducta de iure naturali, sed tantum de iure mere positivo".... "unde sicut princeps vel taxare, augere, et diminuere ita potest per rescriptum vel privilegium concessione maioratus illan restringere, modificare ut loco eius tantum praestent alimentam necessaria, quia per hoc nec tollitur nec inmutatur per principem ius naturale sed reducimus ad illud"; DIDACUS COVARRU-
VIAS A LEIVA, "Ex epitome in librum quartum Decretalium", II Pars. Cap. VIII, § 6, n. 5, cfr. "Omnium Operum", ed. Lugduni 1584, vol. II, pp. 216 y s., que formuló, entre otras, las siguientes conclusiones: "infertur primo, legitimam lege, vel statuto tolli prorsus posse eo casu, quo filius habeat bona: unde possit optima se ipsum alere ac sibi alimenta exhibere, vel ex artificio sibi ipsi valeat necessaria adquirere".... "Quarto deducitur ex his licite, posse quem ex Regia tamen permissione, et licentia, primogenium bonorum suorum constituere in liberis masculis, maioribus, modo coeteris indigentibus liberis, alimenta praestentur"; Dtor. LUIS DE MOLINA MORALES, "De Primogenitorum Hispanorum origine ac naturae", Lib. II, cap. I, n. 10, cfr. novae ed. Lugduni 1749, p. 228, que niega la validez de la facultad real de autorizar la constitución de mayorazgo "non relinquendo caeteris filiis legitimam, nec alimenta", pero admitiendo la validez de su institución cuando "relictis eisdem filiis alimentis competentibus"; JUAN MATIENZO, "Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae", Tít. VII, Lex II, Gloss. I, nn. 4 y 5, cfr. ed. Mantuae Carpetanae 1580, fol. 168 vto., quien admitió que, no por ley general pero sí por licencia especial del rey, pudiera constituirse mayorazgo por más legítima, tercio y quinto, si a los demás hijos se dejaren los alimentos debidos al hijo que no pudiera proporcionárselos; LUIS DE MOLINA, S. I., "De Iustitia et Iure", Trac. II, Disp. DCXVI, cfr. ed. noviss. Colloniae Allobrogum 1733, vol. III, pp. 106 y ss., que trata ampliamente la cuestión, y señala (n. 6) que la cláusula de concesión: "con tanto que ayays de dexar, y deseys, a los nuestros hijos, hijas, que agora teneys, y tuvieredes de aquí adelante, en quien no succediere el

minación (11) que hace la norma positiva, no sólo en lo referente a su cuantía, sino también a su contenido (12).

En este sentido dimana de ella, y no de la voluntad del causante, cualquiera que sea el sistema legitimario de que se trate.

Por eso, refiriéndose a la legítima de Derecho común, pudo decirse: que “*filius eam non consequitur ex iudicio ipsius testatoris, sed ex providentia legis*” (13), que “*habet enim filius legitimam ex providentia legis, non iuditio patris*” (14), independientemente de que estas afirmaciones, sin duda exactas, fuesen bien o mal traídas como argumento en la cuestión en que se aducían (15).

El mismo significado tiene el inciso de la ley 17, tít. 1 de la 6.^a Partida, cuando dice: “*e por esso es llamada esta parte legítima, porque la otorga la ley a los hijos; e deuenles auer libre, e quita;*

dicho mayorazgo, alimentos”, tiene el carácter de modo de dicha obligación: “*quae inest ex natura rei, eo ipse*”, aun cuanto la cláusula no fuere puesta.

Entre los juristas catalanes, JUAN PEDRO FONTANELLA, “*Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus*”, Pars II, Cláusula V, Gloss I, n. 116, cfr. últ. edit. Lugduni 1667, vol. II, p. 32, admite el mayorazgo, aunque a los otros hijos “*enim non datur eis legitima, dantur tamen alimenta, quae succedunt loco legitimae*”.

(11) ARISTÓTELES, “*Ética*” (Lib. V, cap. VII), había observado que de lo justo civil o positivo, uno es natural (*dikaion physicon*) y otro procede de la decisión del Estado (*dikaion nomikon*) y explica que aquello que “al principio no había diferencia en hacerlo de esta manera o de la otra, pero después de ordenada por la ley ya la hay”. Santo Tomás de Aquino *Suma Teológica* I-II, 9, 95, art. 2) explicó: “*Quod a lege naturali dupliciter potestis aliquid derivari uno modo, sicut conclusiones ex principiis: alio modo sicut determinationes quaedam aliquorum communes*”. Fray Domingo de Soto (“*Tratado de la Justicia y el Derecho*”, Lib. I, Quaest. IV, art. 2.^o), declaró que la *conclusión* es deducida de los principios y la *determinación* específica algún género común que el Derecho natural no determina por sí mismo, como cuando concluye que la virtud es digna de premio y el vicio de castigo, pero sin determinar cuáles han de ser uno y otro. El jesuita Luis de Molina (*op. cit.*, tract. I, disput. IV, n. 10) distingue, de una parte, la determinación de lo general a casos particulares y, de otra, los preceptos absolutamente nuevos.

(12) Es decir, si ha de ser *pars hereditatis, pars bonorum, pars valoris, pars valoris bonorum*, bienes concretos, usufructo, alimentos civiles o naturales, etc. FONTANELLA (“*Decisiones Sacri Regit Senatus Cathaloniae*”, Dec. DLXXIV, n. 2; cfr. ed. noviess. Lugduni 1668, vol. II, p. 569) razonó: “*si enim statuto permittitur legitimam minuere multo magis solvendam illam in pecunia statuere*”.

(13) Cardenal FRANCESCO DE MANTICA, “*Tractatus de Connienturis Ultimarum Voluntatum*”, Lib. VII, Tít. VIII, n. 2, cfr. ed. Novissimae Colloniae Allobrogum 1631, p. 324.

(14) VICENTIUS FUSARIO, “*Tractatus de Substitutionibus*”, Quaest. CCXCVI, n. 29, cfr. ed. Venecia 1644, p. 224.

(15) Así, si se trataba de saber si el padre había querido condicionar la atribución de una porción mayor a la debida, a que el legitimario aceptase un gravamen fideicomisario de su legítima, cuando había sido referido a la herencia en general, parece que era poco oportuno aducir que la legítima era debida *ex providentia legis*, pues la cuestión se centraba en saber si en su referencia general había querido el padre incluir o no en ella la legítima (cfr. nuestro trabajo “*Cautelas de opción compensatoria de la legítima*”, III, B, en “*Estudios Jurídicos Varios*”, conmemorativos del Centenario de la Ley del Notariado, vol. I, Madrid 1964, pp. 467 y ss.).

sin embargo, e sin agravamiento, e sin ninguna condición". Notemos que esa misma ley, dos apartados antes, es una de las que califica la legítima de "parte debita", y que en el apartado inmediato anterior comienza así: "*E la legitima parte que deuen auer los hijos...*". Y al glosar esas palabras "*deuen auer*", Gregorio López (16) plantea una pregunta que partiendo de una situación inicial que da por indiscutida, comienza con estas palabras: "*si pater reliquit filius titulo institutionis legitimam eis debitam*". Es decir, la ley atribuye directamente el derecho "a" esa porción, o legítima y determina el contenido que, en virtud de ese derecho, les es debido a los hijos por su padre o madre.

Cuando Febrero (17) dice: "Sin embargo, de corresponder a los hijos por todos derechos (18) su legítima, como es de derecho positivo o cierto la asignación de la cuota, o cantidad que con este título, o nombre, deben percibir (por lo que le puede aumentar o disminuir) y se llama *legítima*, porque le concede, y señala la ley...", citando por nota, tras esta última palabra, la ley 17, tít. I, 6.^a Part., que recoge el indicado sentido de este texto.

En síntesis, en este sistema de legítima, la ley atribuye directamente a los legitimarios un *haz de derechos* de distinta naturaleza, contenido y actuación (*legítima en sentido puramente jurídico*), para salvaguardar y asegurarles la obtención del *contenido material* que les reserva (*legítima en sentido material*) y que puede llegarles por diversas vías, según se cumpla voluntariamente por el causante su deber de transmitírselo o se incumpla de un modo u otro.

Así, panorámicamente, vemos la actuación del *ius dicendi nullum*, de la *querella inofficiosi testamenti*, de la *querela inofficiosae donationis vel dotis*, de la *actio ad supplendam legitimam*, etc., y una serie de prohibiciones que invalidan *ex lege* las disposiciones en contrario, así como las condiciones, fideicomisos, gravámenes y prohibiciones impuestos a la legítima, o la renuncia anticipada a la legítima, etc.

Ese *haz de disposiciones normativas y, consecuentemente, de derechos subjetivos dimanantes*, que en conjunto integran el *derecho a la legítima o legítima como derecho*, se obtiene *ipso iure* o *ex lege* de modo inmediato.

Es indudable que el *ius dicendi nullum* deriva directamente de

(16) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras "*deuen auer*" de la ley 17. tít. I, Part. 6.^a, o gl. 92 del Tít. cit.; cfr. en castellano en la ed. y vol. cts. p. 417.

(17) JOSEF FEBRERO, "Librería de escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes", Part. II, Lib. II, cap. II, § I, n. 1.^o; cfr. ed. Madrid 1781, vol. II-II, p. 77.

(18) Se refiere a los derechos natural, de gentes y civil o positivo o escrito, como lo muestra la contraposición que hace entre "correspondiente a los hijos" y "la asignación de la cuota, o cantidad", que dice "es de derecho positivo", corroborándolo la cita que hace de Angulo, "De meliorat", ley 1, gl. 1, n. 8, que precisa esto último (cfr. *supra* en nuestra nota 9, la referida cita de Angulo).

la ley, y la *querella inofficiosi testamenti*, primero del derecho pretorio y luego de las constituciones imperiales. De la ley *Omnimodo* (Cod. III-XXVIII, 30, pr.) derivaba el derecho “*ad implendam eam [portionem legitimam] sine ullo gravamine vel mora exigere*”; de la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. h. t. 32), que “*ut si condicionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoriam actionem vocabantur, inminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quedonunque onus introducens, tollatur...*”; y de la ley *Scimus*, vers *Sancimus* (Cod. h. t. 36, pr. ap. 2.º), que “*hoc modis omnibus repleri, et nostrum iuvamem purum filius inferri*”.

De ahí que se dijera que “ex die mortis filii statim absque dilatione, debetur legitima parentibus”... “et suppletio fit eis ipso iure prout filii absque inofficiosi querela”, aduciéndose, para la primera afirmación, la citada l. *Quoniam*, y para la segunda, las también citadas leyes *Omnimodo* y *Scimus* (19).

La identificación de los significados de legítima, como derecho a reclamar el contenido y como el propio contenido, dio lugar a notables confusiones (20); y, tratándose del suplemento, la posibilidad de reclamarlo sin ejercitar previamente el *ius discendi nullum* ni la *querella*, justificó que se dijese “*quod legitima petatur ex voluntate patris, licet aliud sit in supplementum*” (21), afirmación que hubiese requerido, sin embargo, la aclaración de que, en caso de no reconocer el padre la legítima incidiendo en preterición o desheredación injusta, también la legítima era debida “*ex voluntate legis*” previa la invalidación del testamento o de la institución, precisamente para protegerla “*ex voluntate legis*”. Por ello, en este caso pudo decirse que la legítima *como contenido* no podía pedirse si no se ejercitaba la querella (22), y que se sostenía el testamento si ésta se renunciaba sin que pudiera considerarse la legítima, en cuanto contenido, como derecho adquirido y renunciado (23).

(19) ANTONIUS PEREGRINUS, “*De fideicommisis*”, art. XLIX, n. 49, cfr. ed. Lugduni 1670, p. 689; FONTANELLA, “*De pactis nuptialibus...*”, Cl. IV, gloss. IX, pars V, n. 122, cfr. ed. cit. vol. I, p. 191.

(20) Cfr. J. P. FONTANELLA, “*Decisiones Sacri Senatus Cathaloniae*”, Dec. DLXXIII, nn. 6 y ss.; cfr. ed. novissima Lugduni 1668, vol. II, p. 564, y FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA, “*Laberyntius creditorem concurrentium ad item per debitorem communem inter illos causatam*”, pars. II, cap. XVI, cfr. ed. Lugduni 1672, vol. II, pp. 436 y ss.

(21) JOANNE PETRO SURDO, “*Decisionis Sacri Mantuani Senatus*”, Decis. CXIX, n. 19; cfr. ed. Mediolani 1603, p. 589.

(22) Cod. III-XXVIII, 2: “*Quamvis de inofficio testamento acturum tebonorum possessionem acceperis proponas, tamen scriptis heredibus auferri possessionem, incivile est*”.

(23) Cfr. JUAN GUTIÉRREZ, “*Repetitio Capitu. Quamvis pactum, de Pactis, lib. 6*”, n. 25, en *Repetitiones sex*, cfr. ed. secundan Antuerpie 1618, página 146.

B) ¿Hay delación legal forzosa del contenido de la legítima?

3. En cuanto a la legítima *como contenido*, no puede decirse de modo general que sea atribuida directamente por la ley al legítimario; éste no recibe *ipso iure* un derecho *en o sobre* ese contenido. En otras palabras, en muchos sistemas legitimarios, *no hay delación forzosa, ni vocación legal de la legítima* (24).

Pero no es así en todos los sistemas, y aún en aquellos en los cuales lo es nunca faltan autores que lo discutan.

Conocemos la contraposición, luminosamente planteada por ambos extremos en sus líneas generales más puras, entre la reserva germánica o *paris reservata* y la legítima romana o *portio debita* (25). Figuras características de dos sistemas que parten, respectivamente, de la sucesión legal forzosa (26) y de la libertad de testar (27); pero que, moviéndose en sentidos contrarios, la primera va abriendo salida a la voluntad del causante (28), mientras la segunda establece límites a su voluntad, inicialmente sin barreras materiales (29).

(24) Aclaremos que, en esta terminología conceptual, aceptamos las precisiones de LUIGI CARIOTA FERRARA ("Le successione per causa di morte", I-I, número 20, ed. Nápoles 1959, pp. 76 y ss.) acerca de la significación de *designación*, *vocación* y *delación*. La primera no es sino un *elemento* de la segunda, en virtud del cual se determina directa o indirectamente (por sus circunstancias) la persona o personas llamadas y el contenido objetivo al que se llama. *Vocación* es el *llamamiento* concreto que *fundamenta* la atribución del derecho a suceder, es como su título; *delación* o *devolución* es el *hecho* en virtud del cual se produce la *vocación* y se *atribuye* el derecho a suceder: es decir, se trata de unos aspectos distintos del mismo fenómeno, que se concreta simultáneamente, fundamentándose y realizándose.

(25) Cfr. RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", en *RDP* XXVIII, marzo 1944, pp. 187 y ss.

(26) Derivada de la primitiva comunidad de derechos entre padres e hijos sobre el patrimonio doméstico de la que dimanó el *Wartrecht* o antiguo derecho de expectativa. Cfr. HEINRICH BRUNNER y CLAUDIUS VON SWERIN, "Historia del Derecho germánico", § 5, traducción al castellano y notas de José Luis Alvarez López, Barcelona 1956, pp. 244 y ss.

(27) La *successio in ius* primitiva estuvo siempre íntimamente unida de hecho con la elección del *heres* que, a través de la *exhereditatio*, en la ley de las XII Tablas, rompía el *consortium* con los demás *sui*. Cfr. PIETRO BONFANTE, "Corso di Diritto Romano", vol. VI, cap. IV, n. 1 y 2, Roma 1930, pp. 60 y ss. Véanse también las observaciones de nuestro querido maestro ROCA SASTRE, en "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en Derecho sucesorio", en *Anales de Ac. Mtr. del Not.*, vol. I, Madrid 1943, pp. 341 y ss.

(28) El *paso del Tonteil*, o parte del muerto, convertida en *Seelgerät*, o *donatio pro anima*, al *Freteil*, o cuota de libre disposición fue aclarada por A. SCHULTZE ("Agustin und der Salteil des germanischen Erbrechts. Studien zur Geschichte des Freiteilrechtes", Leipzig 1928), como refieren JOSÉ ANTONIO RUBIO, "Donationes "post obitum" y "donationes reservato usufructo" en la Alta Edad Media en León y Castilla", nota 6, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. IX, Madrid 1932, pp. 5 y ss., y nuestro maestro LUIS G. DE VALDEAVELLANO, "La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media", n. IV, en el mismo *Anuario* y volumen, pp. 133 y ss.

(29) Cfr. la evolución que comienza en Derecho pretorio con la *querella inofficiosi testamenti* y prosigue con la *querella inofficiosae donationis vel dote y la bonorum possessionem contra tabulas*, en FRITZ SCHULTZ, "De-

En cuanto al Derecho español, dijo Jerónimo González (30) que “los pronunciados matices de las legítimas y de la reserva”, “se funden desde hace muchos siglos en una concepción de líneas románicas que se impone a través de variaciones regionales”. Nosotros nos ocupamos detenidamente hace años (31) de señalar su trayectoria (32). La conclusión a que entonces llegamos —que nadie nos ha hecho rectificar hasta ahora— se concreta a que, cuando el Derecho de Castilla alcanzó a tener carácter territorial, sus juristas explicaron los textos de Derecho real relativos a las legítimas sobre la base de los textos del *Corpus Iuris*, del título *De testamentis*, de las *Decretales* y de las *Partidas*, como lo demuestran las numerosas

recho romano clásico”, nn. 476 y ss., trad. al castellano de J. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona 1960, pp. 262 y ss. Justiniano continuó la evolución, en especial con las leyes *Omnimodo*, *Quoniam in prioribus* y *Scimus* (Cod. III-XXVIII, 30, 32 y 36) y en su *Novela CXII*.

(30) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “Observaciones a las Conferencias del Doctor Ferrara”, 6, cfr. en *RCDI* V, enero 1929, p. 65, y en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, Madrid 1948, vol. III, p. 241.

(31) “Apuntes de Derecho Sucesorio”, 1, § 2, cfr. ed. sep., Madrid 1955, páginas 13 y ss., o en *ADC* IV-II, abril-junio 1951, pp. 429 y ss.

(32) Las líneas generales que observamos son las siguientes:

1.º) La ley *Dum inlicita* de Chindasvinto no rectificó el Derecho romano, sino la libertad de testar a la que se había llegado por la ley en ella abrogada. “Sin embargo, cabe observar que, aun cuando el régimen legal visigodo anterior a la ley *Dum inlicita* ofreciese plena libertad de testar, es posible que esta ley, por razón de los abusos a que en ella se alude, más que simplemente por poner un freno a dicha libertad, al modo romano, lo que hizo fue volver al régimen germano de las reservas, aún vivido en las costumbres, mitigándolo como transacción con la plena libertad de disponer del quinto y con la creación de la facultad de mejorar”.

2.º) No obstante, el Derecho realmente vivido en la Alta Edad Media, como ha mostrado VALDEAVELLANO (loc. cit., pp. 129 y ss.), muestra una “germanización de la legítima, visible en los diplomas astur leoneses, en el carácter de cuota *pro anima* a que estrictamente quedó reducido el quinto, que había sido totalmente de libre disposición en las leyes *Si mulier a marito* de Leovigildo y *Dum inlicita* de Chindasvinto, y en la existencia, —que algún diploma trasluce claramente—, del *Wartrecht*, que también se observa —como mostraron LACOSTE, “La mejora”, Madrid 1913, y MARÍN MONROY, “La colación: historia y crítica de los problemas de valoración”, en *Anales de la Ac. Matr. del Notariado*, IV, pp. 169 a 173— en la colación impuesta por el Fuego de Cuenca (rubr. 225) y en su complemento, explícito en el Fuego de Zamora, de no poder los hijos vender en vida de sus padres los bienes adquiridos por donación de éstos. Durante este período, imperaba para los bienes patrimoniales el principio germánico que, traducido al latín, expresaba que “*solus Deus potest facere heres, non homo*”. El legitimario era necesariamente heredero legal y la legítima abarcaba la totalidad de la herencia, de la que sólo podían deducirse como mandas el quinto —primero sólo como *pars Christi* y luego otra vez libremente— y, una vez reaparecida, la mejora.

3.º) Pero a partir de la publicación de las *Partidas*, estos principios germánicos sufren el influjo del Derecho romano y del canónico, a consecuencia de que los comentaristas de aquéllas estudiaban conjuntamente el Derecho real y el Derecho común, así se reciben las instituciones romanas de la preterición, con su *ius discendi nullum*, de la *querella inofficiosi testamenti* y la *actio ad supplementum*, que romanizan las legítimas, y también las mejoras, que son explicadas con las figuras del legado de parte alscuo-

citas continuamente referidas a estos cuerpos legales (33). “La construcción de nuestros clásicos —concluíamos (34)— es de proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El derecho germánico, evolutivamente atenuado, fue el regulador de la *medida*. El derecho romano, en su fase justinianea, explicó su *naturaleza*. Baste recordar al efecto cómo Antonio Gómez, en su *Varias* (35), se ocupó de la legítima en el capítulo que titula “*De successione contra testamentum*” (es decir, de la *successio contra tabulas*, según la terminología romana), que dedica a tratar sucesivamente de la preterición, la desheredación, la *querella inofficiosi testamenti*, la legítima como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*”.

Los autores castellanos más próximos al Código civil, e igualmente los inmediatamente anteriores, seguían orientando el concepto de la legítima como deber del testador impuesto por la ley, o explicaban su regulación conforme las normas romanas (36). Igual cri-

ta y del prelegado, e, incluso, los autores llegan a la convicción de que se puede mejorar a título de herencia embebiendo la mejora en la institución, en contradicción del principio germánico que imponía la distribución igualitaria de la herencia por estípites entre los descendientes sólo atenuable con mandas y legados, y llegándose a admitir la institución de un extraño como heredero en la parte libre si los hijos eran instituidos en su legítima (Cfr. nuestros “Apuntes...”, loc. cit., pp. 16 a 21 y *ADC*, cit, pp. 433 a 437, y en especial las notas 51 y 53).

(33) Sirvan de ejemplo la “*Repetitio Legis “Quoniam in prioribus”*”, Cod., Tít. “*De inoffic. testamentis*”, de Rodrigo Suárez y los comentarios de Diego Covarrubias al tít. *De testamentis* de las *Decretales*, a los que repetidamente venimos haciendo referencia, que sitúan las *leges regni*, como variantes, en el fondo romano y canónico de las legítimas.

(34) “Apuntes...”, loc. últ. cit., p. 19 y *ADC* IV-II, p. 435.

(35) ANTONIO GÓMEZ, “*Variae resolutiones Iuris Civiles Communis et Regii*”, Lib. I, cap. XI; cfr. ed. *Lugduni* 1701, pp. 133 y ss.

(36) Véase las siguientes expresiones de FEBRERO, op. cit., Parte I, Lib I, Cap. I, § VII, nn. 99 y ss., cfr. ed. Madrid 1783, vol. I, pp. 94 y ss.: “Llámase y es heredero el que después de la muerte *ex testamento o ab intestato* de alguno, ha de suceder en sus bienes” (n. 100, p. 95); a los herederos forzosos “deben sus padres instituir por sus herederos”... “no concurriendo en ellos causa legal para ser exheredados” (n. 109, pp. 100 y s.); la institución “que los padres han de hacer en sus hijos, debe ser...” (n. 110, p. 101). JOSEF GUTIÉRREZ, en su versión “*Febrero reformado y anotado*”, Madrid 1805, Parte I, Cap. I, § 2.º, n. 45, p. 32, expone aún más claramente el significado del calificativo “*fórzosos*”: “porque sus ascendientes más cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, y no habiendo causa legítima para desheredarlos y no instituyéndolos podrá romper y anular el testamento en cuanto a la institución”; IGNACIO JORDÁN DE ASO y MIGUEL DE MANUEL, “*Instituciones de Derecho Civil de Castilla*”, Lib. 2.º, tít. III, capítulo I, § 3.º, Madrid 1775, p. 198, dice que, el *testador*, “es principio incontestable en Castilla que si tuviere hijos y nietos, les debe instituir forzosamente herederos”, JUAN SALAS, “*Ilustración del Derecho real de España*”, Lib. I, Tít. V, nn. 21 a 27, cfr. 2.ª ed. Madrid 1820, pp. 168 y ss., expone la doctrina romanista de la desheredación, preterición, *querella inofficiosi testamenti*, acción de suplemento. Cfr. también JOAQUÍN ESCRICHÉ, “*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, voz “*Legítima*”, cfr. 2.ª edición, Madrid 1847, vol. II, pp. 488 y ss.—véase nuestro análisis de este:

terio se observa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre 1865.

El Código civil (37) dio un paso más al equilibrar en tres tercios las desiguales proporciones góticas (38) y al aproximar, en cuanto al título formal de su atribución, su legítima a la teodosiana más que a la justinianea (39) y posibilitar su pago en metálico en determinados supuestos (40).

Es decir, que, aparte de aumentar la libertad de testar modificando los topes y de dar más extensión a la actuación de la acción de suplemento, nada pretendió cambiar respecto de la naturaleza de la legítima. Recordemos, para reafirmarlo, las Bases 1.^a, 15 y 16 de la Ley de 11 mayo 1888. Es éste un dato capital que debemos tener en cuenta al tratar de estudiar esta naturaleza.

4. Varios artículos del Código civil, que podemos dividir en dos grupos, son, fundamentalmente, los aducidos en el tema que aquí nos ocupa.

En el primer grupo tenemos los artículos 609, 658 y 1.009, que dicen:

Artículo 609, § 2.^º: “*La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donaciones, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”.

Artículo 658: “*La sucesión se defiere por la voluntad del hombre, manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley*”.

texto en la nota 129 de nuestros “Apuntes...”, pp. 40 y ss., o *ADC IV-II*, páginas 456 y ss.; BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, “Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español”, Lib. III, Cap. IV, § V, Sec. II, artículo 2.^º; cfr. ed. Madrid 1863, vol III, p. 286—donde refiriéndose a la primera parte de la ley VI De Toro dice que “declara a los ascendientes herederos de los descendientes por testamento y abintestato como lo son éstos de aquéllos”—; FLORENCIO GARCÍA GOYENA, “Concordancias, Motivos y comentarios del Código civil español”, Madrid 1952, vol. II, art. 640, p. 92, gl. a las palabras “*sin justa causa*”—“porque la legítima es debido natural, *de bitum naturale*”, por eso sin ella no puede desheredárseles—; PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, “Curso histórico-exegético de Derecho romano comparado”, Madrid 1869, vol. I, pp. 478 y 501—refiriéndose a la legítima castellana explica que el testador: “ha de dejar precisamente a sus descendientes legítimos cuatro quintas partes de sus bienes”, aunque entre ellos, “a alguno o algunos, pueda dejarles especialmente la tercera parte de los bienes”—; MARIO NAVARRO AMANDI, “Código Civil de España”, Madrid 1880, vol. I, artículo 967, p. 492—“El heredero forzoso no solamente tiene derecho a su legítima, sino que tiene derecho a obtenerla a título universal o de heredero; de otro modo puede pedir la nulidad de la institución”.

(37) Cfr. “Apuntes...”, loc. cit., p. 25 y *ADC IV-II*, p. 441.

(38) Cfr. nuestro trabajo “Aspecto cuantitativo de las legítimas”, II, A, A: n. 39 a nota 279, en *ADC XXIV-I*, enero-marzo 1971, p. 86.

(39) Cfr. lo que dijimos en “El deber formal de instituir herederos y la preterición”, I, 3, en *ADC XX-I*, pp. 10 y ss.

(40) Cfr. nuestro estudio “Contenido cualitativo de las legítimas de los descendientes en el Código civil”, IV, nn. 20 y ss., en *ADC XXIII-I*, enero-marzo 1970, pp. 87 y ss.

"La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la Ley".

Artículo 1.009: *"El que es llamado a una misma herencia por testamento y "ab intestato", y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.*

"Repudiándola como heredero "ab intestato", y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste".

En el otro grupo, se sitúan los artículos 763 y 806:

Artículo 763: *"El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.*

"El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección quinta de este Capítulo".

Artículo 806: *"La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer, por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos".*

La doctrina, al efectuar la interpretación de los artículos 609, § 2, (658 y 1.009, generalmente ha deducido de ellos:

1.º Que el Código civil sólo admite dos modos de deferirse la sucesión: la testada y la intestada, sin perjuicio de los supuestos singulares en los cuales es admitida la sucesión contractual, pero sin que nada justifique que exista un tercer tipo de delación hereditaria para la legítima (41).

(41) MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil comentado y concordado extensamente", vol. XII, art. 658; cfr. ed. Madrid 1896, p. 99—"la existencia de herederos forzosos da a entender que un propietario al disponer *mortis causa*, no hace lo que su voluntad quizá resolviera"; es decir, no hay delación forzosa, sino sólo limitación forzosa de la voluntad del testador en la sucesión testamentaria; MODESTO FALCÓN, "Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral", Lib. III, Tit. Preliminar, Disps. gulares, n. 4, en rel. con Cap. III, Sec. II, § II, n. 1; cfr. 5.ª ed., Barcelona 1897, pp. 44 y s., y 185—La sucesión puede verificarse "o por la voluntad expresa del hombre o por ministerio de la ley" "en defecto de voluntad expresa"; pero: "El testador que tiene herederos forzosos, debe respetar en sus disposiciones las legítimas de estos herederos"; FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil", vol. VI-I, cap. II, n. 41; Cfr. 2.ª ed., Madrid 1910, pp. 102 y s.—observa que el art. 658 señala tres formas de sucesión *mortis causa*: *testada, intestada y mixta* (parte testada y parte intestada), pero que la ley interviene también en la sucesión testada, en cuanto a la *forma* y al *contenido o extensión*, "porque esta voluntad sólo es ilimitada, para la libre disposición, cuando el testador carece de herederos forzosos que acreden en su sucesión derecho a la legítima"; JOSÉ ALGUER MICÓ, "Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho civil", VI, en *R. J. de Cataluña* XXXVII, enero-junio 1931, pp. 132 y s.—"La delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual alí donde se admite y la legítima. El llamamiento forzoso no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario"; RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", en *RDP* XXVII, marzo 1944, p. 196—"En el Código civil sólo hay dos tipos o formas de sucesión universal o de llamamiento de herederos: la testada y la intestada. No existe un *tertium genus* consistente en la llamada

2.º Que la sucesión testada, en tanto reúne todos los requisitos para su validez, es prevalente (42) sobre la intestada. Esta es subsidiaria de aquélla, como resulta igualmente del artículo 912 C. c.

La vocación testamentaria excluye de tal modo la abintestato, que —conforme al artí 1.009— la renuncia de aquélla no permite acepar ésta ni siquiera en la parte que aquélla pudiera dejar vacante; mientras que, por el contrario —como resulta asimismo del ar-

sucesión forzosa”—: ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, “Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria”, art. 15, n. 3, p. 142 —“la legítima lleva consigo la necesidad de instituir a ciertas personas en el testamento (artículo 845), pero no es una forma de delación de la herencia (artículo 815)”—; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, “Derecho sucesorio “mortis causa”, III, § 3, Sevilla 1951, p. 30 —cuando la ley “tiene carácter dispositivo o imperativo (*ius cogens*)”, impone al testador el deber de asignar ciertos derechos sucesorios a sus más próximos parientes, bajo amenaza de ineficacia total o parcial de la disposición testamentaria que, por acción o por omisión desconozca dicho deber (legítimas o derechos legítimarios)”—; ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, “Designación “mortis causa”; vocación hereditaria, y adquisición automática”, VI, B, en *Rev. Der. Notarial* XXIV, abril-junio 1959, p. 98 —“el legitimario nada adquiere como tal directamente, sino anulando y reduciendo previamente la donación, testamento o disposición testamentaria irrespetuosa con la designación forzosa consagrada a su favor en nuestro Código civil, y recibiendo después abintestato su legítima como mínimo, mas no como legitimario, sino como heredero, legatario o *mortis causa capiens*”— y en “La legítima en el Código civil”, Oviedo 1964, pp 82 y ss.; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”, VI-I, 7.^a ed. Madrid 1960, § CXXXVII, I, 6, B, p. 48 —relaciona los arts. 658 y 763 al clasificar las sucesiones en testamentaria, legítima (cuando no hay testamento válido) y mixta (art. 658, § 3 y 912), y distinguir la primera en libre (art. 763, ap. 1.^o) y limitada “cuando hay herederos forzados” (art. 763, ap. 2.^o); MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil”, en *Estudios Jurídicos Varios*, con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado, volumen I, Madrid 1964, pp. 744 y ss. y 760 y ss.— “La ley no defiere directamente al legitimario una cuota o porción del patrimonio hereditario líquido, sino que únicamente la reserva a su favor”... “No hay en nuestro derecho... más que dos tipos de delación sucesoria: testamentaria y “ab intestato”. Nada autoriza a crear un tercer tipo de delación hereditaria para la legítima”—; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, “Manual de Derecho civil español”, vol. V, Sección I, cap. I, n. IV, y Sec. IV, cap. I, n. I, cfr. 2.^a ed. Madrid 1970, página 23 y p. 406 —“Dicha sucesión necesaria no es un tercer modo de deferir la herencia, sino un límite a la libre disponibilidad manifestada en vía testamentaria. No es, pues, un modo de suplir la falta de voluntad testamentaria, sino un modo de corregir dicha voluntad limitándola”—; PUIG BRUTAU, “Fundamentos de Derecho civil”, V-III, Barcelona 1963, cap. IV, 1, I, página 368, en rel. cap. I, 3, III, p. 14; MANUEL ALBADALEJO GARCÍA, “Compendio de Derecho civil”, Barcelona 1970, cap. XXXI, 3, p. 550. Defendimos este criterio en nuestros “Apuntes...” I, § 5, pp. 44 y ss. y *ADC* IV-II, páginas 480 y ss.

(42) El carácter principal y prevalente de la sucesión testamentaria en nuestro sistema sucesorio, es destacada por: RODRIGO MARTÍNEZ, loc. cit., página 30; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “Derecho de Sucesiones. Parte General”, Barcelona 1961, n. 166, pp. 179 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, loc. cit., páginas 49 y ss.; PUIG BRUTAU, op. y vol. cits., cap. IV, 1, I, nota 2, p. 368; FRANCISCO BONET RAMÓN, “Compendio de Derecho civil”, vol. V, Madrid 1965, n. 11, pp. 46 y s.; ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cits., cap. I, n. IV, página 39.

título 1.009—, la repudiación de una herencia que se creyó deferida *ab intestato* no impide aceptar la vocación testamentaria si resultare así deferida: de lo cual se ha deducido (43) que en todo cuanto la ley no haya ordenado imperativamente, la misma ley considera “superior el criterio del propio causante a su propio criterio”, lo que desmiente que, en apreciación de la ley, el interés en que se inspira ella misma al regular la sucesión *ab intestato*, sea superior al que impulsa a permitir la sucesión testada”, y que la vocación voluntaria “es superior, pues, no sólo en el orden en que sus normas van aplicadas frente a la legal, sino también por su fundamento”.

3.º Que en el Código no rige el principio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestato decedere potest* (44), pudiendo una misma sucesión deferirse por testamento en parte y abintestato en la parte de que el testador no haya dispuesto o no lo haya hecho válida y eficazmente. Así resulta del art. 912, nn. 2, 3 y 4.

Notemos que estos dos últimos números presentan gran interés para la cuestión que aquí nos ocupa.

La prevalencia de la sucesión testada sobre la intestada muestra que nuestro régimen sucesorio sigue la línea general del Derecho romano, y no la del Derecho germánico, en el cual la sucesión voluntaria es la excepción a la regla general que constituida por la vocación legal forzosa de la herencia, en la cual se confunde la legítima o reserva con esta porción forzosa de la vocación legal de la herencia. Esto constituye de por sí otro indicio contrario a considerar nuestra legítima encuadrada en el tipo de la reserva germánica.

Por otra parte, al permitir que la herencia sea deferida en parte testada y en parte intestada, resulta menos excepcional el juego supletorio de esta última para satisfacer su parte correspondiente al legítimario preterido o injustamente desheredado. Es sabido, y de ello nos hemos ocupado detenidamente en otra ocasión (45), que el principio impeditorio de la concurrencia de ambas vocaciones en una misma sucesión, fue exceptuado en el mismo Derecho romano en los casos siguientes:

1.º Ejercicio de la *querella* por un hermano del testador, en supuesto de pluralidad de instituidos cuando sólo uno de éstos fuese *turpis persona* (46), o siempre que por cualquier otra razón la *querella* de un legítimario prosperara contra algún heredero y fracasase contra otro u otros (47).

(43) Cfr. LACRUZ BERDEJO y BONET RAMÓN, locs. últ. cits., nota *supra*.

(44) Acerca de este principio y del influjo que en su desaparición pudo tener la ley 1, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá, no aceptada por la mayoría de autores castellanos, que limitaron el alcance de esa ley a derogar la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, cfr. nuestros “Apuntes...”, II parte, § 1.º, B, pp. 127 y ss. y *ADC* IV-IV, octubre-diciembre 1951, pp. 1358 y ss.

(45) “Apuntes...”, I, 5.º, pp. 45 y ss., o en *ADC* VI-II, abril-junio 1952, páginas 481 y ss. y, especialmente, en las notas 148 a 157.

(46) Dig. V-II, 24.

(47) Dig. h. t. 15, § 2; y 25, § 1; *Cod.* III-XXVIII, 13.

2.º Ejercicio con éxito de la *querella* por sólo alguno o algunos de los varios legitimarios injustamente desheredados (48).

3.º Existencia entre los instituidos, sujetos a los efectos de la *querella*, de un legitimario que no recibiera mayor porción de la que le correspondería *ab intestato* (49).

Criterio que vemos recogido por los clásicos castellanos Gregorio López (50)—“et natura querelae est, quod non datur contra illum qui erat successueros ab intestato, et non habet ultra quod sibi tengat ab intestato”—, y Antonio Gómez (51)—“si vero fiat restitutio pro parte hereditatis, et non in totum; pro ea tamtum inten-tari; et pro ea rescindetur testamentum”. Aún insistió aquél (52) en aclarar que la herencia a que era llamado el legitimario a con-secuencia del ejercicio victorioso de la *querella*, debía entenderse “*de la parte que le correspondería ab intestato*”.

Hoy ya no resulta nada excepcional que la querella rescinda, quebrante o anule la institución de herederos únicamente en la parte que perjudica la legítima—estricta, según la S. 23 enero 1950— del injustamente desheredado; y que, en cuanto a esta parte, deje fil-trar la sucesión intestada *a favor exclusivamente de éste*.

Es cierto que algún autor (53), al referirse a esa anulación en parte y apertura, también en parte, de la sucesión intestada, ha com-mentado: “Si así fuera, caso de existir otros herederos forzosos concurrirían a la sucesión intestada junto con el desheredado, el cual no lograría nunca la cuota reservada” (54).

Pero esta observación está contradicha por los precedentes que acabamos de referir, y realmente no vemos la razón para que esta apertura en parte de la sucesión intestada, no se pueda referir pre-

(48) Cfr. WINDSCHEID, “Diritto delle Pandette”, § 584, n. 24, cfr. tra-ducción italiana con notas de Fadda y Bensa, Torino 1930, vol. III, pági-na 265.

(49) Cfr. A. J. BOYÉ, “Essai critique sur une “crux iuris”. La doi Mater (Dig. V. 2, 19) et le papirus de Haildelberg 1272”, en *Revue d’Histoire du Droit*, vol. V, 1924, pp. 464 y ss.

(50) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “*de la herencia*”, 7.ª de Ley 1, título VIII, 6.ª Partida; cfr. ed. y vol. cits., p. 563.

(51) ANTONIO GÓMEZ, “Varice Resolutionis...” cit., Lib. I, cap. XI, n. 15, cfr. ed. cit., p. 142.

(52) GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. cit., inciso primero, y gl. I a la ley 1, h. t., a las palabras “*que ouiesen derecho a heredarle*”.

(53) GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, en *RDP*. XLVII, noviembre 1963, p. 968 y nota 20 de dicha página.

(54) Este argumento impresionó a ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “La legítima en el Código civil”, Oviedo 1964, pp. 56 y ss., y para preservar el principio de que no existen sino dos formas de delación, la voluntaria y la intestada, propuso un rodeo que consiste en que “la sucesión intestada se defiere no sólo a favor del legitimario injustamente desheredado, sino tam-bién de los demás legitimarios”, pero que en la partición, a la que concurri-rán éstos con aquél, “lo anulado habrá de imputarse a la cuota legítima” del injustamente desheredado, como ocurre con la colación de las donaciones inoficiosas.

cisamente a la parte —completa o reducida— del querellante. Si la vocación intestada llama a varios herederos en una participación dada diferente a cada uno —sin perjuicio del recíproco derecho de acrecer— ¿por qué la protección legitimaria del desheredado injustamente, que le permite anular en parte la institución, no ha de poder abrirlle, con esa anulación, el paso precisamente a toda o a parte de su cuota intestada, que es a la que realmente tiene derecho? (55).

5. No obstante lo declarado por el artículo 658 C. c., que reafirma la solución vigente en el Derecho castellano en la fecha de su promulgación, y que, conforme la ley de Bases, debió recoger, no han faltado autores que, apoyándose fundamentalmente en el texto del artículo 806, han sostenido que la ley atribuye directamente a los legitimarios su cuota correspondiente.

Las palabras claves referidas a la legítima como porción de bienes, es decir, como contenido, son *“que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzados”*.

Por eso conviene que, ante todo, examinemos el origen de la redacción de este texto. Literalmente es igual al artículo 791 del Anteproyecto 1882-1888, que señala como precedente suyo el artículo 1.784 del Código portugués, el cual comenzaba con palabras correlativas, pero que en lugar del participio pasivo *“reservado”*, empleaba la palabra *“destinado”* (56). En cambio, el verbo *“reservar”* había sido ya empleado en el antecedente más remoto de su

(55) La independencia de la vocación de cada heredero *ab intestato*, pue de entenderse mejor con algún ejemplo que nos ayudará a explicar cómo la anulación de la institución testamentaria, por desheredación injusta de un legitimario, sólo da paso en una parte a la sucesión intestada y que ésta es única y precisamente la vocación que personalmente le es deferida al injustamente desheredado.

Supongamos un testador que no dispone totalmente de su herencia, sino que únicamente dice que reconoce a su hermano A la cuota que abintestato le corresponde y le asigna para satisfacérsela la finca X que le grava con sustitución fideicomisaria a favor de los hijos del mismo: ¿Es que acaso el resto le será deferido también a él juntamente con sus demás hermanos?, o bien, ¿no resultará más adecuado entender que la sucesión intestada sólo se debe abrir respecto de los demás hermanos en la proporción que con relación al total haber les corresponda?

Pensemos en la llamada desheredación en la sucesión intestada (Cfr. IGNACIO DE CASSO, “La exclusión de heredarse en la sucesión legítima”, *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1940, pp. 5 y ss.). ¿Es que la desheredación —llamémosla así— del hermano A, cuya cuota el testador deja a un Asilo, en las únicas disposiciones a las que se reduce el testamento del causante, dará lugar a la apertura de la sucesión intestada en cuanto al resto de la herencia a favor de todos los hermanos, incluso del excluido? o, simplemente, ¿sólo tiene, lugar para este resto, el llamamiento del otro o de los otros hermanos, no excluidos?

Ahí tenemos dos casos en que se da parcialmente la sucesión intestada, no sólo en cuanto al contenido (parte de la herencia), sino también en cuanto a los llamamientos (de algunos, pero no de todos los designados, en principio, por la ley).

(56) Cfr. la versión del Anteproyecto de 1882-1888, cuidada y anotada por Manuel Bernaldo de Quirós (Madrid 1965), p. 243.

preparación legislativa, el artículo 640 del Proyecto de 1851, que decía: "Llámanse herederos forzosos aquéllos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de la que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación —la porción reservada se llama legítima"—. García Goyena (57), entre los precedentes que señala de su redacción, cita el artículo 960 del Código de Holanda, que de los por él citados es el más parecido en su texto; pero, el mismo García Goyena señala, al glosar el propio artículo 640, que "la legítima es debdo natural, *debitum naturale*, según expresión de las leyes 17, título 1, 7, título 11, Partida 6, y la 56, párrafo 2, título 27, libro 3 del Código". Comentario éste de quien fue el alma del Proyecto de 1851, que quita toda significación germánica al empleo del verbo *reservar*. Del mismo modo, la regulación del Capítulo VI, Sec. I, se ajusta, con excepciones que el comentarista precisa, a la regulación tradicional romanista de la legítima, haciendo en sus comentarios continuas referencias a los antecedentes de Derecho romano y de las Partidas que eran seguidos y articulados en el Proyecto.

Esto no ha impedido que reiteradamente se haya intentado atribuir un significado germanista al artículo 806.

Entre los autores que estiman que este precepto ordena una vocación forzosa, distinguiremos tres grupos:

a) En primer lugar, un grupo de autores entiende que el artículo 806 contiene un *llamamiento legal de herederos*, si bien por alguno de ellos (58) no es demasiado precisado ni consecuentemente

(57) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 640, p. 92.

(58) Cfr. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, "Comentarios al Código civil español", vol. VI, art. 806, cfr. 6.^a ed., Madrid 1932, pp. 228 y ss. —aunque no todo es transparente en el comentario de este autor, parecen decisivas sus afirmaciones de que los poderes de disposición del testador en cuanto a la legítima "quedan igualados a los de un extraño", y de que la voluntad del testador "no juega papel alguno en la legítima verdadera que define el art. 806", pese a que contradice esta rotundidad con el comentario que hace luego del artículo 815 (pp. 857 y s.)—; LÓPEZ R. GÓMEZ, "Tratado Teórico Legal del Derecho de Sucesión", vol. I, Valladolid 1891, cap. I, art. 2.^a, n. 7, pp. 25 y s. ... "Todas estas personas, unas veces como herederos forzosos y otras como herederos abintestato, son... los sucesores universales del patrimonio del difunto...", dice, señalando que los herederos abintestato por línea colateral, "tienen el derecho de suceder, pero sin el concepto de herederos forzosos...". No explica el autor si ese concepto lo deduce del Derecho consuetudinario castellano o de su interpretación del romano. También presenta contradicciones su exposición de las legítimas (cap. XV, pp. 485 y ss.), pues la referida explicación de cómo suceden los herederos forzosos choca con su interpretación del artículo 815 (cap. XV, n. 14, pp. 524 y ss.)—; JULIO OTERO VALENTÍN, "Anticipos de legítima", Valladolid 1914, cap. II, pp. 18 y ss., en que afirmó que los *herederos legitimarios* "no necesitan ser instituidos herederos para serlo en su porción legitimaria", siendo *herederos forzosos*, aunque "pueden ser desheredados con justa causa" y cap. IV, pp. 33 y ss.—"La legítima se hace efectiva por derecho propio, no por otro título...", "se sucede por derecho propio", ..., no "por otro título"—; CALIXTO VALVERDE VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", vol. V, cap. IX, § III, cfr. 4.^a edición, Valladolid 1939, pp. 222 y 2, —donde la define como sucesión nece-

aplicado como delación legal, mientras que por otros (59) es muy concretamente referido al tipo germánico de las reservas.

b) Otro grupo de autores ha querido concordar la letra del

saria "*ope legis*, creada e impuesta por la ley, aplicable tanto a la sucesión testada como a la intestada", si bien añade que "es una institución común a las dos formas de suceder, más bien que una sucesión distinta de ambas, porque el heredero legitimario es un heredero como los demás y su título es el de la ley; de lo cual resulta que la sucesión en nuestro derecho o se defiere por la voluntad del testador o de la ley, bien se trate de un heredero legitimario o abintestato".

(59) Inició entre nosotros esta posición claramente germanizante el ilustre profesor italiano Francesco Ferrara, en la sexta de las conferencias por él dadas en la Universidad de Madrid entre el 14 y el 20 de abril del año 1928. A su juicio, conforme el texto del artículo 806 C. c., la legítima es una *reserva legal*, la antigua reserva de los cuatro quintos, hoy reducida a dos tercios para los hijos y descendientes de sello netamente germánico, aunque con ella convivan formando un mosaico, instituciones del Derecho justiniano; el derecho a la legítima es un *derecho hereditario ex lege*, que nace en el momento de la apertura de la sucesión; un *derecho real de propiedad* sobre los bienes hereditarios, estando los legitimarios *investidos* directa e inmediatamente por la ley en la copropiedad de los bienes hereditarios. Incluso en la mejora el causante no tiene sino un *derecho de injerencia*, que la ley le mantiene, para *limitar el concurso de los legitimarios* en esa porción y regular con *privilegio la concurrencia sucesoria* sobre la *base de desigualdad*, como lo es, aunque sobre la base de igualdad, la división *inter liberos*. Así resulta del resumen que de esta conferencia publicó JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ (cfr. *RCDI*, V, enero 1929, pp. 53 y ss.), quien la sometió a una rigurosa crítica, en la que llega a decir que el doctor Ferrara se lanzó a este estudio "con valentía que se aproxima a la temeridad, por prescindir de la ayuda didáctica de nuestros clásicos" (cfr. loc. cit., pp. 65 y ss., o en sus "Estudios de Derecho hipotecario y civil", Madrid 1948, vol. III, pp. 241 y ss.).

Después de Ferrara y apoyándose en sus esquemas, AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN ("La mejora en el sistema sucesorio español", Coimbra 1946, páginas 13 y ss.) afirmó que cuando el ascendiente hace una mejora "no hace en el fondo sino una partición anticipada de la herencia (notemos, sin embargo, que años después, en su estudio "Intangibilidad de la legítima", *ADC* I-I, enero-marzo 1948, pp. 46 y ss., elude cualquier construcción conceptual de la legítima y se limita a estudiar cuidadosamente su protección normativa); y GREGORIO ORTEGA PARDO ("Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima", Madrid 1945, pp. 119 y ss., y "Heredero testamentario y heredero forzoso", en *ADC* III-II, julio-septiembre 1950, pp. 312 y ss.), para quien el artículo 806 atribuye inmediatamente a los legitimarios su cuota legitimaria a título de heredero, y toda disposición hecha por el testador a favor de los legitimarios, incluido el legado aludido en el artículo 815, no es sino un acto simplemente de carácter partitacional, comprendido en la facultad que le concede el artículo 1056, § 1, C. c.

También LUIS GÓMEZ MORÁN ("Tratado Teórico-Práctico de Particiones", Madrid 1950, cap. IV, pp. 334 y ss.) entendió que, tanto el artículo 806 del Código español, como el artículo 1784 portugués entonces vigente, resuelven la cuestión de manera clara en su texto, en el cual "se contempla y aprecia la legítima activa y pasivamente, considerando los dos elementos que subjetivamente intervienen en la relación (causante y causahabiente), y definiéndola como prohibición de disponer y como reserva", doble aspecto que no se puede desarticular y que comprende simultáneamente el aspecto activo y el pasivo (p. 335), y que toda atribución hecha por el padre con cargo a la legítima es un acto partitacional para el cual está facultado por el artículo 1.056 C. c., si bien por su contenido la atribución resulta a título singular en los supuestos de los artículos 815 y 829 C. c. (p. 354).

artículo 806, entendida en el sentido de que dispone de la legítima a favor de los herederos forzosos, y el texto del artículo 818, del que resulta que la legítima es porción líquida de bienes —aunque también de “porción de bienes” habla el artículo 806, y no cuota here-

FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE (“La herencia legal y el testamento”, n. 156, Barcelona 1956, pp. 334 y ss.) entiende que el artículo 806 quiere decir: “porción de bienes de que el testador no puede *hacer atribución* por haberla *atribuido* la ley (con carácter taxativo), etcétera”, a favor de ciertas personas “que, por ello, tienen el carácter de herederos *necesarios*”. El artículo 815 contiene, a su juicio (núm. 172, pp. 385 y ss.) “una norma de *conversión* de donaciones y legados en herencia”.

GUILLERMO G. VALDECASAS (loc. cit., n. 2, pp. 858 y ss.), con relación a la que denomina *cuota de reserva* dice: “La ley (artículo 806 y sig. del C. c.) reserva a favor de dichos sucesores una parte de la herencia menor de la que corresponderá abintestato de la cual no puede disponer el testador (artículos 806, 813, 763, ap. 2.º). Si éste, infringiendo la prohibición legal, dispone de ella en favor de otros, la institución es nula si el heredero forzoso fue preterido totalmente (art. 814), o será nula sólo en parte, si el testador le dejó algo”. “En el primer caso, se abre la sucesión intestada, la cual tiene carácter forzoso en cuanto es contraria a la voluntad del testador. En el segundo, la institución testamentaria es nula sólo en la medida necesaria para dejar a salvo la cuota hereditaria que la ley reserva al heredero forzoso y que en este supuesto es deferida por la misma ley contra la voluntad del testador”. Así la *actio ad supplementum* queda sustituida por una nulidad parcial de la institución en cuanto afecte a la delación legal directa, y el artículo 658 lo explica así: “Es como si el llamamiento que la ley hace con carácter supletorio en la sucesión intestada se concretase con carácter forzoso y por una cuota más reducida, en el círculo restringido de los más íntimos parientes, cuando el testador les priva de esa mínima participación de la herencia”; pero no se trata de la sucesión intestada, sino de “la delación forzosa de la cuota reservada” (Hicimos la crítica de estas observaciones en “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, nn. 17 y 18, *ADC* XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 61 y ss.).

Ultimamente, EDUARDO MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (“Variaciones sobre las legítimas”, en *R. D. Notarial*, LXIII, enero-marzo 1969, pp. 165 y ss.) ha querido extraer de la letra del artículo 806, según él la entiende, todo el contenido de la legítima, como único “evidente, seguro”, “punto de partida”, “prescindiendo de cualquier idea previa”, entre ellas el conocimiento del derecho que el Código civil debía recoger. Literalismo que no mantiene el traducir “porción de bienes” por “porción de herencia”, prescindiendo también del artículo 818; y aún menos al rechazar los obstáculos que a su tesis presentan los artículos 823, 1056 § 2.º, 815 y 828 (cfr. pp. 185 y ss., pp. 188 y s. y p. 190). Su aportación principal a la interpretación del artículo 806, está en observar que dice “el testador” y no “el causante”, de lo que deduce: “puesto que el testador no puede disponer de la legítima, parece evidente que el llamamiento a la misma procede exclusivamente de la Ley” (p. 169). Pero olvida, al hacer esta deducción, que el artículo 636 —que no se refiere “al testador” sino al futuro causante— dice que “*niguno podrá dar*”, “*por vía de donación*”, “*más de lo que puede dar*”, “*por vía de testamento*”, y, sin embargo —como él mismo reconoce— vale lo dado a cargo de la legítima del donatario (art. 819, § 1.º), e incluso lo dado en más de lo que se puede disponer no es nulo sino reducible (art. 654). Por eso hemos indicado (cfr. “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil”, en *ADC* XXIII-I, enero-marzo 1970, nota 16, pp. 17 y s.) que el paralelo entre el “*no puede disponer*” del artículo 806 y el “*no podrá dar*” del artículo 636, reafirma la interpretación

ditaria—, y han entendido que el legitimario no es sucesor a título hereditario, sino un “acredor de la herencia líquida, que tiene un derecho intangible por ministerio de la ley a una porción de los bienes que la integran” (60), o bien, un adquirente “a título singular por ministerio de la ley” (61), o, aún, “el adquirente *ex lege e ipso iure* de cuota de activo puro, “que no es sucesor universal o singular” (62).

c) Algún autor (63) ha considerado que, si bien conforme al artículo 806, la ley atribuye la legítima directamente a título de herencia, no obstante, según resulta de los artículos 815, 820 y 1.056, § 2.º, *se confiere por la ley al testador una facultad modeladora no sólo del contenido atribuido, sino incluso del mismo título de la atribución, con lo cual la designación testamentaria*—aunque sea a título de legado— *se superpone a la legal, que sólo se mantiene actuante*—a título de herencia precisamente—*en la parte valorativamente no cubierta por la designación testamentaria* (64).

de que el artículo 806 no implica una prohibición absoluta de disponer de la legítima, sino una prohibición relativa de disponer *en perjuicio de la legítima*, y, que, por lo tanto, *el testador puede disponer por testamento de los bienes que integran su contenido si lo hacen sin perjudicar al legitimario, es decir, haciéndolo a su favor*.

(60) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, “Heredero forzoso y heredero voluntario, su condición jurídica”, en *RCDI XXI*, julio-agosto 1945, pp. 482 y siguientes.

(61) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “Estudios de arte menor sobre Derecho Sucesorio”, II, “El acrecimiento en la mejora”, IX, n. 1 de las págs. 538 y ss. del vol. II de los *Anales de la Ac. Matr. del Not.*, Madrid 1946. A su juicio, por encima de la clasificación del artículo 658 está el contenido normativo: “En el artículo 806 aparece una porción de bienes sustraída a la disponibilidad expresa o presunta del causante, por haberla reservado la ley para *determinadas personas*”, la trayectoria de la cual “no se regula por las normas de sucesión testamentaria ni por las de la intestada. Su adquisición deriva directamente de la ley, que atribuye, por sí misma, a las personas a cuyo favor las ha reformado”. Se trata de la *sucesión legítimaria*, “a título singular por ministerio de la ley”: “No es una atribución a título universal. No es de herencia el llamamiento”.

(62) SERGIO GONZÁLEZ COLLADO, “El legitimario no es sucesor”, en *Andales de la Ac. Matr. del Not.* III, Madrid 1946, pp. 533 y ss. A su juicio el legitimario adquiere por ley, pero no por sucesión testada o intestada (conceptos éstos que—dice—separa de aquél el art. 609), sin deflación ni aceptación, sino *ex lege, ipso iure*, de cuota de activo puro herencial.

(63) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, “Naturaleza jurídica de la legítima”, IX, en *Estudios de Derecho Sucesorio*, Curso de conferencias en el Colegio Notarial de Barcelona 1945, Barcelona 1946, pp. 197 y ss.

(64) En nuestros trabajos “Notas para la interpretación del párrafo 2.º del artículo 1056 y del artículo 863 del Código civil”, en *R. G. del Dr.*, III, diciembre 1946, p. 674, 2, “Imputación de legados otorgados a favor del legitimario”, en *RDP XXVII*, abril 1948, pp. 329 y s., habíamos seguido la tesis de PORPETA, denominándola *teoría de la superposición o sustitución relativa*, en contraposición a la *teoría de la yuxtaposición* (GONZÁLEZ PALOMINO, GONZÁLEZ COLLADO) y a la *teoría de la absorción* (ROCA SASTRE, DÁVILA GARCÍA y VIRGILI SORRIBES). En nuestros “Apuntes...”, como es sabido, abandonamos esta posición para aceptar la de la *regulación negativa o freno o limitación de la libertad de testar*.

En cambio, la mayor parte de los autores —independientemente de su respectivo criterio acerca de si el legitimario es o no es heredero— ha estimado que el Código civil ha recogido la tradicional configuración de la naturaleza de la legítima, articulada en las instituciones romanas con las que venía funcionando; y así, de modo más o menos claro, lo han expresado, bien sea diciendo tibiamente que con la codificación nuestro sistema de legítimas se organiza “con una línea directamente engarzada con el Derecho romano justiniano, pero con ciertas desviaciones que acusan la influencia del pensamiento germánico de la sucesión” (65), o bien poniendo fundamentalmente el acento ya sea en que se trata de un *deber* impuesto al testador (y al donante, en su caso) por la ley (66), ya en el carácter predominantemente de *limitación* a la libre disponibilidad del causante (67).

(65) FEDERICO PUIG PEÑA, “Tratado de Derecho civil español”, V-II, capítulo XI, 3, D, p. 295.

(66) MODESTO FALCÓN, loc. ult. cit.; MANUEL CALDERÓN NEIRA, “La colocación en el Código civil”, en *R.G.L.J.* CXI, 2.º sem. 1907, p. 122 —que compara al legitimario a un acreedor “si bien es una deuda que debe pagarse con cuerpos hereditarios y de la que responden todos los bienes de la herencia” —; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, “Instituciones de Derecho civil”, Lec 87, cfr. ed. Madrid 1932, vol. III, pp. 186 y s. —“entre nosotros se orientó nuestra legislación hacia la romana”, deviniendo el legitimario “más acreedor del patrimonio del causante que propiamente heredero en el mismo”, cumpliéndose los fines de la institución en cuanto el causante “dejaré esa parte de bienes”, por el título que fuere —; JULIÁN DÁVILA GARCÍA, “Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima)”, IV, A, 1 y 3, *RCDI* XIX, octubre 1943, p. 655 —. “El testador está obligado a dejar la legítima” —; PEDRO SOLS GARCÍA, “El heredero; ideas para su estudio”, II, en *RCDI*, XX, septiembre 1944, pp. 571 y s. y 574 y s. —dice que el Código sigue los principios romanos, si bien a su juicio, la ley le asigna el nombre de heredero que conserva “de modo latente”, aunque, por el contenido que se le deje, sea legatario (art. 768) —; ROCA SASTRE, loc. ult. cit., p. 203 —dice que se caracteriza la legítima por “el deber (o *facere*) que la ley impone al causante...” —; ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, op. y loc. cit. —donde señala “que la legítima lleva consigo la necesidad de instituir a ciertas personas en el testamento (art. 815)”, pero no es una forma de delación de la herencia (art. 658) y enumera los títulos por los cuales el causante puede deferir la legítima —; MANUEL ROYO MARTÍNEZ, op. y loc. ult. cit.

(67) Esta configuración primordialmente negativa de limitación la vemos sostenida en *La Gaceta del Notariado* XXXIX, n. 25, 22 junio 1890, páginas 387 y ss., donde ocupándose de interpretar si la expresión por *ministerio de la ley*, con la cual el artículo 811 C. c. condiciona la adquisición del ascendiente para que se halle obligado a reservar los bienes adquiridos del descendiente, razonó así: “La ley tiene, respecto de las adquisiciones *mortis causa*, carácter enteramente subsidiario, interviene para suplir el silencio del finado, o para encauzar la voluntad del testador, evitando que cometa una injusticia, y aun esto es rechazado por numerosos adeptos con que cuenta la libertad de testar. Por consiguiente, cuando el causante habla y no lesiona derechos ajenos, la ley permanece impasible y muda: es aquél el que obra, aquél el llamado en primer término a disponer de su caudal”. “De su mano reciben los herederos y legatarios todo lo que adquieran, así los bienes con que se cubre el importe de las legítimas, si las hay, como aquellos otros que, pagadas éstas, son de libre disposición. El testador

6. A juicio nuestro, el argumento en favor de la delación legal del contenido legitimario apoyado en el artículo 806, debe ser rechazado, por razón de su interpretación histórica y sistemática, frente a las cuales el argumento literal ni siquiera tiene la fuerza que pretenden los sustentadores de aquellas tesis. Así ocurre por las siguientes razones:

se interpone entre la ley y el causahabiente, y así el padre, a quien su hijo nombre heredero, no puede decir, dividiendo la herencia que éste le deja, “tanto debo a sus cariñosos sentimientos, tanto a la ley”. Error grave sería pensar que la expresión de amor y gratitud que el llamamiento del padre representa se circunscribe al exceso de la herencia total sobre la legítima, que aquélla no se defiere íntegra al ascendiente por voluntad del hijo; éste habla y la transmite; la ley calla; casi puede decirse que no hay legítima, “la piedad filial la ha hecho inútil”.

SÁNCHEZ ROMÁN (“Estudios...”, VI-2, cap. XV, 5, p. 764) observó: “Las legítimas en el concepto de institución legal en España, y aun en Roma, no tuvieron un carácter sustantivo y esencial, como entidad jurídica de propia naturaleza, sino más bien negativo y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte”... “como medio de satisfacción o compensación a naturales deberes derivados del orden familiar y reclamados fuertemente por la equidad, cual frenos y restricciones a los casos en que aquéllos pudieran ser desconsiderados y olvidados por parte del testador, haciendo uso excesivo de su libertad en la disposición de sus bienes”. RAFAEL RAMOS, “De las sucesiones”, vol. II, Madrid 1895, capítulo XVIII, n. 10, p. 15 y cap. XIX, n. 1 p. 26, examina las legítimas como restricción de testar. Del mismo modo, JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ (“Observaciones...”, cit., en *RCDI* V, pp. 66 y 68, y “Estudios...”, III, páginas 241 y s.) hace suyas estas palabras de Sánchez Román, de las que subraya el adjetivo “negativo”, calificativo del sustantivo “carácter” referente a la legítima. Asimismo ALGUER (loc. últ. cit.) destaca que ésta “no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario”, y así mismo la sitúa CAS-TÁN TOBEÑAS (op., vol. y pág. últ. cit.) al clasificar las formas de sucesión según el Código civil. PASCUAL LACAL FUENTES (“Herederos legitimarios”, en *RCDI* XXI, noviembre 1945, p. 723), calificó la legítima de “una evidente prohibición de disponer”, que si se infringe da lugar a que el acto sea nulo, y más tarde (“A propósito de alusiones: Herederos Legitimarios”, en *RCDI* XXIV, julio 1948, pp. 457 y s.), añadió que la legítima, aparte de su contenido económico y de la reserva que necesariamente engendra, es en nuestro Derecho positivo una prohibición de disponer dirigida a cualquier posible testador que se avenga a desconocer con sus disposiciones los derechos de los legitimarios”. Este mismo criterio es el que sostuvimos en la primera parte de nuestros “Apuntes...”, pp. 115 y s. y *ADC* IV-II, páginas 531 y ss., donde situamos nuestro sistema legitimario entre los de reglamentación negativa o freno. También: MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzados”, III, en *R. D. Not.* VII, enero-marzo 1955, pp. 31 y siguientes; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “Derecho de Sucesiones. Parte general”, n. 168, p. 183, quien dice que normalmente “la sucesión legitimaria actúa como un freno, como un regulador de la cantidad de bienes que se percibe por determinados parientes, y no puede hablarse de vocación legitimaria, sino de condición de legitimarios de los llamados por testamento o abintestato. No hay, por tanto —añade—, yuxtaposición de llamamientos, ni siquiera superposición, mas tampoco hay absorción del carácter de legitimario por la cualidad de heredero. Opera la vocación prevalente, pero la secundaria, aun cuando no supone una vocación efectiva actualmente operante en la dinámica del fenómeno sucesorio, continúa existiendo y sirviendo de freno y regulador a través de las vicisitudes de la sucesión”.

1.º Por razón, tanto del derecho que el Código debió recoger, según la ley de Bases, como de sus precedentes, conforme expuso García Goyena, por la filiación del sistema legitimario del Código civil español y por la actuación de sus normas, que resultan claramente opuestas—según hemos visto—a las deducciones de quienes han pretendido sacar consecuencias de las expresiones “no puede disponer” y “por haberla reservado la ley”, que el art. 806 emplea.

2.º Por la razón básica de que, en la regulación de una institución, si resultaren contrapuestas las palabras de la definición contenida en la ley—que no tiene por función suya definir—y el contenido normativo claro que la reglamenta concretamente, hay que atenerse a lo que resulte de este contenido, por corresponder a la verdadera y específica función de la ley. Y, en esta perspectiva, la afirmación del artículo 806 de que “*el testador no puede disponer*” de la legítima, es decir, de la “porción de bienes” que constituyen su contenido material, queda desmentida por las razones siguientes:

a) El artículo 636 —que es paralelo al art. 806, pues, en su § 1.º dispone que “*ninguno podrá dar ni recibir nada por vía de donación, más de lo que pueda dar y recibir por testamento*”—no impide que el donante done al legitimario su legítima y ni siquiera da lugar a la nulidad, total ni parcial, de las donaciones inoficiosas, que solamente a solicitud de quienes determina el artículo 655 son reducibles estrictamente en la medida necesaria para que dicha lesión desaparezca, pues, como dice el artículo 654, § 1.º, inciso final: “*esta reducción no obstará para que tenga efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga susyos los frutos*”. Falta de retroactividad que, consecuentemente dejará a salvo a los adquirentes del donatario, por lo cual los legitimarios no dispondrán sino de acción personal y crediticia contra el donatario para reclamarle el valor, traducido a dinero, de la parte reducible (68).

b) Al artículo 808, que en su § 1.º dice que constituye la legítima —es decir “la porción de bienes de que, según el artículo 806, no puede disponer— de los hijos y descendientes legítimos, las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre, y luego, en su § 2.º, añade que, “*sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos*”. Igualmente el artículo 823, § 1, insiste en que “*podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos y descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a la legítima*”.

Y asimismo, ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, “Designación “mortis causa”, en *RDN* XIV cit., pp. 94 y ss., y “La legítima en el Código civil”, páginas 79 y ss.; PUIG BRUTAU, “Fundamentos” V-III, cap. I, 2, pp. 9 y s.; ALBALADEJO, op. y loc. cit., quien indica que la legítima, por lo menos generalmente, no funciona como una tercera forma de sucesión, “sino sólo como un límite de la libertad de disponer de aquéllas por testamento”.

(68) En este sentido, cfr. ROCA SASTRE (loc. cit., p. 207, n. 73, y PORPETA, loc. cit., p. 187).

c) El artículo 815 dice: “*El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda podrá pedir el complemento de la misma*”. Notemos que este precepto, en sus términos literales, no alude a que el testador le haya dejado al legitimario precisamente bienes concretos, sino que más latamente dice “*menos de la legítima que le corresponda*”, por lo cual también puede ser, según ese texto, una cuota menor. Y señalemos que cualquiera que sea la interpretación del mismo (69), que aquí no importa a nuestro objeto, resulta que la disposición, incluso a título de herencia, tiene validez y además debe complementarse, es decir, que *el testador puede disponer del contenido de la legítima—sea in abstracto, en una cuota, o in concreto, en bienes determinados—a favor del propio legitimario*.

d) Los artículos 821, 829 y 1.056, § 2.º, permiten al testador no sólo disponer de la legítima del propio legatario, mejorado o asignatario de la explotación a favor de ellos mismos, sino también de las demás legítimas, asignándolas en dinero; y, si bien es cierto que tales disposiciones han sido explicadas como particionales (70), cuestión que tampoco ahora discutimos, no es menos evidente que estas disposiciones exceden, según resulta de los artículos 1.061 y 1.062 C. c., del ámbito estrictamente particional.

Lo que aquí nos interesa destacar principalmente es que no es coherente pretender que el verbo *disponer* se use rigurosamente en el artículo 806 y no, v. gr., en los artículos 808, § 2, 823 y 1.056, § 2, y que la rigurosidad en valorar el “*no puede disponer*” del artículo 808, no se contraste con el valor de la disposición a favor del propio legitimario a cuenta de la legítima que presupone el artículo 815 y que, según los términos generales de su texto, incluso puede ser hecha a título de herencia y en una cuota. Todo esto, por lo menos, inutiliza cualquier argumento que se apoye en las palabras “*no puede disponer*” del artículo 806, y que pretenda darles un carácter literalmente riguroso.

La expresión, por tanto, como dijimos hace años (71), no tiene sentido absoluto, sino relativo. Si tratándose del segundo tercio, la prohibición queda reducida a no disponer fuera del ámbito de los descendientes, paralelamente, tratándose de la legítima estricta queda reducida a impedir que el testador pueda disponer eficazmente de la cuota individual de cada legitimario a favor de otra persona distinta. Eso es lo que, con más exactitud que en el artículo 806, dice el mismo Código civil, en el artículo 763, § 2.º: “*El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la*

(69) Cfr. sobre este tema, nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio”, I, § 2.º, ed. sep., pp. 23 y ss., y *ADC* IV-II, pp. 439 y ss., y “Notas críticas acerca de...”, n. 22, en *ADC* XVIII-I, pp. 88 y ss.

(70) Cfr. nuestro estudio “Aspecto cualitativo de las legítimas de...”, III, nn. 15 y ss., y IV, nn. 20 y ss., pp. 68 y ss.

(71) “Apuntes...”, I, § 4, pp. 37 y s., y *ADC* IV-II, pp. 453 y s.

forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este Capítulo”.

Roca Sastre (72), al comentar este precepto, observó que, “en el supuesto de que estos legitimarios existan, no establece que, en tal caso, el causante no podrá disponer de la parte de su patrimonio relicko... (técnica de la reserva germánica), sino que admite que, el causante, pueda disponer *de sus bienes*, o sea, de todos ellos, si bien debiéndolo efectuar *en la forma y con las limitaciones que el Código establece en materia de legítima*”.

Lo había dicho ya con carácter general y con plena rotundidad, hace muchos años, Manuel Calderón Neira (73): “Ni la herencia, *como tal herencia* es indisponible, porque toda ella es disponible, ni aun el valor, la porción de bienes correspondientes a la legítima es indisponible, porque el testador puede disponer de este valor, puesto que lo puede dejar a sus hijos a título de herederos, de legatarios y aun de donatarios. La legítima es disponible, por lo menos, *en cuanto a la causa jurídica*, por la que se ha de transmitir al hijo. Entre nosotros el hijo puede suceder en la legítima como heredero testamentario o abintestato, mientras que en las legislaciones en que la legítima es la misma herencia o parte de ella, el hijo sucede siempre en esa legítima abintestato, ya que aun contra la voluntad del padre lo hace heredero la ley, y al nombrarle el testador heredero en aquella cuota, no le confiere realmente derecho alguno”.

3.^o Por no resultar de la expresión “*por haberla reservado la ley*”, la significación que pretende la tesis germanizante, como resulta:

a) Porque en los años en los cuales se fraguó la inclusión de esta palabra en la definición de la legítima, en los trabajos de la elaboración del Código, no tenía en España un significado jurídico que fuera equivalente al de “*reserve*” francesa. Hemos visto antes, al examinar los precedentes de la redacción del artículo 806, que no se lo dio García Goyena al glosar el artículo 640, del Proyecto de 1851. Asimismo, como hicimos notar hace años (74), la significación de la palabra “*reserva*” ni siquiera era señalada como equivalente a legítima en las obras de Derecho más en uso en el período de un siglo inmediato anterior al Código civil, ni en los Diccionarios jurídicos de la época.

b) En el Código civil el sustantivo “*reserva*” y el verbo “re-

(72) ROCA SASTRE, loc. cit., p. 194.

(73) CALDERÓN NEIRA, loc. cit., p. 122.

(74) “Apuntes...”, I, § 4, la nota 123, p. 39, y ADC IV-II, p. 455, donde indicamos que habíamos comprobado las citadas versiones de la obra de Febrero debidos a José Marcos Gutiérrez, García Goyena y Aguirre y Montalbán, los Tratados de Benito Gutiérrez y de Gómez de la Serna, y el Diccionario de Escriche. Añadamos, aquí, también el de GONZALO DE LAS CASAS (“Diccionario General del Notariado de España y Ultramar”, vol. II, Madrid 1853, n. 4442, p. 101, y tomo IX, Madrid 1857, nn. 26761 y 26762, páginas 170 y s.).

servar" tiene un significado técnico en los artículos 811 y 968 y ss., distinto al de la *reserve* del Derecho francés. Ningún artículo usa, en cambio, el sustantivo *reserva* como equivalente a la legítima.

c) Todos los datos antes expuestos inclinan a considerar que el participio pasivo "reservado" se emplea en el artículo 806 C. c. en su acepción gramatical. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala varias acepciones al verbo "reservar", de las cuales parecen las más adecuadas al supuesto contemplado; "*Destinar* un lugar o *una cosa, de un modo exclusivo*, para uso, o *personas determinadas*" y "*separar o apartar uno algo de lo que se distribuya*, reteniéndolo para sí o para entregárselo a otro".

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

Esto confirma que: a) el testador no puede disponer de esta porción de su herencia fuera del destino señalado a la misma por la ley; b) pero puede hacerlo respetando este destino.

4.º Que la denominación "*heredero forzoso*" referida a los beneficiarios de la "porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley", precisamente a ellos, en nada modifica nuestras anteriores conclusiones. Aparte del valor que, en el artículo 806 y demás relativos a las legítimas en el Código civil, pueda tener la palabra "*heredero*" (75), lo cierto es que, incluso antes de lo innovado al respecto por el Código, las palabras "*herederos forzosos*" en los Derechos Justiniano y castellano vigente a la promulgación de aquél, no significa que fuesen "*herederos por delación legal*" o "*herederos ope legis*", sino que el *testador debía instituirlos herederos, forzosamente para que fuera válida la institución* (76).

7. Algunos autores (77), aunque consideran que no hay como-

(75) Cfr. "Apuntes...", I, § 3, pp. 26 y ss., y *ADC* IV-II, pp. 442 y ss., y "Contenido cualitativo de la ...", I, 2, en *ADC* XXIII-I, pp. 16 y ss.

(76) Cfr. "El deber formal de instituir heredero y...", en *ADC* I, 1 y 2, páginas 5 y ss.

(77) LACRUZ BERDEJO, "Derecho de sucesiones", cit., núm. 167, p. 182, señala los supuestos en los cuales el suplemento de legítima se recibe a título de herencia, y dice que en ellos es "cuando puede hablarse de una verdadera *vocación legitimaria*, diversa de la abintestato..."; aunque considera (n. 168, p. 183) que lo "normal" es que la legítima "actúa como un freno, como regulador de la cantidad de bienes que se percibe por determinados parientes, y no puede hablarse de *vocación legitimaria*, sino de la condición de legitimarios de los llamados por testamento o abintestato".

BONET RAMÓN "Compendio...", vol. V, n. 11, p. 47, después de señalar la regla general de que "la intervención de la Ley, que da validez a la voluntad del causante y le pone ciertos límites, ya de forma, ya de contenido;

regla general delación legal de la legítima, sin embargo, creen que existen supuestos específicos y anómalos o excepcionales de vocación legitimaria.

Vamos a ocuparnos de los supuestos en los cuales se ha creído vislumbrar esa vocación sucesoria, que son:

a) *La legítima conferida a los hijos del indigno o del desheredado por los artículos 767, § 2, y 857.*

Con una visión superficial, estos preceptos tal vez pudieran considerarse como sendos casos de vocación legal forzosa para sus correspondientes supuestos excepcionales. Sin embargo, estos preceptos, respectivamente, dicen que “*adquirirán éstos [descendientes] su derecho [del hijo indigno del testador] a la legítima*” y que “*ocuparán [los hijos] su lugar [del desheredado] y conservarán los derechos de herederos forzados respecto a la legítima*”; es decir, que si el derecho del que se priva al indigno y del desheredado no consiste en una vocación legal, es indudable que no *adquirirán* los descendientes de aquél ni *conservarán* los hijos de éste una vocación legal a la legítima.

Así lo han percibido no sólo los autores que sostienen que la posición de los hijos del indigno y del desheredado respecto la legítima es idéntica a la que éstos pierden, incluso a los efectos de la preterición (78), sino también quienes hemos excluido que pueden entenderse preteridos los hijos del desheredado, aunque no hayan sido mencionados en el testamento que contenga la desheredación de su ascendiente, y hemos opinado que la legítima que pueden exigir es sólo la estricta (79). Ese es el criterio de la Res. 14 agosto 1959, que en uno de sus considerandos, dice de los artículos 761 y 857: “sin que en ningún caso puedan entenderse como sancionadores de la pretendida aplicación [del derecho de representación], pues ello presupondría no sólo el llamamiento directo de los legitimarios a una

entre estos fundamentalmente, las legítimas, límite a la libertad del causante”, añade, “y a veces forma de sucesión específica que se presenta en última instancia cuando aquél ha infringido determinados deberes legales hacia sus sucesores más inmediatos”.

(78) TOMÁS ALBI AGERO, “Derecho de acrecer entre herederos forzados”, *RDP* XVI, febrero 1942, pp. 117 y ss.; ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, “El derecho de representación en la sucesión voluntaria”, *RCDI* XVI, enero 1940, p. 28; ALFONSO CRUZ AUÑÓN, “Un caso frecuente de preterición”, en *Anales Ac. Matr. del Not.* III, Madrid 1946, pp. 117 y ss.; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de los herederos forzados”, en *R. Der. Not.* VIII, enero-marzo 1955, pp. 34 y ss.; FRANCISCO BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, nota 56, C, pp. 315 y ss.

(79) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, “Estudios de Derecho Privado”, volumen II, cap. VIII, pp. 270 y ss.; LACRUZ BERDEJO, “Derecho de sucesiones...”, n. 182, pp. 203 y s.; PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, Barcelona 1963, cap. IV, n. IV, D. 1, pp. 395 y ss. Hemos seguido este criterio en “Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil”, 4, en *RDP*, LI, septiembre 1967, pp. 732 y ss., y “El deber formal de instituir herederos y la preterición en...”, 16, d, en *ADC* XX-I, pp. 55 y ss.

cuota de la herencia, que la doctrina parece no admitir en nuestro derecho...”.

b) *Cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo.*

En trabajos anteriores (80) hemos aceptado que, si bien en el Código civil no hay delación legitimaria, esa regla tiene una excepción en la legítima del cónyuge viudo, que estimábamos que le era atribuida de modo directo e inmediato a título singular por ministerio de la ley (81).

Sin embargo, hemos de reconocer que este criterio nos ha sido razonablemente impugnado (82); se ha aducido que no pueden ser consideradas decisivas “las expresiones un tanto drásticas con que se producen los artículos 834 y siguientes”, que “dan la impresión de que, efectivamente, la ley defiere directamente al viudo el usufructo de una cuarta parte del patrimonio hereditario”, ni lo es nuestra invocación del artículo 814, § 2.º, pues “dispone simplemente que el viudo preterido tiene derecho a reclamar la cuota legal usufructuaria”, que —según dice Cámara (83)— “en principio, como la de todos los herederos forzosos, sólo está “reservada”, o, en cuanto a la cual —como dice García Bernardo (84)—, nuestro Código civil abre la sucesión intestada solamente para el cónyuge viudo, en caso de preterición concurriendo con ascendientes, descendientes o colaterales privilegiados”, no invalidando totalmente la institución de herederos, como tratándose de la pretención de cualquier otro legitimario, porque esa invalidación podría “beneficiar a los colaterales privilegiados que son legitimarios, cuyo vínculo familiar no lo considera suficiente el legislador para limitar la libertad de testar”, e incluso —añadimos—, aun siendo instituidos descendientes o ascendientes en proporción distinta a la intestada, de esa invalidación podrían resultar consecuencias innecesarias para la protección del cónyuge viudo, que alcanzarían a disposiciones correctamente efectuadas, con lo cual excedería de la *ratio* de la norma (85).

(80) Cfr. especialmente “Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios”, X, en *RDP XXXII*, p. 543, y “Apuntes de Derecho sucesorio”, I, “Resultados que dimanan de esta primera parte”, A, p. 115, o en *ADC IV-II*, pp. 478 y 531.

(81) En este mismo sentido PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, capítulos I, I, 2, I, pp. 9 y 11, II, A, 7, p. 98.

(82) Aquel criterio que habíamos defendido lo impugnaron, en sendos trabajos, aparecidos ambos el año 1964, nuestros compañeros MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico de...”, vol. cit., páginas 883 y 986 y ss., y ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, “La legítima en el...”, cit., pp. 59 y ss.

(83) CÁMARA, p. 986.

(84) GARCÍA BERNARDO, pp. 60 y s.

(85) Podría objetarse que en su versión originaria el Código civil no llamaba al cónyuge viudo a su cuota legal usufructuaria en las normas reguladoras de la sucesión intestada sino concurriendo con hermanos e hijos de hermanos premuertos, en el artículo 953, pero no en el caso de

La cuestión a primera vista parece completamente bizantina, reducida a satisfacer un deseo de concordancia lógica del sistema, mejor que a reconocer excepción alguna de éste. Pero es lo cierto que tiene repercusión práctica cuando el análisis de la intención del causante, a tenor del testamento, no permite deducir si quiso acumular a la cuota legal usufructuaria el legado que dispuso a favor de su cónyuge viudo o si lo dispuso en sustitución de aquél (86). Naturalmente, si del testamento nada puede deducirse acerca de la

concurrir con descendientes y ascendientes, por lo cual si tal cuota le correspondía en esos supuestos es por derivar de la aplicación de su legítima a la sucesión intestada y no viceversa por la aplicación directa de ésta, y que lo mismo ocurría en la sucesión testamentaria, invalidándose en cuanto a ella la disposición del testador cuando hubiese sido preferido el cónyuge viudo. Sin embargo, también es cierto que pudo entenderse que el silencio no se debía sino a un olvido y que el vacío podía llenarse no sólo por aplicación directa de los artículos que le señalaban la legítima en concurrencia con descendientes o ascendientes, sino también indirectamente deduciéndola la llamada reguladora de la sucesión intestada por argumento de analogía tomado del artículo 953. Hoy, con la redacción resultante de la reforma de 24 abril 1958, el artículo 953 dice: "En el caso de existir hermanos, o hijos de hermanos, la legítima *que en todo caso corresponde al viudo en la sucesión intestada*, será la parte de herencia en usufructo asignada en el artículo 838". La parte del texto que hemos subrayado, "deja desvanecida —como dice PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., F, p. 130— la duda que suscitaba la anterior redacción del precepto", respecto a si le correspondía o no al cónyuge viudo su cuota legal usufructuaria en la sucesión intestada. Pero, por otra parte, notemos que mientras el antiguo artículo 953 hablaba sólo de que "el viudo o viuda tendrá derecho a percibir", "la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el artículo 837", en cambio, en su nueva redacción califica además de "legítima" a esa parte que dice "corresponde al viudo en la sucesión intestada". Sin embargo, todas estas razones están basadas meramente en la literalidad del texto y, por consiguiente, deben ceder si hay otras razones teleológicas o lógicas, en sentido distinto, más convincentes.

(86) Cfr. a este respecto CÁMARA, loc. últ. cit., n. 384, p 985. Se trata de una cuestión que habíamos estudiado al replicar a un anterior estudio de AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN. Este ("Acumulación a favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria", en *RGL y J* 179, primer semestre 1946, pp. 52 y ss.) entendió que el viudo, en concurrencia con otros herederos forzosos, ante el silencio al respecto del testador, tiene derecho al legado que éste hubiese dispuesto a su favor, y, además, a su cuota legal usufructuaria, y que, en cambio, si concurre con extraños, ante dicho silencio, sólo tiene derecho al legado. Nosotros opinamos ("Imputación de legados...", X, en *RDP XXXII*, pp. 344 y s., y "Apuntes...", III, § 12, B, página 496, y *ADC VIII-II*, p. 332) que siempre debe partirse de buscar la intención del testador, pero que cuando no pueda deducirse del tenor del testamento, que ésta haya sido otra, habida cuenta "de la especial naturaleza de la legítima vidual", que aceptábamos, deducíamos como presumible que si el testador hubiera dispuesto un legado a favor del cónyuge viudo, sin decir nada de su cuota legal usufructuaria, se lo atribuía además de ésta. CÁMARA (nota y pág. cits.), en cambio, señala que partiendo de la contraria concepción de la legítima vidual, como meramente reservada, pero no deferida por la ley, concuerda mejor con la voluntad del testador entender que, "cuando el testamento dispone de toda la herencia sin mencionar al cónyuge más que como destinatario del legado, el viudo sólo acredita derecho a ésta, siempre que su valor cubra el de su cuota".

intención del testador, para resolver la duda, habrá de acudirse a examinar la disposición legal que determina la legítima del viudo para comprobar si la atribuye directamente, sin perjuicio de que el testador pueda otorgar un legado que la sustituya, o bien, si únicamente se la reserva y atribuye subsidiariamente cuando el testador no se la haya cubierto con disposiciones voluntarias, a no ser que éste, expresa o implícitamente, haya querido su acumulación.

Reconocemos que el criterio de entender que la legítima vidual tiene la misma actuación que las otras legítimas, resulta más coherente, y que lógicamente considerado parece más aceptable a falta de argumentos que sean decisivos para entender lo contrario; y consiguientemente aceptamos la opinión de que tampoco hay delación legal directa e inmediata de la legítima del cónyuge viudo si no es en la sucesión intestada, bien sea a falta de testamento o si en el testamento no se la atribuye o compensa con un legado equivalente o mayor, supuesto negativo en el cual, sin necesidad de invalidarse la institución, es gravada ésta por la asignación de la ley, subsidiaria para ese caso de que el testador no cubra voluntariamente la legítima de su cónyuge viudo, siempre que éste no haya incurrido en causa de indignidad ni haya sido justamente desheredado.

c) *Suplemento de legítima.*

Lacruz Berdejo (87) ha dicho que: "Si en el caudal relicito hay bienes suficientes para satisfacer las pretensiones de los legitimarios, y éstos sin estar olvidados por el causante (preteridos), sin embargo, perciben menos de lo que les corresponde, pueden pedir un complemento que haga montar la adquisición hasta lo preceptuado por la ley. Este complemento les será atribuido, según los casos, bien por título de legado, bien por título de herencia. A mi modo de ver —dice— es en el último supuesto cuando puede hablarse de una verdadera *vocación legitimaria*, diversa de la abintestato por el patrimonio que sirve de base para computar las cuotas (ampliado en aquella ficticia y, en su caso, efectivamente, con las donaciones efectuadas en vida por el causante), y por la imperatividad de las normas que la regulan" (88).

(87) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Derecho de sucesiones", n. 167, página 182.

(88) En letra pequeña explica LACRUZ, seguidamente: "Por ejemplo: el causante deja la mitad de su caudal a su hijo y la mitad a un extraño. El hijo tiene derecho, según hemos dicho, a dos terceras partes de la fortuna de su padre, *deducto aere alieno*. Por tanto, hay que deducir la institución de heredero del extraño con arreglo al artículo 817, que, aun cuando otra cosa pudiera pensarse a la vista de los artículos siguientes, no es sólo aplicable a los legados. En tal supuesto el legitimario hereda llamado por la ley, contra el testamento. Lo que ha alterado, no es la asignación de unos bienes a una u otra persona, como en los legados, sino precisamente la proporción en que los bienes deben asignarse. Por eso, si surgen nuevos bienes, la reducción les alcanzará exactamente en las mismas proporciones".

“Esta sucesión específica del legitimario —prosigue Lacruz— no se menciona en el artículo 658 ni en el 609, que parecen suponer la existencia de dos únicas formas de sucesión. Sin embargo, los hechos, a partir de los artículos 817 y 815 C. c., imponen su reconocimiento, que parece también implícito en el artículo 763. En último término, cabe entender comprendida esta forma anómala de vocación, dentro de los artículos 609 y 658, entre las sucesiones que se defieren por ministerio de la ley”.

Hemos de decir que no nos convence esta opinión de nuestro admirado y querido amigo, que creemos fue enunciada sin haber profundizado plenamente en ella, puesto que no hizo sino enunciarla como una hipótesis posible. El estudio de la *actio ad supplementum* corresponde al estudio que debe seguir a este trabajo, pero no obstante anticiparemos algunos datos que ya habíamos destacado en otras ocasiones.

Es cierto que, aunque en sentido distinto, también nuestro compañero Manuel de la Cámara (89) entiende que el artículo 806 viene a contener un llamamiento subsidiario, pero “no *ad libitum*, pues la cuota está sólo reservada pero no deferida legalmente”, en virtud del cual puede reclamar el legitimario lo que le falte para cubrirla si los bienes que el testador le atribuyó resultan insuficientes, considerando que este derecho es “una aplicación o proyección especial del derecho del legitimario a reclamar la cuota reservada, que en este caso concreto se orienta a integrar y complementar esta cuota”.

La acción de suplemento de legítima, habíamos dicho (90) nosotros, “parece ser de carácter positivo y no meramente negativo. En lugar de *anular* instituciones —para dar paso, total o parcialmente, a la deferida *ab intestato*— o *reducir* gravámenes y limitaciones, concede un derecho a *reclamar*. Pero examinando su génesis y su *ratio*, observamos que su resultado positivo es sólo consecuencia de aquel principio —exacto no sólo en matemáticas y en física— que declara que del choque de un negativo con otro negativo el resultado producido es positivo. La *actio ad supplementum* supone una limitación (un negativo) a los efectos de la preterición o de la desheredación —expresa o tácita— hecha sin causa o injustamente. Es decir, que limitan a su vez la limitación que estos efectos —consecuente nulidad de la institución producida (otro negativo)— suponen a la libertad de testar, con el único fin de evitar esos resultados excesivamente radicales”. Así, la cuota de bienes *destinada* por la ley al legitimario, en aquella parte que no hubiera sido *dispuesta a su favor* por el causante, y que aquél reclame con la *actio ad supplementum*, no se otorga *ab intestato*. “No se anula la institución tes-

(89) CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico...”, loc cit., página 803 y s. y 806.

(90) “Apuntes”, I, § 6, p. 640 y s., o ADC IV-II, pp. 480 y s.

tamentaria ni en todo ni en la parte que resultare inoficiosa. Simplemente se concede un derecho a reclamar el suplemento".

Ese derecho se ejercitaba mediante la acción *expletoria* que, según expresaron Rodríguez Suárez (91) y Antonio Gómez (92), era una *actio personalis*, pues se pedía por *condictionem ex lege*, y la *condictio* era acción personal, aunque según el segundo fuera *in rem scripta*, lo que coincide con la calificación que hizo Gregorio López (93) de "onus *supplementi*", que afecta "tam ab heredibus, quam a legatariis, pro rata". Con lo que resultaba que si bien el derecho al suplemento se adquiría *ipso iure* (94), su contenido se reclamaba por acción personal. Por eso concluimos (95) que los antecedentes históricos de la acción que estudiamos, no desmentidos por el Código civil, muestran que no existe indentidad de naturaleza de la acción de suplemento y la *petitio hereditatis*; la acción *ad supplementum* "no suponía una delación complementaria", sino la atribución "*ipso iure* de una acción personal o *in rem scripta*, —según Gómez— para reclamarlo".

No olvidemos que si la legítima es una porción de bienes computada de la suma del *relictum* líquido y el *donatum*, y, por tanto, no es una cuota hereditaria, tampoco puede serlo el suplemento, aunque el testador haya dejado su legítima al legitimario instituyéndole en una cuota insuficiente. Es decir, que en el ejemplo propuesto, de haber instituido al testador en la mitad de su herencia a su único hijo y en la otra mitad al extraño, el suplemento no consiste en un sexto de la herencia, sino en aquella porción de bienes que haga falta para completar al hijo el montante de dos tercios de aquella suma de lo relicito líquido y lo donado, siempre que no resultase que ya lo tuviera cubierto sumando al valor líquido de la mitad del caudal relicito, en que fue instituido, lo que el causante le hubiese donado.

d) Supuestos de que se pierda antes de la apertura de la sucesión la cosa atribuida en pago de la legítima, o que ésta consista en bienes no aptos para satisfacerla.

"Cuando la cosa legada por el testador en pago de la legítima de un heredero forzoso se pierde antes de la apertura de la sucesión

(91) RODRIGO SUÁREZ, "Repetitiones Legis Quoniam in prioribus...", Declaratio legis regni II, *additio* 2, cfr. ed. cit., p. 498: "quia ius agendi ad supplementum petatur per conditionem ex lege... sed cum conditio sit *actio personalis*".

(92) ANTONIO GÓMEZ, "Variae Resolutiones...", cap. XI, n. 23, cfr. ed. citada, p. 146: "quia pro ea competit *actio personalis*, vel *in rem scripta*".

(93) GREGORIO LÓPEZ, glosa a la palabra "herederos" de la ley 5, título VIII, 6.^a Part. o gl. 23 de dicho tít.; cfr. en la vers. al castellano cit., volumen III, p. 568.

(94) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, GREGORIO LÓPEZ y ANTONIO GÓMEZ, locs. últimas cits. La confusión entre el derecho y su contenido explica el aparente desacuerdo de los dos primeros.

(95) "Apuntes...", I, § 8, pp. 75 y s., o *ADC* IV-II, pp. 491 y s.

o cuando el testador deja al legitimario bienes que aquél puede rechazar [un usufructo, un bien específico no perteneciente a la herencia, o metálico no herencial]—ha dicho Cámara (96)—, nos encontramos ante supuestos que no es posible integrar en la preterición o desheredación injusta. El testador no ha omitido al legitimario ni ha exteriorizado en el testamento una voluntad dirigida a privarle de la legítima”... “Para proteger adecuadamente al legitimario es sólo necesario, y, por consiguiente suficiente, reconocer su derecho a reclamar y hacer suya la cuota reservada, en los términos y con la extensión que acabo de señalar”. Si bien anticipa que puede reclamarla, pero: “*No ad libitum*, pues la cuota sólo está reservada y no deferida legalmente, pero sí en cuanto no reciban los bienes con que el testador pretendió sustituirla”.

Esta atribución directa de la legítima ha querido soslayarla García Bernardo (97), recurriendo a lo que él mismo denomina preterición material, concepto sin precedentes y que en los supuestos en cuestión resultaría de efectos exorbitantes (98).

Históricamente, estos supuestos han tenido diversa solución. A saber:

1) Estimar que había preterición (pero verdadera preterición, es decir, formal) cuando para que no la hubiera era requisito que el legitimario fuese instituido heredero y no simplemente beneficiado con un legado (preterición según el derecho justiniano), o si era requisito que se le dejara algo efectivo sin bastar la mención (preterición también formal, pues el requisito formal consistía en dejar algo real y tangible, como en el caso de la preterición en el Derecho catalán posterior de la Constitución de Monzón de 1585), y, en cualquiera de ambos casos, si se trataba del legado de cosa no perteneciente a la herencia del testador. Notemos que el legitimario debía escoger entre ejercitar la acción de preterición o contentarse con el legado (99), pues la aceptación de éste excluía la posibilidad de ejercitar aquélla.

2) En el caso de haberse instituido al hijo en una cantidad en metálico o en bienes no existentes en la herencia, predominó el criterio, basado en la Ley 41 Dig. XXXVIII-II, de conceder opción al legitimario entre aceptar el dinero o exigir el pago en bienes hereditarios (100).

(96) CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico...”, loc. cit., páginas 795 y ss., en especial 805 in fine y s., y 803 y ss.

(97) GARCÍA BERNARDO, “La legítima en el Código...”, pp. 110 a 114; y “Preterición formal y material y nulidad de la institución”, en *ADC* XXII-II, abril-junio 1969, pp. 351 y ss.

(98) Cfr. la nota (4) de nuestro estudio “Contenido cualitativo de la legítima de...”, en *ADC* XXIII-I, pp. 10 y ss.

(99) Cfr. ley 5, tít. VIII, 6.^a Part. Cfr. PALACIOS RUVIOS, “Glossemata legis Tauri”, lex XXXIV, n. XV, cfr. ed.

(100) Cfr. BALDO DE UBALDIS, “Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libris”, Lib. III, Tít. XVIII *De inoff. testam. ley Scimus*,

Para el régimen del Código civil hemos defendido la aplicación del segundo criterio (101).

La razón por la cual no hay preterición ni desheredación injusta, pero tampoco delación legal específica de la legítima, resulta de que si bien el contenido de tal legado no es apto para satisfacer la legítima, no por eso el legitimario deja de haber sido explícita, aunque no literalmente reconocido como tal. Por esto no puede dejar de valer este reconocimiento implícito, aunque no valga esa determinación de su contenido conforme al artículo 813, § 2, que ha de entenderse como no puesto por no ser un objeto apto para satisfacerla materialmente, y, por eso podrá pedir al legitimario que se le satisfaga con un contenido adecuado. Pero esa acción de petición de la legítima deriva *ex testamento*, en virtud del reconocimiento resultante en la disposición del contenido no apto, o *ab intestato*, si se estima que el testador lo único que hizo fue reconocer ese llamamiento legal subsidiario en la cuantía legitimaria, y que el legado, ineficaz sólo en cuanto a su contenido por la revocación tácita del artículo 869, en cambio, no elimina el reconocimiento de legítima que implicó su disposición (102).

8. A la configuración como predominantemente *negativo* del sistema legitimario o del Código civil, como *limitación* o *freno*, de la libertad de testar y disponer a título gratuito, podrá oponérse que, del mismo modo como no hay reverso sin anverso, no existe en derecho nada negativo que no tenga correlativo un beneficiario, respecto del cual resulta positivo; y que la obligación de dejar la legítima es positiva, pues su contenido es un *dare* aunque sea *mortis causa*.

Pero hemos de aclarar que la calificación de nuestro sistema como *negativo*, de *freno* o *limitación*, no pretende ser una calificación absoluta. No es sino una calificación, efectuada poniendo en relación nuestro sistema con el germánico de delación legal, indicativa de que no tenemos delación directa del contenido de la legítima a favor de los legitimarios.

Es decir, frente al sistema en que la ley atribuye directamente la titularidad, o cotitularidad, de un contenido —*pars hereditatis* o

nota 10 (cfr. ed. Lugduni 1585, fol. 226); BARTOLO DE SAXOFERRATO, "Commentaria in primam Infortiati Partem", Tít. *De heredib. institu.*, 1 *Suus quoque* (Dig. XXXVIII-V, 4), n. 10 (cfr. ed. Augustae Taurinorum 1589, folio 141); PAULUS CASTRENSIS, "Commentarium in Codicem Iustinianum", Tít. *De inoffi. testament.* 1. *Scimus*, § *Repletionem*, n. 10 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 141); JASON DEL MAINO, "Lectione primae partis Codicis", *De inoffi. testam.*, ley *Scimus antea*, n. 7 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 150 vto. y s.); NICOLAUS BOERIUS, "Decisionum", Pars I, Quaest. 204, n. 13 (cfr. ed. Lugduni 1547, ff. 526 vto. y s.); RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. XI, nn. 1 a 6 (pp. 441 y ss.)

(101) "Apuntes...", II, § 5, pp. 281 y ss., y *ADC* V-III, pp. 889 y s., y "Cautelas de opción", I, A, b, c, pp. 439 y ss.

(102) Cfr. nuestra cit. nota 4, en "Contenido cualitativo...", *ADC* XXIII-I, pp. 12 y s.

pars bonorum—, tenemos este otro sistema, en el cual la ley no dispone directamente de ese contenido, sino que determina la existencia de un deber del causante y lo refuerza y asegura con una limitación de las facultades dispositivas de éste, que sanciona con un conjunto de normas cuya fuerza radica en la invalidación de las disposiciones que violen aquel deber, en caso de que se haya incidido en preterición, desheredación injusta, inoficiosidad en las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa*, ineficacia de cualesquiera condiciones, sustituciones, gravámenes, modo u otras limitaciones que afectarán a la legítima, e incluso de toda renuncia o transacción acerca de la legítima futura. Así se observa en el examen de los artículos 814 y 851: 636, 654, 656, 782, 813, § 2.º, 819, § 3, 820, 863, § 2, y 816 C. c. La adquisición del legitimario llega a través de estas sanciones, como consecuencia de las invalidaciones producidas, que dejan paso, en todo o en parte, a su derecho *ab intestato*, o bien a la disposición testamentaria ordenada a su favor, pero liberada de todo gravamen, sustitución, condición, modo o cualquier otra limitación.

Entre las normas propiamente legitimarias sólo resultan directamente atributivas las que otorgan el derecho al complemento, bien deba obtenerse éste a través también de invalidaciones, por el ejercicio de la acción de reducción, o bien se reclame a los herederos sin afectar a la institución. Pero, insistimos en observar que, en este último supuesto, al resultado positivo directo y sin invalidación se ha llegado históricamente a través de una excepción al ejercicio de la querella, cuando el testador hubiese dejado algo al querellante, es decir, que es un positivo resultante del choque de un negativo (la excepción que excluía la querella) con otro negativo, es decir, la propia querella (103).

Se trata de la diferencia que media entre un sistema en el cual la ley dispone directamente del contenido, en el cual hay *delación* legitimaria o forzosa, y otro sistema en el cual, en principio, la ley deja hacer y disponer al causante en cuanto éste cumpla voluntariamente el deber que le impone y no se salga de los límites que le señala para disponer con uno u otro destino, y sólo confiere al legitimario en forma subsidiaria derecho de impugnación, o bien al complemento, cuando el testador o donante se hubiese excedido de las limitaciones señaladas.

Hablamos, pues, en *sentido relativo* de sistema negativo o de limitación o freno.

9. ¿Qué sistema es mejor jurídicamente?: ¿aquel en que la ley *llama* directamente a los legitimarios, en los cuales hay *vocación* y *delación* forzosa de la legítima? o ¿el sistema en el que la ley impone limitaciones al causante y confiere al legitimario un *haz*

(103) Cfr. "Apuntes...", I, § 6, pp. 64 y s., y "Resultados que dimanan de...", A, pp. 113 y s., o en *ADC* IV-II, pp. 480 y s. y 529 y s.

de derechos para reclamar invalidaciones y complementos? Es decir, ¿es preferible el sistema que podríamos denominar *dispositivo* al que calificamos de *negativo*?

Nuestro planteamiento de esta cuestión lo expusimos hace tiempo (104). "Todo el Derecho, arte de lo justo, se mueve entre dos fuerzas fluidas que continuamente se interfieren y entran en conflicto: la libre voluntad del sujeto y lo prohibido normativamente. En derecho sucesorio esta pugna es especialmente simple: De una parte, la voluntad del testador es la ley de su sucesión. De otra, hay ciertas instituciones ante las cuales esta voluntad se estrella: las legítimas, las reservas, la ineficacia de las condiciones imposibles, inmorales o ilícitas; y otras instituciones de las cuales aquélla no puede salirse si quiere tener cauce adecuado: las formalidades testamentarias".

Ahora bien, el Derecho puede actuar radicalmente, separando parte de la herencia de la disposición del testador y disponiendo directamente de ella a favor de legitimarios o reservatarios, o imponiendo radicales nulidades absolutas, *ope legis* e *ipso iure*. Pero también puede realizarse una labor de compaginación más depurada, de artesanía, tratando de limitar su protección solamente a lo que resulte preciso para salvaguardar los intereses que se trata de proteger.

"Pretender que toda disposición testamentaria que prescinde de un legitimario es *ipso iure* nula, o bien que tal disposición no pudo abarcar la legítima, nos parece —como, en otra ocasión observamos (105)— que es acudir a soluciones toscas y primitivas, faltas de la flexibilidad que caracteriza el progreso jurídico. Si la *ratio* de la norma es proteger al legitimario y éste, expresa o tácitamente, se conforma, ¿por qué reputar nula la disposición y beneficiar a otras personas? ¿No es tanto mayor la perfección jurídica en materia sucesoria cuanto más fina es la armonización de la voluntad del testador con las normas prohibitivas, de tal forma que aquélla sólo deja de ser eficaz en tanto en cuanto la *ratio* de éstas lo exija, pero no fuera de ella? Si es así, si en consecuencia vale la disposición testamentaria si el preterido no reclama, es que aquélla no es automáticamente nula *ipso iure*, es que no hay una delación legal que excluya sin más la delación testamentaria en la porción legítima. Labor de artesanía de siglos, que algunos quieren deshacer para volver a las más primitivas páginas del Derecho, para que encaje mejor en unos esquemas conceptuales, con olvido de la realidad concreta más compleja de la vida jurídica".

"No hay por qué invalidar en lo más mínimo el llamamiento.

(104) "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", *Introducción, en Estudios Jurídicos Varios*, conmemorativos del Centenario de la Ley del Notariado, vol. I, p. 404.

(105) "Notas críticas a la pretendida distinción entre...", 17, a, en: *ADC XVIII-I*, p. 65.

hereditario a título de herencia —añadíamos páginas después (106)— si el injustamente desheredado renuncia a su acción, o se da por satisfecho en cualquier otra forma, o simplemente no reclama. Siendo así, hay que entender inicialmente válido el llamamiento testamentario por mientras no sea invalidado, en todo o en parte; y, en consecuencia, el llamamiento hereditario a la porción forzosa sólo puede estimarse deferido cuando sea ejercitada la *querela* por quien pueda actuarla con éxito, aunque esta delación tenga entonces lugar con retroacción de sus efectos a la fecha del fallecimiento de *de cuius*".

10. Cuestión distinta es la que plantea si las impugnaciones que dan lugar a la nulidad total o parcial de la institución de herederos —y que, con su resultado favorable, dan paso a la vocación intestada, en todo o en la parte equivalente a su legítima, de la cuota del preterido o injustamente desheredado— son o no "un innecesario rodeo", "cuya existencia se explica por razones históricas", como algún autor ha afirmado (107).

Se trata también, desde este punto de vista, de considerar si es preferible que la ley verifique una *reserva* a favor de los legitimarios y ordene una *limitación* de la facultad dispositiva del causante, pero sin que la efectividad del derecho de los legitimarios (cuando el causante no lo satisfaga voluntariamente) se base en un sistema de invalidaciones totales o parciales o en acciones personales para reclamar el suplemento (aunque éstas, por el juego total del sistema, estén aseguradas (108) plenamente), sino que resulte de una *vocación subsidiaria* de la cuota reservada, ordenada por la ley para todos esos supuestos de desconocimiento total o parcial de la legítima debida, la cual puede hacerse efectiva mediante la acción que—a juicio de Cámara—debiera competir al legitimario sin aquel "innecesario rodeo", en los casos de preterición intencional y de desheredación injusta (109).

Esta acción directa compete —también a su juicio— en los casos de atribución inadecuada e insuficiente (110), "para reclamar su cuota reservada", de la que dice "no es..., acción dirigida a obtener la nulidad propiamente dicha de las disposiciones testamentarias, sino que persigue sólo la declaración de que al legitimario le corresponde una cuota parte del patrimonio hereditario líquido. Conseguido este reconocimiento —añade—, el legitimario podrá impugnar los actos dispositivos otorgados sin su concurso (aunque sean anteriores) y las disposiciones testamentarias y liberalidades *inter vivos* que resulten inoficiosos" (111). Acción que —dice— "tiene quizá

(106) *Ibid*, 18, p. 71.

(107) CÁMARA, "Estudio sobre el pago en metálico", loc. cit., p. 986.

(108) Cfr. "Apuntes...", I, § 8, pp. 76 y ss., y *ADC* IV-II, pp. 492 y ss.

(109) CÁMARA ALVAREZ, "El derecho de representación en...", V, loc. citada, pp. 87 y s., y "Estudio sobre el...", pp. 986.

(110) CÁMARA, "Estudio sobre el pago en metálico...", pp. 709 y ss.

(111) *Ibid*, pp. 808.

cierto parecido con la *petitio hereditatis*", "no presupone la existencia de un llamamiento general y autónomo a la cuota reservada" y que "deberá ejercitarse en el juicio declarativo que corresponda", y, una vez reconocido, "el legitimario podrá plantear el juicio de testamentaría" (112).

La problemática es compleja, pues tiene varios aspectos, entre ellos uno de derecho constituido, del cual antes hemos anticipado algo (n. 7, c y d), y en el cual deberemos ahondar cuando estudie mos los remedios de que dispone el legitimario en defensa de su derecho, y otro de derecho constituyente, que es tema que nos interesa.

Su planteamiento es el siguiente: Aceptando la primacía del cumplimiento voluntario por el causante de su deber legitimario, partiendo de que la ley en principio tan sólo *limita* la libre disponibilidad de aquél y reserva su porción al legitimario, se trata de resolver qué régimen es más conveniente para el caso de incumplimiento de aquel deber y desbordamiento por el causante de sus límites dispositivos. ¿Qué sistema de reacción debe estimarse preferible? ¿Un haz de acciones de impugnación —que abren paso a la sucesión intestada del legitimario impugnante— y de reclamación de complementos?; o bien, ¿una vocación legal subsidiaria del legitimario a su cuota reservada o a la parte no cubierta de la misma, que conllevará una acción para reclamarla directamente, y de cuyo éxito dependerá la nulidad o reducción de las disposiciones inoficiosas?

Tal vez quepa preguntar, ante todo, cuál es el orden más lógico de actuación: ¿nulidad de disposiciones del causante que dé paso a la reclamación de la cuota? o ¿petición directa de la cuota que, de obtenerse, implicará la invalidación o reducción de las disposiciones inoficiosas? ¿Es una cuestión de prioridad como la del huevo y la gallina?

Separémos el problema de la preterición, acerca del cual estamos ambos de acuerdo en que para resolverlo se requiere la distinción entre la preterición errónea y la preterición intencional (113), sancionándose la primera con la nulidad del testamento y la segunda únicamente con la nulidad de la institución y tan sólo en cuanto perjudique la legítima estricta del preterido, es decir, con iguales efectos que la desheredación injusta. Recordemos, luego, que en los supuestos de legados de un contenido inadecuado, su atribución presupone un reconocimiento de legítima que, consiguientemente, puede exigirse *ex testamento*, o *ab intestato* si se estima que tal reconocimiento implica una remisión a esta vocación. Nos quedan: la preterición intencional, la desheredación injusta, la atribución insu-

(112) *Ibid.*, nota 152, pp. 808 y ss. Contra su correspondencia a la *petitio hereditatis*, cfr. nuestros "Apuntes...", I, § 8, p. 74 y ss., y *ADC* IV-II, páginas 490 y ss.

(113) "El deber formal de...", 111, 31 y 32, en *ADC* XX-I, pp. 91 y ss.

ficiente y las disposiciones inoficiosas, por lo cual resultan simplificados los términos del problema.

¿Por qué comenzar por la reclamación de una cuota? A ella se tiene derecho porque así lo determina la ley, punto acerca del cual parece no haber discusión; pero la realidad concreta o efectividad de ese derecho depende de varios hechos, tales como: que la desheredación sea injusta, que el legitimario no haya recibido *inter vivos* bienes que no cubran su legítima e, incluso, de que se reclame. Parece, pues, más razonable seguir en camino inverso; ya que tales hechos no pueden conocerse *a priori* y son los que primero deben valorarse para saber si, *in concreto*, se tiene algún derecho.

Creemos, además, que las últimas de las razones que en el epígrafe anterior hemos aducido, contra la tesis de la delación legal inmediata, pueden aplicarse, aunque en menor grado, a la tesis de la vocación subsidiaria específica en cuanto ésta pretende que se requiere la reclamación de la cuota como trámite previo a la declaración de invalidación o de reducción.

C) Atribución por el causante del contenido de la legítima.

11. Si la norma deja al causante en libertad para disponer de las legítimas en favor de los legitimarios a quienes la ley se las haya reservado, éstos podrán recibirla de aquél por cualquiera de los títulos que la ley autorice, entre los que, como hemos visto (114), se incluye cualquiera apto para transmitir *inter vivos* o *mortis causa* la propiedad y demás derechos (115).

El primer problema que aquí se nos plantea es el de determinar por qué título se debe entender dispuesta la legítima cuando el testador la haya atribuido con palabras comunes o simplemente hubiese reconocido los derechos de todos o de alguno de sus legitimarios.

Se trata de un tema clásico (116), pero que era examinado bajo

(114) "Apuntes...", I, § 2 y § 5, n. 77, pp. 22 y ss., o *ADC* IV-II, páginas 42 y ss., II § 2, E, pp. 177, en *ADC* IV-IV, pp. 1108 y ss., § 4, F, página 279 y ss., y *ADC* V-II pp. 887 y s., § 6, pp. 282 y ss., o *ADC* V-III, páginas 890 y ss., 1.º, pp. 367 y ss., o *ADC* VII-III, pp. 657 y ss. "El deber formal de...", I, en *ADC* XX-I, pp. 10 y ss.

(115) Cfr., entre otros autores: MANUEL CALDERÓN NEIRA, "La colación...", *RGL* y *J* III, p. 122: "el testador puede disponer de ese valor [de la legítima], puesto que lo puede dejar a sus hijos a título de herederos, de legatarios y aun de donatarios"; ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", *RDP* XXVIII, pp. 203 y ss.; ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, "Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria", artículo 15, p. 142, donde señala como títulos posibles para atribuir la legítima: herencia, legado de parte alícuota, de cosa específica y determinada y donación intervivos colacionable; PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", vol. V-III, cap. 1, 3, IV, pp. 16 y ss., etcétera, etc. Véanse los autores citados en las notas 38 y 39 de nuestro estudio "El deber formal de instituir herederos...", 1, 3, *ADC* XX-I, páginas 11 y s.

(116) Así, el jesuita LUIS DE MOLINA, "De Iustitia et Iure", *Disput.* CLV, n. 8; cfr. ed. novissima Colloniae Allobrogum 1733, p. 355, distin-

un supuesto básico distinto del actual cuando la persona a quien se refería el llamamiento era heredero forzoso. Hoy ya no es necesario esforzarse en salvar la validez de un testamento o una institución de herederos cuando se ha dispuesto a favor de un legitimario expresándolo con palabras comunes (117). Por lo tanto, podemos penetrar en la interpretación sin el peso de tener que salvar, como sucedía en el Derecho anterior, la voluntad del testador en la medida de lo posible, por el *favor testamenti*, aun a costa de forzarla en el sentido que permitiera mantener su validez (118). Al no ser preciso instituir herederos a los legitimarios y al ser posible atribuir la legítima por cualquier título (119), podemos profundizar en la averiguación de aquella voluntad sin temor de que la calificación invalide su contenido (120).

En primer lugar, habrá que agotar—conforme al art. 675, § 1. C. c.—el tenor del testamento para inducir en cuanto sea posible la verdadera intención del testador (121). Pero si con ese tenor no

guió según se emplearan términos propios o civiles y términos comunes, que son los que indistintamente pueden servir para la institución directa de heredero, para el legado o para la sustitución fideicomisaria de heredero. Ejemplo de términos civiles: "Sit Petrus meus heres" "instituo Petrus heredem". Ejemplo de términos comunes: *relinquo* (dejo), *succedat* (suceda).

La ley 6, tit. III, 6.^a Partida, en su último párrafo, explicó que aplicados a la universalidad del caudal significaban institución de heredero, aunque no se expresara diciendo "Fulano sea mío heredero", sino, por ejemplo: "Fulano sea señor de todas mis heredades" o "haya todos mis bienes", o "Dexo todo lo que he".

Entre los autores (cfr. las citas contenidas en nuestros "Apuntes...", I, § 10, pp. 87 y ss., o *ADC* IV-I, pp. 503 y ss.), este criterio fue unánime. Fue casi unánime la opinión de que cuando las palabras comunes se aplicasen a cosa cierta, especie o cantidad determinada, significaban legado o prelegado, salvo en caso de que se verificaba de hecho una partición testamentaria, y fueron más discutidos los supuestos en que se refirieran esas palabras comunes a la atribución de cuota o parte proporcional de la herencia.

(117) Por esta razón, si las palabras comunes llamaban a un heredero forzoso, no faltó quien incluso cuando iban referidas a una cosa cierta, o especie o cantidad determinada, pretendieran que significaba institución, y ese criterio fue casi unánime cuando eran referidas a cuota o parte proporcional de herencia (cfr. "Apuntes...", loc. últ. cit.), "porque—según explicó PALACIOS RUVIOS, "Glossemata...", lex XXIV, nn. XIII, fol. LXV—, la voluntad del testador debe sanarse donde la significación de las palabras no repugne". Aunque—atendiendo menos a salvar la disposición—, no faltara quien defendiera la posición contraria basándose en el dato objetivo de que la legítima es parte de los bienes, pero no de la herencia, puesto que se debe del líquido resultante después de satisfechas las deudas del *de cuius*.

(118) Respecto del *favor testamenti*, cfr. la ponencia que, con la colaboración de ROBERTO BLANQUER UBERIOS, José Luis MARTÍNEZ GIL y VINCENTE LUIS SIMÓ SANTONJA, presentamos al X Congreso Internacional del Notariado Latino, Montevideo 1969: "Normas de Derecho Internacional privado aplicables a la transmisión y a la partición de herencia", II, 4, A, d, publicado en *Rev. Der. Not.* LXIV, abril-junio 1969, pp. 46 y ss.

(119) Cfr. "El deber formal de...", I, 3, en *ADC* XX-I, pp. 10 y ss.

(120) Cfr. "Apuntes", I, 10, pp. 102 y ss., o *ADC* IV-I, pp. 519 y ss.

(121) Como explicamos en nuestros "Apuntes...", (loc. últ. cit.), si

podemos esclarecerla, será el contenido asignado, habida cuenta de lo previsto en los artículos 660 a 668, § 2, C. c., lo determinante de la solución del problema aquí planteado. Si la legítima es *pars bonorum* (122), dado que, con arreglo al artículo 818 C. c., es un activo líquido: su contenido no es una parte alícuota de la herencia (123), que estaría integrada por activo y pasivo, ni es una adquisición a título universal (124).

12. La concurrencia a favor del legitimario de la reserva de la porción de bienes definida en el artículo 806 C. c. y de la atribución de la legítima verificada a su favor por el causante, por uno u otro título, ha dado lugar a diferentes explicaciones de esa concurrencia, que repercuten de modo práctico en la cuestión de la posibilidad alternativa de rechazar la atribución testamentaria y de aceptar la legítima.

Esta cuestión la habíamos enfocado de un modo teórico hace años (125), distinguiendo las teorías de la *absorción*, la *yuxtaposición* y la *superposición o sustitución relativa*.

Años después, en nuestros "Apuntes..." (126), al sostener la teoría de la limitación o *freno*, excluimos ese problema desde su base. No obstante, podemos ampliar aquella primera clasificación, hasta hacerle comprender esta otra teoría, y distinguir, sin pretender agotar la enunciación de sus términos, las siguientes tesis de:

— la *absorción* de la condición de legitimario por la de heredero testamentario (127);

examinamos la disposición testamentaria se observan en ocasiones determinadas circunstancias que aclaran la intención del testador. Así sucede cuando cláusulas distintas contienen, una, la institución universal de heredero o herederos y, otra, el otorgamiento, con palabras vulgares, de la legítima. O cuando en una misma cláusula de institución se hace la salvaguardia de la legítima o legítimas de los no instituidos; v. gr. expresando que: "Instituye heredero a X, sin perjuicio de las legítimas de I y Z". Pero, otras veces, la expresión, tal vez inoportuna e incorrecta, de instituir en el remanente, puede ensombrecer la intención de la disposición, contenida en una cláusula anterior, en la que se deja—así con este término vulgar—la legítima a alguno o todos los descendientes o ascendientes del propio testador.

(122) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima en...", núm. 6, en *ADC* XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 35 y ss.

(123) *Ibid.*, n. 2, 4.^o, pp. 22 y ss. Cfr. también "Contenido cuantitativo de...", en *ADC* XXIV-I, enero-marzo 1971, n. 12 y ss., pp. 35 y ss., y n. 29, páginas 64 y ss.

(124) PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", V-III, cap. I, 3, IV, p. 22, en este mismo sentido, y también CÁMARA ALVAREZ, "Estudio sobre el pago con...", loc. cit., pp. 748 y ss.

(125) "Imputación de legados a favor de legitimarios", V, en *RDP* XXXII, abril 1968, pp. 324.

(126) "Apuntes", I, § 5, pp. 61 y ss., y "Resultados", A, pp. 113 y ss., o en *ADC* IV-I, pp. 477 y ss y 529 y ss.

(127) Es la tesis que formularon JULIÁN DÁVILA GARCÍA y RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE. DÁVILA ("Herederos y legitimarios", *RCDU* XVII, p. 670) proclamó: "Donde hay herencia no hay legítima y por ello heredero y le-

- la *absorción relativa*, circunscrita únicamente a la impugnación de actos del causante (128);
- la *yuxtaposición* de ambas vocaciones localizadas en cuotas distintas (129);

gitimario no pueden darse en una misma persona, de igual manera que nadie puede tener derecho contra sí mismo. El heredero es el continuador del causante, y por ello asume toda su personalidad y su patrimonio en lo que tiene de transmisible y representable...”, ROCA SASTRE (“Naturaleza jurídica de ...”, en *RDP XXVIII*, pp. 204 y ss.) entendió que “hay verdadera incompatibilidad y no simultaneidad entre el título de heredero y el de legatario”, y, en su virtud, el título hereditario inutiliza por absorción la condición de legitimario de tal modo que “el legitimario que llega a ser heredero puede resultar que obtenga una utilidad neta inferior al importe de la porción legítima que en otro caso tendría”, pues “deberá acatar totalmente todas las disposiciones de su causante, pues así es el sistema, ya se trate de venta o de gravamen”.

(128) Esta posición, ecléctica entre la tesis de DÁVILA GARCÍA y la de SOLS GARCÍA, que replicó a aquél (“El heredero: idea para su estudio”, *RCDI XVII*, pp. 571 y ss.), fue propuesta por FRANCISCO VIRGILI SORRIBES (“Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica”, en *RCDI XVIII*, pp. 490 y ss.). A su juicio: “la condición jurídica del legitimario es mixta; es heredero voluntario porque lo ha instituido el testador, y es heredero forzoso legitimario porque la ley le concede una cuota intangible en el as hereditario. Hasta cubierta esta cuota tendrá todos los derechos y obligaciones del heredero forzoso o legitimario; cubierta, o dejada a salvo, la porción que la ley reserva y que, por ende, adquiere más que por la voluntad del causante por ministerio de la ley, tendrá todos los derechos y obligaciones del heredero voluntario”. Pero las consecuencias que deducía de este planteamiento no parecen del todo en armonía con estas afirmaciones, que podrían haberle situado en una posición próxima a la tesis que denominamos de la *yuxtaposición*, sino que propuso soluciones dispares según se tratase de cargas impuestas por el causante en testamento o de la impugnación de actos otorgados por éste.

(129) Esta tesis marca una separación radical entre el llamamiento que estima verificado por la ley a la cuota legitimaria y el dimanante de la voluntad del testador. Fue defendida por JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO y SERGIO GONZÁLEZ COLLADO. El primero (“El acrecimiento en la mejora”, en “Estudios de arte menor de Derecho sucesorio”, en *An. Ac. Matr. del Notariado II*, pp. 541 y ss.) parte de que la disponibilidad de la cuota legitimaria queda de tal modo fuera del alcance de la voluntad del causante que si éste instituye heredero al legitimario, ambas atribuciones son y permanecen independientes como dos títulos distintos de delación. Tanto que, según GONZÁLEZ COLLADO (“El legitimario no es sucesor”, en *An. A. Matr. del Not.*, vol III, pp. 537), “si convergen en un mismo sujeto se yuxtaponen, pero no se fusionan; conservan su autonomía absoluta sin que se absorban uno a otro”. Como principales consecuencias de esa total independencia de ambos llamamientos y de la radical separación de su contenido, afirma G. PALOMINO (p. 541) que si el testador dispone un legado para satisfacer una legítima, el legitimario tendrá opción para aceptar el legado y repudiar su legítima o viceversa para reclamar ésta y rechazar aquél y que si fuese instituido heredero testamentario podrá repudiar la herencia y aceptar la legítima o renunciar a ésta y aceptar aquélla, o aceptar (o repudiar) ambas. Esta posición explica también el criterio del mismo GONZÁLEZ PALOMINO respecto de la significación que en el artículo 1.056, § 2.º, C. c. tiene la asignación de la explotación agrícola, industrial y fabril del artículo 1.056, § 22, C. c. a un solo hijo y la consiguiente satisfacción en metálico de la legítima de los demás hijos y por qué recurre como explicación a la figura:

- la *determinación o concreción* por el causante del contenido de la legítima deferida por la ley (130);
- la *superposición o sustitución* relativa del llamamiento legal por el testamentario (131);
- el *llamamiento subsidiario* por la ley, a falta del llamamiento válido del testador o en cuanto éste resulte insuficiente o inadecuado (132);
- la *limitación legal* del llamamiento testamentario y de las demás disposiciones del causante, que puede dar lugar a la invalidación total o parcial del testamento o de la institución de herederos con aplicación total o en parte de la sucesión intestada; a tenerse por no puestos gravámenes, condiciones,

de la adjudicación en pago ("El acrecimiento...", loc. cit., p. 547, nota cit. Cfr. nuestro trabajo "Contenido cualitativo de la legítima", *ADC* XXII-I, páginas 100 y ss.).

(130) Esta posición dimana de la explicación que propuso el profesor FRANCESCO FERRARA a la existencia de la mejora dentro de nuestro sistema legitimario y que él creía que es de reserva germánica (cfr. *supra* y nota 59), y fue especialmente desarrollada aplicándola a la legítima propiamente dicha por GREGORIO ORTEGA PARDO ("Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima", p. 142), quien afirmó que, "cuando el testador deja a los legitimarios lo que legalmente les corresponde, éstos no se convierten en herederos testamentarios, sino que siguen siéndolo forzados", si el testador les deja algo más de lo que por legítima les corresponde: "habrá un concurso de sucesión forzosa con testamentaria", el legitimario "será heredero forzoso en el límite de su legítima y testamentario en lo que excede de ella", y, en cuanto el legitimario sea heredero forzoso (pp. 151 y ss.), el testador lo único que puede hacer es *determinar, concretar o elegir los bienes* con lo que debe ser satisfecha la legítima a modo de acto particional.

(131) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, "Naturaleza jurídica de la legítima", loc. cit., p. 159), entendió "que, al haber hablado la ley por boca del testador, como es el caso para la legítima deferida por acto de última voluntad, la legislación legal y la testamentaria confluyen en una vocación única y se plasma en un solo título, siendo indiferente que la legítima resulte o no incrementada con algunos bienes de la parte libre". Este criterio lo suscribimos en nuestros primeros estudios acerca de esta cuestión ("Notas para la interpretación del artículo 1.056...", en *Rev. Gral. de Der.* III, diciembre 1946, p. 647, e "Imputación de legados...", *RDP* XXXII, p. 327), aunque luego rectificamos esta explicación (cfr. *supra* nota 126). Esa superposición se verificaría por voluntad de la propia ley, al ceder la primacía a la voluntad del testador y al concederle una amplia facultad modeladora, con alcance no sólo a la determinación del contenido material, sino también al título y a su correspondiente contenido jurídico. Pero, tal sustitución no sería total, sino tan sólo en cuanto la disposición testamentaria no fuese menor que la legal en el *quantum ni en el quale*.

(132) Esta tesis creemos que corresponde a los criterios, antes expuestos, de LACRUZ BERDEJO y BONET RAMÓN (cfr. *supra* nota 77, y de MANUEL DE LA CÁMARA (cfr. *supra* n. 250 y notas 109, 110, 111 y 112). La diferencia de esta tesis con respecto a la teoría de la superposición, referida en la nota anterior radica en que mientras la vocación legal es *subsidiaria*, según la opinión que ahora referimos, para los supuestos expresados, en cambio, según la tesis de la superposición, la vocación es *directa*, aunque admite que el llamamiento testamentario se le superponga, en tanto éste cubra adecuadamente el contenido legalmente predeterminado.

sustituciones y limitaciones y al juego de reducciones o compensaciones para complemento (133).

Sin perjuicio de que además quepa un elevado número de posiciones mixtas de las indicadas (134).

Cuanto hemos dicho en los epígrafes inmediatamente anteriores, creemos que nos ha demostrado que nuestro Derecho mantiene la posición romanista de configurar jurídicamente la legítima a través de limitar las facultades dispositivas del causante y de conferir a los legitimarios facultades de impugnación de las disposiciones en las cuales aquél hubiera excedido dichos límites y para la reclamación del complemento que quede por cubrir.. Parece, pues, innecesario añadir que la aceptación de esta tesis excluye la admisión de las demás.

13. Pero vayamos a las cuestiones prácticas relacionadas con la adopción de una u otra de las soluciones teóricas expuestas.

Si la teoría de la absorción de la legítima en la institución de heredero fuese exacta, podría éste sufrir gravámenes o disminución en ella (135), perjudicándose cualitativa o cuantitativamente su legítima si como heredero debiera soportar cuanto el causante le impusiere. Pero no fue así ni siquiera en el Derecho romano clásico, como lo demuestran diversos textos del *Corpus Iuris*. Así, uno, Ulpiano, en sus comentarios a Sabino, en el texto recogido como ley *Suus quoque* del Digesto XXVIII-V, 4, que prohíbe instituir al hijo heredero bajo condición no potestativa. Criterio que vemos, también, en la ley *Si pater* (Cod. VI-XXV, 4); y, especialmente, en el § *Lucius Titius* de la ley *Ex facto* (Dig. XXVIII-VI, 44, § 2), que considera instituidos en primer grado a los hijos que lo habían sido en segundo como sustitutos de su madre. Más patente aún resultó así en el Derecho justiniano, en virtud de las leyes *Omnimodo*, *Quoniam in prioribus* y *Scimus* § *Cum autem* del tit. *De inofficio* *tes-Lucius Titius* de la ley *Ex facto* (Dig. XXVIII-VI, 44, § 2), que considera instituidos herederos debían recibir su legítima completa, pudiendo reclamar su suplemento, y libre de todo gravamen, término, condición y sustitución que sólo deberían cumplirse en cuanto afectasen al resto de la herencia (136). Criterio

(133) Defendimos esta tesis en nuestros "Apuntes...", locs. cits. *supra* nota 126, y, en términos generales, puede entenderse reflejada por los autores citados *supra* en la nota 67. En los epígrafes que anteceden la hemos mantenido y explicado.

(134) Así, v. gr., GUILLERMO G. VALDECASAS ("La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor", *RDP* XLVII, pp. 967 y ss.) aplica la teoría de la yuxtaposición a la legítima como cuota hereditaria (n. 2, pp. 958 y ss.), y, en cambio, parece próximo a la tesis de la limitación con respecto a la legítima como cuota de valor (n. 3, p. 961).

(135) Cfr. *supra* nota 127.

(136) Cfr. nuestro cit. trabajo "Notas para la interpretación..." II, enero 1947, pp. 5 y ss., y "Cautelas de opción...", I, B, C, D y E, loc. cit., páginas 457 y ss.

igual resulta de los términos generales de los artículos 782 y 813, § 2, 815, 817, 820, 821, 863, § 2, del Código civil.

14. La teoría de la *yuxtaposición* —en la versión que estima la legítima como “una adquisición a título singular por ministerio de la ley”— trató de soslayar las equivocadas consecuencias dimanantes de la teoría de la *absorción*, con la siguiente interpretación que transcribimos de su más brillante sustentador (137):

a) “El legitimario no está, en cuanto tal, sujeto al artículo 990 del Código, referente a la aceptación parcial de la herencia, porque si acepta su legítima y repudia la herencia, no acepta la herencia parcialmente. “En defecto de norma expresa la aplicable por analogía será la del 890, referente a los legados, aunque no se trata de un legado legal. El legitimario que, *además*, sea heredero, podrá aceptar el derecho que le reservó la ley y no aceptar el que le confiere el testador (o la ley, *en sustitución* de la voluntad del causante), porque una es adquisición a título singular (semejante al legado de parte alícuota) y la otra es a título universal”.

b) “El legitimario que *además* sea legatario, podrá aceptar su legítima y repudiar su legado, aunque sea *oneroso*, porque la legítima no es un legado y cae fuera del supuesto de limitación del artículo 890”.

La primera de estas opciones, además de innecesaria, según hemos visto en el número anterior, tampoco es posible si, como antes también vimos (138), no hay en nuestro Derecho vocación legal de la legítima y puede el testador atribuirla por cualquier título, y si la herencia no puede estimarse divisible por su aceptación en parte y ésta está expresamente prohibida en el artículo 990 C. c.

La segunda opción tiene, sin duda, precedentes históricos, pues, en el Derecho común, aun cuando la atribución de un legado no excluía el ejercicio de la *querella*, sí la excluía la aceptación de dicho legado, y, por el contrario, no podía reclamarse éste si se ejercitaba aquélla (139). Criterio que fue recogido en la ley 5, tit. VIII, 6.^a Partida (140).

En un sistema, en el cual la posición mayoritaria en la doctrina estima que hay vocación legal forzosa, como en el Derecho italiano,

(137) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “El acrecimiento en la mejora”, loc. citada, pp. 540 y ss., en nota. Entre los sustentadores de la tesis de la *absorción*, DÁVILA GARCÍA (“Herederos y...”, loc. cit., p. 670) admite también la posibilidad de renunciar la herencia y exigir la legítima por parte del legitimario instituido heredero.

(138) Cfr. *supra*, n. 6.

(139) Cfr. nuestro estudio “Cautelas de opción...”, I, A, a, loc. cit., páginas 436 y ss.

(140) “Mas si aquella parte la dexaxe en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, estonce podria quebrantar el testamento. E esto se entiende si el fijo non rescibiesse aquella parte que le era mandada. Ca si la rescibiesse e non la protestasse diciendo que le fincasse en salvo la querella que avia de tal testamento non podria despues quebrantarlo”.

hallamos resueltas favorablemente, en el artículo 551 de su *Codice civile* vigente, las dudas suscitadas respecto al Código de 1865, acerca de si era posible optar sea por recibir el *legato in sostituzione della leggitima*, sin derecho a pedir el suplemento de ésta, o bien por renunciar aquél y reclamar la legítima íntegra (141).

Pero, esa posibilidad, fuera del caso de que el testador la autorice o de que se trate de un legado cualitativamente no apto para cubrir la legítima (142), no sólo no es permitida por ningún precepto del Código civil, sino que más propiamente parece descartada, al menos implícitamente, por el artículo 815.

Como hace muchos años observamos (143), el artículo 890 —al permitir aceptar un legado y rechazar otro (salvo si éste fuese oneroso y aquél gratuito), o repudiar la herencia y aceptar el legado, o viceversa— parte de la base de que ambas atribuciones se han verificado en forma *acumulativa* legado + legado, o herencia + prelegado), pero queda fuera de su supuesto tanto la atribución de un legado hecho *en sustitución* de una hipotética atribución de herencia como de todo legado dispuesto para satisfacer la legítima. Lo único que autoriza el artículo 815 al legitimario es a que pida el suplemento de su legítima; y, si ésta puede asignársela el testador por cualquier título, como antes observamos, no resultara posible rechazar la atribución otorgada por aquél y reclamar una vocación inexistente en ese caso (144).

Por lo demás, el legitimario a quien se le hayan dejado sus derechos estrictos a título de legado goza de una posición más tranquila y ventajosa que cuando se le otorga a título de herencia (145), pues: puede tomar posesión por sí mismo de la cosa legada, gozando de los interdictos pertinentes; puede accionar el juicio de testamentaría en iguales supuestos que los herederos; participa de los frutos

(141) El panorama ofrecido por la doctrina italiana acerca del legado en lugar de la legítima, tanto durante la vigencia del Código civil de 1865 como respecto del Libro de Sucesiones de 1941, puede verse en el libro de ORTEGA PARDO, "Naturaleza jurídica del legado en lugar de...", pp. 88 y ss.

(142) Cfr. nuestros trabajos "Apuntes...", II, § 5, pp. 281 y s., o *ADC* V-III, pp. 889 y s., "Cautelas de opción compensatoria de las legítimas", I, A, b, loc. cit., pp. 444 y s.; y la nota 4 de "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", en *ADC* XXIII-I, pp. 12 *in fine* y s. En igual sentido, excepto en cuanto a la mayor amplitud con que admite la aptitud del dinero extrahereditario, MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, "Estudio sobre el pago en metálico...", loc. cit., nota 110, páginas 777 y 80.

(143) "Imputación de legados...", VII, *RDP* XXXII, p. 330.

(144) También han rechazado la posibilidad de esa opción GÓMEZ MORÁN, "De la legítima y los legitimarios", en *R. G. de D.* IV, diciembre 1948, página 666, y "Tratado teórico legal de particiones", Madrid 1950; p. 357; MANUEL DE LA CÁMARA, "Estudio sobre el pago con...", p. 747 y s. y notas 49 y 50 de esas págs. y nota 110, pp. 777 y s.; GARCÍA BERNARDO, "La legítima...", pp. 73 y s.

(145) Cfr. "Apuntes..." II, § 6, C a G, pp. 285 y ss., o *ADC* V-III, páginas 890 y ss. En igual sentido PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", V-III, capítulo 3, IV, B, pp. 20 y s.

en la parte correspondiente, así como del *periculum* y el *commodum* y puede ejercitarse las acciones que competan para defender la herencia; y, en cambio, no responde personalmente de las deudas de la herencia ni siquiera *intra vires pro viribus*, como el heredero aceptante a beneficio de inventario por las deudas hereditarias, sino que solamente sufre una afección *cum viribus*, en cuanto ellas disminuyan el activo líquido, la cual sólo puede serle exigida: por el heredero, en vía de *regreso*, o *subsidiariamente* por los acreedores una vez hecha exención de los bienes de la herencia no legados especialmente y del patrimonio de los herederos que no hubiesen aceptado a beneficio de inventario.

15. *¿Puede el causante cumplir su deber legitimario mediante dote o donación al legitimario?*

Es sabido que cuando en Roma, en los juicios centumvirales, apareció la *querella inofficiosi testamenti*, se atendió sólo a lo que el testador hubiese dispuesto en el testamento impugnado (146).

Sin embargo, más tarde, al admitirse como excepción a la *querella* la percepción por el querellante de su legítima, la solución fue otra (147).

Es de notar que suelen ser contrapuestos un texto de Ulpiano del Lib. II de sus Disputas, recogido en el Dig. V-II, 25, pr., y el texto de Papiniano, referido por el Emperador Justiniano, en su *Codex* III-XXXVIII, 35, § 1.º, y suelen mezclarse dos cuestiones distintas. Ulpiano, excluye la posibilidad de ejercitarse la querella de inoficiidad: “*inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet*”. Papiniano rechaza el pacto en virtud del cual, al recibir de su padre ciertos bienes o cantidades el hijo se hubiese comprometido: “*quatenus de inofficioso querella adversus testamentum paternum minime ab ea moveretur*”.

El primer criterio fue recogido en la *Instituta*, Lib. II, tít. XVIII, § 6.º: “Así pues, para que no pueda ejercitarse la acción de testamento inoficioso, cada cual debe tener la cuarta, ya por derecho hereditario ya por vía de legado o de fideicomiso, ya si se le hubiere hecho donación de la cuarta por causa de muerte, o entre vivos (tan sólo en los casos de que hace mención nuestra constitución), o por los demás medios que en las constituciones se contienen”.

Aún después de la Novela CXV, en la que Justiniano exigió que la legítima fuese atribuida a título de heredero, cupo satisfacerla mediante donación o dote con tal de que en el testamento se instituyere al donatario heredero de la cosa que se le donó o dio en dote. Así, el jurista castellano Diego Spino (148) dictaminó que:

(146) ARNOLDO VINIO, “*Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*”, Lib. II, Tít. XVIII, 6, gl. 2, vers. “*inter vivos instantum modo casibus*”, ed. Lugduni 1755, vol. II, p. 455, o vers. en castellano, Barcelona 1846, vol. I, p. 614 *in fine* y s.

(147) Cfr. nuestros “Apuntes...” cits. III, § 1.º, pp. 307 y ss., y *ADC* VII-III, pp. 657 y s.

(148) DIEGO SPINO, *Speculum testamentorum*, gloss. 17 *principalis*, n. 36, cfr. ed. Francofurti od. Moenum 1600, p. 722.

“igitur sufficit quod in sola dote filia instituatur, et pro residuo agat ad supplementum”.

En definitiva, la dote o donación, aunque cubrieran la legítima, no salvaban la preterición en la que el causante hubiese incurrido en su testamento, si en éste no se hubiera instituido heredero al legitimario donatario. Pero la preterición era evitada si se instituía heredero al donatario, aunque sólo lo fuera en la cosa donada u objeto de la dote, o bien instituyéndose heredero en su legítima en términos generales, supuesto en el cual le cabía ordenar que, con cargo a ella, se le imputara la cosa que se le donó o con la que se le dotó. Solución que puede orientarse para hallar la más adecuada a nuestro derecho vigente.

Según el artículo 815 C. c. “*El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda podrá pedir el complemento de la misma*”.

Notemos que —como es sabido (149)— no es preciso, en el actual régimen del Código civil, instituir heredero a un legitimario para que el testador no incida en preterición. Esta es una diferencia esencial respecto del Derecho anterior: hoy, atribuida la legítima a título de legado, no hay preterición.

Pero, entre los primeros comentaristas del Código, se planteó y rechazó que el legitimario a quien nada se le hubiese dejado en el testamento por título alguno, pudiese considerarse preterido si el causante le hubiese otorgado alguna donación (150). A la inversa, también se ha propugnado que el artículo 815 se refiere sólo a disposiciones *mortis causa* del testador, pero no a las otorgadas por actos *inter vivos*, por lo cual al así beneficiado es preciso que se le deje algo en el testamento (151) o, incluso, que se le instituya herede-

(149) Cfr. “El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles”, I, 3, en *ADC* XX-I (enero-marzo 1967), pp. 10 y ss., y “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima...”, II, 22, en *ADC* XVIII-I (enero-marzo 1965), pp. 90 y ss.

(150) Así, *MANRESA*, op. cit., vol. VI, art. 815, 6.^a ed., pp. 357 y ss.; *SCAEVOLA*, op. cit., vol. III, cap. III, sec. II, pars. V, n. 11, p. 238, y aún después de la S. de 17 junio 1908, *VALVERDE VALVERDE*, op. y vol. cits., capítulo XIII, § III, p. 311, *CASTÁN TOBENAS*, “Derecho civil...”, tema XCII, y *ESPÍN CÁNOVAS*, “Manual...”, vol. V, Sec. IV, cap. III, V, Madrid 1970, página 483, II, 3, b ed. Madrid 1944 vol. IV, p. 578, estimaron que no se daba preterición aunque en el testamento nada se dejase al legitimario a título de herencia ni de legado, si hubiese sido favorecido por aquél con donaciones, supuesto en el cual éste únicamente tendrá derecho al complemento, en su caso, conforme al artículo 815 C. c. Parece que también fue de esta opinión *ALBADERO*, “Compendio de Derecho Civil”, cap. XXXIII, 102; cfr. edición Barcelona 1970, p. 594, cuando dice: “Tratándose de haber sido preterido, omitido o silenciado, es decir, de no habersele dado nada ni *inter vivos* ni *mortis causa*, sin habersele tampoco desheredado (aunque hubiese sido injustamente)”.

(151) Opinó así *PÉREZ ARDÁ*, “Preterición testamentaria parcial”, en *RGL* y J 122, primer sem. 1913, pp. 253 y ss., y parece que también *DE DIEGO*, op. y vol. cits., Lec. 90, ed. 1932, pp. 231 y ss., interpretó la S. 17 junio 1908, en el sentido de que “si nada se le dejase [a un heredero forzoso, aunque

ro (152), para que no se produzca su preterición. No falta tampoco quien ha afirmado que si bien con donaciones puede cubrirse la cuota de legítima, no es posible satisfacer con ellas la pretendida cuota de reserva (153).

Un correcto planteamiento de la cuestión requiere que distinguamos el problema de si un testamento se halla viciado de preterición (154), de una parte, y, de otra, la cuestión que aquí nos ocupa de si la legítima puede satisfacerse con donaciones (155).

se le nombrase] en el testamento por cualquier título de heredero o legatario habría preterición", ya que "ésta ha de resultar del testamento y no es lícito relacionarla con acto alguno "inter vivos", y también PUIG PEÑA, op. cit., capítulo XVI, 8, B, 1, p. 375.

(152) Como indica JULIO OTERO Y VALENTÍN, "Anticipos de legítima", Valladolid 1914, cap. X, A, 1.º, p. 82.

(153) Si la cuota de reserva es una *pars hereditatis* atribuida por la ley al heredero forzoso, que adquiere a la muerte del causante su posesión civilísima, como dice GUILLERMO G. VALDECASAS (loc. cit., I, 3, a, p. 961), a diferencia de la cuota de legítima, que es el derecho a obtener una parte del valor de la suma de lo relicko líquido y lo donado, que puede ser cubierto con la participación hereditaria, donaciones y legados, según cree el mismo autor: no es, pues, de extrañar que éste estime que el testador incurre en preterición, si "infringiendo la prohibición de disponer de la cuota reservada", omite a un heredero forzoso en el testamento, que otorga "sin instituir al legitimario —con lo que tácitamente le priva de la cuota reservada— ni hacerle ninguna liberalidad testamentaria", y concluye concretamente: "La preterición no queda excluida, en cambio, por las liberalidades *inter vivos* que el testador hubiese hecho al legitimario preterido" (II, 2, páginas 965 y 966).

(154) El Tribunal Supremo en la S. 17 junio 1908 afirmó que "la mención, el recuerdo o preterición donde tiene que resultar es en el expresado testamento", en un supuesto en el cual el testador, que había donado cierta suma como anticipo de legítima a una hija natural suya, declarando en su testamento que no tenía descendientes ni ascendientes, e instituyó por única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su mujer.

PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", V-III, cap. II, 2, B, nota 127, p. 205, dice: "Probablemente no sería aventurado hacer una crítica *humana* de esta sentencia comprendiendo y respetando la voluntad del testador que quiso favorecer en su vida a su hija natural y después sin referirse a esta cuestión por razones sumamente comprensibles, instituir en testamento a su esposa".

Sin embargo, en términos generales (cfr. "Apuntes..." III, §, 1.º, páginas 210 y s., o ADC VII-III, pp. 660 y s.), nos ha parecido impecable aplicar a la familia legítima —respecto de la cual no se dan razones de discreción— la doctrina del considerando que funda el requisito de la mención, en que el recuerdo tiene que resultar del testamento, "para garantía y eficacia", de la última voluntad y "no dejarla envuelta en las sombras y oscuridad de la duda, como quedaría con la preterición del heredero forzoso, que puede ser debida a ignorancia de que existiera un olvido o propósito de burlar los derechos que la ley le reconoce"..."por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno de los realizados entre vivos".

Pero, en cambio, nos ha parecido excesivo el considerando siguiente, al afirmar que "el título a que se refiere el artículo 815 citado tiene que ser, según su sentido y alcance, de los que caracterizan dentro del testamento la significación de lo que por el mismo se deja a una persona".

MANRESA, en las ediciones de su obra posteriores a esta sentencia, planteó (ed. cit., p. 361): "A, declara en su testamento tener una hija natural

Hemos visto que en el régimen anterior al Código civil, a pesar de la necesidad de instituir herederos a los descendientes y ascendientes legitimarios —por eso, correctamente llamamos herederos forzosos—, la legítima podía ser íntegramente cubierta con donaciones y dotes, si su imputación la cubría, y que el testamento podía liberarse del defecto de la preterición mediante la institución del donatario en la cosa donada u objeto de su dote o simplemente con una genérica institución que resultare cubierta con la imputación de dicha donación o dote.

Entendemos que lo mismo ocurre en el sistema del Código civil, con la diferencia de que no es necesario instituir heredero al legitimario, bastando para no preterirle con mencionarle aunque sólo sea para decir que nada se le deja porque con dote o donaciones se le ha sido cubierto su legítima. Sin perjuicio, también, de que aun incurriendo el testador en preterición, la legítima del donatario preferido le resulte cubierta por la donación o la dote, como podía ocurrir también en el régimen anterior con las donaciones *ob causam*, por su imputación a la legítima que previene el artículo 821, § 1.º, Código civil:

“Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima”.

Por ello, podemos concluir que *la legítima puede ser cubierta*

y haberle donado, como anticipo de legítima, determinados bienes o cantidad e instituye después como heredera a su esposa. No hay verdadera preterición. no hay privación total y tácita de su legítima; no debe, por tanto, aplicarse el artículo 814; pero *nada deja el testador en su testamento*. Si no se aplica en tal caso el artículo 815, no sabremos qué artículo aplicar".

Creemos que la correcta interpretación de la sentencia, prescindiendo de lo que sólo puede considerarse como *obiter dicta*, es la predeterminada por el criterio de SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., VI-II, cap. XVI, n. 34, 4.º, nota 1, páginas 1137 y ss.), que afirmó que el título debe buscarse en el testamento “ya sea en concepto de heredero, donatario o legatarios”, o la explicación después dada por ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (“Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria”, Madrid 1915, art. 15, nota 11, pp. 141 y ss.), en el sentido de que, mencionados todos los herederos forzosos, “no es necesario que sean instituidos en forma alguna dejándoles los bienes de la herencia, pudiendo el testador remitirse a las donaciones qué en vida hubiere hecho y que tengan el carácter de colacionables”.

Criterio seguido por otros autores, como ROCA SASTRE (*Notas al Kipp*, II, § 130, p. 287, en rel. con “Naturaleza jurídica de la legítima”, en *RDP XXVIII*, páginas 203 y 206), ESPINAR LAFUENTE (op. cit., n. 165, nota 126, p. 363), BONET RAMÓN, “Código civil...”, art. 815, pp. 641 y s., PUIG BRUTAU, op. y loc. última cit., pp. 206 y s.), GARCÍA BERNARDO, “Preterición formal y material y...”, en *ADC XXII-II*, pp. 345 *in fine* y s. Este criterio fue el que defendimos en nuestros *Apuntes* (loc. últ. cit., pp. 311 y ss.), y *ADC* últ. cit., p. 661, y en “El deber formal...”, n. 10, *ADC XX-I*, p. 30.

(155) Notemos que esta distinción la observan prácticamente los autores antes citados, incluidos PÉREZ ARDÁ y OTERO VALENTÍN muy especialmente. Es excepción, en cuanto a la *cuota de reserva*, GUILLERMO G. VALDECASAS, debido a su especial concepto de ésta como *pars hereditatis* porque rechaza toda aplicación a ésta de lo donado que, a su juicio, puede ser computado para cubrir la *cuota de legítima*, pero no la de *reserva*.

íntegramente con donaciones o dotes. Sin perjuicio de que el testador:

- no haya incurrido en preterición y, en ese caso: nada podrá reclamar el legitimario, cuando cuantitativamente lo a él donado cubra su legítima, o únicamente podrá pedir el complemento de la misma, conforme al artículo 815, en caso contrario;
- haya incurrido en preterición, y, por consiguiente, sea anulada la institución de heredero, supuesto en el cual el preterido tendrá derecho a su cuota intestada, mermada en cuanto las mejoras y mandas válidamente dispuestas por el testador afecten a su base de cálculo, pero a su haber se le imputarán, conforme al artículo 820, § 1.º, en primer término la dote o las donaciones recibidas, que no sólo podrán cubrir su legítima, sino incluso una porción mayor o la totalidad que le corresponda.

1₂) La cuestión en los Derechos forales o especiales.

También en los regímenes forales o especiales espoñoles podemos distinguir el derecho *a la legítima* y el derecho *sobre el contenido material* de la legítima. La diferencia fundamental, respecto al Código civil, del régimen de una de estas regiones y de un territorio, concretamente Navarra y Ayala, estriba en que la legítima no tiene en éstos contenido material, sino meramente formal; y la del régimen de otras regiones y territorios radica en que en Aragón no hay legítima material individual y en que la legítima individual en los territorios de la Tierra Llana de Vizcaya, Aramayona y Llodio sólo tiene contenido formal o simbólico. Naturalmente en todos estos ordenamientos el derecho *a la legítima* dimana de la ley, y también en todos —basados en el principio de la libertad de disponer (plena en Navarra y Ayala; circunscrita a cierto grupo familiar en Aragón y Vizcaya, y limitada, en Cataluña y Baleares)— no hay delación legal directa del contenido material de las legítimas.

Este es el panorama general que ofrece esta cuestión en nuestros Derechos forales, sin perjuicio de que sean precisas algunas matizaciones acerca de la atribución del contenido material de las legítimas que lo tienen.

a) EN ARAGÓN.

16. El contenido material de la legítima colectiva “puede distribuirlo el causante igual o desigualmente” o “atribuirla a uno solo” de sus descendientes (art. 119 Comp. Ara.), con lo que sigue el criterio de los fueros *De testam. nobiles* y *De testam. civium* de autorizar a los padres para que “*unum ex filius, quam voluerint, heredem facere*”.

Lo cual pueden efectuarlo éstos no sólo en *testamento*, sino también en *sucesión paccionada* (Lib. III, Tít. III, Comp. Ara.) y mediante

fiducia sucesoria (Lib. III, Tít. IV), así como también con liberalidades no usuales (art. 126 Comp.).

También puede recibirse *ab intestato*, a falta de disposición del causante por sí o por fiduciario, o en caso de preterición total por ignorancia (art. 122, 2.º Comp.); así como, circunscrita en conjunto a los dos tercios del caudal, en caso de preterición consciente o desheredación injusta totales (art. 122, 1.º).

La ley (art. 123 Comp.) confiere al legitimario que sufra preterición consciente o desheredación injusta singulares, "derecho a una porción del caudal igual a la del menos favorecido por el testador".

También confiere la ley el derecho de alimentos regulado en el artículo 121 Comp.

José Luis Lacruz Berdejo (156) ha explicado que, al formular el Anteproyecto, a la Comisión de juristas aragoneses le pareció que no debía coartarse la voluntad del causante hasta el punto de que en ninguna circunstancia pudiera instituir heredero a un extraño o un pariente que no fuera descendiente, aun teniendo hijos o descendientes el testador, pero que en ese supuesto debía requerirse una manifestación clara y explícita de apartar a estos últimos de la condición de herederos. Con ese criterio, el que hoy es artículo 120 Comp., tenía este último párrafo: "Habiendo legitimarios, la institución de heredero a favor de un extraño se presumirá legado".

Este párrafo fue suprimido por la Comisión General de Codificación; Lacruz se pregunta: si esa supresión se hizo con el fin de volver al criterio últimamente predominante en el Derecho anterior, concorde con el texto de los Fueros de 1307 y 1311, de que por lo menos uno de los hijos debía ser instituido heredero; o bien, si, simplemente, eliminó una presunción que no le pareció suficientemente justificada. Aunque reconoce que el texto no recogido no resolvía de modo claro el problema de si es posible eliminar de la institución de heredero a los legitimarios, otorgándola a otras personas (generalmente el cónyuge), o bien si la cuota legitimaria, una vez imputadas las donaciones, debe dejarse a título de herederos a los descendientes, o a alguno de ellos. Y añade que la norma vigentes del todo inexpresiva.

Pese a los antecedentes históricos, señala el mismo autor que en pro de la libertad de nombramiento de herederos a favor de extraños, se dan importantes razones:

1º.) El tenor literal del artículo 119, que evita hablar de *herederos forzosos* (Lacruz subraya que en Aragón no rige el artículo 806 C. c.) y se limita a imponer la obligación de que los dos tercios del caudal recaigan en descendientes legítimos, pero sin expresar por qué título, de lo cual deduce Lacruz que "permite que sea por cualquiera, como el artículo 815 del Código civil".

2º.) La regulación de la legítima formal, en el artículo 120, exige que en el acto se mencione a los descendientes inmediatos, pero

(156) LACRUZ BERDEJO, "Las legítimas en la Compilación", V, en *RCDP* XLIV, marzo-abril 1968, pp. 513 y ss.

“sin requerir el nombramiento de heredero, y ni aun atribución alguna de bienes”.

3.) Que el artículo 124 al regular la reducción de liberalidades en el supuesto de que en conjunto los legitimarios no alcanzaran a recibir los dos tercios de los bienes, que constituyen su legítima colectiva, legítima para pedir esa reducción —y sólo esa reducción— a “cualquiera de ellos designados heredero, donatario universal o, en otro caso, cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar”; es decir, como subraya Lacruz, “presenta como normal el supuesto de no haber sido designado heredero ninguno de los descendientes”.

Por esas razones dice que se inclina “a creer —si bien la solución sigue siendo discutible— que el legitimario no tiene hoy, en el nuevo cuerpo legal, derecho al título de heredero, ni cabe pretender que uno al menos de los legitimarios sea nombrado tal. Sólo en caso de preterición total se llegará a reconocer forzosamente la calidad de heredero al reclamante, pero entonces por la vía de la sucesión intestada”.

Ahora bien, cree el mismo Lacruz (157), que la legítima global “no representa sólo para el causante (como según la opinión más aceptable en el Código civil) un mero freno o límite de tipo negativo; salvo que se haya satisfecho mediante donaciones, existe, desde el momento de abrirse la sucesión, un derecho sobre el caudal mismo (no forzosamente por título de heredero) que en ciertas ocasiones compete al grupo y en otras al individuo en cuanto concreción del grupo: nunca aisladamente a cualquier legitimario.

b) EN BALEARES.

17. Sabemos que la legítima balear tiene su raigambre en la romana-justiniana, con mayor (en Ibiza y Formentera) o con menor (en Mallorca y Menorca) influencia catalana. Por consiguiente, el contenido material de la legítima no se recibe por delación legal más que en el supuesto de sucesión *ab intestato*, sea a falta de disposición del causante, o bien por invalidación total o parcial de ésta, en caso de preterición o desheredación injusta, lo mismo que en el Código civil.

«) Para Mallorca prevé la Compilación: la atribución del contenido material de la legítima por el causante.

1.) El testamento: “*La institución de heredero y el legado a favor de quien resulte ser legitimario implicarán atribución de la legítima, aunque no se exprese así...*” (art. 48, § 1, ap. 1).

No cabe satisfacer la legítima mediante legados de metálico no hereditario, de cosa ajena o de cosa del heredero, pues el artículo 46, § 1, inciso 2.º, requiere que “*debe ser pagada en bienes de la misma [herencia], siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador*”. Debe entenderse, pues, en estos supuestos, válido el título de

(157) LACRUZ, loc. últ. cit., VI, p. 517.

la atribución —herencia o legado—, pero ineficaz la asignación del contenido, salvo si el legitimario optare por aceptarlo, quien de no ser así podrá exigir que se le cubra con el contenido hereditario correspondiente.

Cabe, en cambio, que el causante disponga alternativamente una atribución compensatoria de la legítima, por el título que sea —insti-tución, legado, fideicomiso—, o el reconocimiento de la legítima (que equivale a un legado de *pars valoris bonorum*), según resulta del artículo 49:

“La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación”.

Opción que ha de entenderse no cabe en otros casos, en los cuales el legitimario podrá exigir que las limitaciones se tengan por no puestas y se reduzcan las cargas en cuanto afecten a su legítima, conforme los artículo 813, § 2, y 817 del Código civil, supletoriamente aplicables.

- 2.) En donación universal (arts. 10 y 11).
- 3.) Por donación o ventaja con “definición” (art. 50).
- β) En Menorca no son aplicables las dos formas últimamente citadas.
- γ) En Ibiza y Formentera, puede el causante atribuir las legítimas:
 - 1.) En testamento, a título de herencia o de legado, en bienes o en metálico (art. 81).
 - 2.) En “espolits”, por heredamiento (art. 70).
 - 3.) Por delegación en el cónyuge efectuada en heredamiento (artículo 74) o en testamento por cláusula de confianza (art. 77).
 - 4.) En donación o ventaja con “definición” (art. 80).

c) EN CATALUÑA.

18. El artículo 122 de la Compilación catalana distingue claramente el derecho a la legítima y la atribución de su contenido: “La legítima confiere por ministerio de la ley a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que éste podrá atribuirles a título de institución hereditaria, legado donación o de cualquier otra manera.

Entre estas otras maneras podemos señalar los títulos siguientes:

- heredamientos (art. 87, § 1).
- dote, donación matrimonial, donación *mortis causa* (artículo 132, 1.).

Entre los distintos tipos de legado con los que puede satisfacerse

la legítima (158) previene expresamente la Compilación el legado que denomina *simple de legítima*, en el artículo 31, § 3, ap. 2, que dice: “*se entenderá ordenado cuando el causante exprese que lega o deja al legitimario “lo que por legítima le corresponda”, o empleando términos análogos, aunque en lugar de la palabra use otro término equivalente*”.

Este legado *simple de legítima* origina una facultad alternativa para el legitimario en los dos siguientes casos:

1.º) Si se hubiesen legado en concepto de legítima bienes que no fueran “de plena, exclusiva y libre propiedad” del testador “salvo en el caso de no haberlos en la herencia, sin contar, a este solo objeto los bienes muebles de uso doméstico”. Hipótesis para la cual el artículo 131, 2, ap. 2.º, previene la *facultad del legitimario “para optar entre admitir simplemente el legado o renunciarlo, exigiendo lo que por legítima le corresponda”* (159).

2.º) En el supuesto de *cautela Socini*, prevista en el artículo 133, apartados 2.º y 3.º: “*No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta, con la expresa prevención de que si el legitimario no acepta dichas limitaciones se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, facultará a aquél para optar entre aceptar dicha disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya sólo la legítima libre de ellas. La aceptación de la disposición implica la de las cargas o limitaciones impuestas*” (160).

Fuera de estos dos supuestos, no cabe esa opción al legitimario a quien, conforme el criterio de las disposiciones del *Codex de Justiniano*, no afectarán las cargas y limitaciones puestas a su legítima, tal como expresa el ap. 1.º del mismo artículo 133: “*El causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas*”. Aunque ello, naturalmente, sólo hasta el montante de la legítima, como resulta del artículo 136, § 1.º: “*La institución de heredero, el legado, la donación y el señalamiento o asignación en concepto de legítima o imputable a ella no privarán de su cualidad de legitimario a los favorecidos, pero sólo en cuanto al*

(158) MARÍA ENCARNA ROCA DE LAQUÉ, “Configuración jurídica de la legítima en el Derecho Catalán”, en *R. J. de Cat.* LXX, enero-marzo 1971, páginas 23 y ss., dice que el artículo 131 “parece establecer un *numerus clausus* aparte del cual el testador no puede moverse libremente, siendo a este respecto nuestra respuesta negativa: el testador catalán puede atribuir al legitimario cualquier clase de legados, excepto quizás el de deuda, siempre que reúna las características que establece el propio artículo 131, el cual contempla sustancialmente cuatro tipos de legados: el legado de bienes, dentro del que podemos incluir el de parte alícuota, el de dinero, aunque no lo haya en la herencia, el de cosa ajena y el simple de legítima.

(159) Cfr. nuestro estudio “Cautelas de opción compensatoria de la legítima, I, A. c. en *Estudios Jurídicos Varios*, con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado, sec., III, vol. I, p. 445, en rel. con b, pp. 443 y ss.

(160) Cfr. nuestro trabajo cit. en la nota anterior, en especial III parte, páginas 637 y ss.

importe de lo que por legítima les corresponda, haciendo suyo el exceso como mera liberalidad" (161).

La vieja opción, admitida en el Derecho común, entre ejercitar la querella o aceptar el legado atribuido por el testador al legitimario no instituido heredero (162), dejó de tener lugar en el Derecho de Cataluña, desde la Constitución dada por Pedro III (IV de Aragón) en las Cortes de Monzón de 1463, al autorizarse que la legítima se dejará. "*E sis vol per dret legat, o per cualsevol altra manera*", al desaparecer así el presupuesto de aquélla opción basada en la posibilidad del legitimario no instituido heredero de invalidar la institución y recibir *contra tabulas* la legítima, desaparecida al abolirse el deber formal de instituir heredero al legitimario que había impuesto la Nueva CXV, cap. III de Justiniano (163).

d) EN VIZCAYA.

19. Era costumbre inmemorial recogida y autorizada en la ley 11, Título XX, del Fuero de Vizcaya, que los padres dejaran, en donación o testamento, su hacienda a uno de los hijos, apartando a los otros. Es decir, que la vocación al contenido de la legítima global lo hiciera el causante. Hoy el artículo 23 Comp. Vizc. reconoce al testador esa facultad de "*distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas...*", o "*elegir a uno sólo de ellos apartando a los demás*".

El artículo 30 previene que: "*la sucesión se defiera en capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación*" con su correspondientes "*apartamientos*".

También es regulada la "*delegación*", en uno o varios comisarios de "*la designación de heredero*", "*la distribución de los bienes y cuantas facultades le corresponda en la transmisión sucesoria de los mismos*" (art. 15), conferida en testamento o bien recíprocamente en escritura de capitulaciones (art. 16). Delegación que el *comisario* podrá ejercitar mancomunadamente, salvo cuando del tenor del testamento resulte otra cosa, tomando los acuerdos por mayoría y resolviendo los empates el nombrado en primer lugar (art. 18), irrevocablemente (art. 19, § 3.º), "*en un solo acto si los herederos fueren mayores de edad, mas si alguno o todos ellos no lo fueren, podrán hacerlo en uno o varios otorgamientos, a medida que aquéllos contraigan matrimonio o alcancen la mayoría de edad*" (art. 19, § 1), sea por acto *inter vivos* o por testamento (art. 20), en el término de "*un año, con*

(161) Obedece al criterio de las leyes *Omnimodo, Quoniam in prioribus y Scimus* (Cod. III-XVIII, 30, 32 y 36 pr.), acerca de las cuales puede cfr. nuestro estudio úl. cit., I, B, c, p. 469 y ss.; C, a, pp. 470 y ss.; D, b, pp. 485 y ss., y E, a y b, pp. 510 y ss.

(162) Cfr. *Ibid* I, A, a, pp. 436 y ss.

(163) Cfr. JAIME DE MARQUILLES. "*Commentaria Jacobi de Marquilles super Usatius Barchinonensis*", Usatje *Exheredare, vers Iuris quo* (cfr. ed. Barchinonae 1505, fo. CCXXV vto., donde dice: "*hodie non est nullum etiam quo iure de legatis non dicatur iure institutionis tenet et valet ut usus in curia Montissoni dominio regis Petris, constat in impuberibus*".

tado desde la muerte del testador o, en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos, a no ser que el testador hubiese señalado plazo al comisario para cumplir su encargo (art. 19, § 2.º).

Esta afirmación del apartado primero del § 2, artículo 19 —“*El testador podrá señalar plazo al comisario para cumplir su encargo*”—, parecía haber resuelto la grave cuestión creada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Ss. 30 abril y 17 mayo 1957, 19 mayo 1960 y 8 octubre 1962, estas dos últimas, aunque posteriores a la Compilación, relativas a casos planteados con anterioridad a ella), que “en contra de la costumbre y práctica tradicionales” (164) había rechazado la fijación por el causante de un plazo para el cometido del comisario que fuese superior al señalado por el Fuenro, por haber estimado el término legal imperativo y no meramente determinativo. Gregorio de Altube (165), años antes, cuando esta cuestión había tomado estado litigioso, nos demostró luminosamente lo consustancial que era al régimen sucesorio vizcaíno, la prórroga vitalicia —usualmente calificada de *alkar* (o usufructo) poderoso— del poder testitorio a favor del cónyuge supérstite. Pero el Tribunal Supremo, al juzgar este uso, confundió el sentido de la ley 13 del Título VII y de la 3 del Tít. XXXVI, que trataban de evitar la introducción por los poderes político y judicial de normas y costumbres traídas de fuera de Vizcaya, en especial del Reino, pero en modo alguno de impedir el desarrollo consuetudinario de la propia tierra (166); y, como fruto de esa confusión, rechazó aquella costumbre tradicional practicada y vivida por doquier en el Infanzonado. Sin embargo, la cuestión ha vuelto a quedar sin resolver para aquellos poderes testitorios conferidos por prórroga indefinida, al estimar como tal la fijación de un plazo vitalicio. Así la S. 29 abril 1964 entendió a la inversa que el poder prorrogado “por todo el tiempo de vida del sobreviviente”: “equivale a una prórroga indefinida”, y ha interpretado el artículo 19 en el sentido de que era preciso *determinar el tiempo* de la prórroga —no bastándole la determinación del momento, sino la fecha—, pues dice que “el señalamiento de plazo tiene que referirse a un término concretado en el tiempo”. Interpretación que algún autor vizcaíno ha declarado que no llega a comprender (167).

(164) Cfr. ASTORQUI, “Introducción al Derecho civil de Vizcaya y Alava”, Bilbao 1964, pp. 102 y s.

(165) GREGORIO DE ALTUBE E IZAGA, “El paisaje fuente del Derecho”, Conferencia inédita pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 abril 1949.

(166) Cfr. nuestro estudio, “Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral”, 10, en *ADC* XXIII-III, julio-septiembre 1970, pp. 489 y s.

(167) ASTORQUI, en la hoja adicional a la 103 de su op. cit.

II. CONCRECION O DETERMINACION DEL CONTENIDO DE LAS LEGITIMAS

II₁. En el régimen del Código civil.

Acabamos de comprobar que las legítimas pueden ser satisfechas por el causante mediante institución de heredero, legado, donación o dote; pueden recibirse supletoriamente embebidas en la sucesión intestada, incluso contra testamento, y pueden complementarse en virtud del derecho a su suplemento.

Ahora debemos examinar cómo se concreta el contenido de ese derecho, referido a la obtención de un *quantum*, y cómo se determina en bienes especificados, o, en su caso, es fijado en una suma a pagar en dinero.

Esa concreción, determinación o fijación puede:

- pre establecerse por el causante, sin perjuicio del derecho al complemento del legitimario en caso de que haya lugar a él;
- puede ser efectuada, dentro de ciertos límites, por el comisario contador partidor;
- o puede ser convenida entre herederos y legitimarios, ya sea en la partición o bien en un acto de entrega y solución de la legítima.

La ley establece determinadas reglas para esa satisfacción.

Tal es el planteamiento general del tema con el que ahora debemos enfrentarnos.

A. DETERMINACIÓN HECHA POR EL CAUSANTE.

Hemos visto al tratar del contenido cualitativo de la legítima (168) que su calificación como *pars bonorum*, según el Derecho común no exigía que ésta fuese satisfecha *minutatim in singulis rebus*, es decir, en una porción de todos y cada uno de los bienes relictos, sino que el testador podía asignarla *in re certa, in qualibet re hereditaria*, con tal que no fuese una *res deteriori*, ni *sumptuosa*, improductiva o inasequible por su situación y circunstancias; que de este criterio fueron reflejo las leyes 213 del Stilo y 19 de Toro, según la interpretación prevalente entre los autores castellanos, y que ese mismo criterio es significado en los artículos 815, 819, 820, 821, 828, 829, 1.045, 1.047, 1.048 y 1.056 del Código civil, reconocido por el Tribunal Supremo en Ss. 6 marzo 1945 y 28 junio 1965, que han destacado la amplia libertad determinativa del testador de la composición cualitativa de los lotes en virtud de la cual no tiene necesidad de sujetarse a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062 C. c.

Vamos a ver ahora los medios jurídicos de que dispone el causante para efectuar esa determinación:

(168) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", n. 4, 5 y 6, en *ADC XXXI-I*, pp. 26 y ss.

a) *Institución en cosa cierta.*

20. Es conocida la doctrina que, desde Aquilio Galo hasta Justiniano, los jurisconsultos romanos elaboraron en torno a las instituciones *excepta re certa*, o *detracta re*, y *ex certa*, que parecían contradecir el principio de la universalidad de la institución (169). El criterio de aquel jurista para la institución *excepta re certa* de hacer prevalecer el *nomen* sobre la *asignatio*, prescindiendo de la *mentio rei*, fue aplicado a la institución *ex re certa* por Sabino y, comentando a éste, por Paulo, en el texto que pasó a ser la ley “*Si ex fundo*” (Digesto XXVIII-VI, 41, § 8), y Trifonino (Dig. XXVI-I, 29). Pero fue suavizada a fin de adaptar al máximo posible la solución a la voluntad del testador. Así lo fue no sólo en el testamento militar (Dig. XXXIX-I, 17 y XXIX-I, 6, que recogieron sendos textos de Gayo y Ulpiano), sino también sucesivamente:

- al considerarse gravado con fideicomiso en el resto de la herencia al instituido *ex re certa*, si el testador hubiese ordenado expresamente que se contentara con ésta (Papiano, Dig. XXXI-único, 61).
- al entenderse la determinación de la cosa como asignación *arbiter familiae erciscundae* (Papiano, Dig. XXVIII-V, 78 pr., Ulpiano, Digesto h. t., 35 pr.).
- al estimarse adquirida *vice praceptionis, por adiudicatio*, la cosa cierta, con lo que el instituido en ella quedaba facultado a detraerla en el mismo acto de la partición (Codex IV-II, 1).
- al pasar a ser considerada como un *legatum per praceptionem*, si con los instituidos *ex re certa* concurriesen otros llamados *ex asse* (Cons. Justiniano del 529 o lex “*Quotiens certi quidem*”, Cod. VI-XXIV, 13).

La ley 14, tít. III, Partida 6., recogió sucesivamente, para sus respectivos supuestos, los criterios de la leyes *Si ex fundo*, *Quotiens certi quidem* y del fragmento de Ulpiano Dig. XXVIII-V, 35.

Respecto de lo que aquí nos interesa, debemos destacar que Justiniano, a pesar de exigir que los descendientes y ascendientes legítimos fueran instituidos herederos, en el mismo cap. V de la Novela CXV indicó que bastaba instituir *ex certa rebus* al hijo para que éste no pudiera ejercitar la *querella*.

Covarruvias (170) explicó la validez, en el régimen de Derecho común, de la disposición en virtud de la cual el testador dejará la legítima por institución *ex re certa*, porque “*institutus in re certa heredis nomen et comodum habet, quod ius acrescendi; hereditatem universali repudiante, tota heredita accrescit huic in re certa instituto*”.

(169) Cfr. nuestros “Apuntes...” II, § 2, A, pp. 146 y ss., y ADC IV-IV, páginas 1377 y ss.

(170) COVARRUVIAS, “*Ex tit. de Testamentis interpretatio*”, cap. *Raynatius* 16, § 1, n. 9; ed. cit., vol. II, p. 71.

Antonio Gómez (171) señaló la posibilidad de que, en el período mediante entre la *delatio* y la *adquisitio*, el instituido *ex re certa* pasara a ser heredero universal si los instituidos *ex asse* no llegaran a recibir la herencia —sin perjuicio de que aquél se entendiese gravado de fideicomiso, que le obligaría a restituir el resto a quien compitiere, si se le hubiese instituido con la previsión de que nada más retuviera o de que se contentase con la cosa determinada (172) y, además, que esa institución reportaba, frente al legado, las ventajas siguientes:

1.) Mientras los legatarios, salvo disposición expresa del testador, no podían tomar la cosa legada por su propia autoridad, en cambio, el instituido en cosa cierta, aun habiendo herederos universales, podía lícitamente tomarla por sí mismo, según había entendido la común opinión de los autores.

2.) Aun en concurso con herederos *ex asse*, podían exigir la posesión en virtud de la ley final *Cod. de edict. Divi Adriani tollendo* (*Cod. VI-XXX*, 3).

21. El Código civil, en su artículo 768, dice escuetamente: “*El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*”.

Hace años (173), al comentar este artículo, nos sumamos al criterio de los autores que no lo habían considerado imperativo, sino de carácter interpretativo de la voluntad del causante (174). Así consideramos que son verdaderos herederos los instituidos en cosa cierta cuando su llamamiento o llamamientos agotan el caudal hereditario, o si el testador pensó que lo agotaban por haberse olvidado de algún bien de escaso valor o alguna cosa concreta; o cuando el remanente fuese distribuido en legados o dejado a uno de los llama-

(171) ANTONIO GÓMEZ, “Variae...”, I, cap. X, n. 14, ed. cit., p. 118.

(172) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “como a herederos” de la ley 5, tít. VIII, Part. 6.^a, vers. *Cum igitur*; LUIS DE MOLINA, S. I., “De Iustitia...”, *Quaest. CLV*, n. 22, *Secundo*, ed. cit., pp. 598 y ss.

(173) “Apuntes...”, II, § 2.^a, D, d, pp. 170 y ss., y *ADC IV-IV*, pp. 1401 y siguientes.

(174) Así, MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 768, pp. 98 y ss.; SCAEVOLA, op. cit., volumen XVIII, arts. 1.074 a 1.079, pp. 447 y ss.; JOSÉ ROÁN GONZÁLEZ, “Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1940”, en *RDP XXX*, septiembre 1946, pp. 644 y ss., en especial nota 50; GREGORIO ORTEGA PARDO, “Heredero testamentario y heredero forzoso”, en *ADC III-II*, julio-septiembre 1950, p. 330; ROCA SASTRE, *Notas al “Derecho de Sucesiones”*, de Kipp, vol. 1, § 44, I, i, p. 264. Despues han opinado del mismo modo: LACRUZ BERDEJO, “Derecho de Sucesiones. Parte General”, nn. 84 y 85, pp. 85 y ss.; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-I, cap. XIV, pp. 372 y ss.; PUIG BRUTAU, “Fundamentos...” V-I, cap. I, 6, B, pp. 78 y ss.; CÁMARA ALVAREZ, “El legado de cosa ganancial”, en *ADC V-II*, abril-junio 1952, nota 103, pp. 327 y ss., y “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima...”, nota 228, en *Estudios Jurídicos Varios*, del Centenario de la Ley del Notariado, pp. 866 y ss.

La posición rígidamente objetiva que considera la norma del artículo 768 como *ius cogens* se halla representada por OSSORIO MORALES, “Estudios de Derecho Privado”, Barcelona 1942, pp. 115 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, VI-I, Madrid 1960, § CXXVII, II, E, d, b’, p. 86; BONET RAMÓN, “Código civil...”, art. 768, p. 593; ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, “Lecciones de Derecho Sucesorio”, Madrid 1969, III, 3, p. 28.

dos en cosa cierta sin significar atribución objetivamente importante, sino mera previsión para evitar el ab-intestato del mismo (175).

Así, utilizada la institución en cosa cierta para satisfacer alguna legítima, el favorecido con ella podrá resultar heredero cuando por aplicación del criterio interpretativo del artículo 675, § 1.º, ap. 2, quede desmentida la presunción expresada por el artículo 768, y en ese caso el legitimario instituido en cosa cierta deberá reputarse verdaderamente heredero. Pero, aun en el caso de que resulte ser efectivamente un legatario, por aplicación de la norma interpretativa —en nuestra opinión— del artículo 768, hemos entendido (176) que continuaba estando favorecido con las ventajas que los autores de Derecho común, según hemos visto referido por Antonio Gómez, atribuían a los instituidos en cosa cierta, aun cuando fueren considerados como legatarios, y basamos este criterio en las siguientes razones:

1.º) La S. de 26 octubre 1928 declaró que el legatario puede tomar por sí mismo la posesión de la cosa legada cuando el testador se lo hubiese autorizado, pues la voluntad de éste es ley de la sucesión; y, partiendo de este supuesto, es razonable entender que el testador, al llamar heredero y no legatario al asignatario de la cosa cierta, manifiesta implícita, pero evidentemente, su voluntad de que éste pueda tomar por sí mismo la cosa como si realmente fuese heredero.

2.º) Esa facultad de posesionarse por propia autoridad, debe ir unida a una *possessio sine corpore* que legitima esa actuación directa, que en otro caso no estaría permitida al propietario no poseedor, por lo cual debe entenderse transmitida desde el momento de fallecer el causante la posesión civilísima de la cosa cierta al designado heredero de la misma; estimándose así aplicable el artículo 440 C. c. a cualquier persona a la que se le otorgue el nombre de heredero, aunque deba ser considerada como legatario por haber sido instituido en cosa cierta, y, en consecuencia, podrá pedir la posesión de esa cosa por el procedimiento del artículo 2.056 L.E.C. o por el interdicto de adquirir, en su caso.

b) *Legado determinativo del contenido de la legítima.*

22. Admitido, por nosotros que la legítima pueda ser satisfecha mediante la atribución de un legado, no podemos sentir duda alguna acerca de la posibilidad de que el testador concrete su contenido mediante uno o varios legados de cosa determinada, o incluso de una cantidad en dinero en los supuestos en los cuales puede hacerlo al amparo de los artículos 821, 829 y 1.056, § 2.º (177).

En el primer caso, parece, a primera vista, que el legitimario se hallará en situación menos favorable que en el supuesto de haber sido instituido heredero, debido a la diferente situación práctica en que

(175) "Apuntes...", II, § II, D, pp. 175 y ss., y *ADC* IV-IV, pp. 1406 y siguientes.

(176) *Ibid.*, b, p. 165, y *ADC* IV-IV, p. 1396.

(177) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima...", n. 6, en *ADC* XXIV-I, páginas 35 y ss.

determinaría la respectiva aplicación, en el primer caso, del artículo 440, y, en el segundo, del artículo 885 C. c.

Conforme al artículo 440, § 1.º: *"La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a:adirse la herencia".*

En otra ocasión nos hemos ocupado del origen de esta norma; de si era una aplicación de la *gewere* ideal germánica o de la *saissine*; o bien expresión de la *possessio civilissima*, elaborada en el Derecho común, ya como *ficta possessio* o *possessio artificiales*, como había opinado Baldo, o como *posesión vera et propria*, según sostuvieron en general los juristas castellanos (178). Ahora sólo nos interesa recoger las consecuencias que estimamos derivadas para el heredero de esa transferencia posesoria operada por ministerio de la ley, a saber:

a) Puede ocupar la tenencia de aquellos bienes no detentados por nadie.

b) Para obtenerla dispone del interdicto de adquirir cuando la detenten meros precaristas, entendiendo esta palabra en el amplio sentido que la jurisprudencia atribuye (arts. 1.633 y 1.638, § 1.º, L.E.C.).

c) Este mismo interdicto puede ejercitárselo para que los poseedores, que no lo sean en concepto de dueño ni de usufructuario, le reconozcan su posesión a título de heredero y de dueño (arts. 1.633, § 1, y 1.638, § 1).

d) Le competen los interdictos de retener y recobrar como remedios contra la inquietación y el despojo sufridos por el causante, u ocurridos en el período intermedio entre la delación y la ocupación material, si estas acciones aún no hubieran prescrito.

En cambio, conforme al artículo 885 C. c.: *"El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla".*

Subrayamos, no obstante, que no se trata de una norma que sea esencial a la naturaleza del legado; pues, lo mismo que en el Derecho histórico, cabe —según reconoció, como hemos visto, la S. 26 octubre 1928— que el testador autorice al legatario para que se posea por sí mismo de la cosa legada, con lo cual la *successio in possessionem* del artículo 440 se desvía a éste, con todas sus consecuencias.

Siendo, pues, así que esta norma del artículo 885 no es esencial a todo legado de cosa determinada, ¿cabe deducir que es de aplicación alguna excepción, derivada de la voluntad del testador, en el supuesto de que éste haya ordenado un legado *pro legitima*?

Notemos que el Cardenal de Luca (179) ya había considerado que

(178) "Apuntes...", II, § 6, C, pp. 285 y ss., y *ADC* V-III, pp. 893 y ss.

(179) DE LUCA, "Theatrum veritatis et iustitiae", Lib. XI, Pars prima de Legatis, Disc. XXI, n. 3; cfr. ed. Venetis 1716, vol. VIII, p. 31.

el legitimario no necesitaba dirigirse al heredero para tomar posesión de los bienes legados, sino que podía tomarla por sí mismo.

Este criterio lo hemos trasladado a nuestra legítima (180), basándonos en el artículo 806 C. c. Hay una cuota líquida de la herencia *reservada* por la ley a los legitimarios. Si bien en nuestro Derecho no hay delación legitimaria, es lo cierto que la disposición del causante no hace sino atribuir a los legitimarios esa porción que previamente les estaba destinada. Este destino prefijado, esta reserva legal, son datos suficientes, no sólo para justificar el inmediato tránsito de una cotitularidad indeterminada en los bienes a los legitimarios a quienes les atribuya el testador su derecho mediante un legado de cuota, sino también para entender que la posesión de la cosa cierta legada *pro legítima*—e incluso del género o cantidad contenidos en la herencia—pasen directamente en el momento de fallecer el *de cuius* al legatario-legitimario, y que éste las puede ocupar materialmente por propia autoridad si estuvieren determinadas—o para coposeerlas con los herederos, en su caso—.

c) *Donaciones en anticipo de legítima.*

23. Si la legítima puede ser cubierta con lo donado, sin duda podrá el causante concretar o determinar su contenido mediante donaciones que podrá otorgar como anticipo de legítima o, más ampliamente, con carácter colacionable.

Las donaciones en anticipo de legítima pueden ser otorgadas *mortis causa* o *inter vivos*.

a) Puede donarse *mortis causa* en anticipo de legítima (181). La determinación de ese carácter de anticipo significa un nuevo condicionamiento de la donación, que no sólo penderá de su no revocación y de la no premoriciencia del donatario, sino además, tanto en su cuantía como en su eficacia, de la consolidación y extensión de los derechos legitimarios del donatario. Si éste es justamente privado de su legítima, por haber incurrido en causa probada de desheredación, la donación no se consuma, aunque el donatario no haya incurrido en causa de revocación por ingratitud. Si la donación *mortis causa* excede de la legítima estricta del donatario, o, en su caso, de la mayor porción que le corresponde en la herencia del donante, la donación no se consuma en la parte que exceda.

Notemos que si bien toda donación *mortis causa* a la que no se le señale carácter de mejora o se la dispense de colación, debe imputarse a la legítima, en cuanto quepa en ella, sólo las expresamente otorgadas como anticipo de legítima pueden considerarse condicionadas y circunscritas en los términos que hemos expresado. En mu-

(180) "Apuntes...", II, § 4, F, pp. 279 y ss., o *ADC* V-III, pp. 887 y ss., y § 6, C, p. 285, o *ADC* V-III, p. 893.

(181) Cfr. nuestra conferencia "La donación *mortis causa* en el Código civil", V, en *An. Ac. Matr. del Not.* V, pp. 637, 721 y ss., y "Apuntes...", III, § 12, F, c, p. 509, o en *ADC* VII-II, p. 345.

chos casos ese efecto penderá de la concreta voluntad del donante, habida cuenta de las circunstancias del caso.

β) También puede donarse *inter vivos* en anticipo de legítima. En ese supuesto, sin embargo, dado el carácter naturalmente irrevocable de las donaciones *inter vivos*, no parece suficiente la expresión de dicho carácter de anticipo para que se produzcan los efectos —que antes hemos sobreañadido a las donaciones *mortis causa*— condicionantes y limitativos dependientes de la existencia y cuantía de los derechos legitimarios del donatario. Así lo entendió el Tribunal Supremo en S. 26 junio 1946, que rechazó tales efectos a una donación otorgada como anticipo de legítima y estimó que era “más lógico interpretar la referida cláusula en el sentido de que el donante trató de que quedara fuera de duda que con la donación no quería mejorar anticipadamente los derechos que en su día pudieran corresponder a sus hijos como herederos legitimarios, advertencia que realmente, dado lo dispuesto en el Código civil era innecesaria”.

Se trata, como había observado Calderón Neira (182), de un problema de interpretación: “Todo se reduce a saber cuál fue la voluntad de los contratantes, y claro es que en la interpretación de cláusula de esta naturaleza entra por mucho el objeto y el conjunto de lo estipulado en todo contrato. Pero, por regla general, y aun en la duda de cuál fue la intención de los contratantes, no puede suponerse que esta cláusula contenga una limitación a la donación dentro de la legítima misma. Las palabras subrayadas [“que la donación se hace a cuenta de la legítima o con cargo a la legítima o como anticipo de legítima”] pueden muy bien entenderse, y ese será su sentido habitual, que se refieren a especificar que la donación no se realiza por vía de mejora, o aún puede significar que la donación se hace a cuenta de la vocación hereditaria. Pero si, en efecto, apareciese que el propósito de los contratantes había sido limitar la donación a la legítima, no hay duda que la estipulación debe cumplirse y el donatario se verá obligado a devolver el exceso, en debido respeto a lo pactado”.

Por consiguiente, fuera de que se dé este último supuesto de condicionamiento, las donaciones *inter vivos* en anticipo de legítima no pueden entenderse condicionadas en su efectividad y cuantía a la legítima que al donatario le corresponda en la herencia del donante. Sin perjuicio de que puedan tener lugar, en sus supuestos respectivos, la reversión, prevista en el artículo 812, y la revocación por ingratitud, que regula el artículo 648 C. c., no creemos que puedan ser objeto de reducción en cuanto no sean inoficiosas, conforme a los artículos 636 y 654 C. c., aunque deberán ser objeto de colación en su caso (183).

(182) MANUEL CALDERÓN NEIRA, “La colación en el Código civil”, en *RGL y J* CXI, 2.º sem. 1907, pp. 132 y ss.

(183) “Apuntes...”, loc. últ. cit., d, pp. 509 y ss., y *ADC* VII-II, pp. 345 y siguientes.

d) *Donaciones colacionables.*

24. Donaciones colacionables, empleando esta palabra en su sentido estricto, son aquellas que han de traer a la cuenta de la partición los herederos forzosos que concurran en una sucesión con otros que también lo sean, según viene a expresar el artículo 1.035 C. c.

Esta significación nos muestra que si es colacionable toda donación hecha a un heredero forzoso, a quien no se le satisfaga la legítima expresamente de otro modo, este heredero forzoso al obtener una donación colacionable recibe un anticipo de la cuota participinal que como tal heredero le corresponderá. Siendo así que en esa cuota se integrará el contenido de la legítima no atribuida en otra forma, la donación colacionable será, a su vez, un anticipo de tal legítima hasta cubrir el montante de ésta.

Lo que hemos dicho de las donaciones a cuenta o como anticipo de la legítima, con referencia a que éstas no se hallan condicionadas a que resulte efectivamente debida la legítima, ni limitadas al montante de ésta, podemos repetirlo aquí para las colacionables, con el aditamento de que es mayor el montante al que se colacionan, y de que su eficacia se mantiene en cuanto no resultan inoficiosas, como resulta del artículo 1.036 C. c., aunque dejen de colacionarse por no aceptar el donatario la herencia y en ese caso se mantienen incluso si exceden de la cuota participinal que le correspondería a éste.

Así, la donación colacionable, aunque incondicionada, tiene, en parte al menos, carácter de anticipo de legítima —tanto si en definitiva se colaciona como si no se colaciona por no aceptar la herencia el donatario— en tanto no le haya sido cubierta a éste su legítima en otra forma de modo expreso por el *de cuius*.

e) *Dote obligatoria.*

25. Es sabido que para abarcar en su conjunto la naturaleza de la dote, es preciso distinguir dos aspectos de ella: a) como *aportación al matrimonio*, que el marido administra y usufructa —en la dote estimada— o adquiere con la obligación de devolver su valor —en la dote estimada— y que puede ser efectuada por la mujer o bien por otra persona en atención a ella, que incluso puede imponer su reversión una vez disuelto el matrimonio; y, b) como *donación* que el marido u otra persona hace a la mujer por razón del matrimonio y que durante éste se ha de someter al régimen matrimonial antes referido.

Sin embargo, este segundo aspecto no es esencial a la dote. Así hay dote sin donación cuando es la propia mujer quien aporta con carácter de dote bienes que ya le pertenecían anteriormente.

¿Es también un caso de dote sin donación la dote obligatoria, puesto que en ella falta el “acto de liberalidad”, primera de las notas que incluye la definición que el artículo 618 C. c. establece de la donación? ¿Hay en ese caso tan sólo un anticipo obligatorio de legítima, una atribución sucesoria anticipada y forzosa para el dotante?

Es cierto que Rodrigo Suárez (184) definió las donaciones *ob causam* precisamente como aquéllas “ad quam pater de necessario a iure est obligatus”; que, dando de ellas un concepto más amplio, Tello Fernández (185), incluyó los supuestos “in quibus de iure parentes possunt compelli et in omnibus casibus etiam quibus parentes compelli non possunt, si iure tamen sint expresse quod imputentur”; que Luis de Molina, S. I. (186), entendió que la ley 29 se refería a aquéllas donaciones *ob causam* por las cuales “aliquid donatur filio ad aliquid necessarium, utile illi, aut pium”, y que, con este mismo criterio, Juan García Saavedra (187) explicó que en ellas la causa debe ser necesaria, sea por ley, como la dote, o por naturaleza, como lo dado para alimentos, o por honestidad, como lo dado por milicia, o por conveniencia, como lo dado para que el matrimonio tenga lugar, “quod causa sit necessaria necessitate vel naturae, vel honestitatis, vel mores, vel consuetudines...”.

Pero cuando la necesidad no sólo es “impulsivam, decentem et convenientem”, sino imposición legal compulsiva, podrá darse la *gratuidad* propia de la donación, pero no la *liberalidad* causal característica también de la donación.

En la dote que otorguen los padres a las hijas, debemos distinguir la constituida voluntariamente, aunque impulsada por deberes naturales, por usos o costumbres, o por conveniencia; y la constituida por obligación legal. La primera es una verdadera donación, aunque causal; a la segunda hemos dicho que le falta el requisito de la liberalidad y propiamente sólo es un anticipo de legítima (188).

26. El origen de la obligación de dotar a las hijas impuesta a sus padres si no fueran pobres, se halla en el Derecho romano. Se ha discutido si fue introducida por la *lex Iulia* o bien más tarde por una constitución de Severo y Caracalla (189). Lo cierto es que la vemos regulada en el Digesto XLII-I, 21, 22 pr., XXIV-III, 1, pr. 15, párrafo 2.^o y 16, y en el Código, V-XI, 7, y recogida con variantes en las leyes 8 y 9 del tit. XI de la 4.^a Partida.

(184) RODRIGO SUÁREZ, “Repet, legis “Quoniam in prioribus”...”, *Declaratio legis regni*, § 5 *quaero*, núm. 10, p. 546.

(185) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex 26 et 28, n. 4, fol. 222.

(186) LUIS DE MOLINA, S. I., op. cit., Disp. 238, col. 1478 D y 1479 A.

(187) JUAN GARCÍA SAAVEDRA, “Tractatus de donatione remuneratoria”, n. 49 y n. 49 vers. *Sit item verissimum*, cfr. ed. Amsteledami 1669, páginas 40 y s. y p. 35.

(188) OTERO VALENTÍN, “Anticipos de legítima”, X, 4, p. 95, comenta: “Tratándose de la dote, si bien el artículo 1.035 del Código civil la considera título lucrativo, apreciada su constitución se ve desde luego que precisamente en las dotes forzosas no hay liberalidad ni para los obligados a dotar; ni lo es para esposo, o marido, que recibe los bienes dotales; no lo es para aquéllos en cuanto lo realizan para cumplir su obligación legal, es decir, lo verifican forzosamente, y esto no puede considerarse nunca liberalidad...”.

(189) Cfr. LACRUZ BERDEJO, “La constitución obligatoria de la dote”, en *R. J. de Cataluña* LVIII, septiembre-octubre 1954, pp. 408 y ss., “Dote”, III, A, en *Nueva Encyclopedie Juridica*, § ElX, vol VII, Barcelona 1955, p. 836, o en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona 1958, pp. 325 y ss.

Pero ni el Derecho romano ni el Derecho Real castellano establecieron la cuantía de la dote obligatoria. Al contrario, la ley 29 de Toro estableció para la dote voluntaria una *facultas eligendi* del marido para que, a fin de juzgar si la dote era inoficiosa, se atendiera al tiempo de prometerse u otorgarse —primera opción que salvaguardaba de las ulteriores dilapidaciones de los padres— o bien al momento del fallecimiento del dotante. Y la Pragmática de Madrid de 1534, inserta en la ley 1, tít. II, lib. V, de la Nueva y la Novísima Recopilación, estableció un límite máximo al prohibir que las hijas fuesen, expresa o tácitamente, mejoradas en contrato entre vivos por razón de dote, discutiendo los autores si ese límite máximo fijado lo constituía una parte viril de todo el caudal (opinión de Angulo) o bien una parte viril del remanente después de deducidas las mejoras de tercio y quinto (criterio de Ayerbe de Ayora) (190).

El Código civil, en cambio, no señala límite máximo especial para la dote voluntaria, por lo cual le será de aplicación el artículo 636; pero señala un límite mínimo que constituye la dote obligatoria. En esa medida, la dote obligatoria es regulada por los artículos 1.340, 1.341, 1.342 y 1.343. En lo que excede de ese mínimo, la S. 18 diciembre 1951 declara que regirán las normas de la dote voluntaria, de modo tal que el padre no está obligado a afianzar ese exceso.

27. El Código civil regula la dote obligatoria en sus artículos 1.340, 1.341 y 1.342, redactados en los siguientes términos (191), después de la reforma de 24 abril 1958 que afectó a los dos primeros:

Art. 1.340. “*El padre o la madre, o el que de ellos viviese, están obligados a dotar a su hijas legítimas fuera del caso en que necesitando éstas la licencia de aquéllos para contraer matrimonio con arreglo a la ley, se casen sin obtenerla ni obtener tampoco la autorización equivalente, conforme al artículo 49 de este Código*”.

Art. 1.341. “*La dote obligatoria a que se refiere el artículo anterior consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta. Si la hija tuviese bienes equivalentes a la mitad de su legítima, cesará esta obligación, y si el valor de sus bienes no llegare a la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que falte para completarla*”.

“*En todo caso, queda prohibida la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote, y los Tribunales, en acto de jurisdicción voluntaria, harán la regulación sin más investigación que las declaraciones de los mismos padres dotantes y la de los parientes más próximos de la hija, mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna, residentes en la misma localidad o dentro del partido judicial*”.

(190) Cfr. nuestros “Apuntes...”, III, § 6, B, b, p. 381, y ADC VII-IV, página 1067.

(191) Los transcribimos de la edición crítica de Jerónimo López y Carlos Melon, quienes destacan las muchas, aunque pequeñas, variantes que se observan en las diversas versiones del Código civil, en especial en la sustitución de “dotante” y “dotantes” por “donante” y “donantes” (cfr. páginas 362 y ss., nota al art. 1.341).

"A falta de parientes mayores de edad, resolverán los Tribunales: a su prudente arbitrio, sólo con las declaraciones de los padres".

Art. 1.342. *"Los padres pueden cumplir la obligación de dotar a sus hijas, bien entregándoles el capital de la dote, o bien abonándoles una renta anual como frutos o intereses del mismo".*

La reforma de 1957 añadió al artículo 1.340 el inciso final *"ni obtener tampoco la autorización equivalente, conforme al artículo 49 de este Código"*. Adición de una trascendencia sustancial que ha resuelto más de un siglo después una pregunta de García Goyena (192), *"Qui dote dare non volunt prohibent: prohibere videtur et qui conditionem non quaerit*, dice con ingenio y solidez la ley 19, título 2, libro 23 del Digesto: ¿de qué servirá el artículo 51, si quedará siempre en mano del padre, o de la madre, un medio indirecto para entorpecer o prohibir el matrimonio de las hijas?".

En el artículo 1.341 la reforma de 1958 suprimió la palabra *"varones"*, después de *"parientes más próximos"* y antes de *"mayores de edad"*, que aparecía como requisito en el texto originario del Código civil.

El antecedente de los artículos 1.340 y 1.341 en la tarea codificadora lo hallamos en los 1.361 y 1.362 del Anteproyecto 1882-1888, que, a su vez, se remite al artículo 1.269 del Proyecto de 1851 y al 204 francés, en el primero, y también al 1.269 de 1851, y además a los artículos 1.220 al 1.224 y 1.226 al 1.231 austriacos, en el segundo (193). El artículo 1.342 es novedad respecto al Anteproyecto y al Proyecto citados.

De especial interés son los comentarios de García Goyena (194) al referido artículo 1.269 del Proyecto de 1951 (195). En ellos puede leerse:

*"El 204 francés dispone rotundamente y en términos generales lo contrario, dando la preferencia al derecho, por decirlo así, *foral o de las provincias de costumbres* sobre el Romano, o de *provincias de derecho escrito*"... "El artículo 194 Napolitano, también lo copia en lo tocante a los hijos, añadiendo: «Pero la hija tiene derecho a ser dotada por el padre; en su defecto, por el abuelo paterno; en seguida por la madre»; el 117 Sardo, conviene con el Napolitano,*

(192) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, "Corcordancias...", art. 1.269, vol. III, página 283.

(193) Cfr. la cit. versión cuidada y anotada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 439 y ss.

(194) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., pp. 282 y s.

(195) Dice el artículo 1.269, Proy. 1.851:

"El padre y la madre, o el que de ellos viviere, están obligados a dotar a sus hijas legítimas fuera del caso en que, necesitando su consentimiento para contraer matrimonio con arreglo a la ley, se casaren sin obtenerlo. Esta dote consistirá en la mitad de la legítima rigurosamente presunta.

"Si la hija tuviere bienes equivalentes a la mitad de su legítima, cesará esta obligación; y si el valor de sus bienes no llegare a la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que faltare.

"El juez hará la regulación sin más investigaciones que la declaración de los padres dotantes y la de los parientes más próximos de la hija que sean mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna".

salvo que se limita a la hija que no tiene suficientes bienes propios suyos; el 1.525, también Sardo, deja al Tribunal que fije la dote sin rigurosa investigación del patrimonio paterno, y sin que exceda la mitad de la legítima presunta"… "Por Derecho romano, el padre estaba obligado aun a la hija rica, ley 7, título 11, libro 5, del Código, y lo mismo por la ley 8, título 11, Partida 4: esta obligación alcanzaba en ambos derechos al abuelo y bisabuelo paternos por razón de la patria potestad, salvo que la ley 8 de Partida dispensaba de ella siendo rica la nieta"… "por la ley 9 de Partida sólo hay un caso obligatorio para la madre, si ella es hereje, mora o judía y la hija cristiana católica. En tanta variedad de legislaciones, la Comisión se decidió por conservar la vigente, pero acomodándola a las alteraciones hechas en la patria potestad respecto de la madre, y con otras modificaciones dictadas por la equidad y la sana razón respecto de la hija rica".

Y prosigue: "Entre la dote, la legítima y los alimentos, hay cierta afinidad y analogía —¿Es, o no, digno de favor el matrimonio? ¿Debe, o no, promoverse y alentarse?—. ¿No ganan en la facilidad y multiplicación de los matrimonios la moral y prosperidad públicas? La afirmación es indeclinable. ¿Y podrá negarse que la dote es un medio y estímulo poderoso para la consecución de tan loable e interesante objeto?…".

Luego glosa el texto del artículo, y de esa exégesis resultan aquí especialmente interesantes los dos siguientes comentarios:

"*El padre y la madre*: cuando la madre suceda al padre en la patria potestad, o él sea pobre y ella rica; de todos modos, esta obligación no alcanza a los abuelos, que nunca tienen patria potestad sobre la nieta, y que ya proveyeron al matrimonio de los padres de ella; pero la obligación queda modificada por el artículo 1.330." (Este ponía a cargo de la sociedad conyugal el importe de lo dado o prometido para colocación de los hijos comunes por el marido solamente o por ambos cónyuges de común acuerdo "cuando no hubiesen éstos pactado que se haya de satisfacer con los bienes propios de uno de ellos en todo o en parte". Es decir, es el precedente del vigente 1.343 C. c. que señala en iguales supuestos la siguiente imputación: bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere, por mitad, o en la proporción en que los padres se hubiesen obligado respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge; y sólo con los de la mujer, si ésta dotare por sí sola.)

"*Esta dote, etc.*: hasta el fin del artículo viene a ser el pensamiento del 117 y 1.525 Sardos, pero mejorados como resulta de su material cotejo con el nuestro, que fija la vaguedad del 117 en las palabras *suficientes* bienes propios suyos (de la hija), y añade el 1.525 la circunstancia interesante y decorosa de haber de oír el juez a los dos parientes más próximos de la hija, etc.

"Todos los autores convenían en tomar por tipo de la dote la legítima presunta de la hija al tiempo de constituirse aquélla: los juicios para esta averiguación eran largos, difíciles, de mucho coste, y sobre todo odiosos: el artículo ataja todos estos inconvenientes, haciendo del juez un árbitro arbitrador amigable componedor, un

varón bueno, de cuya conciencia y decisión no haya ulterior recurso, pues a las consideraciones dichas se agrega la de no causarse un daño irreparable."

28. Del régimen vigente de la dote obligatoria, aquí nos interesa cuanto atañe a su carácter de anticipo forzoso de legítima.

En este aspecto hay que observar la evidente inexactitud de lo considerado, en un *obiter dicta*, por la S. 18 diciembre 1951, al decir que el artículo 1.341 pone un tope a la dote obligatoria "en términos similares a los establecidos anteriormente en el Derecho patrio, singularmente en las leyes 6 y 7 del título tercero, libro X de la Novísima recopilación, como medio de evitar los daños y desórdenes a que pueden conducir las dotes excesivas". No es así, pues una y otra disposición se sitúan en planos distintos: la ley castellana fijó para las liberalidades excesivas por razón de dote voluntaria un tope menor que el puesto por inoficiosidad a las demás donaciones; el artículo 1.341 señala la cuantía de la dote obligatoria, que quedaba indeterminada en el Derecho anterior.

Es decir, en el texto que comentamos, no entra en cuestión el tope máximo de la dote voluntaria, sino que, fijada su cuantía mínima, se plantea la determinación del carácter y naturaleza de la dote obligatoria, de los cuales como corolarios deben deducirse:

— su destino en caso de premoriencia, indignidad o desheredación de la dotada;

— su reducción o no en cuanto a su exceso sobre la legítima rigurosa de la dotada, si el causante no asignó a ésta mayor porción en su herencia con el carácter de dote voluntaria.

a) Respecto de la primera cuestión, Otero Valentín (196) adujo el artículo 812 C. c. como determinante de la reversión si la dotada premuriera al dotante sin dejar descendencia. Nosotros (197) hemos entendido que la naturaleza de anticipo obligatorio de legítima, debería determinar en caso de premorir la dotada —al margen del artículo 812 C. c.— la reversión a los dotantes de los bienes objeto de la dote obligatoria; aunque la dotada dejase descendencia. Ahora bien, debido al carácter que su causa matrimonial imprime a la dote, entendemos que debe distinguirse según la dotada deje hijos del matrimonio en cuestión —en cuyo caso no debe haber restitución— o bien no deje ninguno o los deje de otro matrimonio, supuestos en los cuales estimamos procedente la reversión de la dote obligatoria sin perjuicio de la legítima que, al fallecer el abuelo dotante, pueda corresponder en la herencia de éste a los hijos que la dotada hubiese dejado de otro matrimonio por el que no se le dotó. Lo mismo creemos en los casos de indignidad o de desheredación de la dotada; de los cuales, salvando los casos en que su causa lo sea además de revocación por ingratitud, no podrá juzgarse hasta el fallecimiento de ella y sin perjuicio de los derechos que, conforme a los artículos

(196) OTERO VALENTÍN, op. cit., cap. X, C, pp. 105 y s.

(197) Cfr. "Apuntes...", III, § 12, E, a, p. 508, y *ADC* VII-II, p. 344.

761 y 857, correspondan en su día a los hijos de la dotada en la herencia del abuelo o abuela dotantes.

β) En cuanto a la segunda cuestión creemos, con Manresa (198), que en su día “se determinará con exactitud la legítima y se procederá a completarla o a reducirla si fuere necesario” —corrección que puede dianar no sólo de cambio de fortuna, sino también de “que aumente o disminuya el número de herederos forzosos desde la época de la dote”— y, con Scaevela (199), que el artículo 1.341: “Aspira solamente a un cómputo aproximado de aquello a que tendrá derecho indiscutible, por regla general, en el día de mañana la hija, para, en su vista, deducir una mitad que habrá de adjudicarse como anticipación de lo debido y a reserva y con la contingencia de ser devuelto en parte si no alcanza a tanto la participación legitimaria que se calculó, o todo, si esa herencia comprende más bien un pasivo que un activo, o tenido como recibido y a cuenta de lo que aún reste por entregar del caudal hereditario del que salió la dote, aun cuando no se tome como punto de partida más que la legítima estricta, la que en el artículo 1.341 se llama *legítima rigurosa*.”

No se trata sólo “de la reducción que en su día al colacionar se hiciere en cuanto al exceso”, ni de la inoficiosidad que resulte según “lo dispuesto en los artículos 820 y 821 del Código civil” (art. 654), reducciones a las que pareció limitarse Otero Valentín (200). Estas reducciones se refieren a las donaciones propiamente dichas y, por tanto, a las dotes que sean verdaderamente donaciones. Notemos, además, que la reducción por colación es evitable “*si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa*” (art. 1.036, inc. 2.º C. c.), y los artículos 820, 821 y 654 se refieren a la reducción de lo inoficioso y no del exceso sobre la legítima. En cambio, la reducción de la dote obligatoria, si al fallecer el dotante la dotada no tiene derecho sino a la legítima estricta, deriva de la propia causa de la dote que de por sí implica esa limitación, y sería un contrasentido que lo obligatoriamente dotado a cuenta de la legítima estricta de la dotada, tuviere que mantenerse aunque resultare que excedía del montante de ésta.

f) *La mera entrega de bienes como anticipo de legítima.*

29. ¿Tienen entidad jurídica las simples entregas de bienes que sin implicar donación “*inter vivos*” son efectuadas como anticipos de legítima? Es decir, ¿cabe un anticipo de legítima que no sea donación, sino simple entrega de bienes, que tenga sólo plena y definitiva eficacia jurídica al fallecer el causante? (201).

(198) MANRESA, op. cit., vol. IX, arts. 1.340 a 1.343, V, 4.º ed. Madrid 1930, pp. 271 y ss.

(199) SCAEVELA, op. cit., vol. XXI, art. 1.343, B, a, cfr. ed. Madrid 1904, páginas 417 y ss.

(200) OTERO VALENTÍN, op. y cap. cits., B, 1.º, p. 89.

(201) OTERO VALENTÍN (op. cit., cap. VIII, pp. 68 y ss., cap. X, B, pp. 89 y ss., cap. XIII, pp. 117 y ss.). Les aplica la forma y efectos de las donaciones *inter vivos*, de su colación por los mismos receptores o por sus hijos (artículo 1.038, § 1) y de la reversión del artículo 812 C. c.

Hemos visto que la dote obligatoria es verdaderamente un anticipo forzoso de legítima que no implica donación por sí sola.

¿Cabe también que se asigne este concepto a la dote voluntaria sin que ésta constituya una donación *inter vivos*? ¿Cabe establecer un paralelismo entre esa posible figura y la mejora con entrega de bienes que no implique donación *inter vivos*? ¿Siendo así se tratará de donaciones *mortis causa*, o de donaciones *inter vivos*, ya sea bajo la condición suspensiva de que cristalice la legítima en pago de la cual se hace el anticipo, o bien bajo la condición resolutoria de que no llegue a tener esa efectividad?

Creemos que la mera entrega como anticipo puede:

a) Ser un simple anticipo material de una disposición testamentaria o de un acto particional del testador verificado al amparo del artículo 1.056 C. c., supuestos en los cuales además deberá apoyarse en una disposición testamentaria conforme ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (SS. 13 junio 1903, 9 julio 1940, 6 marzo 1945).

b) Tener sustantividad propia, en caso de ser efectuada:

— en capitulaciones matrimoniales o en contrato oneroso con un tercero, por aplicación analógica del artículo 827 C. c.;

— en donación *mortis causa*, cumpliendo los requisitos necesarios para su validez (art. 620 C. c.);

— dándole configuración de donación *inter vivos* condicionada —sea suspensiva o resolutoriamente— a la cristalización de la legítima, a la cual es referido el anticipo (arts. 621, en rel. 1.114, y artículo 641 C. c.).

En todos estos casos la eficacia traslativa de la entrega de bienes dependerá de que la legítima de la que sea anticipo llegue a ser exigible por el mismo recipiendario o, en representación suya, por sus hijos o descendientes legítimos.

En cuanto a su reducción en lo que su valor excede de dicha legítima, habrá que estarse en primer lugar a la intención del causante conforme las normas interpretativas adecuadas. También dependerá de si, además, al recipiendario le corresponde algo más que su legítima en la herencia del causante, a la cual pueda imputarse dicho exceso. De no resultar otra interpretación más adecuada o de no existir mayor participación hereditaria a la que pueda aplicarse el anticipo, el exceso de éste respecto a la legítima deberá ser restituído como cosa hereditaria ajena al legitimario tenedor (202).

g) *Partición "parentem inter liberos"*.

30. Es sabido que varios textos del "Corpus Iuris" se refieren a la partición hecha por el testador, entre ellas una Constitución de Diocleciano y Maximino (Cod. X-XXXVI, 21), otra de Gordiano (Cod. III-XXXVI, 10), que con mayor amplitud habla de la partición hecha por el testador y las Novelas XVIII, cap. IV y CVII, cap. III de Justiniano; la ley 7, tít. de la 6.^a Partida que se ocupa conjuntamente del testamento *parentem inter liberos* y de la *divissio parentis*.

(202) Cfr. "Apuntes...", loc. últ. cit., b, p. 509, y *ADC* VII-II, p. 345.

inter liberos y determina su forma y requisitos y la ley 9, tít. XV de la misma Partida.

El Código civil español contiene tres preceptos al respecto:

Art. 1.056, § 1.º: “*Cuando el testador hiciere por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*” (203).

Art. 1.070: “*La obligación a que se refiere el artículo anterior [obligación de evicción y saneamiento] sólo cesará en los siguientes casos: 1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o razonalmente se presuma, haber querido lo contrario, salva siempre la legítima...*” (204).

Art. 1.075: “*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o cuando aparezca, o razonalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*” (205).

En contra de alguna opinión aislada que había entendido autorizada la partición *inter vivos* sin necesidad de apoyarse en disposiciones testamentarias, ni seguir las normas de la sucesión intestada (206) y de quienes admitieron la posibilidad de que tomaran estas

(203) Sus precedentes legislativos son:

- el artículo 899 del Proyecto 1.851: “*Cuando el difunto hizo por actos inter vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*” (GARCÍA GOYENA, op. cit., vol. II, p. 265, señaló como antecedentes el artículo 1.225 del Código de la Luisiana, la ley 10, tít. 36, libro 3, Código; la ley 7, tít. 1, Partida 6, y la ley 19 de Toro, que permitió al padre y al abuelo señalar la mejora en cosa determinada;
- el artículo 1.073, § 1.º, del Anteproyecto 1882-1888: “*Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*” (Nótese en este texto el cambio de las palabras “*difunto*” por “*testador*”).

(204) Son sus precedentes legislativos:

- el artículo 918, Proy. 1851: “*La obligación señalada en el artículo anterior [de evicción y saneamiento] cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o razonalmente se presuma haber querido lo contrario*” (Notó GARCÍA GOYENA, op. y vol. últ. cits., página 275, que esa regla era absoluta en la ley 77, párrafo 8, lib. 31 del Digesto y la 9, tít. 15, Partida 6, que no admitían la excepción del artículo, como rigurosamente la interpretó ANTONIO GÓMEZ, *Var. Resol.* II, cap. II, n. 34, mientras GREGORIO LÓPEZ, al fin de la glosa 2, a la cit. ley de Partidas, sobreentendió esa limitación: “*nisi constaret de voluntate testatoris fuisse, quod aequilitas esset inter heredes servanda*”);
- el artículo 1.087, núm. 1, Anteproyecto 1.882-8: “*Cuando el mismo propietario o dueño de la finca hubiere hecho en vida la partición; a no ser que aparezca, o razonalmente se presuma, haber querido lo contrario [respecto de la obligación de evicción y saneamiento], y salva siempre la legítima*”.

(205) Es precedente legislativo suyo el artículo 923, Proyecto 1.851: “*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvas las excepciones de los artículos 899 y 918*”.

(206) Opinión sostenida por RAFAEL MARÍN LÁZARO, “*La partición de la herencia hecha por acto “inter vivos”,* en *RGLyJ* CLXXVI, 2.º sem. 1944, páginas 213 y ss., y por LINO RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, “*Efectos de la*

normas como pauta (207), lo cierto es que, de acuerdo con el criterio de la mayor parte de la doctrina (208), ha declarado el Tribunal Supremo, en SS. 6 marzo 1917 y 6 marzo 1945 que solamente puede partir el causante-testador, pues "la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior, en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sea, las de la sucesión intestada". Criterio que interpreta, o tal vez desvía, el sentido de un considerando de la S. 13 junio 1906 de atemperarse a las normas de la sucesión intestada exigiendo, para ello, como necesidad un testamento en el cual el padre partidor se remita a ellas expresamente.

Así en la partición hecha por el testador, en la cual éste concreta la atribución de la legítima mediante la asignación de bienes determinados, esa concreción se puede referir: 1.º, a una disposición de la legítima a título de herencia; o, 2.º, a su disposición como legado de parte alícuota. Esta diferencia puede repercutir en la responsabilidad por las deudas hereditarias del legitimario a quien se le concrete el contenido de su legítima en la partición hecha por el testador, según sea de herencia o de legado parciario el título de la disposición testamentaria de la legítima (209):

a) El testador que atribuyó al legitimario el carácter de heredero da lugar a que se le aplique a éste la norma del artículo 1.084 Código civil, si se diere su supuesto, del mismo modo que a cualquier heredero después de la partición.

b) En cambio, en caso de que la atribución hubiese sido hecha como legado de parte alícuota, el legitimario no responderá *sino cum viribus* y a prorrata. No olvidemos que, aun cuando la legítima es un activo líquido, se calcula computando lo donado, por lo cual puede ocurrir que lo recibido por un legitimario en la partición efectuada por el testador consista en bienes de su haber relicto reducible por los acreedores y que, en ese caso, aquél sólo podrá completar, si no hay otros bienes relictos, mediante el ejercicio de la acción de reducción de donaciones, no ejercitable por los acreedores.

31. El punto fundamental más discutible en esta materia se concreta a la posibilidad de rescisión de la partición por causa de lesión, y a la paralela de si de ella pueden dimanar obligaciones de evicción y de saneamiento. Se trata de precisar las excepciones a la regla general de que en la partición hecha por el testador:

1.º No tiene lugar la obligación de evicción y saneamiento (artículo, núm. 1.º, inc. 1.º).

partición "inter vivos" que regula el artículo 1.056 del Código civil", en *RGL y J CXCL*, primer sem. 1952, pp. 317 y ss.

(207) Tales como DE BUEN, *Notas cits. al Colin y Capitant*, vol. VIII, página 434, y ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. II, p. 379.

(208) Así, LÓPEZ R. GÓMEZ, MANRESA, SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, CONAN, DE DIEGO, VALVERDE, CASTÁN TOBEÑAS, BONET RAMÓN, ALBALADEJO, etc. (cfr. la nota 238, c, de nuestros "Apuntes...", II parte, p. 191, o *ADC IV-IV*, página 1422.

(209) Cfr. "Apuntes...", II, § 3, B, p. 186, o en *ADC IV-IV*, p. 1417, y § 6, F, pp. 298, o *ADC V-III*, pp. 906 y ss.

2.º Ni puede ser impugnada por lesión en más de la cuarta parte (art. 1.075, inc. 1.º).

Como aquí lo que es objeto de nuestro estudio se refiere a la concreción de la legítima en la partición efectuada por el testador, nuestro tema se circunscribe a los supuestos contrapuestos: 1.º, de que se haya producido lesión en la legítima; y 2.º, de que a un heredero o legatario de parte alícuota, a quien sólo se le hubiera legado o instituido en lo que por legítima le correspondiera, se le asignen en la partición bienes que, con un criterio valorativo, tal vez más adecuado, habrían de estimarse en un valor superior a ella. Trataremos de estudiar sucesivamente ambas hipótesis.

a) *Que en la partición efectuada por el testador se produzca lesión de alguna legítima o se dé el supuesto de que sea precisa la evicción o el saneamiento para salvaguardar su contenido cuantitativo.*

La ley 9, tít. XV, Partida 6.ª, en su apartado final, exceptuó del deber de evicción —“de hacerle enmienda”—, si al heredero se le demandase alguna cosa y fuese vencido en juicio en el siguiente supuesto: “*Pero si el padre, o el testador, partiesse el mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si después que el finasse, venciesen alguno de ellos en juicio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, estoncē los otros herederos non serian tenuidos de hacerle enmienda alguna.*”

Gregorio López (210) glosó que la regla exceptuada se había tomado del Dig. XXXI-único, 77, § 8, y que la excepción resultaba del Cód. III-XVIII, 36, que la establecía sólo para el caso en que quedare a salvo la legítima. Requisito de esa excepción que vemos subrayado de modo general por los autores (211).

Esta excepción es recogida en el Código civil conforme al criterio del artículo 1.056, § 2.º: “*se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzados*”, tanto respecto a la excepción de evicción y saneamiento como a la no rescisión por lesión, respectivamente, en los artículos 1.070, núm. 1 (“*salva siempre la legítima*”) y 1.075 (“*sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzados*”). No puede ser más lógico este criterio, pues el cómputo de la legítima, como vimos en otro trabajo (212), al no depender la cuantía de ésta de la voluntad del testador, escapa de su criterio de valoración puramente subjetiva, y ha de evaluarse

(210) GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras “*partiesse el mismo*”, 2.ª a la ley 9, tít. XVI, 6.ª P., o 54 de dicho título; cfr. ed. cit., vol. III, p. 740.

(211) Cfr. ANTONIO GÓMEZ, “*Variae...*”, II, cap. II, n. 34, vers. *Quod tamem singulariter intellige* (cfr. ed. cit., p. 217); AYERVE DE AYORA, “*Tractatus de partitionibus bonorum*”, III Pars., Quaest. IX, n. 24 al final (ed. Granada 1586, fol. 129 vto.); PEDRO SANZ MORQUECHO, “*Tractatus de bonorum divisione*”, Lib. I, cap. VIII, n. 14, cfr. ed. Matriti 1601, p. 60; JUAN AYLLÓN LÁINEZ, d. a las varias de A. GÓMEZ, ed. II-II, núm. 35, vers. *Advertendum tamem est* (cfr. ed. cit., p. 115).

(212) “*Aspecto cuantitativo de las legítimas*”, 10, en *ADC XXIV-I*, p. 28..

del modo más objetivo posible, a falta de acuerdo, por arbitrio judicial.

Notemos que, como ha declarado la Res. 16 noviembre 1922, el artículo 1.056 y menos el 1.075 no exigen una demostración *a priori* de que la partición no perjudica a los herederos legitimarios, sino que ordenan se pase por ella, reservando las acciones de impugnación a los lesionados.

De lo referente a los remedios de que dispone el legitimario en caso de haber sufrido lesión en la partición nos corresponderá ocuparnos al tratar de la protección normativa de la legítima.

b) *Supuesto de que, en la partición efectuada por el testador, a un legitimario, a favor del cual sólo hubiese dispuesto de su legítima estricta, se le hubieran adjudicado bienes que estimados con un criterio más objetivo de valoración excederían del montante de aquélla.*

32. Al tratar de la excepción prevista por la ley 9, tít. XV de la 6.^a Partida, de la responsabilidad por evicción en el caso de haber sido efectuada la partición por el propio testador, Gregorio López, al final de la glosa antes citada, subexceptuó, siguiendo la opinión de Decio, "el caso en que constare ser la intención del testador que hubiera igualdad entre los herederos". Esta excepción, en cambio, no fue recogida por Antonio Gómez (213) ni por Ayerbe de Ayora (214); pero sí por otros autores, como los Hermosilla (215), Sanz Morquecho (216), Ayllón Láinez (217), que repiten con casi las mismas palabras la afirmación de Gregorio López, "nisi aequalitas, inter heredes servaretur", como dice Hermosilla, o "nisi constaret de voluntate patris fuisse quod inter filios aequalitas servaretur", como expresa Sanz Morquecho, quien añade: "Ut puta, quia dixit, quod integrum ius quilibet haberet". Es de subrayar la importancia de esta aclaración que nos muestra cómo, para la constancia de esa voluntad del padre, era preciso que éste, a su disposición, v. gr., instituyendo a sus hijos por partes iguales o en la proporción que fuera, añadiese una declaración expresa de su voluntad de que guardara íntegramente esa igualdad o proporcionalidad, o que se recibiera totalmente la participación asignada.

Introducidas estas limitaciones en los artículos 918 y 923 del Proyecto de 1851 (218), de acuerdo con el criterio expuesto por Gre-

(213) A. GÓMEZ, loc. últ. cit., n. 34. pp. 217 y s.

(214) AYERBE DE AYORA, *Quaest*, cit., nn. 21 y 23, fol. 428 vto., 429 y vto.

(215) GASPAR, JUAN y SEBASTIÁN DE HERMOSILLA, "Notae, additiones et resolutiones ad glosas legum Partitatarum D. Gregorii Lopetii", vol. II, gl. y annot. tít. V, lex XXXII addit. gloss. 1, n. 110, cfr. 4.^a ed. Colloniae Allobrogum 1751, p. 508.

(216) SANZ MORQUECHO, loc. últ. cit., n. 15.

(217) AYLLÓN LÁINEZ, loc. últ. cit.

(218) JERÓNIMO LÓPEZ y CARLOS MELÓN, en sus notas a los artículos 1.070 y 1.075 del Código civil, se remiten a su nota al artículo 675 (pp. 308 y 309 y 229, respectivamente), en la que se lee: "Ante la diversidad de expresión entre la ed. primitiva y la reformada, es conveniente advertir que en este caso y otros análogos, los verbos "parecer" y "aparecer" se utilizan

gorio López, como antes hemos visto explicar a García Goyena, pasaron al Código civil que las recoge: para la evicción y el saneamiento en el artículo 1.070, núm. 1: “*a no ser que aparezca, o razonablemente se presuma, haber querido lo contrario*” [el “testador” que “hubiese hecho la partición”]; y, para la lesión, en el artículo 1.075, inc. final: “*o de que aparezca o razonablemente se presuma que fue otra la voluntad del testador*” (219).

La afirmación del artículo 1.056, § 1, de que “*se pasará por ella* [es decir, por la partición que “el testador hiciere por acto entre vivos o por última voluntad”], *en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*”, ha llevado a la mayor parte de los autores a entender que este artículo concede al testador una facultad amplísima para hacer la partición, sin otro límite que el de guardar el respeto debido a las legítimas (220). Por lo cual, *tan sólo si de la interpretación de la voluntad del testador resultare que éste quería que tuviera lugar la rescisión por lesión o el saneamiento por evicción*, se hallaría abierto el ejercicio de estas acciones para quien sufriese la lesión o la evicción.

El Tribunal Supremo, aunque en S. 13 julio 1903 pareció exigir que en la partición el causante se atuviera al acto dispositivo, ha declarado reiteradamente que el testador goza de una amplia libertad para partir, sin más límite que el de no perjudicar la legítima (SS. 28 diciembre 1896, 17 mayo 1910, 11 marzo 1922, 8 mayo 1926, 3 diciembre 1931, 7 enero 1942 y muy particularmente la antes citada de 6 marzo 1945) y de igual modo la Dirección General de los Registros y el Notariado en Rs. 16 noviembre 1922 y 15 julio 1943.

Sin embargo, el tema ha sido muy discutido y merece ser exami-

· en el Código como sinónimos (véanse los artículos 779, 797, 1.070, 1.º, 1.075); lo mismo ocurre en el texto del Proyecto de Código civil, libro III (artículos 670, 780, 804 y 1.087), y en sus precedentes. Hemos citado sólo intencionalmente las normas relativas a la sucesión testamentaria”.

(219) Cfr. supra notas 201 y 202.

((220) Cfr. LÓPEZ R. GÓMEZ, op. cit., vol. II, cap. X, n. 33, pp. 321 y ss.; FALCÓN, op. y vol. cits., cap. III, sec. 6.^a, párrafo IV, n. 4, p. 449; MANRESA, op. cit., vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, I, 1.^º, pp. 639 y ss., y art. 1.069 a 1.071, IV, pp. 749 y ss.; SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, arts. 1.074 a 1.079, páginas 444 y ss.; MAURA, “*Dictámenes*”, vol. IV, ed. Madrid 1930, p. 260; COVIÁN, “*Partición de herencia*”, en *Encyclopedie Jurídica Española SEIX*, tomo XXIV, pp. 359 y 382; DE BUEN, *Notas* cits., T. VIII, cap. IV, sec. VIII, párrafo 3.^º, p. 433; CASTÁN TOBEÑAS, “*Derecho civil...*”, vol. XI-I, § CXLII 3, y § CXLIV, 2, B, ed. Madrid 1960, pp. 271 y 319; MARÍN LÁZARO, loc. últ. cit., página 231; ROCA SASTRE, *Notas*, al “*Derecho de Sucesiones*” de Kipp, II, párrafo 86, IV, I, pp. 34 y ss. y “*Derecho Hipotecario*”, 6.^a ed., T. III, capítulo XLVI, pp. 841 *in fine* y ss.; LUIS GÓMEZ MORÁN, “*Tratado teórico práctico de particiones*”, Madrid 1950, pp. 250 y ss.; LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, loc. últ., pp. 323 y ss.; JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, “*El saneamiento por evicción en la partición hereditaria*”, en *RDP XXXVIII*, enero 1954, página 857; ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cit., ed. 1970, sec. I, cap. III, n. III, 5, página 143 y n. 10, p. 170; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-III, cap. XXXI, 2, B, e, páginas 336 y ss.; BONET RAMÓN, “*Código civil...*”, art. 1.056, p. 772, y “*Compendio...*”, vol. V, 173, b, pp. 880; SANTAMARÍA, op. cit., art. 1.075, p. 1005; PUIG BRUTAU, “*Fundamentos...*”, vol. V-III, cap. V, 4, II, pp. 517 y ss. y párrafo 10, II, b, pp. 633 y ss.

nado cuidadosamente. Para ello, es preciso establecer algunas distinciones.

33. La primera cuestión discutida se refiere a la posibilidad de distinguir en la práctica entre *disposición* y *partición*, para saber si ésta se ha ajustado a aquélla y para determinar cuáles deben ser las consecuencias de no haber sido así.

Los conceptos de *disposición* y de *partición* son —como hemos repetido en otras ocasiones (221)— teóricamente *inconfundibles*; pero en la práctica pueden entrelazarse tan íntimamente que, en ciertas ocasiones, no hay bisturí jurídico capaz de separar lo *participal* de lo *dispositivo* cuando han sido amalgamados al amparo del artículo 1.056 C. c.

Es así, por las siguientes razones:

1.º Porque en la partición hecha en el mismo testamento o en otro posterior, como el más decidido defensor de la distinción que analizamos (222), reconoce: “no existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición”, ni tampoco hay, “completamente independientes de aquéllas, unas cláusulas única y exclusivamente partitivas”, pues éstas “en cuanto reúnen las solemnidades complementarias pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva” (223).

Igual puede aseverarse de las particiones practicadas *inter vivos*: por el causante y ratificadas en testamento posterior.

(221) “Apuntes…”, II, § 3.º, C, p. 186 y ss., y *ADC* IV-IV, p. 1417 y ss., y Dictamen publicado en *ADC* XVIII-I, enero-marzo 1965, p. 243. En contra, además de ALBALADEJO, cfr. MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “Naturaleza y eficacia de la partición hecha por el testador”, en *RDP* XXXVIII, enero 1954, pp. 514 y s.; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, en *R. D. Not.* XXVII, enero-marzo 1960, página 187; ALFREDO GARCÍA-BERNARDO, “La legítima…”, p. 161. En cambio, subraya la dificultad práctica en muchos casos de esa distinción CÁMARA ALVAREZ, nota últ. cit., pp. 866 y s., así como LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones” I, ed. 1970, § 31, p. 278, que reconocen “no cabe discutir que ambos se mezclan frecuentemente”.

(222) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, en *ADC* I-III, julio-septiembre 1948, pp. 964 y s.

(223) CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico…”, nota 228, vol. cit., p. 865, ha escrito: “Conceptualmente no me parece exacta la tesis de MENGONI (“*La divisione testamentaria*”, p. 78), quien estima que la partición testamentaria es un negocio único dispositivo-atributivo. Creo que lleva razón BARASSI (“*Successioni per causa di morte*”, n. 770), al menos en el supuesto de previa fijación de cuotas, cuando dice que es posible separar la autonomía estructural de los dos actos. Lo que ocurre es que el primero de dichos actos, es decir, la disposición fundamental, no surte los efectos que normalmente le son propios por la interferencia del negocio-atributivo o *participal*”. Este acto, a su juicio (p. 866), implicará una institución “*ex ra certa*”. Como ha escrito PUIG BRUTAU (cap. cit., 4, II, p. 520) al final del artículo 1.075, ha de entenderse en el sentido de que la partición contenida en testamento que difiere de la disposición ha de respetarse como verdadera disposición, siempre que no perjudique la legítima, y siempre que, además, no resulte claramente que el testador quiso limitarse a partir ajustándose a lo anteriormente dispuesto”. En igual sentido, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (loc. últ. cit., p. 278) señalan que los artículos 1.056, 1.070 y 1.075 sufren la influencia del régimen de la institución *ex re certa*.

2.º Por la amplia libertad valorativa de que goza el testador, como resulta del artículo 1.046 L. E. C.: “*Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos 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*”.

En esa línea la S. 6 marzo 1945, de la que fue ponente el maestro Castán, afirmó que el Código otorga al testador una amplia libertad, no sólo en la *disposición cualitativa* de los lotes, “sino también en la *distribución valorativa*, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte” (224). Y en consecuencia:

(224) Nuestro llorado amigo y compañero MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. últ. cit., pp. 515 y ss., aceptó en principio nuestra solución, pero la limitó en el sentido de que “el artículo 1.075, como excepción frente a la regla general del artículo 1.074, presupone un mayor margen de libertad valorativa en el testador, considerada la valoración como acto particional; pero no un margen de libertad auténticamente dispositivo”. Por lo cual, en contra de nuestra conclusión, cree que ese margen no conduce a la confusión práctica entre partición y disposición, sino más bien a la necesidad de delimitar el concepto de la partición. “Para la debida efectividad de esta idea es necesario —dice— poner un límite a la tesis admitida: la libertad de valoración debe quedar restringida a la propia necesidad y finalidad de la evaluación, es decir, no puede servir para disfrazar o envolver un auténtico acto dispositivo incompatible con la necesidad de la partición. Por consiguiente: 1.º La libertad debe moverse en un campo estrictamente valorativo. La suma de los valores asignados a los bienes integrantes de cada lote debe guardar, en relación con el valor que se dé al total de los bienes partidos, una proporción idéntica a la que existe entre la cuota que corresponda al adjudicatario del lote y al as hereditario total”... “2.º Para asegurar la efectividad del criterio expuesto hay que concluir que no se protege la libertad valorativa del testador cuando sea utilizada para disfrazar auténticos actos dispositivos, es decir, cuando las valoraciones hechas no puedan razonablemente ser referidas a criterios valorativos admisibles, aun en un terreno puramente subjetivo, ni al deseo de ajustar la valoración a un momento distinto al de la muerte del testador”... “3.º En el caso de que el testador haya hecho las adjudicaciones sin valorar los bienes, la discordancia entre los lotes formados y lo que resultarían de una valoración objetiva debe presumirse debida a una buena utilización de la libertad valorativa de que disfruta el testador”.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (loc. cit., p. 226), ante el problema de la divergencia entre disposición y partición, hace esta aclaración: “Una cosa es que el testador disponga de una forma y luego asigne de otra, que es lo que es inadmisible; y otra que no coincida el valor abstracto de la disposición con el valor concreto de la asignación, sin que exista, entonces más que una divergencia cuantitativa, que es a lo que VALLET DE GOYTISOLO parece referirse...”. Por eso, páginas antes (p. 190) circunscribe la cuestión a las particiones realizadas por actos *inter vivos* con posterioridad al testamento.

También PUIG BRUTAU (loc. últ. cit., p. 523) ha distinguido la discordia puramente valorativa y la que tenga esencia vocativa, en la cual estima indudable que la partición no será impugnable por causa de lesión en virtud del artículo 1.075, sino anulable al amparo del mismo artículo 1.056.

CÁMARA ALVAREZ (nota últ. cit., p. 866), a su vez, observa: “Los herederos tienen que pasar por las valoraciones establecidas por el testador, aunque

— el testador-partidor tiene una amplia facultad para determinar el valor de cada uno de los bienes del caudal, según su personalísimo criterio subjetivo y para fijar a su arbitrio el momento de dicha valoración —igual como puede fijarlo para la valoración de las donaciones colacionables, tanto más cuanto que, conforme al artículo 1.045 C. c., puede dispensar su colación— sin posibilidad de

dichas valoraciones le parezcan, o realmente sean, arbitrarias. Salvo en caso de lesión de la legítima...”. “Pero —añade—, si se demuestra que el testador valoró los bienes equivocadamente porque desconoció o conoció mal factores que de haberlos tenido en cuenta hubiesen variado sus criterios de valoración, y si, por otra parte, está clara la voluntad del causante en el sentido de que cada uno de sus herederos perciba una cuota del patrimonio, debe admitirse la rescisión. Hay base más que suficiente para presumir razonablemente que ésta fue la voluntad del testador (art. 1.075 *in fine*). Paralelamente se excluye el saneamiento en caso de evicción, salvo que aparezca o razonablemente se presuma que el testador ha querido lo contrario. También cuando haya habido señalamiento previo de cuotas y el testador al adjudicar el bien que ha sido objeto de evicción ignoraba totalmente el riesgo de que aquélla tuviera lugar, hay base, en mi opinión, para establecer la presunción a que se refiere el precepto”. Y seguidamente agrega: “La distinción entre disposición fundamental y partición es, en cambio, sumamente sutil si el testador distribuye sus bienes entre sus herederos sin previo llamamiento a cuotas generales”.

Según LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA (loc. últ. cit., p. 279): “En particular, la partición fuera de testamento, no podrá, mediante valoraciones arbitrarias o simplemente devenidas inexactas, contravenir las cuotas señaladas en el acto *mortis causa*, y a este efecto, como apunta DE LOS MOZOS, acaso pudiera servir el límite de un cuarto de la lesión en las particiones, como índice de la divergencia sustancial entre el testador y la partición”. Y añaden que “cuando la partición se realiza en acto de los llamados *inter vivos*, sin duda no ha de prevalecer frente a la asignación de cuotas establecidas en el testamento, sino dentro del límite de la lesión, sin que fuera de ellos sea respetable la valoración inexacta del causante”.

A esta serie de observaciones, en materia valorativa, debemos a nuestra vez hacer notar lo siguiente:

1.º) Ciertamente, en la partición efectuada por acto *inter vivos*, con posterioridad al testamento, no es admisible que lo dispositivo sea desvirtuado con valoraciones arbitrarias. Sin embargo, esta arbitrariedad no puede presumirse, sino que ha de resultar evidente.

2.º) Una cosa es que cuando el testador en su partición señale las valoraciones por él fijadas éstas en su correlación total no coincidan con la norma testamentaria dispositiva —supuesto en el cual, sin duda, aquélla (tanto si se hizo *inter vivos* como en el mismo testamento) deberá ajustarse a ésta en la forma prevista en el artículo 1.077—, y otra diferente es que las valoraciones determinadas —por subjetivas que sean— coincidan con el valor correspondiente a la cuota relictiva, o que no se señale valor a las asignaciones de bienes —supuestos en los cuales debemos reconducir la solución a la circunstancia de que sea evidente, o bien de que, al contrario, no sea patente que las valoraciones fueran hechas arbitrariamente para desvirtuar sin las formalidades testamentarias lo dispuesto en el testamento base—.

3.º) En lo referente a la posibilidad de que el testador refiera su valoración a momento distinto al del fallecimiento del causante, nos remitimos a lo que expondremos en el texto más adelante.

4º) Fuera de lo admitido en las salvedades anteriores, no vemos posibilidad de aplicar otro criterio a la partición efectuada *inter vivos* con posterioridad al testamento en materia de rescisión por lesión, en base a razones puramente valorativas, mientras no se pruebe su arbitrariedad o contraposición evidente a la disposición testamentaria.

que quepa recurso contra ella, sino en el caso de lesión en la legítima de algún heredero forzoso;

— tampoco será siempre fácil distinguir lo dispositivo y lo particional en las particiones practicadas por el testador *inter vivos* con posterioridad a su testamento.

Todo esto no obsta para que en ciertos supuestos pueda resultar patente la disparidad entre lo dispositivo y lo particional, de tal modo que no solamente aparezca clara la diferencia entre uno y otro, sino que además incluso resulten contrapuestos y en contradicción.

Así puede resultar:

a) En la partición testamentaria si una cuidadosa interpretación de la voluntad dispositiva y particional del testador muestra que éste sufrió error al efectuar la partición (225).

b) En la partición efectuada *inter vivos* que, debiendo tener como base un testamento anterior, no respete las *reglas fundamentales* y los *llamamientos de los interesados*, según las denomina la S. 13 junio 1903. Pues, como dijimos hace años (226), “para la eficacia de la partición hecha al amparo del artículo 1.056 se requiere que sea otorgada en testamento, o bien que se apoye en un testamento anterior o se ratifique en uno posterior. Consiguientemente, la partición verificada en acto *inter vivos*, que tenga por base un testamento anterior, mal podrá apoyarse en éste si no se acomoda a sus *reglas fundamentales* y a los *llamamientos de los interesados* allí dispuestos”, aunque “...sin limitar al testador su facultad de calcular a su libre discreción el valor de los bienes que componen su haber y referirlo al momento que estime conveniente”. Si se admitiera que la partición *inter vivos* pudiera modificar aquellas reglas y llamamientos, se daría lugar a la inaceptable posibilidad de modificar los testamentos sin necesidad de emplear formas testamentarias (227).

c) Cuando resulte que fue voluntad del testador que sean abonadas en metálico las diferencias en caso de posible disparidad entre el valor de la cuota asignada y el de los bienes adjudicados para satisfacerla, bien sea porque él mismo lo hubiere expresado en el testamento o en la partición, o bien porque así se deduzca razonablemente de equél o de ésta, v. gr., en caso de que las sumas de las

(225) Así lo expusimos en nuestros “Apuntes...”, loc. últ. cit., n. 251, *a in fine*, p. 199, y *ADC* IV-IV, p. 1429. En igual sentido, JUAN BAUTISTA JORDANO VAREA, “Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento”, en *ADC* V-I, enero-marzo 1952, *Concl. Primera*, 2.^a, p. 246; ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, p. 35, y CÁMARA, nota últ. cit., p. 866.

(226) “Apuntes...”, loc. últ. cit., pp. 199 y ss., y *ADC* IV-IV, pp. 1429 y siguientes.

(227) Cfr. en este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, VI-III, capítulo XXVIII, n. 53, pp. 1987 y s.; VALVERDE, “Tratado...”, vol. V, cap. XXV, páginas 565 y ss., p. 246; ALBALADEJO, op. cit., *ADC* I-III, p. 973; “Estudios...”, p. 408; MANUEL GONZÁLEZ ENRIQUEZ, loc. últ. cit., p. 514; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, loc. últ. cit., pp. 188 y ss., 198, 208 y 226; PUIG BRUTAU, vol. y loc. últ. cit., p. 523; ALFREDO GARCÍA BERNARDO, op. últ. cit., p. 161, nota 374; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones” I (ed. 1970), § 31, p. 31.

valoraciones verificadas por el testador, en cada hijuela, arrojen cantidades que no guarden entre sí la proporción correlativa a las cuotas hereditarias señaladas (228).

34. La diferencia principal entre nuestra postura y la de Albaladejo se halla en la disparidad de nuestros respectivos puntos de partida interpretativos de esos supuestos. Así:

— a juicio nuestro: “cuando falte todo indicio racional desfavorable a la adhesión del testador a la regla general de los artículos 1.056, § 1, y 1.075 C. c., no habrá más remedio que atenerse a ésta” y “estimar que el testador así lo quiso en caso de no haber hecho salvedad alguna en su partición” (229);

— para Albaladejo (230), en cambio, sería preciso que el propio testador-partidor hubiese hecho la salvedad de que, aun en el caso de eventual discrepancia, se mantendría la partición, para que así se mantuviese, o bien que dicha salvedad o su voluntad de que su partición no fuera impugnada resultara de una concienzuda interpretación de lo que expresó el testador.

Esta discrepancia con mi admirado y querido amigo tiene otra explicación. Se halla ésta en su interpretación literal del artículo 1.075, relativa al inciso “*que fue otra la voluntad del testador*” y en su interpretación sistemática de la norma del artículo 1.075 en relación con la regla del artículo 1.074.

Para la interpretación clásica, que nosotros seguimos, el artículo 1.074 señala una regla general, que tiene su excepción en el inciso inicial del artículo 1.075, que a su vez constituye una regla general para la partición efectuada por el testador que, también a su vez, tiene las dos excepciones que a continuación expresa, entre ellas la de “*que aparezca o razonablemente se presuma que fue otra la voluntad del testador*”. Este inciso así viene a significar que la regla general excluyente de la rescisión por lesión de la partición efectuada por el testador es exceptuada si “aparece o razonablemente es presumible que la voluntad del testador fue de que en caso de producirse lesión esa rescisión tuviera lugar”.

Albaladejo (231) es de otra opinión. A su juicio, el significado, en el inciso final del artículo 1.075, de *la otra voluntad del testador*, se refiere a su voluntad dispositiva contrapuesta a su actuación particional. Por ello afirma:

“Quede, pues, claro que ese «aparezca o razonablemente se presuma que fue otra la voluntad del testador» no tiene el sentido —como

(228) También lo sostuvimos en nuestros “Apuntes”..., loc. últ. cit., nota 252, pp. 198 y s., y *ADC* IV-IV, pp. 1430 y ss.

(229) “Apuntes...”, loc. y nota últ. cits., p. 199, y *ADC* cit., p. 1429.

(230) ALBALADEJO, op. cit., en *ADC* XVIII-I, p. 955 y en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona 1955, donde en la nota 54, p. 398 y s., y c. la p. 421, amplía, frente a nuestros argumentos en contra, las razones por él esgrimidas en el originario trabajo de que nos ocupamos. En su misma línea se apunta GARCÍA BERNARDO, loc. cit., p. 161.

(231) ALBALADEJO, op. cit., en *ADC* I-III, pp. 959 y ss., y “Estudios...”, páginas 385 y ss.

cree nuestra doctrina— de permitir a éste que conceda la facultad de impugnar su partición por lesión aun cuando ésta no alcance su legítima, facultad que sin tal concesión expresa o tácita no existiría. Ese «aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador» tiene el sentido de conceder *por sí* la facultad de impugnar la partición cuando existe lesión.”

Así, dice él mismo: “En definitiva es como si el 1.075 dijese: «Podrá ser rescindida la partición hecha por el testador por causa de lesión»”.

Partiendo de esta interpretación entiende que: “El *no* y el *sino* del artículo 1.075 no tienen el sentido de referirse al artículo 1.074 para declararle derogado o vigente. Su sentido pleno se encuentra en limitarse a una relación entre sí. El 1.075 —repetimos— tiene por fin aplicar el mismo principio que el 1.074...” (232).

Y en su réplica a nuestra objeción de que con su criterio la excepción derogaría totalmente la regla general —que formula en una versión ulterior de su trabajo (233)— insiste en “que la formulación del artículo 1.075 no contiene, como construcción lógica, *una* regla y *dos excepciones* (regla: inimpugnabilidad; excepciones: 1.º lesión en la legítima, 2.º la otra lesión). Si eso fuese así, ciertamente tal como yo interpreto la segunda excepción, ésta derogaría por completo la regla, lo cual es absurdo. Por el contrario, el 1.075 en vez de *una* regla y *dos* excepciones, lo que contiene es la *indicación* de que en *dos* casos es posible impugnar por lesión la partición hecha por el testador (“...no puede ser impugnada por lesión sino...”, no es sino decir que “solamente puede ser impugnada por causa de lesión en *tal y cual* caso). Estos casos son: 1.º Lesión en la *adjudicación* (que existe —y eso es lo que explica el 1.075— cuando la voluntad de *disposición* fue otra). 2.º Lesión en la legítima (la cual puede darse aunque la partición *no* discrepe de la disposición, ya que se puede lesionar la legítima al *disponer* y luego *partir* de acuerdo con lo dispuesto)”.

Así el artículo 1.075 no sería consecuencia paralela a la disposición del inciso final del artículo 1.056, § 1.º, al disponer que “se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos”, sino que, al decir de Albaladejo (234), “el 1.075 marca el sentido y el justo límite del 1.056”.

Nosotros (235) habíamos objetado “que Albaladejo, sin darse cuenta, nos patentiza el fallo de su ingeniosa interpretación. Si la existencia de lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fue otra, el artículo 1.075, así interpretado, tendería a decir: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos o de que haya lesión». La antinomia que así resultaría

(232) *Ibid*, nota 51 ter. *ADC* I-III, p. 960, y “Estudios...”, p. 387.

(233) *Ibid*, adición a la nota 51 ter en “Estudios...”, cits., p. 388.

(234) *Ibid*, *ADC* I-III, p. 962, y “Estudios...”, p. 389.

(235) *Apuntes...*, loc. cit., pp. 192 y s., y *ADC* IV-IV, pp. 1423 y ss.

existente sería tan total y absoluta que se pone en evidencia lo absurda de esta interpretación" (236).

La réplica de nuestro querido amigo no permite que su tesis escape de la antinomia denunciada por nosotros. De ser exacta su afirmación, el artículo 1.075 sería innecesario, bastaría con el artículo 1.074, y de quererse disipar toda duda respecto de la partición hecha por el testador, habría sido suficiente añadir en el artículo 1.074, después de "particiones", el inciso, "incluso la hecha por el difunto". Y, sin embargo, el artículo 1.075 está y representa la tradición jurídica que desde el Derecho romano a los juristas castellanos, pasando por las Partidas —como antes vimos— ha considerado que la partición hecha por el testador no debe ser rectificada en caso de evicción ni de lesión a no ser que de la voluntad del testador resultare que éste quiso que lo fuese.

No basta que exista disparidad valorativa entre la disposición y la partición, para poder impugnar ésta, si la hubiere realizado el testador. Para poder impugnarla por lesión hace falta, además, que resulte, o razonablemente se deduzca, que el propio causante quiso que la disparidad fuera motivo suficiente para dar lugar a la impugnación por lesión.

Estamos ante un problema de interpretación de la voluntad del testador, en el que habrá de seguirse la pauta del artículo 675, § 1.º Código civil. A falta de declaración expresa, la voluntad del testador podrá deducirse razonablemente, v. gr., en el supuesto de la conjectura clásica de que resulte patente que el testador quiso que en todo caso se mantuviese entre los hijos la absoluta igualdad, o proporcionalidad a las cuotas dispuestas.

Pero cuando falte todo indicio razonable, favorable o desfavorable a la adhesión del testador a la regla general de los artículos 1.056, § 1.º y 1.075 C. c., habrá que atenerse a ésta. Hay que estimar que el testador así lo quiso al no hacer salvedad alguna en su partición, y tanto más en los casos en que dicha división hubiera sido hecha o ratificada, aunque fuera en términos generales, en testamento. No obstante, sin duda la existencia de un extraordinario desequilibrio entre las disposiciones y las atribuciones particionales podrá ser un indicio, a valorar por el Juez, de la existencia de algún vicio en la voluntad del testador, o simplemente de error en la expresión de la determinación particional (237).

35. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (238) han escrito que, al planteamiento clásico, oponen diversos autores "que las vicisitudes posteriores de la partición (variaciones en la composición del patrimonio o de la familia, pérdidas o aumentos de valor, renuncias) pueden poner a ésta, al abrirse la sucesión, en contradicción con la

(236) Se sumaron a esta crítica: GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. cit., p. 513; DE LOS MOZOS, loc. cit., pp. 185 *in fine* y ss.

(237) Cfr. "Apuntes...", loc. ult. cit., nota 251, pp. 198 y 199, y *ADC* IV-IV, pp. 1430 y ss.

(238) LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, loc. ult. cit., pp. 278 y ss.

voluntad del causante expresada en la atribución de cuotas en el testamento". Y al comentar nuestra crítica a la tesis de Albaladejo observan: "que la lesión (o, en términos generales, la diferencia entre el valor de la cuota de un heredero en el momento de la apertura de la sucesión y el de lo que efectivamente reciba en la partición), pueden producirse por hechos sobrevenidos tras el acto partitacional y antes de la apertura de la sucesión; voluntarios o involuntarios; afectantes a la existencia de los bienes atribuidos (destrucción total o parcial, desmerecimiento) o a su continuación en el patrimonio del causante (enajenación, sustracción, evicción) o a su valor (aumento o disminución); y que lo mismo la 'lesión' originaria que la sobrevenida puede ser intencionada o involuntaria".

Sin embargo, esta cuestión, aunque relacionada con el tema de nuestra discusión, no puede confundirse con éste, y puede tener soluciones diversas, específicas en cada caso. De las principales nos ocupamos ya hace años (239), distinguiendo los siguientes supuestos de disparidad sobrevenida, por hechos posteriores entre disposición y partición.

a) *En los elementos personales*: Sea por premoriencia, incapacidad o repudiación de algún instituido sin sustituto designado, o cuya sustitución no tuviere efectividad, o bien por sobreveniencia de algún heredero forzoso o sobrevivencia del que se creyó fallecido.

Para que pueda darse este segundo caso —de sobreveniencia o sobrevivencia— es necesario que en el testamento no se haya preferido al hijo omitido en la partición y que en previsión, en su caso, se haya dispuesto a favor de los posibles herederos forzados nacederos. También podrá tener lugar este supuesto cuando no se impugne el testamento, sino que se acate a tenor de lo previsto en las Resoluciones de 31 de junio 1910 y 31 enero 1913. En estos casos nos parece de clara aplicación analógica, por identidad de *ratio*, la solución del artículo 1.080 C. c.: "*La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda*".

En el supuesto de faltar alguno de los herederos entre los que el testador distribuyó la herencia, parece, a primera vista, de aplicación analógica el artículo 1.081 C. c.: "*La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula*." Pero no es así, pues este precepto se basa en el hecho de que en el acuerdo conjunto de voluntades, que presupone toda partición hecha entre los herederos, intervino una voluntad que no debía participar ni influir en aquella convención. En cambio, creemos aplicable el artículo 1.079, ya que prácticamente son defectos equivalentes que el causante omita por olvido en la partición alguno de sus bienes o que los asigne a quien no llegó a ser heredero suyo.

(239) "Apuntes...", nota 252 cit., B), pp. 199 y s., y ADC IV-IV, p. 1431.

3) Por adquisición o aparición de *nuevos elementos reales* no comprendidos en la partición, lo mismo que por omisión de algunos ya existentes. Creemos aplicable, en este caso con mayor razón que en el anterior, el citado artículo 1.079: “*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos*”.

γ) *Mutación en los elementos reales* comprendidos en la división, ocurrida, bien sea por accesión natural, por mejoras debidas al causante o a terceros sin derecho a resarcirse de ellas, o por reducción de valor debida a evicción, deterioro no imputable al heredero asignatario o por disminución intrínseca de valor. Evidentemente, también en estos casos deberá atenderse en primer lugar a la voluntad del testador, expresa o razonablemente presumida. Pero a falta de expresión, o por imposibilidad de deducir razonablemente cuál fue la verdadera voluntad del mismo, creemos que el criterio legal debe deducirse de lo determinado, para los supuestos de evicción, por el § 1.º del artículo 1.070 del Código civil (240).

δ) En caso de *venta de un bien comprendido en la partición*, el testador, además de haber podido dejar prevista esta eventualidad en su partición, o en el testamento que le sirvió de apoyo, podrá manifestar su voluntad, no sólo en un nuevo testamento, sino que, además—creemos—, puede expresarla en la misma escritura de venta o en cualquier rectificación de la partición hecha por el expresado motivo.

Sin embargo—añadimos ahora—, en caso de no haberse previsto nada ni poder deducirse razonablemente de la voluntad del testador, creemos que lo más adecuado será partir de que la venta desnivele la partición y que ésta debe ser rectificada, para equilibrar las hijuelas, repartiendo la merma del bien enajenado o compensándola al que fue asignatario del mismo.

ε) Tenemos, aún, que añadir el supuesto de mera alteración del valor de las cosas asignadas en la partición. Habíamos hecho notar (241) que lo cierto es que, a pesar de entrar en juego en la partición las donaciones colacionables, el artículo 1.045 Código civil refiere el valor en que han de colacionarse al momento de la donación, sin que haya obstáculo en que el testador, que incluso puede dispensar la colación, puede prefijar las valoraciones a su racional arbitrio, así como referirlas a otro momento cualquiera, con tal de que no lesione legítima alguna, pues ante éstas la libre disposición del *de cuius* halla su límite.

(240) CÁMARA ALVAREZ, nota últ. cit., p. 866, ha entendido que “cuando haya habido señalamiento previo de cuotas y el testador al adjudicar el bien que ha sido objeto de evicción ignoraba totalmente el riesgo de que aquélla tuviera lugar, hay base, en mi opinión, para establecer la presunción a que se refiere el precepto” {del art. 1.070, n. 1.º}.

(241) “Apuntes...”, loc. últ. cit., p. 197, y ADC IV-IV, p. 1428.

Con igual salvedad hemos sostenido (242) que el testador puede valorar todos o algunos bienes, por su valor en uso, por su precio de adquisición, por su valor de producción o en renta.

Creemos que el testador cuando al realizar la partición en el propio testamento o en acto *inter vivos* refiere la valoración a ese mismo momento en que lo realiza. Lo contrario sería conjeturar. Admitir la partición *parenten inter liberos*, en cualquiera de sus modalidades, supone aceptar ese hecho. De lo contrario, la mayor parte de las finalidades perseguidas con esta forma de partir (evitar disputas y pleitos, dejar definida la situación, incluso individualizando los riesgos) quedarían frustradas. Así lo acepta González Enríquez (243), quien recuerda que en Francia las leyes de 1930 y 1940 refirieron las valoraciones a la fecha de la partición hecha por el testador. Notemos el paralelismo entre los preceptos de los artículos 1.070, n. 1.º, y 1.075: el primero excluye la evicción y el segundo la rescisión por lesión de la partición efectuada por el testador, salvo si hubiere lesión de alguna legítima o bien aparezca o racionalmente se presuma que el testador hubiese querido lo contrario. Esto es, decir que, fuera de este último caso (o en lo referente a la salvaguardia de la legítima), la partición efectuada por el testador individualiza los riesgos de evicción o de alteraciones de valor (en cuanto no afecten a la legítima), si no resultare que el propio testador quiso otra cosa. Así, como al principio hemos visto, opinó la generalidad de los autores de Derecho común y de los juristas castellanos (244).

Cuestión diversa a las que originan las diferencias objetivas del valor, es la referente a la de su unidad de medida, es decir, la moneda, o sea, la *derivada* de la desvalorización monetaria. En principio no es admisible que para medir cosas, en una operación que las comprende todas, se usen unidades de distinta cuantía; así ocurre cuando es empleada la misma unidad monetaria, pero en momentos diferentes en los cuales su valor efectivo no es igual (245).

36. Con estos antecedentes creemos que tenemos datos suficientes para contestar a la cuestión de si debe restituir o compensar el exceso el legitimario, a favor del cual el testador solamente dispuso de su legítima, pero a quien en la partición le adjudicó un bien o varios bienes que valorados, no con el criterio subjetivo del testador, sino con el criterio considerado como más objetivo en un ám-

(242) Cfr. nuestro *Dictamen* publicado en *ADC XVIII-I*, pp. 259 y ss.

(243) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. cit., p. 515 y nota 85.

(244) Esa individualización anticipada de riesgos que los artículos 1.070 n. 1.º, y 1.075 significan de acuerdo con sus precedentes históricos, parece no haberla estimado GARCÍA BERNARDO (en "Técnica Jurídica y práctica notarial" —Oviedo 1964—, pp. 158 y ss., y "La legítima...", pp. 161 y siguientes) cuando considera "inadmisible" el artículo 1.071, 1.º, "por falta de técnica y equidad" y origen de un "enriquecimiento injusto".

(245) Cfr. "Apuntes..." II, loc. ult. cit., nota 251, § final, p. 197, y *ADC IV-IV*, pp. 1428 y ss., § 14, D, b, B, pp. 588 y ss., o *ADC VII-II*, páginas 425 y ss., y "La antítesis inflación-justicia", en *R. J. de Cataluña XLIX*, septiembre-octubre 1960, pp. 575 y ss.

bito dado, resultare que el montante de lo dispuesto a su favor fuera superior al de la legítima.

Nuestra respuesta ha sido (246) que los demás herederos no podrán reclamar por razón de que la asignación que hubiese hecho el testador-partidor a cualquier heredero forzoso, como aplicación de su cuota legitimaria, aunque aquel bien asignado exceda del valor correspondiente a su cuota. Salvo en caso de que con ello se lesionase otra u otras legítimas o de que "aparezca o razonablemente se presuma que fue otra la voluntad del testador", según resulta del artículo 1.075 C. c. que acabamos de analizar (247).

h) Disposiciones testamentarias ordenando la asignación de determinados bienes a la legítima del asignatario.

37. Supuesto distinto al de la partición efectuada por el testador al amparo del artículo 1.056 —que supone una completa distribución de los bienes, a la que son de aplicación las normas de los artículos 1.070, n. 1.º, y 1.075 C. c.—, es aquel en el cual el testador asigna a alguno o algunos de los instituidos (o por otro título llamados, v. gr., como legatarios parciarios) determinado o determinados bienes con cargo a la porción que le corresponda en la partición.

Sobre esta distinción habíamos llamado la atención hace tiempo (248), y, acerca del supuesto de simple asignación de bienes con cargo, o a cuenta, de la cuota correspondiente, subdintinguimos, partiendo de que, en definitiva, se trata de cuestiones en las cuales es decisoria la voluntad del testador y, por consiguiente, su interpretación a tenor del artículo 675 C. c.

— Si la asignación de bienes se hubiera hecho prefijando taxativamente su tasación o expresando que se efectuaba en pago de la total participación del asignatario (o de una parte determinada de ella, v. gr., la mitad, o tres cuartas partes, etc.) y no meramente a cuenta de la misma, habría de aplicarse la misma doctrina del artículo 1.056 ("se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzados") y del 1.075 (de no poder ser impugnada por causa de lesión "sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzados, o de que aparezca, o razonablemente se presuma, que fue otra la voluntad del testador", según hemos estudiado).

— Pero en los demás casos, en los cuales aparezca clara la voluntad del testador de que el bien asignado sea adjudicado *a cuenta*

(246) "Apuntes...", II, § 3.º, E, b, pp. 208 y s., o *ADC* IV-IV, pp. 1439 y siguientes.

(247) Acepta este criterio *DE LOS MOZOS* (loc. últ. cit., p. 226), siempre que no se trate de "que el testador disponga de una forma y luego asigne de otra" —caso que estima inadmisible [como nosotros]—. Pero sí en el supuesto normal "que no coincida el valor abstracto de la disposición con el valor concreto de la asignación, sin que exista entonces más que una divergencia cuantitativa, que es a lo que *VALLET DE GOYTISOLO* parece referirse, en cuyo caso se ha de estar a lo ya indicado".

(248) "Apuntes...", II, nota 253, p. 201, o *ADC* IV-IV, p. 1432.

de la participación que corresponda al asignatario en la herencia: el bien o bienes asignados se deberán valorar a la fecha de la partición y, en su caso, habrá de completarse el lote del asignatario, con otros bienes mediante el abono de diferencias en metálico cuando proceda, o bien habrá de reducirse si su valor excediera del correspondiente a su cuota y, en ese caso, la reducción deberá efectuarse (en cuanto cupiere al amparo de los artículos 1.056, § 2, y 1.062 C. c., o bien simplemente del principio de que la voluntad del testador es ley de la sucesión en cuanto no choque con normas imperativas de la ley, como son las reguladoras de las legítimas) satisfaciendo el adjudicatario el exceso percibido a aquel o aquellos de sus coherederos que lo recibieron de menos a consecuencia de la asignación a cuenta efectuada por el testador.

En este sentido, la S. 9 marzo 1961, consideró que, "como quiera que del estudio del testamento de la causante se desprende que la testadora adscribe bienes de la herencia a cada uno de los herederos, individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio, y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes, es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que reparte, no puede estimarse realizada la partición de la herencia por el causante y no cabe aplicar el precepto del párrafo 1.º del artículo 1.056 del Código civil".

Y en S. 25 enero 1971, en un supuesto de asignación por el testador de determinados bienes, en tanto que con inclusión de los restantes el contador efectuó la partición, el Tribunal Supremo estimó que no eran de aplicación los artículos 1.056 y 1.075 C. c., razón por la cual no cabía alegar su infracción.

i) *Disposiciones testamentarias relativas a la imputación a la legítima de anteriores o ulteriores donaciones o anticipos.*

38. — Hemos visto antes que el causante al otorgar una donación puede determinar que dona como anticipo de legítima o con carácter colacionable. Tenemos aquí unas disposiciones relativas a la imputación de lo donado efectuadas en el mismo acto que la donación. Algo parecido hemos podido observar en las meras entregas de bienes como simple anticipo de legítima. Y, a la inversa, el causante, al donar, puede también determinar que lo hace con carácter de mejora, con dispensa de colación, o con otras expresiones que indiquen que lo hace sin perjuicio de lo que al donatario le corresponda por su legítima, o además de aquello que le atribuyan las disposiciones testamentarias que el causante efectúe de su caudal reliquo, o bien independientemente de la cuota que *ab intestato* le corresponda en su herencia.

Del mismo modo, puede hacer simples entregas de bienes, significando su carácter de mejora.

Pero, también puede el causante efectuar donaciones sin indicar nada acerca de la imputación que en su día deba tener lo donado. Es para estos supuestos cuando la ley, como luego veremos, efectúa supletoriamente determinaciones acerca de la imputación de lo donado.

La cuestión que ahora plateamos consiste en determinar si en todos estos casos, al testar, el causante puede:

- variar sus disposiciones *inter vivos* acerca de la imputación de lo donado o entregado como anticipo, y
- determinar lo que antes había dejado sin especificar a ese respecto, por lo cual, en cierto modo, también haría variar lo que tácitamente resultaba en el acto inicial, al haberse dejado en él con ese silencio su determinación a lo dispuesto supletoriamente por la ley.

Diremos, ante todo, que en este segundo supuesto el silencio del donante, o del causante que entrega alguna cosa como anticipo, no tiene por qué tomarse como una remisión al criterio legal subsidiario, puesto que, en realidad, se ha de entender simplemente que ha dejado abierta la posibilidad de determinar su imputación al otorgar su última voluntad.

La cuestión primeramente planteada es de más interés y ofrece una doble posibilidad:

- o bien atribuir el carácter de mejora o imputable a la parte de libre disposición, o a ésta y al tercio de mejora, a una entrega de bienes o una donación que había sido efectuada como anticipo de legítima; o bien dispensar de colación una donación otorgada con carácter colacionable;
- o bien, inversamente, declarar imputable a la legítima una donación o anticipo efectuados en concepto de mejora o con cargo a cualquier porción no legitimaria, u ordenar la colación de una donación que se efectuó con carácter no colacionable.

α) La primera posibilidad parece obvia, y no puede tener otro límite que el respeto de las donaciones que son irrevocables, en cuanto no sea de aplicación ninguna causa legal para revocarlas, y son reducibles sino en caso de inoficiosidad, a tenor de los artículos 636 y 654 y ss. De ello dimanan las reglas de los artículos:

- 656: “*Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente*”, y
- 820, n. 1: “*Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento*”.

Por consiguiente, la atribución testamentaria ulterior a la donación del carácter de mejora de ésta o de su imputabilidad fuera de la legítima o de su dispensa de colación, son eficaces en tanto que ese cambio de imputación consiguiente no perjudique a ninguna dona-

ción *inter vivos* que el mismo causante hubiese otorgado después de aquélla y antes del testamento en que dispuso tales modificaciones.

Un problema puede plantearse, en este supuesto, en caso de que el testador se contente con dar carácter no colacionable, o de mejora, a una donación por él efectuada a un legitimario, pero sin disponer nada a su favor en tal testamento. Es posible que alguien se plantea entonces si habrá preterición. Pero esa hipótesis la rechazamos en este supuesto, puesto que en él, además de mencionarse al legitimario, el testador se refiere a una donación que le hizo, aunque sea para hacerla imputar fuera de la legítima (249). Creemos, más bien, que esa orden de imputación *extra partem* implica además el reconocimiento de su parte legítima que, por lo tanto, debe entenderse atribuida como en los casos de reconocimiento expreso.

39. β) La segunda cuestión ha sido más discutida, tanto en el Derecho histórico como después en la regulación del Código civil.

β1) Respecto de las donaciones o los anticipos otorgados en concepto de mejora:

Sabido es que la ley 17 de Toro declaró la revocabilidad de las mejoras: “*Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos oviere entregado la posesión de la cosa e cosas en el dicho tercio contenidas a la persona a quien lo ficiere o a quien su poder oviera. O lo oviere entregado ante escriban la escritura de ello. O el dicho contrato se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, así como por vía de casamiento o por otra causa semejante, que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar si no se reservase el que la fizó en el mismo contrato el poder para lo revocar o por alguna causa que, según leyes de nuestros reinos las donaciones perfectas o con derecho fechas, se puedan revocar*”.

Los autores castellanos no estuvieron concordes en la interpretación de la ley 17 de Toro (250), pues mientras unos (Gregorio López, Antonio Gómez, Tello Fernández, Matienzo, el Dr. Molina, Acevedo, Pichardo) circunscribieron las otorgadas “*por contrato entre vivos*” a las realizadas mediante donación perfecta, otros (Peralta, Pérez de Mieres, Angulo) estimaron que siempre la entrega de bienes transmitía irrevocablemente el dominio al mejorado, equivaliendo a una donación. Pero, si estuvieron de acuerdo en estimar que la irrevocabilidad se fundaba en el valor de donación *inter vivos* que tenían o que adquiría con la entrega de bienes, y que esa irrevocabilidad incluía ambos aspectos de donación y de mejora.

En cambio, el artículo 827 del Código civil, dispone que:

“*La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero*”.

(249) Cfr. “El deber formal de instituir heredero a un legitimario y la preterición”, en *ADC* XX-I, 12, f. p. 38.

(250) Cfr. “Apuntes...”, III Parte, § 12, H, pp. 529 y ss., o *ADC* VII-II, páginas 635 y ss.

Queda claro en este texto la revocabilidad de todo anticipo otorgado con carácter de mejora, tanto en su aspecto de mejora como en el de anticipo hereditario. En cambio, tratándose de donaciones *inter vivos* es preciso profundizar más.

No es aquí el lugar adecuado para tratar de si la revocabilidad de las mejoras alcanza a las donaciones *inter vivos* verificadas como tales con carácter irrevocable (251). Pero sí para partir de la distinción entre su aspecto de donación y el aspecto de mejora (252), y para examinar si una donación, irrevocable por ser *inter vivos*, otorgada con carácter de mejora, puede ser destituida de este carácter sin quedar revocada como donación.

Nuestra conclusión (253) había sido:

1.º) Que la donación *inter vivos* a la que se otorgó carácter de mejora, dándole así mayor grado de liberalidad, no puede entenderse que, al serle revocado ese carácter, también como donación resulte degradada a ser revocable, con lo cual contrariaría el principio de la irrevocabilidad de las donaciones que resulta del examen sistemático, en su totalidad, del título que el Código les dedica y, en especial, *sensu contrario* de los artículos 639, 641, 644 a 656.

2.º) Que, por el contrario, puede aceptarse la revocabilidad de su carácter de mejora, en tanto éste no afecte a la permanencia de la donación de suyo irrevocable. Y aun esa distinción sólo puede sostenerse como secuela de la innovación de los artículos 827 y 825 C. c., partiendo de que, en su virtud, *la orden de imputación tiene hoy carácter relicto y es separable de la atribución patrimonial a la que va referida*.

3.º) Como corolario y límite de esa segunda conclusión, se debe deducir que ese cambio de imputación no puede afectar en modo alguno al íntegro mantenimiento de la donación (254). Según resulta

(251) Cfr. al respecto nuestros trabajos "La donación *mortis causa* en el Código civil", XII, en *Anales de la Ac. Matr. del Notariado*, vol. V, páginas 767 y ss., y "Apuntes...", loc. últ. cit., pp. 532 y ss., o *ADC* VII-II, páginas 368 y ss.

(252) MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 827, IV, 2.º, p. 432; JOSÉ URIARTE BERASATEGUI, "Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil", en *RCDI* V, mayo 1929, pp. 321 y ss; FELICÍSIMO DE CASTRO, "Derecho civil...", volumen II, Madrid 1928 tema CXXVII, p. 302; AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, "La revocación de la propiedad", Madrid 1942, cap. IV, n. 63, páginas 130 y ss., y "La mejora en el sistema sucesorio español", Coimbra 1946, páginas 24 y ss., y nuestros dos estudios citados en la nota anterior.

(253) "Apuntes..." loc. últ. cit., p. 538, y *ADC* VII-II, p. 374.

(254) Véase el ejemplo que pusimos en la nota 994 de nuestros "Apuntes..." III, § 12, p. 538, o *ADC* VII-II, p. 374: "El causante había donado a un extraño 100 y, posteriormente, otros 120 en concepto de mejora a un hijo suyo, A. En testamento posterior legó el tercio íntegro de mejora a otro hijo, B. Su caudal, acumulado el líquido relicto y lo donado, sumaba a su muerte 300. Dejó tres hijos. El hijo A no acepta la herencia de su padre y, por eso, no debe colacionar. En este caso, con el criterio que hemos aceptado, los 120 donados a A deben ser preferentemente imputados a su legítima individual hasta su valor de 33 1/3, pero los restantes 86 y 2/3, por haberse agotado el tercer tercio con lo donado al extraño, deben imputarse al tercio

del artículo 656, el orden de prelación de las donaciones se determina por la antigüedad de las fechas de su respectivo otorgamiento; y, según el artículo 826, no deben reducirse las donaciones sino cuando resulten inoficiosas después de reducidas las disposiciones testamentarias. Un mero cambio de imputación no debe derogar estas reglas. Por eso la revocación de la mejora debe detenerse en el punto que afectaría a la irrevocabilidad de una donación de suyo irrevocable.

40. *β₂) Respecto de las donaciones otorgadas con dispensa de colación.*

En la doctrina anterior del Código civil, Antonio Gómez (255) opinó que la donación perfeccionada y otorgada con dispensa de colación, no podía ser privada después de este carácter.

En cambio, después del Código civil, Manresa (256) estimó que era revocable en testamento la dispensa de colación con tal de que la revocación se verificase “expresamente”, de igual modo como el artículo 1.036 exige para la dispensa.

De Diego (257) excluye la posibilidad de revocar esa dispensa, si ésta se hubiera dispuesto en capitulaciones matrimoniales, dada la fuerza vinculante que en este caso tiene como sucesión contractual.

Nuestra opinión (258) coincide con la expresada por Manresa, fuera del supuesto excepcional expresado por De Diego, “pues no es lógico considerar irrevocable la dispensa de colación, dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir la cuota de institución del donatario —mientras no le prive de la legítima—, logrando el mismo resultado”.

B. DETERMINACIÓN SUBSIDIARIA HECHA POR LA LEY. NORMAS DE IMPUTACIÓN.

41. Antes de abordar esta cuestión, debemos prevenir que pocas veces se produce una situación en la cual absolutamente todo haya

de mejora, que es porción disponible entre los hijos. Así lo exige la irrevocabilidad de las donaciones que tampoco deben ser reducidas en cuanto no sean inoficiosas. El mejorado en testamento, por tanto, sólo recogerá como mejora los 13 y 1/13 restantes del tercio de mejora”.

(255) ANTONIO GÓMEZ, “Opus praeclarum et utilissimam super legibus Tauri”, lex XVII, n. 22, fol. 71 vto: “ubi si pater vel mater, semel facit filio vel filiae donationem perfectam regulariter illa non debet conferri nisi contrarium dicat tempore donationis, non autem sufficit postea dicere ex intervallo”; y lex XXIX, n. 27, fol. 101 vto: “requeritur quod dicat et protestetur tempore ipso donationis factae; non vero postea ex intervallo; quia quaestio iam esset quaeasit ius patri, et non posset ab eo auferri”.

En igual sentido, más de dos siglos después, cfr. ALVAREZ POSADILLA, en su “Comentarios a las Leyes de Toro”, Madrid 1796, lex XXIX, p. 171.

(256) MANRESA, op. cit., vol. VII, art. 1.036, I, p. 561.

(257) DE DIEGO, op. cit., vol. III, lec. 97, p. 405.

(258) “Apuntes...”, III, § 14, B, 4.^o, p. 575, o ADC VII-II, p. 411. En igual sentido, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, “La colación”, Madrid 1965, n. 58, páginas 272 y ss., y JOSÉ PUIG BRUTAU, “Estudios...” V-III, cap. V, 11, II, 3, página 652.

sido previsto por el causante; ni, inversamente, en la cual absolutamente nada haya previsto éste y todo quede pendiente de las subsidiarias previsiones de la ley. Lo más frecuente es que junto a lo previsto por el causante, al donar y al testar, queden en el aire imprecisiones que la ley debe cubrir. Y, en este caso, la primera norma que se debe aplicar es la interpretativa de la voluntad del testador, contenida en el ap. 2.º del § 1.º, del artículo 675 C. c.: *"En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento"*.

Sin embargo, hay ciertas normas que parecen suponer un límite puesto a ese criterio interpretativo. Nos referimos a aquéllas, en las cuales se exige que determinada voluntad conste *expresamente* o que se haya declarado *de manera expresa*. Es el caso de los artículos 783, 825, 828 y 1.036, a los que hemos dedicado sendos trabajos para precisar el sentido de ese requisito (259).

Como el latín *"expressim"*, el castellano *"expresamente"*, o sus variantes, requiere palabras o expresiones claras, pero no términos ni frases sacramentales; exige claridad y certeza, mas no formalismo. El Código civil ha tendido a abolir las conjeturas extratestamentarias en materia de fideicomisos, de mejoras y de dispensa de colación de donaciones, pero no puede entenderse que suprima la interpretación de la voluntad del testador, según el tenor del mismo testamento, ni que requiera para esas disposiciones palabras formales o sacramentales.

Siendo así habrá que conjugar siempre la voluntad resultante de la interpretación de la escritura de donación y del testamento con las disposiciones supletorias contenidas en el Código civil en materia de imputación o que repercuta o pueda repercutir en ella.

a) *En lo referente a legados.*

42. Hallamos en el Código civil varias normas que han sido consideradas aplicables a la imputación de legados para supuestos singulares respectivamente contemplados en ellas. Así se han entendido aplicables diversos artículos del Código civil.

1.º *En caso de que con la atribución dispuesta no se haya cubierto la legítima al legatario que sea heredero forzoso*: éste, según previene el artículo 815, "podrá pedir el complemento de la misma" es decir, que hasta donde alcance el legado, se imputará a la legítima.

De ahí se deduce que si a un legitimario el testador sólo le ha otorgado un legado (o bien habiéndole instituido heredero en una

(259) De los artículos 825 y 828 en "La mejora tácita...", en *Anales...* citados, vol. VIII, en síntesis, p. 139; del artículo 1.036, en "Apuntes..." III, párrafo 14, B, 4.º, p. 573, o *ADC* VII-II, p. 409, y del artículo 783, en "Notas críticas para la interpretación del artículo 783, § 1.º, y del 785, n. 1.º, del Código civil", en *ADC* XIV-I, pp. 139 y s.

cuota inferior a la legítima le otorga, además, un legado), se imputará el legado a la legítima hasta cubrir su montante (260).

No creemos que la imputación a la legítima de lo legado a un legitimario no instituido heredero sea consecuencia de la norma del artículo 815, sino, por el contrario, que éste es un corolario de lo que ha de estimarse voluntad del testador —en este sentido invocaron el artículo 815 las Ss. 16 enero 1895, 25 mayo 1917 y 23 abril 1932 en sendos supuestos en los cuales el testador sólo atribuyó a hijos naturales suyos un legado insuficiente para cubrir su legítima— cuando sólo le deja un legado a un legitimario e instituye herederos universales a otra u otras personas. Pero no nos sirve para los supuestos en que el testador no haya dispuesto de todos sus bienes, dejando abierta la puerta a la sucesión intestada, o en que haya instituido heredero al legitimario, único o juntamente con otros llamados, y le otorgue además el legado (261).

2º *En caso de haberse instituido heredero a un legitimario, con otros de su misma clase, y de haberle favorecido, además, el testador con algún legado, se ha considerado aplicable la norma del artículo 1.037 C. c.: "No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas".*

En su virtud, se ha afirmado de esta norma:

- que significa la no imputación (o la imputación, caso de que el testador hubiese ordenado la colación) de la manda o el legado a la legítima del legatario (262);
- que es aplicación del principio de que el testador que lega a su heredero lo hace independientemente de la cuota hereditaria (263);
- que el artículo 1.037 es norma pura de colación —que referida a un legado implicaría que la cosa legada se computara en la

(260) Cfr. AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, "Acumulación a favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legal usufructuaria", V, en *RGL y J* 179, primer semestre 1946, pp. 72 y ss, ha opinado: "Quien no vea una norma de imputación en la norma que resulta del artículo 815, combinado con el 763, aplicable a todo legado a favor del legitimario cuando el causante nada dice acerca de la legítima, deberá meditar sobre el absurdo a que conduce reducir la órbita del artículo 815 al supuesto de que lo dejado por el testador sea inferior a la cuota legítima".

(261) Cfr. nuestro estudio "Imputación de legados...", VIII y IX, res; citado, pp. 338 y 340 y ss.

(262) En este sentido, DE BUEN, *Notas al "Curso elemental..."* de Colin y Capitán, vol. VIII, cap. VII, sec. VII, p. 426, estimó que la excepción del artículo 1.037: "En realidad significa tan sólo la voluntad del testador de que lo dejado se cuente a la legítima".

(263) MANUEL CALDERÓN NEIRA, "La colación en el Código civil", en *RGLyJ* 111, primer semestre 1906, pp. 135 y ss., estimó: "Lo que el Código quiere decir es que los legados no se imputen en la vocación hereditaria del legitimario, salvo disposición contraria del testador. En resumen: que esa es una regla de imputación, y, aun hilando delgado, puede decirse que ni aun es regla de imputación, sino una aplicación del principio que el testador que lega a su heredero lo hace independientemente de la cuota hereditaria, hasta el punto que puede renunciar la herencia y admitir el legado, y viceversa".

- cuota hereditaria del legatario—y que excluye de ella a los legados, salvo disposición en contrario del testador (264).
- que el presupuesto de esa norma se refiere a un legitimario, a quien se le haya instituido heredero juntamente con otros del mismo orden y además se le haya otorgado un legado; y su regla general es que el legado no se colacione a la cuota hereditaria, sino que lo reciba *extra partem* el legatario, es decir, que no se cuente en su cuota (265).
 - que la mal llamada orden de colación de un legado sólo significa que su atribución no constituye propiamente un legado, sino algo semejante a la vieja *praeceptio*, es decir, la asignación de un bien a cuenta de la cuota hereditaria del asignatario (266).

Ahora bien, normalmente, esa cuota hereditaria incluirá la legítima de todos los instituidos, y, en ese caso, indirectamente, esa norma de no colación repercutirá coincidiendo con la no imputación del legado a la legítima del legatario, pero puede no ser así, en caso de que para satisfacer la legítima del legatario, supuesto en el cual se aplica el testador haya asignado este legado —y tal vez también otros— el remanente obtenido con la institución a la porción libre.

3.º También ha sido invocado el artículo 828, que dice: “*La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes, no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado ser ésta su voluntad o cuando no quepa en la parte libre*”.

Esta es otra de las normas —como advertimos hace años (267)— cuyo alcance es necesario examinar con cuidado. El artículo 828 contradice la mejora —imputable al segundo tercio— y el tercio libre. Parte, pues, del supuesto de que la manda o legado no se imputen a la legítima estricta. Pero el hecho de arrancar de ese supuesto significa que éste, en sí mismo, debe presuponerse y constituye, por lo tanto, la regla general. El artículo 828 se aplica cuando la manda o legado no sean otorgados en lugar de la legítima. Pero lo que se guarda muchísimo de disponer este artículo es que dicha no imputación al primer tercio deba observarse siempre, salvo disposición en contrario del testador. La finalidad del precepto no es ésta.

Es más, leyendo atentamente el artículo 828, se observa que su *ratio* no es precisamente el beneficiar aún más al descendiente favorecido por la manda o legado, sino, al contrario, lo que pretende es proteger a los demás descendientes colegitimarios. En efecto, si la manda se computase en el tercio de la mejora —como “lo que es mejora deja de ser legítima de todos”—, se disminuiría la legítima lar-

(264) FUENMAYOR, loc. cit., IV, pp. 57 y s.

(265) Cfr. nuestro estudio cit., “*Imputación de...*”, VIII, res. cit., páginas 337 y 339.

(266) Cfr. nuestros “*Apuntes...*”, III, § 14, C, a, p. 579, y *ADC VII-II*, página 415. En igual sentido, CÁMARA ÁLVAREZ, “*Estudio sobre el pago en metálico...*”, nota 111, loc. cit., p. 779.

(267) “*Imputación de...*”, loc. cit., pp. 338 y s.

ga de los no mejorados. Esto es lo que el artículo 828 trata de evitar que se produzca por meras conjeturas, requiriendo que la voluntad en contrario del testador resulte expresamente del testamento.

En resumen: propiamente el Código civil no contiene reglas generales de imputación de los legados, sino que únicamente hace algunas aplicaciones para ciertos supuestos concretos de lo que presume ser la normal intención del testador. Así, tenemos que:

— Del artículo 915 puede deducirse que en cuanto la legítima no esté cubierta (por donaciones o por disposiciones testamentarias expresas, o por la sucesión intestada, si el testamento no contiene la disposición de todos los bienes), aquélla deberá cubrirse precisamente con lo que el testador atribuya al legitimario. Pero no determina un orden de preferente imputación. Este deberá, pues, deducirse del tenor del testamento o del contenido de la atribución (así: lo apto por su contenido y por su libertad de gravámenes testamentarias deberá imputarse a la legítima con preferencia a las atribuciones de contenido no apto —legado de cosa ajena, usufructos, etc.— o las que sean gravadas testamentariamente con fideicomisos, modos, usufructos, condiciones, términos).

— Del artículo 1.037 resulta una presuposición de que, si del testamento no resulta expresamente lo contrario, al legitimario, instituido heredero juntamente con otros legitimarios, a quien le sea atribuido algún legado, éste se entiende que le es atribuido *extra partem*, es decir, además de su cuota hereditaria. Sin embargo, la legítima podría cubrirse tanto con el legado (cabría que el testador hubiera atribuido sendos legados a todos los legitimarios) como con la cuota hereditaria, o en parte con una de las atribuciones y en otra parte (o en lo no cubierto por aquélla) con la otra atribución. Por lo tanto, la solución habrá de buscarse por el mismo camino interpretativo explicado para el supuesto anterior.

— En el artículo 828 hallamos una regla de imputación, pero parcial, para un supuesto concreto, que requiere para entrar en acción que en el caso de que se trate resulte evidente, por la razón que sea, que lo legado no sea imputable a la legítima estricta, por lo menos preferentemente, es decir, en cuanto quepa en la parte de libre disposición y en la de mejora.

Es de destacar, sin embargo, que la falta de normas generales objetivas en esta materia, no plantea ningún grave problema, pues dichas disposiciones legislativas ni siquiera hacen falta. La interpretación de la voluntad del testador y los principios y conceptos fundamentales de nuestro Derecho sucesorio, pueden bastar y bastan, a nuestro juicio, para ofrecer las soluciones precisas (268).

a) *Quid en los legados otorgados al cónyuge viudo?*

43. La cuestión planteada en caso de atribución al cónyuge viudo de un legado, acerca de si éste debe imputarse a cuenta de su cuota

(268) Cfr. "Imputación...", loc. cit., p. 339

legal usufructuaria o bien debe acumularse, ha sido muy controvertido. Así:

Manresa (269) se había inclinado por la aplicación del legado de usufructo a la cuota vidual, sin perjuicio de su derecho al complemento si no alcanzare su valor, o de imputar el exceso si lo hubiere a la parte de libre disposición.

Sánchez Román (270) pareció inclinarse por la acumulación de legado a favor del cónyuge viudo y cuota vidual en cuanto aquél quepa en la parte libre, y decididamente lo entendió así Charrín (271) en el supuesto que le fue consultado.

Fuenmayor (272), a falta de determinación testamentaria en uno u otro sentido, distinguió según concurriera el cónyuge viudo con herederos forzosos o con extraños. En el primer caso, apoyándose en el artículo 1.037, se inclinó por la acumulación. Y en el segundo, con base al artículo 815, entendió aplicable la solución contraria. Esta tesis la combatimos (273) partiendo de la inaplicación, a uno y otro caso, de los artículos 1.037 (por no ser el viudo verdadero heredero forzoso, sino legatario, ni concurrir con herederos forzosos de igual clase a la suya) y 815 (por no contener norma de imputación sino, al contrario, partir, como presupuesto, de ella). También observamos, que parece un contrasentido que, precisamente, tenga lugar la acumulación cuando el cónyuge viudo concurra con herederos forzosos y que, en cambio, se compute a su cuota, en cuanto quepa, concurriendo con herederos voluntarios.

Nosotros (74), una vez agotada la posibilidad de resolver la cuestión interpretando la voluntad explícita o implícita del causante (275),

(269) MANRESA, "Si el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo que le lega su consorte en testamento anterior al Código civil y además al que le concede la ley", en *RGL y J* 83, 2.^o sem. 1893, p. 83.

(270) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios", vol. IV-II, cap. XV, 54, cfr. 2.^a ed. página 830.

(271) CHARRÍN, "Legado en propiedad del tercio de libre disposición a la viuda. ¿Tiene ésta derecho también a la adjudicación de la cuota legal en usufructo?", en *Bol. de la R. G. L. J.*, año 1904, p. 20 (cita de FUENMAYOR).

(272) FUENMAYOR, loc. últ. cit., pp. 34 y s., especialmente.

(273) "Imputación..." X, loc. cit., p. 345.

(274) *Ibid.*, p. últ. cit. y XI, p. 348.

(275) "Así, verbigracia—escribimos en lugar indicado en la nota anterior—: Si el causante expresamente declara legar a su cónyuge en pleno dominio todo cuanto la ley permita, parece evidente que su voluntad no sólo no se dirige a dejar el legado en lugar de la cuota legal, sino que implícitamente quiere que se acumulen ambas atribuciones. Con menos seguridad, consideramos que también late igual intención cuando el testador lega concretamente en propiedad o en usufructo toda la parte de libre disposición a su esposa sin aludir a la cuota legal".

"En cambio, si en el testamento en que se otorga el legado a favor del cónyuge viudo se distribuye el haber del causante utilizando éste la facultad conferida por el artículo 1.056 del Código civil, la no alusión a la cuota legal, unida a la distribución de bienes verificada sin tenerla en cuenta, parece indicar que la voluntad del testador era opuesta a la acumulación de dicha cuota legal al legado".

·y “ante la necesidad de dar una solución”, nos habíamos inclinado también a favor de la acumulación de cuota y legado partiendo de la especial naturaleza de la cuota vidual, respecto de la cual —a diferencia de las otras legítimas— creíamos entonces que se obtenía *ope legis* por una delación legal directa de dicha cuota.

Cámara Alvarez (276), ante este supuesto, ha rechazado tanto la acumulación de legado y cuota como la posibilidad de que el cónyuge viudo opte por aquél y por ésta, y ha afirmado que el cónyuge viudo deberá aceptar el legado —aunque sea de metálico, que se imputará a su cuota legal—, pues, cree, que “no existe un llamamiento legal autónomo a favor del cónyuge por su cuota legal usufructuaria”, sino sólo subsidiario, en cuanto el valor de lo que el testador le haya asignado no cubra su cuota. Por lo cual, el criterio aplicable a los demás legitimarios, en análogo supuesto, no debe variar tratándose del cónyuge viudo. Más atrás hemos aceptado esta rectificación de Cámara a nuestra tesis de la naturaleza jurídica de la legítima vidual, por lo tanto, también aceptamos aquí su consecuencia lógica para el supuesto que estudiamos.

El Tribunal Supremo en Ss. de 21 febrero 1900 y 3 junio 1947, en supuestos de legados dispuestos a favor del cónyuge viudo, en los cuales se discutía su acumulación o su imputación a la cuota legal, consideró repetidamente que “el artículo 815 no impide, y el artículo 1.037 expresamente sanciona, que se acumulen con lo que corresponda a la herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento”, razonamiento que criticamos (277) en lo referente al apoyo legal invocado, que concretó la sentencia de 1947, agregando “doctrina que resulta perfectamente aplicable al caso de autos, en que el testador no solamente no expresó claramente su voluntad de mermar la legítima de su viuda, sino que existen, por lo que ha quedado expuesto, elementos bastantes para inducir lo contrario...”.

Esta referencia —observamos entonces— al artículo 1.037, que la Sentencia 3 junio 1947 hizo repitiéndola literalmente de la de 21 febrero 1900 —y tal vez casi inconscientemente—, posiblemente obedeció a un resto de aquel afán de la escuela exegética —por influencia francesa, tanto tiempo en boga entre nosotros— de justificar todo con citas de textos legales, oportunos o no, y tal vez —por la reacción de nuestro espíritu contra este sistema— buscados después de encontrada la solución justa para darle empaque legalista.

Evidentemente, la preocupación del Tribunal Supremo en ambas sentencias de que su fallo fuera justo, transpira en sus respectivos segundos considerandos que ahondan certeramente en la intención del testador (278). Ambos suenan como un *leit-motiv* que se quiso

(276) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico...”, pp. 984 a 988, en especial nota 385.

(277) “Imputación...”, XI, p. 347.

(278) Dice el segundo considerando de la sentencia de 21 de febrero de 1900: “Si antes de regir el Código civil la mujer dejó a su segundo marido, en usufructo, la quinta parte de sus bienes, y a un hijo de su anterior marido, único heredero forzoso en la fecha en que ordenó su sucesión, los

sirviese de justificación a la argumentación positiva, que parece como si no bastara para convencer a los autores de las sentencias, mientras la invocación de los preceptos legales aducidos resultaba innecesaria, puesto que el resultado dimanaba de la fiel interpretación de la voluntad del testador.

b) *Imputación de donaciones a la legítima.*

44. En el Derecho de Castilla la existencia de un tercio de mejora, que frente a los extraños es legítima y no lo es entre los hijos (279), complicó y multiplicó los problemas de la imputación de las donaciones. El Código civil ha heredado esta complicación, que plantea las siguientes cuestiones a resolver:

1) Imputación, en general, de las donaciones a la legítima, cuando no consta expresamente su determinación por el causante.

2) Supuestos especiales de ser donatario el cónyuge viudo, hijos naturales, o descendientes legítimos que en el momento de la donación no hubiesen sido legitimarios pero lo sea al fallecimiento del donante por haberle premuerto el descendiente intermedio entre ellos y el causante; y de ser donatario a un desheredado o indigno, o un repudiante.

cuatro quintos restantes, debiendo distribuirse los bienes de la herencia conforme a la legislación actual, cumpliendo, en cuanto ésta lo permita, las disposiciones testamentarias y dando a cada participe lo que según la misma legislación le corresponda, a tenor de la 12.^a de las disposiciones transitorias del Código, es visto que debe asignarse al marido el legado con independencia de la cuota vidual, puesto que la testadora no manifestó su voluntad de mermar la legítima de aquél, aunque pudo hacerlo en el período de tiempo que medió desde que comenzó a regir aquel cuerpo legal hasta su fallecimiento, deduciéndose lo contrario del hecho de haberle dejado en usufructo cuanto podía dejarle en la fecha del testamento, y del hecho de haber instituido heredero a su hijo en la porción que le correspondía entonces por ministerio de la ley cuando no se hacía uso de la facultad de mejorar a los nietos; acumulación de legado y cuota vidual que, dicho está, no sería viable si la última hubiera destraerse del tercio de libre disposición".

Y el segundo considerando de la de 3 de junio de 1947, a su vez, dice: "De la cláusula testamentaria por la que el testador instituyó el legado en favor de su viuda, se deduce que constituía una preocupación de aquél la posibilidad de que ésta trajera un segundo matrimonio, y por eso se hizo depender la eficacia del legado de que tal matrimonio no llegara a contraerse, y si el testador, para que su viuda pudiera beneficiarse del legado, limitaba su voluntad de una manera tan importante y trascendental no solamente en el orden de los efectos que pudiera contraer, sino en el de las conveniencias materiales que pudiera obtener, supuesto que la privaba de la posibilidad de mejorar su situación económica mediante nuevas nupcias, es más lógico presumir que quiso otorgar el legado con plena liberalidad y que su viuda lo obtuviera sin limitación alguna, que no atribuirle la intención de restringírselo, imputándose a la legítima vidual, pues si tal hubiera sido su voluntad, dada la condición a que subordinaba la efectividad del legado, era natural que lo hubiera declarado expresamente".

(279) Cfr. los textos que citamos en las notas 43 a 48, p. 25, de nuestra conferencia citada. "La mejora tácita...", III, 4; y los citados en la nota 695 de nuestro estudio "Perspectiva histórica de las cautelas de opción...", loc. cit., p. 629.

3) Determinación de si las donaciones en concepto de mejora pueden imputarse al tercio de libre disposición en lo que excedan del de mejora.

4) Aclaración de si las donaciones no colacionables son imputables al tercio de mejora en lo que excedan del tercio libre.

5) Y de si las donaciones otorgadas a descendientes que no sean herederos forzosos, deben imputarse al tercio de mejora con preferencia al tercio libre, o viceversa, cuando nada se haya dicho al respecto.

De estos problemas, aquí sólo debemos ocuparnos de los comprendidos en los dos primeros apartados, pues los consignados en los tres últimos tiene su lugar adecuado en el estudio de las mejoras (280).

Si la interpretación correcta del Código civil sólo es posible después de un cuidadoso examen del Derecho de Castilla, que debió recoger con las particularidades determinadas en la Ley de Bases, es evidente que en el tema que ahora tratamos debemos partir del análisis de las leyes 26 y 29 de Toro, que dicen así:

Ley 26: "Si el padre o la madre, en testamento o en otra cualquiera última voluntad, o por algún contrato entre vivos, hicieren alguna donación a alguno de sus hijos, o descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio o en el quinto, entendiéndase que le mejoran en el tercio e quinto de sus bienes, e que la tal donación se cuenta en el dicho tercio e quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que a él ni a otro no puedan mejorar más de lo que fuere el valor del dicho tercio e quinto, e si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio e quinto e legítima de lo que debían haber de los bienes que su padre e madre e abuelos e no en más."

Ley 29: "Cuando algún hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados a ellos e sus herederos a traher en collación e partición la dote e donación *propter nuptias* e las otras donaciones que obieren recibido de aquél, cuyos bienes vienen a heredar [apartado relativo a la colación]. Pero si se quisiera apartar de la herencia que lo pueden hacer, salvo si la dote fueren inofficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que la recibieron, ansi los hijos e descendientes en lo que toca a las donaciones, como las hijas e sus maridos en lo que toca a las dotes, puesto que sea durante el matrimonio, a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inofficiosas para que lo partan entre sí. E para decir si la tal dote es inofficiosa se mire a lo que excede de su legítima de tercio e quinto de mejora..." [apartados referentes a la imputación].

La común opinión de los autores castellanos (281) distinguió las

(280) De ellos nos hemos ocupado en "La mejora tácita...", VIII, 4, 6 y 7, loc. cit., pp. 94 y ss. y 113 y ss., y "Apuntes de Derecho sucesorio", III, párrafo 12, G, pp. 511 y ss., o en *ADC* VIII-II, pp. 347 y ss.

(281) Cfr. nuestros "Apuntes...", III, § 6, B, a, pp. 374 *in fine* y ss., o en *ADC* VII-II, pp. 1060 y ss., y en especial las notas 293 a 312.

donaciones simples, a las que se aplicaba la ley 26, y las donaciones causales, a las que se refería la ley 29. La expresión de esta última ley “e las otras donaciones”, escrita a continuación de “la dote e la donación *propter nuptias*”, se entendió referida a las de naturaleza similar a éstas, es decir, a las otras *ob causam*.

Por tanto, el orden de imputación referido a las donaciones simples era: mejora de tercio, quinto y legítima; mientras el de las donaciones causales era: legítima, mejora de tercio y quinto.

Sin duda cabía que el causante alterara estas reglas, ordenando la imputación a la legítima de alguna donación simple o la imputación a la mejora de alguna *ob causam* —excepto tratándose de la dote, a pesar de la Pragmática de 1543. Así fue estimado evidente por la opinión común de los autores, e incluso Antonio Gómez (282), siguiendo la opinión de Baldo, opinó que tratándose de donaciones simples iguales a la legítima debía entenderse tácitamente ordenada su imputación a ésta.

Es cierto que el apartado primero de la ley 29 plantea una cuestión de colación y no de imputación; pero desde su apartado segundo, abandona el supuesto de colación, que no tiene lugar en caso de repudiación de la herencia, y penetra en el ámbito de la imputación, previamente imprescindible para fijar la inoficiosidad de dotes y donaciones.

El Proyecto de 1851 quiso simplificar la materia, unificando las reglas de imputación de donaciones de las leyes 26 y 29 de Toro. Así dispuso en el artículo 657:

“Ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes legítimos que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar.”

“Además, para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos, o de ambos.”

García Goyena (283) explicó el alcance de la reforma propuesta:

“Este artículo da en tierra con la ley 26 y otras de Toro, y simplifica grandemente la materia de mejoras. La legítima es una deuda natural; así, lo dado por el padre deudor debe considerarse como una anticipación o pago a cuenta de aquélla; en esto nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica a los otros hijos: contra la justicia y naturalidad de estas consideraciones sólo puede prevalecer la voluntad expresa del donador. *Ne sont en réalité que des remises anticipées des parts que les donataires successibles doivent recueillir un jour dans la succession*; palabras de un fallo del Tribunal de Cassación, copiado por Rogron al artículo 922: en la donación hecha a un extraño no cabe esta presunción.”

“Es también conforme a lo que tenemos aprobado en el artículo 882: las donaciones se traen a colación, si no hay dispensa expresa;

(282) ANTONIO GÓMEZ, “Opus... super legibus Tauri”, *lex XXIX*, n. 28, folios 101 y ss. En contra opinó ANGULO, op. cit., *lex X*, gl. I, nn. 10 y 11, pp.

(283) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. cit., art. 657, vol. II, p. 105.

y la colación tiene por objeto formar una sola masa de los bienes existentes a la muerte del padre y de los donados en vida."

El Anteproyecto de 1882-1888 en su artículo 810 recogió el texto del § 1 del artículo 657 del Proyecto de 1851, sin otra modificación que la adición detrás de las primeras palabras "Ninguna donación" de la aclaración "*por contrato entre vivos*", y el cambio de "donador" por "donante". Además, el Anteproyecto añadió otro artículo —el 804— con un texto que no había sido incluido literalmente en el Proyecto de 1851, que, en su párrafo 1.º, expresaba *sensu contrario* la misma regla: "Las donaciones hechas a los hijos, que no sean mejora, se imputarán en su legítima."

45. Examinados estos antecedentes nos hallamos en situación de acometer la interpretación de los textos del Código civil que regulan la cuestión que aquí estudiamos, o que inciden en ella.

1.º *Imputación general de las donaciones efectuadas a herederos forzados cuando no consta expresamente su determinación por el causante.*

a) *Donaciones que no tengan carácter de mejora.*

El artículo 819, § 1 C. c. (que tiene su precedente en el 804 § 1 del Anteproyecto), dice: "Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán a su legítima."

Y el artículo 825 C. c. (que tiene su precedente en el § 1.º del artículo 657 del Proyecto de 1851, con las rectificaciones introducidas en el artículo 810 del Anteproyecto 1882-1888), declara: "Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzados, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de manera expresa su voluntad de mejorar".

El artículo 819, por consiguiente, como hemos afirmado varias veces (283), contrapone donaciones *en concepto de mejora* y donaciones *imputables a la legítima*. No cabe otra alternativa tratándose de donaciones hechas a los hijos. El artículo 819, pues, habla de mejoras en el mismo sentido amplio que las leyes de Toro y el artículo 657 del Proyecto de 1851.

Sobre esta base debe interpretarse el artículo 825 C. c. El 819 se ocupa de la imputación de las donaciones que no tengan carácter de mejora; el 825 determina cuándo lo tienen. Para el 819, *sensu contrario*, tiene carácter de mejora aquellas donaciones que no se imputan a la legítima del donatario; el 825 dice que tal carácter no puede presumirse. El término mejora es usado en igual sentido e idéntica extensión en uno y otro artículo.

En cambio, toda donación a la que no se le asigne expresamente carácter de mejora deberá imputarse a la legítima del donatario. Tanto si se le asigna el carácter expreso de anticipo como si nada se hubiese dicho al respecto.

(284) Cfr. "La mejora tácita", VII, 1, d, loc. cit., p. 85, y "Apuntes..." III, párrafo 12, G, a, pp. 521 y s., o ADC VIII-I, pp. 357 y s.

En las donaciones no atribuidas expresamente en concepto de mejora queda clara su imputación a la legítima por aplicación de los artículos 819, § 1, y 825 C. c. Las mejoras no se presumen.

Las dudas se plantean en cuanto a la imputación del exceso de lo donado con respecto a la legítima del donatario y en lo referente a la imputación de las donaciones en concepto de mejora en lo concerniente a su aplicabilidad a los tercios propiamente de mejora y de libre disposición. Pero estas cuestiones no tienen aquí su lugar adecuado, como antes hemos observado.

β) Incidencia de la atribución de carácter colacionable a las donaciones o de su dispensa de colación.

Es sabido que la contraposición *colacionable-no colacionable* separa dos masas que pueden no coincidir con los tercios de la herencia: la masa partible entre los herederos forzados, en proporción a sus cuotas hereditarias, de una parte, y el conjunto de las donaciones y de los legados atribuidos con independencia de toda cuota hereditaria, de otra.

Las donaciones colacionables se agregan, sea físicamente o tan sólo ideal o contablemente, a la masa partible entre los herederos forzados, y las no colacionables quedan fuera de dicha masa.

Según el artículo 1.036 C. c.: “*La colación no tendrá lugar entre los herederos forzados si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso de que la donación deba reducirse por inoficiosa*” (285).

Notemos que las reglas de imputabilidad a la legítima y de colacionabilidad de las donaciones coinciden en principio (286) con las siguientes particularidades:

1.º Se excluyen de la colación las donaciones hechas, con o sin dispensa de ella, a los legitimarios que no sucedan como herederos forzados, incluso en el supuesto de que “repudiaren la herencia”.

2.º Puede ocurrir, aunque no suele suceder, que el testador cubra las legítimas con legados y, luego, instituya herederos a los mismos

(285) Antecedentes legislativos del artículo 1.036 C. c. son el 882, § 1, del Proyecto de 1851 y el 1.053 del Anteproyecto de 1882-1888.

El artículo 882, § 1.º, del Proyecto 1851 decía: “*El ascendiente de cuya herencia se trate, puede dispensar de la colación, salva siempre la legítima, pero la dispensa debe ser expresa*”.

El artículo 1.056 del Anteproyecto 1882-1888 decía: “*La colación no tendrá lugar entre los herederos forzados si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente, o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso de que la donación deba reducirse por inoficiosa*”.

(286) Hemos visto antes que GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 657 Proyecto 1851 (p. 105) colocó el artículo 882 en la misma línea del 657, de simplificar los criterios de las leyes 26 y 29 de Toro y aplicar igual criterio a las donaciones simples y a las causales: imputables a la legítima y colacionables, salvo expresa disposición en contrario.

legitimarios: supuesto en el cual la colación de las donaciones al haber partible se efectuará en la masa a repartir además de la legítima.

Sin embargo, lo normal es que la legítima vaya englobada en la masa partible y que las donaciones no colacionables se reciban, además, de la participación del donatario en una y otra (legítima y masa partible). Es decir, que en esos supuestos normales ser *no colacionable* implica ser *no imputable a la legítima*, salvo si la masa partible es menor que la suma de las legítimas, en cuyo caso una donación dispensada de ser colacionada, pero a la que no se le haya asignado carácter de mejora puede imputarse a la porción de la legítima que no quede cubierta con la masa partible.

Si las donaciones colacionables forman parte —material o idealmente— de la masa que, en proporción a sus cuotas, deben repartirse entre sí los herederos forzosos, inversamente las donaciones no colacionables podrán imputarse en una zona tanto más amplia cuanto más reducida sea la masa formada con la colación. Su ámbito de imputación, por tanto, podrá ser inferior, igual o mayor al tercio de libre disposición e incluso rebasar el segundo tercio e invadir la legítima individual de los propios imputantes, con el solo límite de no lesionar los derechos de los demás legitimarios, en cuyo caso dicho montante lesivo resultaría inoficioso y como tal debería reducirse la donación en dicho importe.

La imputación de las donaciones no colacionables más allá de la legítima, cubierta con la masa partible, es decir, su aplicación sólo al tercio libre o bien a éste y al de mejora, queda fuera del tema que aquí tratamos (287).

2.^o *Supuestos especiales de imputación de donaciones a la legítima.*

46. Entre éstos podemos situar los siguientes:

a) *Donaciones al cónyuge viudo.*

El supuesto enunciado sólo es posible si partimos de que sea exacta nuestra tesis de la eficacia *mortis causa* de lo donado, directa o indirectamente, entre marido y mujer, si la donación no ha sido revocada y el cónyuge donatario sobrevive al donante (288).

Hace años, partiendo de entender que la legítima vidual es atri-

(287) Del mismo modo nos ocupamos en "La mejora tácita" VIII y loc. citada, pp. 114 y ss., y en "Apuntes..." III, § 12, G, b, pp. 527 y s.

(288) Cfr. "La donación mortis causa en el Código civil español", X, 7, y XIV, en *Anales Ac. Matr. del Not.* V, pp. 732 y ss y 794 y ss.; "Dictamen acerca de los requisitos para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada con metálico que se confiesa parafernado", en *ADC* I-II, pp. 654 y ss., "Donación, condición y conversión material", IV, en *ADC* V-III, pp. 1286 y ss., y "Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957 en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951...", en *RCDI* XXX, julio-agosto 1957, pp. 411 y ss.

buida directamente por la ley, optamos —en caso de no resultar otra la voluntad del donante— por su imputación fuera de la legítima, es decir, por su acumulación a ésta (289). Pero, como este presupuesto lo hemos rectificado en este trabajo, también debemos rectificar la solución, como hemos hecho también con referencia a los legados otorgados al cónyuge viudo, y nos inclinamos por la no acumulación, es decir, por la imputación a cuenta de la cuota vitalicia si de la interpretación de la voluntad expresada por el causante no resultare lo contrario.

β) *Donaciones a los hijos naturales.*

46. El artículo 847 aplica a los hijos naturales la norma general de imputación de las donaciones otorgadas a favor de legítimos. Dice así:

“Las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre o de su madre se imputarán en la legítima.”

“Si excedieran del tercio de libre disposición se reducirán en la forma prevenida en los artículos 817 y siguientes.”

Se ha observado (290) que cuando el hijo natural concurra con ascendientes legítimos, las donaciones que recibió en vida de sus padres se imputarán a la cuota de la herencia que constituya su legítima, y en su exceso, si lo hubiere, a la parte libre y sólo se reducirán en cuanto no quepa en ella. Y si tampoco concurrieran ascendientes legítimos, la imputación se hará al tercio, que es, en tal caso, la legítima de los hijos naturales, y si aún hubiere exceso no inoficioso se imputarán a la parte libre, que de concurrir el cónyuge viudo se circunscribirá a la nuda propiedad de dos tercios y sólo se reducirá en cuanto no quepa en ella.

En resumen (291), conforme al artículo 847, lo donado a los hijos naturales se imputa preferentemente a su legítima individual respectiva y, en su exceso, a la porción disponible si cupiera en ella.

Notemos, por otra parte, que no hay razón para estimar el artículo 847 imperativo, excepto en lo referente a la reducción de lo que excede lo donado de la legítima del donatario y de la parte disponible. En cuanto no sea inoficioso debe entenderse, tal como admite el artículo 819, § 1, que el causante puede disponer en forma expresa la imputación preferente de lo donado a la porción disponible, supuesto en el cual el exceso respecto de ésta se imputará a la legítima.

Es de notar que la S. 7 junio 1960 en su segundo considerando, aunque fue en un mero *obiter dictum*, arguyó que “respecto de la reserva del usufructo hasta la muerte de los cónyuges, que dicha reserva no se hace por partes determinadas entre ellos, sino en común para satisfacer las necesidades del matrimonio, y sólo cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos [de los cónyuges] es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación [entre ellos], pero no durante el matrimonio, sino disuelto éste”.

(289) “Apuntes...” III, § 12, B, p. 495, o ADC VIII-II, p. 331.

(290) Así, BONET RAMÓN, “Código civil”, art. 847, p. 664.

(291) “Apuntes...”, III, § 12, C, p. 497, o ADC VIII-II, p. 333.

tima individual del hijo natural imputante, y sólo en cuanto aún excediere deberá reducirse.

γ) *Donaciones a descendientes legítimos que no habrían sido legítimarios del donante en el momento de otorgarse aquéllas, pero que lo son al fallecer éste.*

48. Para la cuestión paralela de la colación de estas donaciones por los nietos, los autores castellanos entendieron que éstos, si aquéllas objetivamente eran colacionables, debían colacionar (292):

1.º Las que su padre o madre premuerto hubiese tenido que colacionar en la herencia del abuelo, si los nietos sucedían a éste en representación *latu sensu* de aquél o aquélla.

2.º Las donaciones que el abuelo les hubiese hecho directamente después del fallecimiento del padre o madre intermedio; pero no lo que el abuelo les hubiese donado viviendo el padre o madre, intermedio, a no ser que la donación se hubiese hecho en contemplación de éste o ésta.

Este criterio era, en definitiva, el que se podía deducir en el Proyecto de 1851, puesto que su artículo 879 señalaba la obligación de traer a colación a los "herederos forzados", entre los que se cuentan los nietos hijos de hijo o hija premuerto, y el artículo 881 añadía: "Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, aportarán todo lo que debería aportar el padre si viviera, aunque no le hayan heredado."

Igual podemos decir del Anteproyecto 1882-1888 (293).

Pero, el Código civil, además de recoger, con ligeras variantes de redacción, en el § 1 del artículo 1.038, los artículos 991 del Proyecto y 1.056 del Anteproyecto, agregó un § 2, quedando redactado del siguiente modo:

"Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera aunque no lo hayan heredado."

"También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los herederos."

La lectura de los primeros comentaristas del Código civil produce la impresión de que el segundo párrafo introducido en el ar-

(292) Cfr. las citas que hicimos en las notas 362 y 535 de la III parte de nuestros "Apuntes...", pp. 385 y s. y 420 y s., o en *ADC VII-IV*, pp. 1071 y s. y 1106 y s.

(293) El artículo 1.056 mantuvo la referencia a ser herederos forzados: los sujetos de la colación, y el artículo 1.055 —que señala como precedentes el artículo 881 del Proyecto, el 4.019 mexicano y el 2.100 portugués—, decía: "Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, aportarán todo lo que debía aportar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado".

título 1.038 solucionaba un problema que no les parecía resuelto en el Proyecto ni en el Anteproyecto. Así Scaevara (294) indicó que se trataba de un problema ya formulado por los jurisconsultos franceses Marcadé y Dalloz, y, aunque añadió que igual solución resultaría del artículo 1.035, emitió esta aprobación: “aplaudimos contenido y alabamos la previsión del legislador español, que con ella ha resuelto una duda que de otro modo pudiera presentarse en la realidad legal”.

Manresa (295) planteó que existían dos soluciones. Una lógica, con los “más o menos formularios principios jurídicos”, que resolviera que los nietos si heredaban al abuelo por derecho de representación del hijo colacionaran en conjunto lo donado por aquél a éste, o lo donado a toda la estirpe después de muerto dicho hijo, “pero nunca las hechas a uno solo de los descendientes que componen la estirpe”. Otra, menos lógica pero más tenta “a la realidad de los hechos”, “observando que se colacionan las donaciones hechas a las personas que llegan a ser herederos forzados, aunque no les corresponda este derecho en la época de la donación, y en cambio no se colacionan aquellas que se hacen a presuntos herederos forzados si después no llegan a serlo”... “atendiendo a que, en realidad, aunque fundándose en una ficción los nietos resultan herederos forzados, y se aprovechan de las donaciones colacionables hechas a los hijos o herederos suyos”, por lo cual, según su criterio, el Código “ha creído más justo que lleven también a colación las donaciones que les fueron hechas por el causante durante su vida, a menos que el testador hubiese dispuesto expresamente lo contrario”.

Pero no a todos les pareció así de justa la solución de ese modo entendida (296). Alguno parece interpretarla en el sentido tradicional, como se habría entendido sin la adición del § 2º del artículo 1.038 (297); y algún ilustre tratadista parece que lo explica al revés

(294) SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, arts. 1.038 a 1.040, cfr. ed. 1901, páginas 157 y ss.

(295) MANRESA, “Comentarios...”, vol. VII, arts. 1.038 a 1.040, cfr. 6.ª ed., páginas 570 y ss.

(296) Así, LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, “Código civil español”, vol. III, Barcelona 1890, art. 1.038, pp. 695 y s., observó que “es más difícil de apoyar el precepto del segundo apartado de este artículo cuando no acudan en la verdadera representación del padre, porque en este caso se llevarían a la colación efectos de donaciones que se hubiesen hecho a los nietos con independencia de los padres y el caudal hereditario aumentaría en perjuicio de los mismos nietos, lo cual encontramos más justificado cuando éstos concurriesen a la herencia con otros nietos o cuando todos los que concurran a la herencia son parientes del mismo grado y que en idénticas circunstancias se hallen...”. Notemos que este razonamiento vale igual, aunque el § 2 del artículo 1.038 continúa refiriéndose al supuesto de que los nietos hereden al abuelo en representación de un hijo premuerto, si la donación se les hizo “con independencia de los padres, lo que significaría que se les hizo viviendo éstos y no en contemplación de estos padres”.

(297) MARIO NAVARRO AMANDI, “Cuestionario del Código civil”, vol. III, Madrid 1890, arts. 1.038 a 1.040, p. 460: “Si sólo tiene obligación de colacionar el heredero forzoso, claro es que el nieto no colaciona sino cuando es tal heredero”. Aunque no precisa si esa condición la debía ya tener al recibir la

de su letra (298). Tampoco faltó quien lo entendiera referido precisamente a lo donado al nieto por el abuelo en vida del padre, aplicando, gramaticalmente mal, el pronombre “éste” al padre —y no al “causante”, es decir, al abuelo— para llegar a la solución contraria a la que, para ese caso, daba el Derecho anterior (299).

Después, la gran mayoría de los tratadistas al interpretar este precepto no se han planteado la distinción clásica de si, *en el momento de la donación*, el nieto hubiera sido o no heredero forzoso del abuelo donante.

Nosotros hicimos notar (300) que aplicando el artículo 1.038 § 2.º a las donaciones hechas al nieto en vida aún de su padre, la solución parece anómala, pues “nos hallamos ante una donación que el donante al otorgarla, por hacerla a un descendiente no heredero forzoso, la debió considerar precisamente como mejora *lato sensu*. ¿Cómo es posible, por tanto, que pierda ese carácter, precisamente por una desgracia familiar, cual es la muerte de su padre, hijo del donante? También Espín (301) —además de señalar que el criterio se funda en una confusión de la mecánica del derecho de representación y que es contrario al que inspira los artículos 1.039 y 1.040, ap. 1.º— indica “que agrava la situación de los nietos huérfanos, que pierden las donaciones recibidas de su abuelo directamente, al contrario de lo que sucede en las ramas en que viven los hijos, pues éstos no tienen que colacionar lo que sus propios hijos vayan recibiendo directamente del abuelo, según expresamente dispone el artículo 1.039”..., “por lo que aquella obligación de colacionar no sólo

donación. Y añade: “La obligación impuesta al nieto, de colacionar cuando hereda en representación de su padre lo donado a éste, no es consecuencia de los principios consignados por la ley en materia de colación, sino efecto del derecho de representación; efecto que algún tratadista rechaza como poco justo”.

(298) SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, vol. VI-III, cap. XXVIII, n. 58, b (cfr. 2.ª ed., p. 2031), que observó, “las dos particularidades del artículo 1.038, en cuanto que por una de ellas resulta dispuesto que también tendrán la obligación de colacionar los nietos que sucedan al abuelo, en representación del padre, concurriendo con tíos o primos, de todo lo que aquél debiera hacerlo si viviera, aunque ellos no le hayan heredado, por la evidente razón jurídica de que no suceden por propio derecho, sino *pro iure representationis*, en lugar del padre; siendo ésta la misma razón en aplicación distinta para que por regla general, se les entienda relevados de colacionar lo que hubiesen recibido del causante de la herencia, durante la vida de éste, salvo en dos casos: el de que dicho causante o testador hubiesen dispuesto lo contrario, es decir, que colacionen, o el de que cuando no haya dicho nada, se perjudique la legítima de los coherederos (art. 1.038, 2.º par.)”.

(299) GREGORIO BURÓN GARCÍA, “Derecho civil español”, vol. III, Valladolid 1904, núm. 1.123, p. 202, que interpretó así el artículo 1.038, § 2.º: “También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida del padre, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, si no perjudicare a la legítima de los coherederos”.

(300) “La mejora tácita...”, nota 257, loc. cit., p. 95.

(301) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, “Manual...”, vol. V, cap. III, nota 80 (cfr. 3.ª edición, p. 162).

es contradictoria con este último precepto, sino, además, injusta" (302).

La cuestión clave es la de determinar el momento al cuál debe atenderse para considerar calificado al donatario de heredero forzoso a los efectos de la imputación y de la colación de lo a él donado por su abuelo. Si al recibir la donación el nieto no hubiese sido heredero-forzoso, pero lo fue al fallecer su abuelo donante, por haberle pre-muerto su hijo, padre del donatario, ¿a cuál de estos momentos debe atenderse por el efecto apuntado?

Hemos visto que la solución en el Derecho de Castilla era contraria en ese supuesto a la colación y a la imputación a la legítima. ¿Ha cambiado de criterio el Código civil? En nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio* (303) opinamos que "el artículo 1.038, § 2.º, debe aplicarse únicamente con referencia a lo que el abuelo donó al nieto después de muerto el padre. En ese supuesto es presumible que quiso otorgar carácter colacionable a lo donado, «a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario». Pero no lo es en la hipótesis que contemplamos, en la cual no puede presuponerse que el donante hubiese pretendido que lo donado se colacionara, o se imputase a la legítima, salvo que previendo la premoción del hijo lo hubiese ordenado así al nieto para ese caso".

De los Mozos (304) ha seguido esta misma interpretación, reforzándola con el argumento de que "la dispensa que articula el segundo inciso del artículo 1.038-2.º no podría establecerse en el vacío; pues éste sólo puede referirse al momento en que el nieto era heredero presunto del donante".

La interpretación que dimos del artículo 1.038, § 2, ha sido también avalada por otros autores (305).

Por la misma razón fundamental expuesta creemos que la imputación de las donaciones hechas a los nietos en vida del padre o madre, aunque ese premuera al abuelo, se hallan en materia de imputación fuera de la órbita del artículo 825 C. c. y, por consiguiente, no es aplicable a ellas el artículo 819, § 1.º. Si su imputación debe hacerse al segundo o al tercer tercio, o a ambos y por qué orden, o según las circunstancias que concurran no es éste el lugar de tratarlo (306).

δ) *Donaciones a herederos forzosos que sean indignos, desheredados.*

49. Puede ocurrir que las causas de indignidad sucesoria o de desheredación de un legitimario no lo sean de revocación de las donaciones que el mismo causante le hubiese otorgado, o bien que

(302) En igual sentido, PUIG PEÑA, op. cit., V-III, cap. XXIX, 3, D, a, 20, página 264.

(303) "Apuntes...", III, § 12, D, p. 498, o *ADC VIII-II*, p. 334.

(304) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, op. últ. cit., n. 50, pp. 220 y ss.

(305) LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones", I, n. 178, d, en la ed. 1971, p. 290.

(306) Cfr. nuestros "Apuntes...", loc. últ. cit., pp. 498 y ss., o *ADC VIII-II*, páginas 334 y ss.

el donante renuncie la acción correspondiente o no la ejercite en el plazo señalado por la ley (307).

Estas donaciones podrían ser imputables a la legítima, a la parte de libre disposición o tener carácter de mejora. Esta circunstancia no tiene importancia para el indigno o desheredado, que nada podrá reclamar *mortis causa* y que conservará la donación en cuanto no resulte inoficiosa. Pero sí la tiene para quienes sean destinatarios de los tres tercios de la herencia.

La desheredación, ni la indignidad —hemos afirmado (308)—, no se establecen en beneficio de los demás herederos forzosos, sino como sanción al desheredado. Por tanto, si lo donado a éste o al indigno no tenía carácter de mejora y debía imputarse a su legítima (art. 819, § 1), no debe resultar la desheredación o la indignidad en perjuicio de quienes hayan sido instituidos en el tercio de libre disposición. A éstos se les occasionaría una posible reducción de sus asignaciones en caso de desbordarse el tercio libre en virtud del traspase al mismo de la imputación de lo donado al indigno o al desheredado que en otro caso se habría imputado a su legítima.

Por otra parte, si la indignidad y la desheredación supone privación de la legítima *mortis causa*, pero no implican por sí solas la revocación de lo recibido anteriormente por donación a cuenta de la legítima, puede afirmarse que, en ese sentido, la exclusión de la legítima no es total en dichos casos. Una parte de la legítima sufre así la imputación de lo donado al desheredado o indigno, y sólo el resto de ella se aplicará a sus hijos (art. 857 y 761) que sólo pueden adquirir o conservar el derecho a la legítima que a aquél aún le restaba por percibir, conforme al mismo tenor literal de dichos preceptos (309). Con mayor razón, a los demás colegitimarios, en caso de no tener descendientes el indigno o desheredado, no les puede acrecer sino ese resto de la legítima no percibida por donaciones, tanto más cuanto no tendría sentido que, a ese respecto, fuesen de mejor condición que dichos descendientes (310).

ε) Imputación de lo donado a un legitimario que repudie la herencia.

50. Conforme la ley 29 de Toro, como hemos visto antes, si algún hijo o hija “se quisiera apartar de la herencia” sólo debían “tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas [las donaciones o dotes] para que lo partan entre sí”, y para saber si es inoficiosa la dote o donación *ob causam*, “se mira a lo que excede de su legítima, tercio y quinto de mejora...”.

Es decir, las donaciones causales recibidas de su padre o madre

(307) Cfr. “El apartamiento y la desheredación”, n. 29, I, 6.º, en *ADC XXI-I*, p. 61.

(308) “Apuntes...” III, § 12, E, a, p. 502, o *ADC VIII-II*, p. 336.

(309) Cfr. “El apartamiento y la...” 9 y 29, loc. cit., pp. 25 y 65.

(310) En igual sentido, ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, II, § 133, I, a, p. 324, y PUIG BRUTAU, vol. últ. cit., cap. II, 1, B, pp. 152 y s. En contra GARCÍA BERNARDO, loc. cit., p. 189.

por el hijo o hija que repudió su herencia se imputaban a las legítimas, en primer lugar, y, sucesivamente, al tercio y al quinto.

Conforme el criterio de la ley de Bases, la ley 29 de Toro ha de estimarse de decisivo valor para interpretar el artículo 1.036 Código civil en su relación con los artículos 636 y 654 C. c.

Herencia y legítima —más aún después de abolido el deber formal de instituir heredero a los legitimarios de la Novela CXV, capítulo III (311)— no son entidades necesariamente interdependientes, sino en el caso de que ésta sea atribuida a través de la institución de heredero o de que se obtenga *ab intestato*, *sea praeter* o *contra tabulas*. Se puede repudiar la herencia y aceptar un legado (artículo 890, § 2.º), y recibirse la legítima en todo o en parte por ese legado, en cuyo caso la repudiación de la herencia no supone renuncia a recibir la legítima, sino en la parte que a través de aquélla se habría completado. E igual puede decirse de las donaciones que pueden haberse recibido a cuenta de la legítima y, sin embargo, repudiarse la herencia sin que varíe la imputación de aquéllas.

Calderón Neira (312) lo había entendido así claramente: "Ciertamente que entre nosotros el hijo instituido heredero no podría renunciar la herencia y luego entablar una acción pidiendo la legítima." Pero el supuesto es otro, se "trata del caso", "no en que el hijo acciona pidiendo su legítima, sino de aquel en que el hijo viene ya gozando de la legítima antes del fallecimiento del testador, como donatario", es decir, "por un justo título, y como ni antes ni después de la muerte del padre es necesario el título de heredero para adquirir la legítima", seguirá "siendo legitimario, como lo había sido hasta entonces, por título de donación".

Es cierto que otros autores han opinado, contrariamente, que, en ese caso de repudiación de la herencia, la donación debe imputarse a la parte de libre disposición (313). Se funda este criterio en la apreciación indiscriminada de que el legitimario que repudia la herencia pierde los derechos de legitimario, con olvido de la distinción, ya formulada por Calderón Neira. El argumento sería válido si hubiese una delación legal de la legítima inseparable de ésta, como ha estimado G. G. Valdecasas de su pretendida "cuota de reserva" (314). Este autor también ha alegado que "la imputación a la supuesta legítima del renunciante empeoraría aún más la situación de los legitimarios, ya perjudicados por la falta de colación".

Sin embargo, no puede llamarse jurídicamente *perjuicio* a dejar

(311) Cfr. "El deber formal de instituir herederos a legitimarios y...", I, 3, en *ADC* XX-I, pp. 10 y ss.

(312) MANUEL CALDERÓN NEIRA, "La colación en el Código civil", en *RGL y J CXO*, 2 sem. 1907, pp. 125 y ss.

(313) Así, MANRESA, "Comentarios al Código civil", vol. VII, art. 1.036, página 504; DE BUEN, *Notas* cits., vol. VIII, cap. II, § 6, p. 343; ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. II, § 132, a, p. 324; GUILLERMO G. VALDECASAS, loc. cit., III, 2, nota 36, p. 974.

(314) G. G. VALDECASAS, loc. últ. cit. Véase, en contra de nuestras "Notas críticas a la pretendida distinción de...", n. 26, en *ADC* XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 100 y ss.

de percibir algo a lo que *a priori* no se tiene derecho. El deber de colacionar de un coheredero forzoso no puede conferir a los demás otro derecho, en caso de repudiación de aquél, sino el que les concede el inciso final del artículo 1.036, en caso de *inoficiosidad*. Pero nada más. La renuncia de herencia y la no colación no les quita ningún otro derecho originario.

En cambio es evidente que el acto de un tercero (el legitimario renunciante) perjudicaría a los destinatarios de la porción disponible —a favor de quienes el testador dispuso de ella— en beneficio de los colegitimarios, sin causa alguna que lo justificara, pues contrariaría la voluntad del causante y excedería de la protección legalmente debida a los demás legitimarios (315).

3.º *Imputación de lo recibido por la renuncia o transacción de la legítima futura.*

Lo dispone el inciso final del artículo 816 C. c., que emplea la palabra “colación” en sentido impropio de imputación a la legítima. Al ser declarada nula dichas renuncia y transacción, al legitimario se le impone esa imputación, o colación en sentido lato, para evitar un enriquecimiento torticero del mismo (316).

C. DETERMINACIÓN VERIFICADA POR EL COMISARIO O POR CONTADOR PARTIDOR.

51. La posibilidad de que el contador partidor determine o concrete los bienes con los cuales se satisfagan las legítimas hemos de contemplarla, entre los dos siguientes límites, el primero negativo y el segundo positivo:

- las prohibiciones: del artículo 670: del testamento por comisario y de la delegación relativa a “la subsistencia del nombramiento de herederos y legatarios” y a “la designación de las porciones en que hayan de suceder”; y del artículo 830, de encomendar a otro la “facultad de mejorar”; y
- la autorización expresada en el artículo 1.057, conferida al testador de encomendar a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, de “la simple facultad de hacer la partición”.

Es de notar, ante todo, que mientras el causante no tiene otros límites para concretar las legítimas que los imperativos especificados por la ley, tanto sustantivos como formales, en cambio, el contador partidor se halla sometido, además, a la voluntad del testador, y a

(315) Así opinamos en nuestros “Apuntes...” III, § 12, D, pp. 504 y s., o *ADC VIII-II*, p. 338., y en “Notas críticas...”, loc. últ. cit. Por igual solución se han inclinado posteriormente *DE LOS MOZOS*, op. cit., 38, b, p. 144, nota 49, y *PUIG BRUTAU*, “Fundamentos...”, loc. últ. cit., p. 153 *in fine* y s.

(316) Cfr. *SÁNCHEZ ROMÁN*, “Estudios...”, V-II, cap. XV, n. 119, p. 942, y *FUENMAYOR*, “Intangibilidad de la legítima”, V, B, o en *ADC I-I*, enero-marzo 1948, p. 77.

las normas dispositivas que, a falta de expresa voluntad de éste, son determinadas por la ley, verbigracia las relativas a imputación, cocalaciones, etc.

Para precisar ese ámbito en el cual puede actuar el contador partidor para concretar el contenido de las legítimas, trataremos de distingir sus facultades en lo relativo: a concretar los bienes con que se satisfagan; a interpretar la voluntad del testador, y a valorar activo y pasivo de la herencia y los bienes integrantes de cada hijuela.

a) *¿Puede el testador encomendar, dentro de este margen, al comisario o al contador partidor la concreción de los bienes con los que haya de satisfacerse la legítima? ¿Cuáles son las facultades del contador, a este respecto, a falta de expresa delegación del testador?*

Estas dos preguntas las hemos analizado detenidamente al ocuparnos de determinar el contenido cualitativo de las legítimas (317). Ello nos autoriza a que aquí nos circunscribamos a formular una breve síntesis de los resultados a que allí creímos haber llegado.

52. Si el testador no ha facultado especialmente y de modo expreso al contador partidor para verificar determinadas asignaciones que excedan de “la simple facultad de hacer la partición”, que parece viene delimitada en los artículos 1.061 y 1.062, el ámbito de la posible discrecionalidad de éste viene circunscrito por el artículo 1.057, § 1.º:

“El testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los herederos.”

Manresa (318) comentó que “el contador nunca es tan libre como el testador mismo”, pues “los artículos 1.061 y 1.062 le son aplicables”. Conviene repasar el texto de éstos:

Art. 1.061. “En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.”

Art. 1.062. “Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.”

“Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.”

Así se ha indicado que el contador partidor puede, conforme al artículo 1.062, § 1, adjudicar una cosa que “sea indivisible o desmerezca mucho por su división” a un solo heredero “a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”, pero sin perjuicio de que cual-

(317) Cfr. “Contenido cualitativo de las legítimas de...”, nn. 8, 9, 10, en *ADC* XXIII-I, pp. 40 y ss.

(318) MANRESA, op. últ. cit., vol. III, arts. 1.056 a 1.060, I, D, d, p. 664.

quiero de éstos pueda pedir, de conformidad al § 2.º: “*su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños*” (319).

De ese modo lo ha estimado la Dirección General de los Registros en Rs. 10 enero 1903, 25 julio 1925, 6 abril 1962 y 2 diciembre 1964.

Por ese camino llegamos fácilmente a la conclusión de que el contador partidor, aunque sometido a los artículos 1.061 y 1.062 puede traducir en cosas concretas las cuotas hereditarias, inclusive las de legítimas y de mejora.

Pero, además, cabe avanzar algunos pasos más.

Los mismos términos del artículo 1.061 “*posible igualdad*” evidencian que la norma no tiene un carácter absoluto. Quiere el precepto que cada heredero obtenga bienes de cada clase según la diversa naturaleza de los que integren la masa hereditaria, pero superditando ese criterio a la posibilidad que determinen sus mismas circunstancias y el posible desmerecimiento a que su división daría lugar (320). Criterio que resulta confirmado por el artículo 832 Código civil que viene a ser simple aplicación del 1.061 a la mejora y que dice: “*Cuando la mejora no hubiese sido señalada en cosa determinada será pagada en los mismos bienes hereditarios, observándose en cuanto pueda tener lugar las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes.*” Destaquemos de este texto el inciso muy significativo “*en cuanto puedan tener lugar*”, referido a dichas reglas.

El artículo 1.061 sólo debe cumplirse en cuanto sea posible, en especial por razón de las cosas que integran la herencia de modo que según ha declarado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

— “al adjudicar los albaceas a uno solo de los herederos la casa fábrica de cerveza que constituía más de la mitad del haber hereditario, no infringieron el artículo 1.061 C. c., porque en este caso la igualdad posible de la partición de la herencia aconsejaba que se adjudicara a uno solo que con obligación

(319) Así han opinado: SCAEVOLA, op. cit., vol. XVII, arts. 1.061, 1.062 y 1.063 pp. 338 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, VI-III, cap. XXVIII, n. 53, página 1998; IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTURÉ, “Notas sobre los albaceas y contadores partidores”, V al final, en *ADC* VI-II, abril-junio 1953, página 435; GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentarios a la Res. de 6 abril 1962*, en *RCDI*, XXXV, año 1962 pp. 545 y s., y a la Res. 2 diciembre 1964, en *RCDI*, XXXVIII, 1965, pp. 168 y ss., y al comentar el “Derecho de Sucesiones” de LACRUZ BERDEJO en la misma revista, vol. XXXV, p. 219; CASTÁN TOBENAS, “Derecho civil...”, vol. VI-I, ed. 1960, § CXLI, 3, B, f, p. 281; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-III, cap. XXVIII, 6, A p. 228; ROCA SASTRE, “Derecho Hipotecario”, vol. III, 6.ª ed. Barcelona 1968, tema XLVI, pp. 849 y ss.; PUIG BRUTAU, “Estudios...”, vol. V-III, cap. V, 5, VI, 6, pp. 549 y s.; CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico...”, loc. cit., pp. 838 y ss., en especial nota 200 de las pp. 840 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, op. cit., vol. V, ed. 1970, capitulo III, III, 6, b, y e, pp. 148 y s.; BONET RAMÓN, “Compendio...”, volumen V, n. 161, p. 838.

(320) En este sentido, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de sucesiones”, ed. 1961, cap. XV, p. 528, y CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., nota 200, p. 841.

de abonar a los otros coherederos la parte del precio correspondiente al valor total que por todos se ha tenido como justo, pues el repetido inmueble era por su naturaleza indivisible..." (S. 4 julio 1895).

- "tiene [el artículo 1.061] un carácter facultativo más bien que imperativo, ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso (naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidad de su división, número de partícipes, bajas que haya de deducir, etc.), no cabiendo, por consiguiente la imposición por los Tribunales de esta forma de división" (Sentencia 16 junio 1902).
- "no significa que en la partición se imponga una igualdad matemática o absoluta por asignación a cada heredero de una participación en todos los bienes de la herencia, ya que relacionando al artículo 1.061 con el 1.062 y 1.056 C. c. y 1.078 L.E.C. se aprecia que la igualdad en la atribución actuará sólo circunstancialmente en cuanto sea posible, por tratarse de bienes fácilmente divisibles o que no desmerezcan mucho por la división o ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento" (S. 30 enero 1951).

53. Hasta qué límite puede el testador autorizar al contador partidor para *sobrepasar lo indicado en los artículos 1.061 y 1.062* ha sido cuestión muy discutida.

Ciertamente, la interpretación *sensu contrario* del artículo 1.057 en el sentido de que el testador *no podrá encomendar sino sólo* "la simple facultad de hacer la partición", convierte una disposición singular permisiva en otra universal negativa, presuponiendo para ello un adverbio, "sólo" o "solamente", que su texto no contiene.

Entre la prohibición del artículo 670 y la autorización expresa del artículo 1.057, § 1.º, caben:

- la delegación de la facultad a partir sin someterse a lo previsto en los artículos 1.061 y 1.062 conferida en términos generales; y,
- la facultad de asignar tal o cual bien determinado entre los de esta o aquella clase, para satisfacer cierta disposición del testador, sea institución, legado de cuota, mejora de cuota, etcétera.

¿Por qué el testador no ha de poder atribuir expresamente al contador partidor mayores facultades que la "simple facultad de hacer la partición" prevista en el artículo 1.057, § 1.º, en tanto no incida en la prohibición del artículo 670 ni en su aplicación a la mejora que efectúa el artículo 830 C. c.?

No han faltado autores que, con mayor o menor convicción, lo

(321) Con menor convicción por CÁMARA, loc. últ. cit., nota 200, p. 840 y siguientes; más rotundamente CÁNOVAS COUTIÑO, en *RCDI*, XXXVIII, pp. 169 y siguiente, y GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 170.

han negado (321). Mientras que otros (322), así como la S. 16 junio 1902, y la Memoria del Tribunal Supremo del mismo año, han negado que pueda delegarse la facultad de determinar la cosa cierta con la que haya de satisfacer la mejora dispuesta por el propio testador, a pesar de que el artículo 830 sólo dice: “*La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro*”, como el artículo 662 del Proyecto de 1851, y de que el artículo 829 que, como el 661 del mismo Proyecto, faculta al testador para mejorar en cosa cierta, no recoge el inciso final del § 1 de dicho proyectado artículo 661, que añadía: “no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aun al mismo mejorado”.

Esta supresión es tanto más significativa en cuanto este inciso suprimido no correspondía al Derecho castellano que en principio el Código debió recoger (323), y puesto que de la indelegabilidad de lo más—disponer—no resulta la indelegabilidad de lo menos—determinación de la cosa con la cual se satisfaga la disposición.

De los artículos 670 y 830 C. c. se deduce la prohibición de que se realicen por comisario los siguientes actos: testar, designar herederos o legatarios o dejar sin efecto la designación; mejorar o dejar sin efecto la mejora; señalar las porciones, cuotas o cuantías de las atribuciones efectuadas por cualquier título.

(322) Cfr. SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, arts. 830 y 831, II, A; 4.^a ed. páginas 536 y s.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XVII, n. 37, 2.^a ed., página 1211.

(323) El antecedente histórico del artículo 830 fue el inciso final de la ley 19 de Toro, que concluía: “pero mandamos que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio e quinto como dicho es [en cosa cierta, o parte de su hacienda], que no la puede el testador cometer a otra persona alguna”. Pero esta prohibición se interpretó paralelamente a la determinación de que el comisario no pueda establecer “heredero del testador, ni mejoría del tercio ni del quinto, ni desheredar a ninguno de los descendientes del testador, ni les puede sustituir..., ni puede dar tutor a ninguno de los hijos y descendientes del testador”, consignada en la ley 31 de Toro que, sin embargo, admitió “salvo si el que le dio tal poder para hacer testamento especialmente le dio el poder para hacer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para facer heredero nombrando el que da el poder por su nombre a quien manda que el comisario faga heredero y en cuanto a las otras cosas señalando, para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dio el señaló y mandó”.

Así, la mayoría de los autores (Palacios Ruvios, Diego Castillo, Antonio Gómez, Tello Fernández, Angulo, Matienzo y Azevedo) entendieron que la ley 19 prohibió la comisión general pero no la especial para mejorar.

El criterio más restringido fue el propuesto por FRANCISCO CARPIO (“*De executoribus el commissariis testamentariis*”, lib. II, cap. XVIII, nn. 3 a 13), que casi dos siglos más tarde siguió LLAMAS Y MOLINA (Comentario a la ley 19 de Toro, nn. 42 y ss.), de entender que si el testador ordenaba la mejora—sustancia de la disposición—la ley 19 no impedía al comisario la elección de una cosa incierta entre ciertas cosas, para satisfacerla.

La opinión, de influencia francesa, negativa también de esta comisión, que fue patrocinada por GARCÍA GOYENA y cristalizó en el artículo 661, párrafo 1, inc. final, del Proyecto de 1851; pero debe entenderse no recibida por el Código civil, al no haberse recogido en el artículo 829 C. c. ese inciso del 661 Proy. 1851.

Cfr. más ampliamente, lo expuesto y sus citas en “Contenido cualitativo...”, loc. cit., n. 8, pp. 40 y ss.

En cambio, en parte alguna se prohíbe la delegación para: determinar las cosas con que satisfacer la institución, legados, legítimas o mejoras expresamente dispuestos por el testador con determinación de su cuota o su cuantía.

A los Tribunales les competirá juzgar si, al ejercitar ese encargo, ha habido o no extralimitación por parte del comisario, contador partidor, fuera de los límites cuantitativos fijados por la ley y por el testador, o más allá de la voluntad de éste.

Por lo tanto, si bien, en general, el contador partidor puede concretar las legítimas en bienes determinados, pero ateniéndose en lo posible a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062, sin embargo, puede verificar esa concreción sin esas limitaciones, si la verifica de conformidad a lo que expresamente haya previsto el testador o a lo que expresamente le haya encomendado (324), según el tenor de su testamento interpretado conforme previene el artículo 675 C. c.

La doctrina de la Dirección General de los Registros (Rs. 22 enero 1898, 16 noviembre 1922, 23 julio 1945) y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Ss. 17 mayo 1910, 11 marzo 1932, 3 diciembre 1931), que tienden a equiparar con la partición efectuada por el testador a la verificada por el contador partidor cumplimentando la voluntad de aquél, favorecen evidentemente la solución que proponemos (325). Es de destacar la Res. de 23 julio 1925 que declaró inscribibles las operaciones en las cuales el albacea contador partidor adjudicó el caserío al hijo mejorado por el padre, el testador, que había condicionado la efectividad de la mejora a que dicho hijo se encargara del caserío, se cuidara de su labranza y dirección y no saliera de él, declarando el contador cumplida la condición (326).

b) *Qué valor corresponde a la interpretación de la voluntad del testador verificada por los contadores partidores.*

53. El contador partidor, como acabamos de ver, no puede decidir la adjudicación de un bien a un heredero o calidad de compensar a los demás en dinero, incluso las legítimas, si no es en los términos autorizados en el artículo 1.062 y con la limitación que resulta de su § 2.º, a no ser que el testador la haya autorizado expresamente a efectuarlo.

(324) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit., p. 528, no parecen dudar de que el artículo 1.061 tampoco sea aplicable a la partición "realizada por el comisario cuando el testador hubiese dado en el testamento instrucciones diversas a las del 1.061 para su actuación; pero sí en otro caso".

(325) Así lo reconoce CÁMARA, loc. cit., nota 200, p. 840.

(326) Según ROCA SASTRE, "Derecho Hipotecario", tema últ. cit., p. 851, "esta resolución, más bien que el artículo 1.062 del Código civil, aplicó el artículo 1.056, 2, del mismo". Según CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 839 y ss., nota 199, el contador "se limitó a cumplir la voluntad del testador". CÁNOVAS COUTIÑO, en *RCDI* XXXVIII, p. 170, dijo que "más bien contempla una delegación de facultades del testador", y PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., p. 550, ha insistido en que no "se trataba en este caso de una partición realizada no por el testador, sino por el comisario nombrado al efecto", pese

Tampoco puede decidir la imputación de un legado, que el testador no haya efectuado, si no es siguiendo las normas generales de la imputación, ni puede imputar como mejora o considerar no colacionable una donación a la que respectivamente el testador de modo expreso no haya atribuido aquel carácter o concedido esa dispensa.

Ahora bien, lo que aquí nos interesa aclarar es de qué facultades se halla investido en orden a la interpretación del testamento, que puedan autorizarle a determinar si el testador le autorizó a partir sin atender a las limitaciones de los artículos 1.061 y 1.062, o a hacerlo en determinado sentido sin esas limitaciones, y para decidir si el testador en forma suficientemente expresa señaló alguna norma de imputación o de dispensa de colación o para seguir un orden en la reducción de legados si hubiera lugar a ella.

Es admitido que el testador puede conceder específicamente al contador facultades interpretativas del testamento en orden a la realización de la partición; pero que, aun con independencia de ellas, tiene naturalmente facultades interpretativas necesarias para su cometido particional, ya que para realizarlo necesita despejar las dudas de ese orden que se presenten. Así lo han entendido en general los autores que se han ocupado de este tema (327).

El Tribunal Supremo ha reconocido:

1.º) La posibilidad del testador de reforzar el poder de decisión interpretativa de los albaceas —lo que, por ende, también ha de estimarse aplicable al comisario y a los contadores partidores—, en los siguientes supuestos:

- en un caso en que los albaceas resolvieron acerca de si un codicilo había revocado unos legados ordenados en el testamento, en el cual expresamente se les había facultado para aclarar y decidir cualquier duda acerca de la voluntad del testador, que aprobaba y daba por bien hecho lo que dicidiesen en caso de duda: la S. 26 mayo 1876 declaró definitiva la decisión de los albaceas;
- en otro caso en el cual el testador facultó a los albaceas para resolver de una manera irrevocable, prohibiendo toda intervención judicial, cualquier duda que surgiere en el ejercicio de su cargo y, en especial, la de determinar la persona a quien según las reglas de un mayorazgo, suprimido por las leyes desamortizadoras, fuese el pariente más próximo, al cual el testador legaba los bienes de la parte libre que a él le corres-

a la invocación que la resolución hace al artículo 1.056 y aunque éste se limitara a cumplir las disposiciones de aquél.

(327) Cfr. ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, "Partición por comisario", en *RCDI* XII, julio 1940; ROCA SASTRE, "Estudios de Derecho Privado", II, capítulo XII, pp. 408 y ss.; *Notas al Kipp*, II, § 119, II, d, pp. 242 y ss., y "Derecho Hipotecario", ed. 1968, vol. III, tema XLVI, pp. 851 y ss.; SÁENZ DE SANTAMARÍA, loc. cit., pp. 397 y ss.; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit., n. 393, pp. 504 y ss.; PUIG BRUTAU, "Estudios...", locución últ. cit., 7, pp. 556 y ss. También nosotros en el cit. *Dictamen* publicado en *ADC* XVIII-I, pp. 242 y ss.

- pondieron como sucesor en dicho mayorazgo: la S. 20 marzo 1918 consideró que la decisión de los albaceas no puede sustituirse por otro criterio de alguno de los interesados;
- en otro, en el cual también el testador dispuso que los albaceas adjudicaran ciertos bienes a quienes justificaran encontrarse en determinados supuestos de parentesco vincular previstos por el propio testador: la S. 24 junio 1940 declaró su validez, y que no pugnaba con la prohibición del artículo 670 Código civil.

2.) En supuesto de no haber expresa atribución por el testador de facultades interpretativas, ante un recurso de casación interpuesto por quien se creía heredero, pero no fue reconocido como tal por los albaceas al ejecutar el testamento: la S. 12 diciembre 1906 rechazó el recurso considerando que “dicha estimación fundada, no en facultad alguna especial que para ello confiriese el testador a los albaceas, sino en aquella propia voluntad, interpretada como ha de interpretarse cualquier testamento para su cumplimiento, es manifiesto que [ha de estimarse válida] mientras el actual recurrente no lleve la cuestión a los Tribunales directamente y en debida forma, con citación de todos los interesados en su resolución, si considera que ha sido aquélla mal entendida y aplicada...”, y que produce un estado de derecho nacido no del uso de facultades atribuidas indebidamente a los albaceas de don R. P., sino del cumplimiento dado por éstos a la voluntad del testador, sin que su recta o desacertada inteligencia haya sido hasta ahora planteada como cuestión en el correspondiente juicio.

Otras sentencias, como las de 7 enero 1943, 3 enero 1944 y 31 marzo 1970, han reiterado que de la facultad interpretativa de las cláusulas testamentarias que corresponde al comisario, declarando la última citada que “siempre está investido el comisario, en sentido estricto, en lo que sea necesario para el desempeño de su cometido”.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Rs. 4 diciembre 1905 (328), 12 diciembre 1912 (329), 29 abril 1913, 9 enero 1918, 9 marzo 1921, 23 julio 1925, 12 diciembre 1927, 11 diciembre 1929, 14 septiembre 1934, 15 julio 1943, 28 marzo 1944, 8 abril 1945, 17 diciembre 1955) ha estimado inherente al cargo de comisario, albacea, contador-partidor, la facultad de interpretar las cláusulas testamentarias de modo que cuando la voluntad del testador sea susceptible de varias interpretaciones, la que ellos formulen debe inscri-

(328) La R. 12 diciembre 1912 aceptó la interpretación de la cláusula en la que el testador instituyó herederos a seis primos “para ellos, sus hijos y descendientes” en el sentido de que contenía una sustitución vulgar de los premuertos por sus hijos y descendientes, que, al tenerlos, excluía el derecho de acrecer.

(329) La Res. 12 diciembre 1912 aceptó—pese a la discrepancia de criterio del Registrador—la interpretación hecha, combinando los dos testamentos del causante, por los contadores que estimaron que subsistía la institución de herederos hecha en el primer testamento en cuanto a los bienes no dispuestos en el segundo.

birse y causar un estado de derecho mientras no sea debidamente impugnada.

De especial interés es la Res. 9 marzo 1927, que declaró innecesaria la aprobación de los herederos respecto de la declaración de colacionables ciertos bienes, reducción de legados e imposición de gravamen a un heredero que, aplicando la voluntad del testador, efectuó el contador partidor.

54. Ha sido nuestro maestro Roca Sastre (330) el autor que más ampliamente se ha ocupado de esta cuestión y tratado de fijar los límites de estas facultades, indicando que, al usar de su facultad interpretativa, el contador partidor:

a) Debe ajustarse al contenido del testamento, de modo que su partición podría impugnarse si se diera el supuesto del artículo 1.075 de que apareciese o racionalmente pudiere presumirse que la voluntad del testador fue otra de la que la partición refleja o presupone (Ss. 23 noviembre 1899, 5 febrero 1908, 11 diciembre 1913, 9 enero 1918, 22 febrero 1929, 18 mayo 1933, 10 enero 1934, 21 noviembre 1939, 9 junio 1952, 8 marzo 1954, y Rs. 5 octubre 1893, 18 enero 1900, 11 septiembre 1907, 29 enero 1908, 12 diciembre 1912, 29 abril 1913, 28 abril 1945, 18 diciembre 1951, 11 febrero 1952, 8 marzo 1954, 25 enero 1967).

b) Debe someterse a la ley, y así acatar las leyes prohibitivas (S. 11 febrero 1952) y respetar las legítimas (S. 6 julio 1940 y R. 18 diciembre 1951, entre otras) y cumplir aquellas disposiciones aplicables a la falta de disposición del causante (v. gr., arts. 1.061 y 1.062 Código civil).

c) Debe realizarlo en el plazo o sus prórrogas y antes de agotar su cometido.

En otra ocasión (331) hemos tratado de ahondar en los dos primeros de estos requisitos, para precisar cuándo puede estimarse ajustada a la ley la interpretación efectuada por los contadores partidores y cuáles son las condiciones que se requieren para que pueda triunfar la impugnación de su criterio.

α) En el primer aspecto, no hay duda de que los contadores partidores en su interpretación no pueden incumplir disposición legal prohibitiva alguna, ni aun ajustándose a la intención del testador. Legítimas, reservas, prohibición de toda condición inmoral o de la delegación de la facultad de testar, etc., deben ser indiscutiblemente respetadas. Pero la cuestión ofrece especial interés por lo que se refiere a las normas del artículo 675 C. c. Nos parece claro que los contadores-partidores solamente podrán realizar el esfuerzo interpretativo que expresa el inciso segundo del párrafo primero de este artículo cuando no se dé el supuesto del primer inciso, es decir, cuando haya que *resolver o decidir sobre una cuestión dudosa* (como

(330) ROCA SASTRE, locs. últ. cits., "Estudios...", II, cap. VI, pp. 408 y ss., *Notas* al Kipp, II, § 119, II c, pp. 245 y s., y "Derecho Hipotecario", III pp. 851 y s.

(331) Dictamen últ. cit., *ADC XVIII-I*, pp. 245 y s.

precisa la R. 23 julio 1925). También nos parece indudable que, en caso de existir la cuestión dudosa, deben seguir las indicaciones del segundo inciso del mismo párrafo del artículo 675 C. c. en busca de la intención del testador.

Un punto a discutir lo hallamos en el supuesto de que agotadas las posibilidades del tenor del testamento —examinado literal, lógica, sistemática y teleológicamente— siga subsistiendo la duda. ¿Tienen en ese caso los contadores-partidores mayor autonomía para apoyarse en medios extrínsecos de prueba?

Sinceramente, dada la necesidad de resolver las dudas y la confianza depositada en ellos por el testador, opinamos que sí, con tal de que sea observado este límite: *La duda debe estar planteada y no resuelta en el tenor del testamento, sin haberse podido resolver tampoco intrínsecamente por medios lógicos, sistemáticos ni teleológicos.* Si la duda puede resolverse intrínsecamente no cabe acudir a complementarla extrínsecamente sin infringir el artículo 675, y si la duda no se ha planteado en el tenor del testamento tampoco puede resolverse extrínsecamente sin infringir los artículos 670 y 687 del Código civil, que determinan el carácter personalísimo y el carácter formal del testamento. El contador-partidor no puede integrar el testamento resolviendo las dudas que plantea no su tenor, sino su falta de previsión. Puede resolver, en cambio, las dudas dimanantes de aquellas cuestiones planteadas por el mismo tenor del testamento, pero que éste deja sin resolver, bien sea por contradicción interna o por oscuridad en la expresión.

β) En cuanto a los requisitos necesarios para que en contra de la interpretación de los contadores partidores pueda prevalecer la impugnación judicial promovida por cualquiera de los interesados en la partición, en el supuesto de que la interpretación discutida no sea contraria a ninguna disposición legal, y se refiera a un punto dudoso del testamento, es decir, tratándose de determinar el *valor* de la interpretación hecha por los contadores partidores dentro del ámbito de sus facultades, hemos de observar:

De una parte, como hemos visto antes que ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros, la interpretación de los contadores partidores, es inscribible, aun en contra del criterio interpretativo del Registrador, y causa estado jurídico mientras no sea impugnada con éxito.

De otra parte, conviene situarla dentro de la escala valorativa de las interpretaciones testamentarias establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, atendiendo a quien las haya verificado.

La S. 2 noviembre 1957 afirma que “aun cuando sean de igual categoría la interpretación de una Sala y la del recurrente en casación, la lógica y el derecho imponen la preferencia a la primera”; y la S. de 23 del mismo mes y año considera “que la doctrina jurisprudencial tiene repetidamente declarado que, cuando se trata de interpretación de cláusulas testamentarias, debe prevalecer el criterio del Tribunal *a quo*, en tanto no resulte manifiestamente erróneo por contra-

riar de modo ostensible la voluntad del testador" (como ocurría en el caso en ella contemplado).

¿Cabe aplicar igual criterio cuando la opinión del impugnante se enfrente no con el criterio de una Sala, sino con el de un albacea-contador-partidor? Creemos que sí, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la antes citada S. de 20 marzo 1918. Incluso estimamos que, en iguales circunstancias, la interpretación de éste ha de prevalecer en casación incluso sobre la del Tribunal *a quo*, pues ello será siempre, en caso de duda, más acorde a la voluntad del testador, dado que éste fue precisamente a dicho albacea contador-partidor a quien confió la ejecución y, por ende, la interpretación de su testamento, excluyendo, con su designación, la intervención de los Tribunales (naturalmente en cuanto aquél no vulnerare claramente la voluntad del testador o la ley).

c) *Valor de la determinación cuantitativa de las legítimas efectuada por el contador partidor.*

55. a) *Normas generales.*

Si la partición efectuada por el propio testador es rescindible en caso de lesionar alguna legítima, con mayor razón lo ha de ser por la misma causa la efectuada por contador partidor.

En cuanto a su rescisión por lesión, no parece que pueda aplicársele el artículo 1.075 C. c., como a la partición efectuada por el testador.

Es cierto, por otra parte, que, a veces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, más insistentemente, las resoluciones de la Dirección General de los Registros, han tendido a equiparar en su eficacia la partición efectuada por el contador partidor a la realizada por el propio testador. Es posible que, al declararlo, no hayan querido más que poner el énfasis en la fuerza unilateral del acto que no requiere el consentimiento ni la aprobación de los herederos, sino que "se pasará por ella", como en el supuesto del artículo 1.056, sin perjuicio de que pueda impugnarlo judicialmente quien justifique la lesión sufrida. En ese sentido podemos citar las Ss. 17 mayo 1910, 2 enero 1913, 3 diciembre 1931, 21 octubre 1939, 17 abril 1943, 15 octubre 1957, 28 noviembre 1959, 17 junio 1965, 11 abril 1967 y la R. de 16 noviembre 1922. Pero también puede citarse alguna Resolución, como la de 22 enero 1898, que ha llegado a decir en uno de sus considerandos que los interesados en la partición verificada por el testador partidor, "deberán pasar por ella, salvo en cuanto perjudique la legítima de los herederos forzosos y no alteren los derechos que se deriven del testamento que es la ley fundamental en la materia".

Recordemos que la partición efectuada por el testador no es rescindible por lesión,—como antes hemos estudiado— si no se dan los dos supuestos previstos al efecto en el artículo 1.075 C. c.

También algunos autores (332) han pretendido que debía aplicarse igual criterio a la efectuada por el contador partidor, estimando que ésta sólo es rescindible en caso de lesionar alguna legítima o contravenir la voluntad del testador. Pero, en cambio, otros (333) han entendido que la partición efectuada por el contador no cae en el ámbito del artículo 1.075, sino del 1.074 C. c. y, por lo tanto, es siempre rescindible por lesión en más de una cuarta parte. Así lo han estimado también varias sentencias del Tribunal Supremo, como las de 19 enero 1934, 14 diciembre 1957, 24 marzo 1961, 7 diciembre 1965, 30 marzo 1968.

Lo evidente, en todo caso, es que la rescisión de la partición efectuada por el contador partidor, sea por lesión de la legítima del impugnante o por incumplimiento de lo ordenado en el testamento, o, en su caso, por lesión en más de una cuarta parte, ha de ser declarada por los Tribunales después de alegada y probada por quien la sufre, y, mientras tanto, la partición causa estado de derecho (S. 12 diciembre 1906) y es inscribible en el Registro de la Propiedad, como ha declarado reiteradamente la Dirección General, entre otras cosas, en las Rs. 12 mayo 1910 y 16 noviembre 1922 al declarar que el artículo 1.056 y menos el 1.075 del Código civil no exigen una demostración *a priori* de que la partición hecha no perjudica a los herederos legítimarios, sino que en primer lugar ordenan que se pase por ella, reservando las acciones de impugnación a los lesionados.

A estos efectos conviene precisar el valor que debe darse a la fijación cuantitativa de las legítimas y, en general, a las tasaciones efectuadas por el contador partidor, respecto de lo cual debemos subrayar en nuestra jurisprudencia que:

- la S. 14 diciembre 1957 rechazó un recurso en el cual se alegaba infracción del artículo 1.075 C. c. y, al efecto, consideró que “no basta para [apreciar si hay lesión para las legítimas] la tasación que haya practicado un perito, sino la estimación que de ésta, como uno de tantos elementos de juicio, haga el comisario contador con arreglo a las facultades conferidas por el testador, todo esto aparte de que no en todos los casos de lesión, según los artículos 1.074, 1.075, 1.077 y 1.079 del Código civil, procede la rescisión”.
- la S. 24 marzo 1961 consideró que “no se ha justificado en el caso actual que los contadores, con su valoración, hayan ocasionado al recurrente una lesión en más de una cuarta parte

(332) Cfr. SCAEVOLA, op. cit., XVIII, art. 1.057, ed. 1901, pp. 292 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-III, cap XXVIII, 53 b, p. 2002; MAURA, “Diccionarios”, I n. 4, pp. 78 y ss.; DE DIEGO, “Diccionarios Jurídicos”, vol. III, Barcelona 1958 dict. 50, pp. 608 y ss. y, al parecer, también ROCA SASTRE, “Derecho Hipotecario”, loc. últ. cit., pp. 857 y s., que asimilan al máximo la partición hecha por el contador partidor a la efectuada por el testador al amparo del artículo 1.056.

(333) Cfr. MANRESA, “Comentarios...”, vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, 6.^a ed., p. 664; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones”, ed. 1961, cap. XV, § 394, p. 507.

para que la partición se rescinda, atendiendo al valor de los bienes cuando le fueran adjudicados, que es lo que realmente ha perseguido el procedimiento"; y, en el anterior considerando, había razonado que, "si se tiene en cuenta que en el juicio de testamentaría se produjeron cuatro tasaciones completamente dispares, y aun, en el procedimiento de que dimana este recurso, una quinta en cantidad inferior a todas las anteriores, y aun a la fijada por los contadores, la Sala de instancia pudo aceptar la de éstos como la más equitativa, al no existir norma legal alguna de carácter sustantivo o procesal que obligue a los contadores facultados por el testador para tasar los bienes hereditarios a atenerse al dictamen del perito dirimente...".

- la S. 7 diciembre 1965 admite el criterio de la Sala de instancia respecto a la determinación de si la valoración hecha por el contador ha dado lugar o no a la lesión en más de un cuarto.

Es decir: el criterio del contador no se halla sometido a la estimación pericial, ni siquiera a la del perito dirimente, pero sí al de los Tribunales competentes.

β) Supuesto especial incluido en el artículo 831 C. c.

Mayores facultades cabe conferir en capitulaciones matrimoniales al cónyuge viudo para el supuesto de que no haya contraído nuevas nupcias y de que su consorte muriese intestado. Conforme admite el artículo 831 C. c., puede con esos presupuestos facultársele para "distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto", e incluso "mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado". El cónyuge viudo tiene entonces unas facultades particionales intermedias entre las del testador, conforme al artículo 1.056, y del contador partidor, según el artículo 1.057. Semejándose a las de aquél en que no tiene que guardar las limitaciones de los artículos 1.061 y ss., y también en que puede usar de la facultad establecida en el artículo 1.056, § 2º, puesto que incluso tiene la facultad de mejorar, superior a la distributiva, sin restricciones por razones cualitativas, ya que, por aquella facultad, ni siquiera está sujeto a guardar la igualdad cuantitativa mientras respete las legítimas y, también, las mejoras ordenadas en vida por el finado (334).

(334) Cfr. ENRIQUE SECO CARO, "Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo", Barcelona 1960, cap. III, pp. 121 y ss., cap. V, B, pp. 165 y ss. y cap. VI, pp. 188 y ss.; LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones..., párrafo 381, pp. 478 y s., y ENRIQUE FOSAR BENLLUCH, "La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1.056", en *An. Der. Civil*, abril-junio 1963, pp. 380 y s.

D) DETERMINACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EN LA PARTICIÓN EFECTUADA POR LOS HEREDEROS O, A FALTA DE ACUERDO ENTRE ELLOS, POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

56. Vimos en otro trabajo (335) que por regla general en el Derecho de Castilla anterior al Código civil el hijo no podía reclamar que le fuera satisfecha la legítima en las cosas especialmente legadas o atribuidas a otro como mejora. Y por consiguiente, tampoco en las atribuidas por el testador a otro heredero forzoso en satisfacción de su legítima. También anotamos que, según entendieron los autores castellanos (336), siguiendo a los de Derecho común, ni el heredero ni el legitimario podían separadamente elegir la cosa que quisiesen para satisfacer la legítima, sino que a falta de acuerdo, el juez debía determinar *ut arbitrio boni viri*, una o varias cosas para que fuese satisfecha con ellas, si bien no faltó algún autor (337) que exigiera que esos cuerpos hereditarios no fueran susceptibles de "commodam divisionem".

Igualmente debemos concluir que en el régimen de nuestro Código civil, a falta de determinación por el testador o por el comisario-contador partidor, será preciso acuerdo entre herederos y legitimarios, aunque éstos no sean herederos, para determinar los bienes en los cuales se concrete la *pars bonorum* que constituye la legítima y, a falta de acuerdo, será precisa la resolución judicial que deberá tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062 C. c.

Ahora bien, el Derecho comparado (incluso, como veremos, dentro de nuestra propia patria) nos ofrece dos distintas posiciones posibles a este respecto de los legitimarios. Así cabe:

- que el heredero pueda efectuar individualmente con cada uno de los legitimarios, y sin intervención de los demás, la determinación de los bienes con que satisfacer la respectiva legítima; o bien
- que sea preciso acuerdo unánime de heredero o herederos y todos los legitimarios para realizar esa concreción.

En el Código civil, haciendo abstracción de los supuestos especiales de las legítimas del cónyuge viudo y de los hijos naturales, los otros legitimarios, aunque no hayan sido llamados como herederos, han de actuar de común acuerdo con los instituidos herederos para el pago de las legítimas de todos ellos, en el acto particional. Puede, por lo tanto, cualquiera de ellos rechazar e impugnar el acuerdo bi-

(335) "Contenido cualitativo de las legítimas...", II, 4 y 5, y III, 15, en *ADC* XXIII-I, pp. 27 y ss. y 68 y ss.

(336) Cfr. *COVARRUVIAS*, "In titulum testamentis interpretatio", cap. *Raynaldus* 18, § 2, n. 5, ed. *Lugduni* 1584, p. 102; *CASTILLO DE SOTOMAYOR* "Tractatus posthumus de alimentis", cap. LXVI, nn. 20 y 21, en el volumen VIII de sus "Quotidianorum Controversiorum Iuris", cfr. *nova ed. Genoveae* 1676, pp. 667 *in fine* y s.

(337) Así, *VÁZQUEZ DE MENCHACA*, "De successione progressu", lib. I, párrafo IV, nn. 36 y s., y ed. cit., p. 87.

lateral del heredero o los herederos con otro legitimario para satisfacer a éste la legítima con bienes hereditarios, ya que sobre el conjunto de ellos tiene todo legitimario “reservada” (art. 806) su legítima como *pars bonorum*, si no le fue ya individualizada por el testador o por el contador partidor.

Es decir, que si bien cada legitimario debe aceptar las individualizaciones y concreciones de bienes que haya verificado el testador o verifique el contador partidor dentro del ámbito de sus facultades, en cambio, puede oponerse a la que pretenda efectuar por sí solo el heredero, o los herederos, o bilateralmente éste o éstos con uno o varios legitimarios, sin intervención unánime de todos.

Recordemos que el legitimario, aun en los supuestos en que no sea heredero, sino legatario de parte alícuota, puede accionar el juicio de testamentaría y participar en la partición de la herencia, si el testador no la hubiere verificado por sí mismo o encomendado a contador partidor (338).

II₂) Concreción del contenido de las legítimas en los regímenes de las regiones forales.

A) EN ARAGÓN.

a) Concreción por el causante.

57. Si, como antes hemos visto, no parece necesario atribuir la legítima aragonesa a título de heredero ni siquiera a uno de los hijos del causante, podremos deducir que la legítima puede concretarla el causante por cualquier título con tal de que el contenido que la individualice sea de bienes del causante. Como dice Lacruz Berdejo (339), puede recibirse “mediante institución, o legados de cosa cierta, cantidad o cosa genérica propias del *de cuius*; o bien mediante legados de parte alícuota; nunca a través de un gravamen de pago de cantidad o cosa no relictas impuestos al heredero extraño (presumiblemente, si el legitimario legatario de cosa ajena a la herencia se conforma con ella, los demás no podrán alegar que se ha infringido con un colegitimario la regla de intangibilidad cualitativa de la legítima)”.

Pero satisfecha la legítima colectiva a uno o varios cualesquiera de los legitimarios, el causante, “que puede no dejar absolutamente nada a cualquiera de ellos o a todos menos uno, puede, con mayor razón, dejarles cantidades o cosas genéricas o específicas no pertenecientes al caudal, y a pagar por el instituido heredero”. Es decir, que en ese caso puede satisfacerse la legítima individual, mediante legados de cantidades o de cosa propia del legitimario heredero; e

(338) Cfr. “Apuntes...”, I, § 8, B, pp. 80 y ss., o en *ADC* IV-II, pp. 495 y ss., y “Contenido cualitativo de las legítimas...”, II 7, 2.^o, en *ADC* XXII-I, páginas 39 y ss.

(339) LACRUZ BERDEJO, “Las legítimas en la Compilación”, VI, *RCDI* XLIV pp. 516 y ss.

incluso —añade Lacruz— “respetando la integridad cualitativa de los dos tercios ,se puede favorecer a los legitimarios del primer grado con créditos contra el heredero o legatarios extraños (aquellos sólo tienen derecho individual a ser mencionados)”.

Añade el mismo autor que la localización del derecho de los legitimarios, “en principio, depende del causante, pues, es él, nombrando al descendiente heredero o legatario de cosa cierta, o legatario de parte alícuota o de cosa genérica, quien determinará la posición concreta del legitimario frente a los bienes”. “El caso límite [para la legítima global] —dice— es el del legado de cosa genérica, de la que existe en la herencia mayor cantidad de la legada, y respecto de la cual, por tanto, ha de producirse la concentración”.

Pero la *forma normal de concreción* de la legítima por el causante —agrega Lacruz (340)— “es la institución de heredero (singular o plural) con asignación de bienes determinados a los restantes legitimarios de primer grado cuando no todos son instituidos”.

La concreción de la legítima puede hacerse no sólo en testamento, sino también en contrato sucesorio (cfr. art. 126-2), por donación, y, tratándose de la legítima individual, mediante la realización, a costa del ascendiente, de carrera profesional o artística, o por liberalidades no usuales (art. 126-1).

b) *Imputación de liberalidades.*

58. Conviene distinguir la legítima global y la individual.

α) El favorecido en vida o en testamento o contrato por el causante con la legítima global, opina el mismo Lacruz (341), no tiene, en principio, que colacionar los bienes recibidos, debido a que no hay derechos individuales y a que la asignación tanto puede ser de dos tercios como de la totalidad.

A su juicio, sólo se computarán esos bienes “a efectos de formar la masa total (*donatum* más *relictum*) para ver si las liberalidades a extraños pasan del tercio libre. El descendiente donatario o prelegatario conserva todo lo que se le ha atribuido por tales títulos y no se le cuenta en la parte que le pudiera corresponder *como heredero*, ni nunca, por grande que sea, puede ser objeto de reducción, salvo el caso de preterición del artículo 123.

β) Los demás legitimarios que basta sean mencionados en el testamento (art. 120) o reciban carrera profesional o artística o liberalidades no usuales (art. 1.261), supuestos en los cuales sólo tienen el derecho a alimentos expresados en el artículo 121, no tienen en principio tampoco por qué imputar los gastos de dicha carrera ni las liberalidades recibidas que, por sí solas, sirven para evitar su preterición.

Ahora bien, hay un supuesto en el que tienen que imputarlas, no precisamente a su legítima individual, que no tiene medida, sino a

(340) LACRUZ, loc. últ. cit., VIII, p. 519.

(341) LACRUZ, loc. últ. cit., XIV, pp. 536 y ss.

las asignaciones que el causante les hubiese predeterminado, según resulta del artículo 126, nn. 1 y 2, que dicen así:

“Dos. Si con ocasión del nombramiento de heredero en contrato, se asignan a cargo del instituido donaciones o dotes a los otros legítimarios, éstos habrán de imputar en pago de su haber lo recibido posteriormente del causante o del heredero, por los conceptos del párrafo anterior” [carrera profesional o artística o liberalidades no usuales].

Tres. La imputación de lo gastado en una carrera se hará en la medida establecida para la colación en el Código civil.”

Nota Lacruz (342) que, a diferencia del texto propuesto por el Seminario que preparó el proyecto de la Comisión de juristas aragoneses, que se refería tanto a lo asignado en contrato como en testamento, el artículo 126-2 sólo alude al contrato. Pero, a su juicio, “no se ve razón distinta”, en uno y otro supuesto, por lo cual cree que la solución para el supuesto de asignación hecha en testamento “debe ser la que el texto legal establece para el contrato”.

Respecto de la imputación de lo gastado en una carrera, la referencia al Código civil ha de concretarse al artículo 1.042 —que determina que no se traerán a colación “sino cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima” y “se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía del padre”—. Opina Lacruz que cabe preguntarse si es más ajustado al sentido del texto del 126-2, que la imputación “se verifique exclusivamente en la relación interna entre los legítimarios, a los efectos de evitar la preferencia y pagar las legítimas a que estuviere obligado el hijo heredero, pero sin trascendencia *erga omnes*, de modo que ese importe no cuente frente a los donatarios o legatarios extraños ni para la reunión ficticia ni para imputarla a la legítima global. En realidad es la solución más justa cuando el gasto no puede considerarse extraordinario, pues cualquier otro procedimiento de cálculo contribuye a ampliar la parte de libre disposición a costa de unos dispendios que no tienen, en rigor, el concepto de donaciones y sí sólo ficticiamente para unos fines estrictamente señalados por la ley”.

Si se entiende, dice, que el n. 3 del artículo 126 es mera aplicación del n. 2 —como cree más probable, vistos el texto, los antecedentes y la intención, según cree recordar, de la Comisión aragonesa— “se halla referido al pago en dinero de las legítimas asignadas a los hijos no herederos en cantidad fija o bien al haber y poder de la cosa, y no desempeña papel alguno en el cálculo o satisfacción de la legítima global”.

c) *Concreción de la legítima por el fiduciario.*

59. En Aragón es antiquísima la práctica, que se halla documentada desde el siglo XII, de la fiducia sucesoria, en virtud de la cual un cónyuge encomienda al otro la distribución de sus bienes, siendo

(342) LACRUZ, *ibid.*, p. 538.

tal vez posible verificar el encargo a terceras personas, como aceptaron la doctrina y la jurisprudencia a partir del siglo xvi (343).

Esta institución aquí únicamente nos interesa en cuanto dé lugar a que el fiduciario concrete los bienes integrantes de la legítima colectiva e individual.

Debemos distinguir tres supuestos básicos:

1.º) El derivado de *pacto sucesorio en capitulaciones matrimoniales*, frecuente en las regiones pirenaicas, en virtud del cual los cónyuges convienen en *instituir único heredero de ambos a uno de los hijos comunes*, designado por ambos de común acuerdo, o por el sobreviviente, o por determinados parientes. La S. 6 marzo 1965, en caso de designaciones contradictorias por parte de los cónyuges, ha declarado nulas ambas designaciones y estimado que, una vez fallecido el sobreviviente, deberán decidir los parientes.

2.º) El del *cónyuge que no haya contraído nuevas nupcias* (artículo 110), designado *fiduciario* en testamento o en escritura pública, quien podrá realizarlo (art. 111-1), total o parcialmente, incluso en tiempos distintos si el causante no ha dispuesto otra cosa (art. 112), en acto inter vivos, en cuyo supuesto la designación será irrevocable, o en testamento (art. 111-2).

Mientras el fiduciario no haya cumplimentado totalmente su encargo, la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación se regirá por las normas de la comunidad hereditaria.

3.º) El de la *fiducia colectiva*, conferida a dos o más parientes mayores de edad al ejercer su cometido, para ordenar la *sucesión de la casa* a favor de descendiente o consanguíneo hasta el cuarto grado, de cuyo encargo no puede excluirse al cónyuge sobreviviente, mientras se conserve viudo, si sólo quedaren hijos comunes (art. 114).

Para los casos de falta de clara determinación de los parientes llamados a la fiducia, el artículo 115 señala un orden de prelación para determinarlos. El fallecimiento o incapacidad del supérstite no impide el cumplimiento por los demás, y las vacantes de éstos se cubrirán conforme determina el artículo 20-2 para la junta de parientes.

Los acuerdos se tomarán por mayoría de asistentes, en caso de haber sido nominalmente nombrados, o absoluta, en otro caso, pero la discrepancia del cónyuge con los otros dos parientes se estimará empate. De no lograrse mayoría se estará a lo dispuesto en el artículo 20, núms. 2 y 3.

B) EN BALEARES.

60. Es necesario distinguir el Derecho de sus diversas islas

a) *En Mallorca.*

El causante puede concretar la legítima en bienes determinados: en testamento (art. 46, § 1) o en dote, donación o ventaja hecha en

(343) LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones", I, ed. 1971, § 61, nota 366, pp. 714 y ss.

vida (art. 50). También creemos que puede encomendar su concreción al heredero o usufructuario, "distribuidor", a quien en testamento (art. 18) o en donación universal (art. 13, § 2) puede encomendar la distribución de sus bienes entre los parientes del causante, aunque siempre como advierte el artículo 18 "quedando a salvo las legítimas".

La concreción sólo puede hacerse *en bienes de la herencia* "siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador", como dice el artículo 46, § 1.º.

Para la *imputación a la legítima* el artículo 48 consigna la siguiente disposición:

"La institución de heredero y el legado a favor de quien resulte ser legitimario implicarán atribución de la legítima, aunque no se exprese así, y se imputarán en satisfacción de ella, siempre que otra cosa no haya dispuesto el causante."

"Esta imputación surtirá efecto, aunque el legitimario repudie la herencia o el legado."

Antes vimos que el artículo 49 reconoce la validez de la cautela sociniana.

b) *En Menorca.*

Es aplicable cuanto hemos dicho para Mallorca, sin perjuicio de que no sean de aplicación a Menorca ni la donación universal ni la "definición" (art. 65).

c) *En Ibiza y Formentera.*

La concreción de los bienes integrantes de la legítima, también en Ibiza y Formentera, podrá efectuarla el causante en testamento, en "espolits" o en donación (arts. 81 y 74 en rel. 68), o delegarla en su consorte en testamento, por *cláusula de confianza* (art. 77, § 1.º) o en heredamiento (art. 77, § 2, en rel. art. 74).

Puede concretarla en bienes hereditarios o en metálico (art. 81).

La concreción no afectada por el causante podrán realizarla de común acuerdo el heredero con cada legitimario, sin necesidad de intervención de los demás (art. 81, núm. 2).

A falta de acuerdo, la concreción en bienes que no sean de la herencia, y, por tanto, en metálico, sólo podrá efectuarse si el testador o el donante lo hubiese dispuesto (art. 81, núm. 1.º).

C) EN CATALUÑA.

a) *Concreción del contenido de la legítima.*

61. Hemos visto antes que el causante puede atribuir las legítimas en testamento, capítulos matrimoniales, dote o donación (344). O bien puede dejar encomendada la atribución a su consorte, en quien delegue la elección de heredero, la institución por partes iguales o des-

(344) MARÍA ENCARNA ROCA DE LAQUÉ, loc. cit., pp. 27 y s., distingue: la atribución por *donación imputable*, el *pago anticipado* y el *anticipo a cuenta de la legítima*.

iguales y distribución de los bienes entre los hijos comunes, supuestos en los cuales el cónyuge elector o distribuidor podrá “*fijar y pagar legítimas y legados*” (art. 115, núm. 3).

De no haber efectuado el causante esa concreción ni haberla encomendado a su cónyuge, podrán realizarla: el albacea universal (artículo 237, § 2, Comp. y art. 15, a, L. H.), a quien el testador puede “*reducir y limitar*” o “*ampliar*” sus facultades normales enumeradas en el artículo 237 (cfr. § 4); o *las personas “facultadas para efectuar la partición, para distribuir la herencia y para señalar y pagar legítimas”* (art. 137, § 2.º) que el testador puede designar.

El contenido posible de la concreción presenta variantes según lo verifique el propio causante, la persona a quien éste se lo haya encomendado, o el heredero.

a) El causante puede efectuar esa concreción “*en dinero o en bienes de la herencia*” que puede atribuirlos “*por vía de institución, de legado, señalamiento o asignación de cosa específica o donación*”. Pero también podrá satisfacerla el testador en un legado sea “*en dinero, aunque no lo haya en la herencia, o de cosa ajena*” (345).

No podrá, en cambio, efectuarse, conforme al artículo 131, § 2, inc. 1.º, en bienes que no sean “*en exclusiva, plena y libre propiedad*” del causante “*salvo el caso de no haberlos en la herencia*”, ni en “*bienes muebles de uso doméstico*”.

El sentido de estos requisitos ha sido precisado (346) indicando que, en su virtud, se exige que la cosa legada sea atribuida:

- *en propiedad*, es decir, no en otro derecho, como el usufructo ni a través de un fideicomiso;
- *exclusiva*, o sea, que no recaiga en un bien en condominio o propiedad dividida;
- *plena*, por lo cual no puede dejarse en una nuda propiedad, y
- *libre*, esto es, que no puede consistir en una cosa gravada..

Si el legado en concepto de legítima es de cosa ajena deberá reunir iguales requisitos que los indicados para los bienes del testador, es decir, también habrán de atribuirse bienes en propiedad exclusiva, plena y libre.

Según el inciso 2.º del mismo párrafo 2.º del artículo 131 C. c.: “*El incumplimiento de este precepto facultará al legitimario para optar entre admitir simplemente el legado o renunciarlo, exigiendo lo que por legítima le corresponda*” (347).

β) El heredero, las personas facultadas para efectuar la partición, para distribuir la herencia y para señalar y pagar legítimas

(345) La facultad de disponer el pago de la legítima catalana en dinero, aunque no lo haya en la herencia, arranca, como es sabido, de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585.

Y la posibilidad de concretarla incluso mediante un legado de cosa ajena, señalan F. DE A. CONDOMINES VALLS y R. FAUS ESTEVE, “*Compilación del Derecho Civil de Cataluña*”, p. 181, que es una “*forma ya admitida por el derecho prejustiniano*”.

(346) Cfr. MARÍA ENCARNA ROCA DE LAQUÉ, loc. cit., pp. 24 y s.

(347) Cfr. *supra* n. 18.

podrán, conforme indica el artículo 137, optar por pagar las legítimas “en dinero, aunque no lo haya en la herencia” o “en bienes de la herencia”, (notemos que en este caso no cabe la satisfacción con bienes del heredero o de tercera persona (348)), a su elección, pero con las siguientes limitaciones:

- no cabe la elección cuando a los legitimarios “les haya correspondido percibirlos por vía de institución, de legado, señalamiento o asignación de cosa específica o donación” (artículo 137 *a contrario*) (349);
- tampoco es posible si el testador impone al heredero que la satisfaga en bienes, o a la inversa, le impone que la pague en dinero (350);
- “comenzando el pago en dinero o en bienes, el legitimario podrá exigir el resto en la misma forma inicial” (artículo 137, § 1, inc. 2) (351);
- de optar por el pago en bienes, si el legitimario no se conforme con los elegidos, decidirá el Juez competente, en acto de jurisdicción voluntaria (art. 137, § 2.º, inc. 2.º) (352);
- con tanta o mayor razón el requisito exigido, en el artículo 131, § 2, al testador de que los legados en concepto de legítima o imputables a ella deban consistir en bienes de *exclusiva, plena y libre propiedad*, ha de extenderse al supuesto previsto en el artículo 137, de elegirse, por el heredero, o por las personas facultadas, el pagarlas en bienes de la herencia.

Se ha discutido si el heredero tiene una obligación alternativa o facultativa y si, en este caso, está *in obligatione* el pago en bienes

(348) La Constitución de los Cortes de Monzón de 1585 delimitaba la opción del *heredero* para pagar la lealtima “*ab diner*” o “*ab proprietat immobile*”. El artículo 137 de la Compilación la amplía al referir el segundo término a “*en bienes hereditarios*”, justificándose la diferencia por la mayor importancia que hoy tienen los bienes muebles al no poderse ya decir “*res mobilis res vilis*”.

(349) En este sentido cfr. RAMÓN MARÍA MULLERAT I BALMAÑA, “*Possibilitat de pagar la llegitima catalana en béns o en diner*”, en *R. J. de Cat.* LXX, octubre-diciembre 1971, p. 798.

(350) Cfr. MULLERAT, pp. 798 y ss.

(351) Este criterio fue ya sostenido por el antiguo Senado de Cataluña. CÁNCER, “*Variae Resolutiones utriusque iuris*”, Pars I, cap. III, n. 9 (cfr. ed. Lugduni 1712, vol. 1, p. 65), cita en este sentido la Sentencia de 9 septiembre 1603, de la que fue relator D. Salvador Fontanet, recaída en la causa de los nobles hermanos Marimón.

(352) Como hizo notar PEGUERA, “*Decisiones Aureae*”, cap. 113, nn. 2 y 3 (cfr. ed. Barcilonae 1605, folio 308 vto. y ss.), en Derecho común no compete al heredero, sino al juez *ex arbitrio boni viri*, la determinación del bien o bienes hereditarios con que satisfacer la legítima; pero que, después de la Constitución de 1885, el heredero pudo en Cataluña escoger los cuerpos hereditarios para satisfacerla, si bien: “*ut si contra corpus hereditarium designatum per heredem pro solvenda legitima oponatur aliquid partem, tunc relinquatur iudicis arbitrio*”. Acerca de esta cuestión después de la Compilación, cfr. MULLERAT, loc. cit., pp. 812 y ss., que la estudia extensamente.

hereditarios e *in solutione* el dinero, o viceversa (353). La cuestión ofrece el interés práctico de que la obligación alternativa se concentra en caso de imposibilidad de una de las prestaciones, mientras que en las facultativas la pérdida de la cosa *in obligatione* libera de la obligación, puesto que no impone la prestación *in solutione*. Inicialmente a partir de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585, al seguir siendo la legítima *pars bonorum*, parece que el pago en dinero era una *facultatis solutionis* (354). Sin embargo, como la Compilación ha configurado la legítima como *pars valoris bonorum* hoy ha de entenderse que se trata de una obligación alternativa simple (355).

b) *Imputación a la legítima.*

62. La Compilación Catalana es meticulosa y un tanto reiterativa en materia de imputación a la legítima. A ella, según sus preceptos, deben imputarse:

1.º “*La institución de heredero y legado a favor de quien resulte ser legitimario*”; que “*se imputarán a ella, siempre que otra cosa no disponga el causante, aunque el legitimario repudie la herencia o renuncie al legado*” (art. 131, 1).

2.º A la legítima de los *hijos y descendientes*, “*lo que a su favor haya dispuesto el causante por dote o donación matrimonial*”; y a la de *cualquier legitimario*, “*las donaciones por causa de muerte a su favor otorgadas por el causante*”; o excepción, en ambos casos, “*cuando en ellas se disponga lo contrario, o así lo ordene el causante en su testamento o codicilo*” (art. 132, § 1).

3.º Asimismo *las demás donaciones entre vivos otorgadas por el donante con expresa prevención de que sean imputables a ella o de que sirvan de pago o anticipo a cuenta de la legítima* (art. 132, 2, inc. 1.º). Su imputación, así como la de lo recibido por una renuncia inválida —como vamos a ver— se hará computando su valor conforme indica el artículo 129, 2 (art. 132, 3).

4.º *Los bienes o dinero que como pago anticipado de la legítima, o en otro concepto hayan sido recibidos por el legitimario al renunciar anticipadamente o transigir inválidamente acerca de su legítima futura* (art. 132, § 2, inc. 2.º, en rel. art. 145, § 1).

5.º *Los señalamientos o asignaciones de “cantidad o bienes determinados” “que en capitulaciones matrimoniales el heredante” efectúe “en concepto de legítima, dote o donación”*, aplicándoseles “*las*

(353) Cfr. respecto de la legítima en el Derecho anterior a la Compilación, JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, “*Dictámenes*”, Barcelona 1920, p. 29.

(354) Cfr. nuestro estudio “*Contenido cualitativo de la legítima en Cataluña, antes y después de la Compilación*”, II, en *R. L. de Cat.*, LXX, julio-septiembre 1971, pp. 556 y ss. En igual sentido, MULLERAT, loc. cit., pp. 802 y ss. Sin embargo, BORRELLI SOLER, “*Dret civil vigent, a Catalunya*”, vol V-II, página 359, entendió que la obligación estricta del heredero era la de pagar la legítima en metálico, “puesto que es meramente facultativo el pagarla en cuerpos hereditarios”.

(355) En este sentido, MARÍA ENCARNA ROCA DE LAQUÉ, loc. cit., pp. 50 y ss., y MULLERAT, loc. cit., pp. 802 y ss.

normas de la imputación legitimaria o de legados, pero, si se hicieren efectivas en vida del heredante, se imputarán como donaciones dotales” (art. 134).

6.º A la legítima que les corresponda en la *herencia de los abuelos*, cuanto los *nietos*, “*hayan recibido de sus padres premuertos y que por algún concepto fuere imputable a la legítima de haber sido éstos legitimarios*” (art. 135).

D) EN GALICIA.

63. La vigente Compilación del Derecho civil especial de Galicia, de 2 de diciembre de 1963, contiene unas normas específicas sobre concreción de las legítimas y sobre imputación.

a) La particularidad referente a la *concreción de la legítima* se centra específicamente.

- a la posibilidad de satisfacer “*con metálico u otros bienes si los tuviere*”, si el ascendiente para “*conservar indivisos un lugar o una explotación agrícola*” use de la facultad de “*adjudicarlos íntegros a cualquiera de sus hijos o descendientes, inter vivos o mortis causa y aunque las suertes de tierra estén separadas*” (art. 184).
- e incluso, en “*rentas sisas o de saco*” (art. 22, 1).

b) En cuanto a la *imputación*, el mismo artículo 184 indica que la “*adjudicación*” por el testador, antes referida “*del lugar o explotación agrícola*” a cualquiera de sus hijos o descendientes, implica la mejora tácita de las siete quinceavas partes de la herencia si el testador no dispusiera otra cosa, y no impide que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición”. Estimamos que la mejora se entiende del exceso de lo adjudicado respecto de la legítima estricta del adjudicatario.

E) EN LA TIERRA LLANA DE VIZCAYA.

64. En el Derecho foral vizcaíno la legítima global viene prácticamente concretada casi del todo por la ley, por razón de la naturaleza *raíz* y la procedencia *troncal* de los bienes. Lo que el causante, por sí o por comisario, suele determinar es la persona o personas en la cual o cuales la legítima global se individualiza. Es decir, más que concretar —puesto que ya lo están previamente— los bienes integrantes de la legítima, lo que suele hacer el causante o el comisario es individualizar al destinatario, apartando a los demás posibles asignatarios de la legítima global.

Este es el significado del artículo 23, § 1.º: “*El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir uno de ellos apartando a los demás.*”

También podrá hacerse esa individualización o la distribución en capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación (artícu-

lo 30). O, a través del comisario conforme determina el cap. II del tít. IV de la Compilación, del mismo modo que puede atribuir la legítima, según hemos visto antes.

III. EXTINCION DE LAS LEGITIMAS

65. Las legítimas se extinguén:

- 1.º Por su completa satisfacción.
- 2.º Por su renuncia.
- 3.º Y por su prescripción.

Un ilustre tratadista (356) ha señalado otras causas de extinción; tales la desheredación hecha con arreglo a la ley, y la incapacidad o indignidad, como causas generales; y, como específicas de la legítima vidual: la muerte del cónyuge viudo, el divorcio culpable del cónyuge viudo declarado después de fallecido el premuerto y las demás causas de extinción del usufructo aplicables, aparte de la extinción formal producida por la sustitución del mismo por un equivalente (renta vitalicia, productos de determinados bienes, entrega de un capital en efectivo).

Sin embargo, de estas causas: unas no son sino particulares supuestos de cumplimiento o solución de la legítima; y los demás (desheredación, con arreglo a la ley, incapacidad o indignidad y divorcio por culpa del cónyuge supérstite declarado después de fallecido su consorte) son supuestos impeditivos del derecho a la legítima, aunque —retroactivamente— sean declarados después de causada la sucesión del *de cuius*.

Dejamos aparte, por no ser aquí el lugar adecuado para estudiarlo (357), si en los casos de desheredación o indignidad la legítima del justamente desheredado o del indigno:

- puede subsistir, o mejor dicho subsiste por una *successio gradum et ordinum*, en su descendencia legítima (arts. 761 y 857 Código civil).
- no afecta a la parte de la legítima ya satisfecha por donaciones *inter vivos* que no sean revocadas.

Como en este estudio venimos ocupándonos del cumplimiento o satisfacción de las legítimas, y la del cónyuge viudo por la conmutación prevista en el artículo 839 C. c., tiene otro lugar más adecuado de examen (358), nos vamos a limitar ahora a ocuparnos de la renuncia y la prescripción de las legítimas.

(356) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", VI-II, cap. XV, nn. 178 y ss., páginas 1084 y ss.

(357) Lo tratamos en "El apartamiento y la desheredación", II, B, e, nn. 28, 6.º, y 29, en *ADC* XXI-I, pp. 61 y ss.

(358) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima vidual del Código civil", nn. 4 y 5, en *RDP* LIV, febrero 1970, pp. 107 y ss.

A) RENUNCIA A LA LEGÍTIMA.

a) Antecedentes históricos en el «Ius communis».

66. Como todos los derechos, el derecho a la legítima se estimó renunciable una vez nacido.

Por esta última razón ya los §§ *Illus etiam sancimus* y *Et generaliter* de la ley *Si quando* del *Codex* (Cód. III-XXVIII, 35, §§ 1 y 2) excluyeron la posibilidad de la renuncia anticipada respectivamente de la querella y del suplemento de legítima efectuada con ocasión de donación *inter vivos* o *mortis causa*, al concederle derecho al suplemento que sólo podía ser renunciado expresamente y después de la muerte del causante.

Por otra parte, la ley *Quoniam in prioribus* (Cód. III-XXVIII, 32) en caso de haber sido dispuestas por el testador condiciones, plazos u otra disposición que produjere demora, modo u otro gravamen, ordenó que se tuvieran por no puestas en cuanto a la legítima “et itares procedat quasi nihil eorum testamento additum esset” E igual criterio aplicó el § *Cum autem* de la ley *Scimus* (Cód. h. t. 36, § 1) en el supuesto de atribución mediante un fideicomiso de la legítima, que estimó directamente deferida, sin perjuicio de recibirse lo demás dispuesto por vía de fideicomiso al tener lugar el cumplimiento de éste.

Además, es de notar que del § *Et generaliter* resultaba que la renuncia a ejercitar la querella o la aceptación de la herencia o de un legado que llevaran implícita esta renuncia, no significaban la renuncia del derecho a recibir el suplemento de la legítima, si este derecho no resultaba expresamente renunciado.

Se trata de una cuestión meticulosamente estudiada por los autores que ya hemos intentado sintetizar en otra ocasión (359). Nos remitimos a lo que allí dejamos expuesto, sin perjuicio de sintetizar que, según la opinión preponderante, entre los autores:

a) No implicaba renuncia a pedir el suplemento ni la aceptación de los gravámenes *in qualitate*:

1.º La simple aceptación de la herencia, aprobación del testamento y renuncia a toda reclamación o petición verificadas en términos generales por el legitimario gravado *in qualitate*, ni aun cuando el testamento contuviese la prohibición expresa de detraer la legítima o de rechazar el gravamen explícito de ésta (cuestión esta última muy controvertida).

2.º La mera aceptación de un legado, ni aun cuando su *quantum* deducido su gravamen en el *quale* excediese de la legítima del aceptante.

β) Sí que implicaba la renuncia a pedir el suplemento o a no tener por puestos los gravámenes, condiciones o limitaciones, en los siguientes casos:

1.º Si literalmente la contenía.

2.º Cuando la aprobación del testamento era expresamente refe-

(359) “Cautelas de opción...”, III, D, vol. cit., pp. 663 y ss.

rida a todo y todas sus partes, “*in qualibet parte ipsius in omnibus et per omnia*”, o “*in omnibus et per omnia*” u “*omnia et singula contenta in testamento*”.

3.^o Si la renuncia a reclamar, aunque hecha sin mención especial a la legítima, sólo podía ser referida a ésta.

4.^o Cuando, aun no habiéndose verificado nominalmente la aprobación del gravamen de la legítima, o la renuncia a reclamar contra el mismo, de modo específico ni en términos totales y absolutos, ésta resultara expresamente extensible a ella por la conducta del legitimario en relación a lo dispuesto por el testador y a las circunstancias concurrentes. Entre estos supuestos podemos colocar la aceptación por el legitimario de una atribución compensatoria a él propuesta por el testador de modo alternativo con la legítima pura y simple o estricta. Tanto si esa compensación ofrecida en lugar de la legítima pura pero estricta consistiera:

- en un legado de mayor *quantum*, pero con gravamen en el *quale* (cautela analizada por Decius, Socinus, Curtius y Parrius iunior);
- en un prelegado vinculado con un gravamen en el *quale* legitimario (supuesto analizado por Menochio en su *Consilium DCLXXXI*);
- o, en una mayor cuota hereditaria con un gravamen afectante a la legítima (cautela Durantis o Gualdensis).

En resumen, podemos decir que, al no consistir la legítima en la delación legal de una cuota hereditaria, sino en el derecho a recibir un *quantum* de determinado *quale*, protegido de diversas maneras y por varias acciones, podía ocurrir que la renuncia expresa, o conseciente de una aceptación, a ejercitar el *ius descendendi nullum* o la *querella* no implicaran de por sí ni la renuncia a ejercitar la *actio ad supplementum* para reclamar el *quantum* por cubrir, ni tampoco la aceptación de gravámenes en el *quale* que debían entenderse por no puestos y que requerían una renuncia específica y expresa, bien fuera literalmente o por hechos concluyentes que la implicaran, como acabamos de ver.

b) La renuncia a la legítima en el Código civil.

67. El artículo 816 C. c. dice: “*Toda renuncia o transacción sobre legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos: es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*” (360).

(360) Precedentes legislativos del artículo 816 C. c. son:

— El artículo 646 del Proyecto de 1851: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula; y los segundos podrán reclamarla cuando mueran los primeros; pero deberán traer a colación lo que hubieren recibido por la renuncia o transacción*”.

GARCÍA GOYENA (op. y vol cits., art. 646, pp. 96 y s.) cita varios artículos:

No es éste el lugar adecuado para analizar este artículo, que deberemos examinar al ocuparnos del aspecto normativo protector de las legítimas. Solamente diremos aquí que la interpretación que ha prevalecido distingue en él dos proposiciones, una relativa a la renuncia y otra a la transacción, de las cuales aquélla determina que: *toda renuncia sobre la legítima, o mejor dicho de la legítima futura, es nula* (361), sea “total o parcial, extintiva o traslativa (venta, donación, etc), clara o encubierta” (362).

La legítima, pues, sólo puede renunciarse en el régimen del Código civil, cuando haya nacido el derecho a ella, como en la ley *Si quando del Codex*.

El problema sigue siendo en ese caso el de determinar cuándo cabe entenderla renunciada, en especial habida cuenta de que la legítima no es una cuota deferida por la ley, sino un derecho (o mejor, como hemos visto antes, un haz de derechos) dirigido a asegurar la obtención de un contenido que puede obtenerse por diversos medios jurídicos.

La repudiación de la herencia o la renuncia de un legado significan renuncia a la legítima que el testador haya atribuido por esos títulos, con excepción de los supuestos en que la institución de herederos o el legado se hayan deferido alternativamente con la pura y simple legítima (generalmente, por razón de que la institución o el legado son gravados en forma que cualitativamente afecta a la legítima, supuesto de la cautela socii o gualdense, cuya validez fue aceptada por el Tribunal Supremo en S. 29 diciembre 1939).

Fuera de estos casos no es posible, como hemos visto antes, repudiar la herencia y aceptar la legítima, puesto que la aceptación

de Códigos extranjeros semejantes y, especialmente, dice: “Es el artículo 836 Napolitano, conforme al párrafo 1, ley 35, título 28, libro 3 del Código”.

—Y el artículo 801 del Anteproyecto 1882-1888: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura será nula; los que la hicieren podrán reclamar dicha legítima cuando mueran los que la deben; pero estarán obligados a traer a colación lo que en tal caso hubieren recibido*”.

Como precedentes, señalaron los autores del anteproyecto que el artículo 646 del Proyecto 1851 había sido sustituido por el artículo 3.496 del Código mexicano (cfr. la ed. cit. cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 246 y s.).

(361) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 112, pp. 939* y s.; AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “Intangibilidad de la legítima”, V, B, en ADC I-I, pp. 73 y s.

(362) MANRESA, “Comentarios...”, vol. VI, art. 816, p. 363. Más detalladamente, SÁNCHEZ ROMÁN (p. 940) dice: “cualquier renuncia en cualquier forma y con cualquiera otorgada, por acto unilateral o bilateral, simplemente o por causa remuneratoria, por título oneroso o lucrativo, total o parcial, meramente extintiva o traslativa, explícita o implícita, puramente, bajo condición o plazo, entre el que debe la legítima y el heredero forzoso o entre uno o varios de éstos y personas que no lo sean, extrañas o no a la sucesión a que la legítima renunciada se refiera, interesadas o no por la ley o por acto jurídico en dicha sucesión, en perjuicio de ordinario, del renunciante o con posible trascendencia de perjuicio a otros herederos forzosos, es decir, *en todo caso y forma, la renuncia de la legítima futura, es nula*”, En parecidos términos, FUENMAYOR, loc. cit., p. 75.

ni la repudiación de aquélla no pueden hacerse “en parte, a plazo o condicionalmente” (art. 990), ni cabe renunciar al legado y aceptar la legítima, pues el legatario no puede “aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuese onerosa” (art. 889, § 1.º).

En cambio, deferida la legítima por vía de legado, la repudiación de la herencia no implica renuncia a la legítima, que se recibe por medio del legado (argumento, art. 890, § 2.º).

Por otra parte, la repudiación de la herencia o la renuncia del legado no implican, como también hemos visto antes, renuncia a la porción de la legítima recibida *inter vivos* por dote o donación.

No implican por sí solos renuncia ni aun parcial a la legítima: la aceptación de la herencia o de un legado *pro legítima* insuficientes para cubrir ésta o gravados en forma que afecte al *quantum* o al *quale* legitimarios (a no ser que se condicione a ello su aceptación, con la alternativa de recibir sólo la legítima pura, pero estricta). Ello es así por el juego de las siguientes normas, que permiten al legitimario reclamar:

- artículo 812, § 2, frente a los gravámenes, condiciones y sustituciones;
- artículo 815, por la acción de suplemento;
- artículo 817, para la reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima;
- artículos 654 y siguientes, en rel. 636, en la reducción de las donaciones inoficiosas.

Tampoco la renuncia a impugnar un testamento por preterición implica renuncia a pedir el suplemento de lo recibido por dote o donaciones, pues dimanan de causas distintas y se ejercitan por acciones diversas.

c) La renuncia a la legítima en el Derecho especial de Mallorca, Ibiza y Formentera.

68. El artículo 50 de la Compilación Balear, aplicable a Ibiza y Formentera (según art. 80), pero no a Menorca (art. 65), dice así: “*Por la 'definición', los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres en contemplación a alguna donación o ventaja que éstos le hicieren en vida.*”

El auto de la Audiencia de Palma de 11 junio 1940, dictado contra una calificación registral, había declarado que “definición” en Derecho de Mallorca es donación *inter vivos* que se efectúa a favor de hijo o hija como anticipo de legítima, liquidación y finiquito de ella y de los derechos hereditarios que en su día pudieren corresponderle en la herencia del donante.

Esta institución penetró en el Derecho escrito de Mallorca por un Privilegio dado en Lérida el 12 de los idus de marzo de 1274, que dispuso, respecto a las hijas casadas, en edad legal, que con consentimiento del marido verificasen “definición” “*deffinicio*” de legítima.

tima, que no pudieran ir contra su padre ni contra sus bienes, ni contra sus herederos por causa de legítima, ni en vida del padre ni después de su muerte intentar petición o demanda, sino que la definición tuviera plena validez si el marido no fuese demente. El rey Sancho I de Mallorca, en privilegio dado en Perpiñán el 8 de los idus de noviembre de 1319, fijó en doce años la edad de las hijas para que fuesen en ese sentido eficaces las “definiciones” con ellas efectuadas con consentimiento de su marido. Y en otro privilegio del mismo lugar y fecha autorizó a que cuando los hijos o hijas entrasen en religión las “definiciones” que hiciesen a los padres o madres del derecho que hayan de tener o puedan tener en los bienes de aquéllos “per dret de naturalesa o llegitima porció” sean válidas y tengan “fermentad”, si eran mayores de doce años las hembras y de catorce los varones.

Moll (363) recogió estas disposiciones que extractó en sus *Ordinacions*.

Ripoll en su “Memoria” (364) expuso que “este privilegio fue concedido tan sólo a las hijas casadas, con intervención de su marido y teniendo edad legítima para ello”, pero que “con igualdad de razón fue extendido por antiguos usos y práctica general a los varones, siempre que por cualesquiera de los medios legales hubiesen quedado fuera de la patria potestad, y por consiguiente emancipados”, y recomendó “con toda eficacia su subsistencia, porque lejos de ofrecerse en la práctica dificultades o perjuicios sobrevenidos por su aplicación, ella nos enseña que ha constituido un aumento de armonía y hasta de tranquilidad en la familia, como puede serlo para una persona de buena administración el solventar paulatinamente sus compromisos, aun de carácter futuro, sin esperar que todos cai-gan de una vez sobre él o sobre la persona de su heredero”. Propuso, en cambio, modificar la edad hábil de los hijos e hijas para efectuar la “definición”.

El citado auto del Presidente de la Audiencia de Palma de 11 junio 1940 (que resolvió un recurso contra el Registrador de Inca, que no llegó a la Dirección al no ser apelado) declaró la vigencia de la “definición”, que desde entonces no fue discutida en los Registros de la propiedad.

Se señalaban (365), como formas más usuales de “definición”, las donaciones por razón de matrimonio, las remuneratorias o simples, hechas todas en concepto de pago anticipado y finiquito de legítima, generalmente hechas en pleno dominio, aunque también algunas a veces con reserva de usufructo. La Compilación, en su citado artícu-

(363) ANTONI MOLL, “Ordinacions i sumari dels Privilegis, consuetuts y bons usos del Regne de Mallorca”, Palma 1663, pp. 274 y 327.

(364) PEDRO DE RIPOLL Y PALAU, “Memoria sobre las instituciones del Derecho Civil de Baleares”, II, al final (la hemos consultado en “Derecho civil vigente en Mallorca”, de la colección “Legislación foral de España”, de la Biblioteca Judicial, Madrid 1888, pp. 222 y s.).

(365) Cfr. LUIS PASCUAL Y GONZÁLEZ, “Derecho Civil de Mallorca”, Mallorca 1951, Tít. III, cap. IV, Sec. 1.^a, p. 162.

lo 50, confiere la máxima amplitud al admitirlas en contemplación de alguna "ventaja".

De la propia norma se deduce evidentemente que la legítima liquidada y finiquitada por *definición* acrece al heredero y no a los demás legitimarios.

Por otra parte, como hemos visto antes, la Compilación de Baleares, en su artículo 49 regula la validez de la *cautela socini* usada con cierta frecuencia en Baleares (366), único supuesto en el cual se pueda repudiar la herencia o renunciar el legado, si son ofrecidos alternativamente con la legítima "libre de toda carga y limitación", y aceptar ésta.

En todo lo demás relativo a esta materia creemos en general aplicable al Derecho balear lo que antes hemos expuesto con referencia al viejo Derecho común, en el cual, salvadas algunas peculiaridades específicas, se basa el Derecho de sucesiones en las Islas Baleares.

d) La renuncia de la legítima en el Derecho civil especial de Cataluña.

69. *Causas de extinción de la legítima catalana.*

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña en su artículo 144, señala las causas y efectos de la extinción de las legítimas:

"La renuncia pura y simple de la legítima, la desheredación justa, la declaración de indignidad para suceder y la prescripción, extinguieren la respectiva legítima individual. Los mismos actos con relación al único o a todos los legitimarios la extinguirán totalmente. En todos estos casos la legítima será absorbida por la herencia sin que acrezca nunca a los demás legitimarios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130."

El último apartado, que corresponde al criterio del artículo 130- (367), sienta la norma inversa a la del artículo 985 del Código civil que vimos al ocuparnos de la distribución de la legítima individual de los descendientes (368).

La cuarta marital se extingue por pérdida, por renuncia y por caducidad.

Art. 142: *"La viuda pierde su derecho a la cuarta marital: Primero. Por contraer nuevo matrimonio antes de reclamarla. Segundo. Por llevar vida manifiestamente licenciosa. Y tercero. Por abandonar y descuidar gravemente a los hijos comunes menores de edad."*

"En los dos últimos casos la viuda no deberá restituir los frutos percibidos."

Art. 143, § 1: *"El derecho a la cuarta marital será renunciable después de la muerte del marido."*

(366) Cfr. PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., Tít. IV, cap. IV, Sec. 3.^a, p. 209..

(367) Cfr. "Aspecto cuantitativo de las legítimas", 52, en *ADC* XXIV-I, enero-marzo 1971, p. 114.

(368) Cfr. "Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil", 5, en *RDP* LI, septiembre 1967, pp. 735 y ss., y "Aspecto cuantitativo de las legítimas", 43, en *ADC* XXIV-I, pp. 96 y ss..

a) *Renuncia a la legítima futura.*

De la renuncia a la legítima futura se ocupa el siguiente art. 145: “*Es nula toda renuncia de legítima no diferida, así como todo pacto o contrato de transacción o de otra índole sobre ella. Incluso el otorgado a favor del futuro causante por un legitimario que, por haber recibido de aquél bienes o dinero como pago anticipado de legítima, o en otro concepto, promete nada más pedir o reclamar por legítima o su suplemento.*”

“*No obstante, será lícito:*

“*Primero. El pacto de sobrevivencia celebrado entre consortes en capitulaciones matrimoniales, por el cual el que de ellos sobreviva renuncia a la legítima que podría corresponderle, según lo previsto en la regla segunda del artículo 251*” (369).

“*Segundo. El pacto entre ascendientes y descendientes, en escritura de capitulaciones matrimoniales o de constitución dotal, por el que el descendiente que reciba a su contento de su ascendiente bienes o dinero en pago de legítima futura, renuncia al posible suplemento. Esta renuncia será, no obstante, rescindible por lesión en más de la mitad de su justo valor a partir del otorgamiento de la misma, atendido el importe a que ascendería la legítima del renunciante en la expresada fecha.*”

“*Tercero. Los señalamientos o asignaciones a que se refiere el artículo 134.*” (Es decir, los señalamientos hechos en capitulaciones matrimoniales por el heredante, “*en concepto de legítima, dote o dotación, cantidad o bienes determinados para alguno de sus hijos o descendientes legitimarios*”.)

Los autores catalanes habían entendido, fundándose en las leyes romanas (370), que era ineficaz la renuncia de herencia futura, como había declarado reiteradamente la antigua Audiencia de Cataluña (371).

Pero por aplicación del cap. *Quamvis pactum*, 2.º *De pactis* del *Sexto* de las *Decretales I, XVIII*, se dio eficacia a la renuncia de la

(369) Este supuesto se refiere a la renuncia por el cónyuge supérstite a la legítima que pudiera corresponderle *ab intestato* en los bienes troncales del hijo fallecido impúber, conforme al artículo 251: “*La sucesión intestada del causante impúber, en defecto de sustitución pupilar, se regirá por las normas siguientes:... Segunda. Si hay descendientes de otra línea, conservarán su derecho a la legítima sobre dichos bienes.*”

(370) Además de la citada ley 35, § 2, Cód. III-XXVIII, se invocaban la 32 *h. t.*, la 3, Cód. VI-XX, las 10, § 1, 23 y 25 Dig. V-XXII y el cap. III, Nov. XXVIII; y entre los autores que así lo entendieron se encuentran FONTANELLA, “*De pactis nuptialibus*”, Claus. IX, gloss. única, Pars. I, nn. 25 y ss. y n. 44; cfr. ed. últ. Lugduni 1667, vol. II, pp. 553 y 556; CÁNCER, “*Variarum Resolutiones...*”, Pars. III, cap. XV, nn. 5 y ss.; cfr. ed. Lugduni 1683, volumen III, pp. 268 y ss.; G. M. BROCÁ Y AMELL, “*Instituciones de Derecho Civil Catalán*”, n. 132, cfr. 2.ª ed. Barcelona 1886, vol. I, p. 252; TOMÁS FONTTOVA Y ESTEVA, “*La ilegitimitat dels fills a Catalunya*”, en *R. J. de Cataluña*, volumen XX, 1914, p. 210; BORRELL I SOLER, “*Dret Civil vigent a Catalunya*”, § 501, cfr. ed. Barcelona 1923, vol. V-I, p. 402 *in fine*.

(371) Cfr. la cita de FONTANELLA, loc. cit., nn. 25 y s., p. 555.

hija dote contenta verificada bajo juramento: “*Quamvis pactum patri factum a filia dum nuptui tradebatur ut dote contenta, nullum ad bona paterna regresum haberet, improbet lex civilis; si tamen iuramento non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab aedem, omnino servare debebit, cum non venant in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.*”

Aunque esta disposición sólo se refería a la renuncia hecha por la hija bajo juramento, el Tribunal Supremo en S. 29 octubre 1907 entendió que el hijo varón podía renunciar sin necesidad de juramento, solución criticada por Borrell i Soler (372). Hoy el artículo 145, núm. 2.º Comp. admite la renuncia tanto a los hijos como a las hijas sin necesidad de juramento.

También se estimaba (373) que la renuncia ni el juramento del padre o de la madre obligaban a sus hijos que, por premorir el renunciante al *de cuius*, resultaban legitimarios de éste; pero la Sentencia 22 febrero 1879 entendió por el contrario que era precisa la relajación del juramento hecha por su madre. Nada dice la Compilación respecto de la eficacia de esa renuncia frente a los hijos del renunciante en caso de resultar éstos legitimarios; pero por los principios generales (art. 124, § 1.º) parece que no debe afectarles, y, en ese supuesto, será de aplicación el artículo 135 Comp., conforme al cual se imputará a la legítima de éstos, lo que por la renuncia hubiese recibido su padre o madre.

Para obtener la relajación del juramento y obtener la rescisión de la renuncia era preciso en el Derecho anterior que el renunciante probara que aquél estaba viciado de dolo, violencia o que sufrió lesión *ultra dimidium* (374). Hoy no se exige el juramento, ni por consiguiente es precisa su relajación para rescindir la renuncia, que es posible no sólo por vicios de la voluntad, sino también, como dice el inciso final del núm. 2.º, art. 145, “*por lesión en más de la mitad de su justo valor a partir del otorgamiento de la misma, atendiendo el importe a que ascendería la legítima del renunciante en la expresada fecha*”. Acción de rescisión de la renuncia que se estimaba prescribía a los treinta años por aplicación del usatje *Omnes causa* (375), plazo que creemos vigente, porque en definitiva nos hallamos ante

(372) BORRELL I SOLER, op. y vol. cits., § 501, p. 403, donde comentó: “Como antes de dicha disposición del *Sexto* no se podía renunciar de ninguna manera, o bien debe entenderse que hoy hombre y mujer lo pueden hacer jurando —solución lógica— o que el hombre no puede hacerlo con juramento ni sin él, pero la solución adoptada por el Tribunal Supremo no tiene base legal”.

(373) Cfr. G. MARÍA BROCÁ Y J. AMELL, op. y loc. cit., p. 253, y BORRELL I SOLER, loc. últ. cit., pp. 403 *in fine* y s.

(374) Cfr. FONTANELLA, loc. cit., n. 29, p. 555; PEDRO NOLASCO VIVES Y CEBRIÁ, “*Usatges y demás Derechos de Cataluña*”, Lib. IV, Tít. V, nota 1. cfr. 2.ª ed. Barcelona 1862, vol. II, p. 263; BROCÁ Y AMELL, loc. cit., pp. 253 y s.; FONTOVA, loc. cit., p. 210; BORRELL I SOLER, loc. cit., p. 403. El Tribunal Supremo así lo entendió reiteradamente (cfr. la jurisprudencia citada por BROCÁ Y AMELL).

(375) Cfr. FONTANELLA, loc. cit., n. 29, p. 555; BROCÁ Y AMELL, p. 254; FONTOVA, pp. 210 *in fine* y s.

una acción de reclamación del suplemento de legítima, a la que asigna este mismo término el artículo 146, § 1. También, por algunos autores (376), se consideraba transmisible a los herederos aunque fueran extraños.

3) *Renuncia de la legítima deferida.*

Fallecido el causante, no hay limitación a la posibilidad de renunciar a la legítima y a su suplemento; pero, como las renuncias no se presumen y deben interpretarse restrictivamente, una renuncia imprecisa de derechos hereditarios no comprende la legítima (377). Cáncer (378) recogió la opinión de los autores de Derecho común, que antes hemos repasado, de que la legítima y su suplemento no se comprendían en una “generale renuntiatione”, pues “requirant specialem renuntionem”. E igualmente debemos entender, con igual criterio, que la aprobación del testamento o la renuncia a impugnarlo no comprenden la renuncia al suplemento de legítima. Ni que la aceptación de la herencia o de un legado *pro legitima* signifiquen la aceptación de los gravámenes impuestos en cuanto afecten al *quale legitimario*, fuera de que expresamente se acepte éste o así resulte concluyentemente, v. gr., por atribuirse alternativamente con la legítima pura, pero estricta, conforme la cautela prevista en el artículo 133, ap. 2.º Comp., que antes hemos expuesto.

B) PRESCRIPCIÓN DE LA LEGÍTIMA.

70. Si normativamente la legítima consiste en un haz de derechos dirigidos a proteger la obtención de un contenido material, cabe que las acciones que la protejan tengan distintos plazos de prescripción o de caducidad.

Así lo fue en Derecho romano, del que lo recogió el Derecho común y desarrollaron sus autores.

Antonio Gómez (379), al exponer las diferencias entre el *ius discendi nullum* y la *querella inofficiosi testamento*, señaló en primer lugar la duración de la respectiva acción, de treinta años aquélla y de un quinquenio la segunda.

Al contraponer la *querella* con la *actio ad supplementum*, Gregorio López (380), Rodrigo Suárez (381) y Antonio Gómez (382) sub-

(376) Así, BROCÁ y AMELL, loc. cit., p. 254, que se apoyaron en la opinión de CÁNCER (op. cit., Pars I, cap. III, n. 42; cfr. ed. Lugduni 1712, volumen I, p. 70), acerca de la *actio ad supplementum*, aunque este autor no se refiere a la rescisión de la renuncia a reclamarla.

(377) Cfr. BORELL I SOLER, loc. ult. cit., p. 404.

(378) CÁNCER, op. cit., Pars I, cap. III, n. 73, p. 74.

(379) ANTONIO GÓMEZ, “Variae resolutiones...”, Lib. I, cap. XI, cap. 4 (cfr. ed. Lugduni 1701, p. 136).

(380) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras *gelo compliesen* de la ley 5, título VIII, 6.ª Partida, cfr. ed. y vol. cits., p. 667.

(381) RODRIGO SUÁREZ, *Repetitio Legis “Quoniam in prioribus”*, *Declaratio legis Regni II additio a*, ed. cit., p. 498.

(382) A. GÓMEZ, op. y cap. cits., n. 23, p. 146.

rayan que mientras aquélla prescribe a los cinco años el *ius agendi ad supplementum, durat per 30 annis*.

Por otra parte, la legítima atribuida a título hereditario y la deferida como legado podían reclamarse respectivamente por la *actio petitio hereditatis* y por la *de legatis*, que prescribían a los treinta años. Argumento esgrimido por los autores para justificar la prescripción trentenal de la *actio ad supplementum*. Así Gregorio López (383), a la razón generalmente esgrimida a favor de su duración trentenal de que se trataba de una *condicione ex lege*, agregó que “pattendum supplementum legitimae, sive petatur peticione hereditatis, non prescribetur minore tempore tringinta annorum”, pues si “petitionem hereditatis tringinta annorum durare”... “per consequens legitimae totius, sique neque partis ius minori tempore tringinta annorum praescribetur”.

71. *En el Código civil* no tenemos ninguna disposición expresa que determine el plazo de prescripción de la legítima.

En otro lugar (384) hemos sostenido que subsistía la diversidad de plazos para ejercitar la querella por preterición o por desheredación injusta con respecto a la acción de reclamación de legítima.

Notemos que ésta puede reclamarse por la *petitio hereditatis, ex testamento o ab intestato*, o por la *actio de legatis*, o por la *actio ad supplementum* o mediante las acciones de reducción de legados o de donaciones.

Ahora bien, cuando existe un testamento, aunque adolezca de los vicios de preterición o de desheredación, es preciso impugnarlo (385), para abrir paso a la acción de petición de legítima (aunque sea simultáneamente ejercitada) como modalidad de la *petitio hereditatis* (386). De ese modo la prescripción de la querella puede cerrar el paso a la posibilidad de reclamar aquélla.

Pero, con esta salvedad, la petición de la legítima, por cualquiera de los títulos indicados (*ex testamento o ab intestato*) prescribe a los treinta años, como la petición de herencia, según resulta sin duda alguna (387) de los antecedentes históricos (ley 5, tít. VIII, Lib. XI Novísima Recopil. o ley 63 de Toro; ley 7, tít. XIV, Partida 6.^a; ley 7, tít. XXXI, Lib. III y ley 3, tít. XXXIV, Lib. VII del Código de Justiniano) y la jurisprudencia (Ss. 18 mayo 1932, 12 abril 1951, 12 noviembre 1953, 12 noviembre 1964).

(383) GREGORIO LÓPEZ, glosa últ. cit.

(384) “El deber formal de instituir herederos y la preterición...” 29, en *ADC* XX-I, pp. 83 y s.

(385) *Ibid.*, n. 28, pp. 85 y ss.

(386) *Ibid.*, n. 23, p. 75, con referencia a la opinión de A. GÓMEZ, locución últ. cit., n. 7, p. 138.

(387) Cfr. DE DIEGO, “Instituciones...”, vol. III, Lec. 98, p. 468, y BO-
NET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, n. 175, pp. 889 y s.

En el Derecho civil especial de Cataluña.

72. La Compilación catalana recoge los antecedentes del Derecho común en esta materia, que concreta en su artículo 146, que dice así:

“La acción para exigir la legítima y su suplemento prescribirá a los treinta años a partir de la muerte del causante.

“No correrá este tiempo respecto del legitimario en tanto viva en casa y compañía del heredero o del usufructuario universal de la herencia, pero si falleciese en esta situación habiendo transcurrido el tiempo para la prescripción de la legítima, se considerará ésta prescrita, siempre que no la hubiere reclamado judicial o extrajudicialmente ni la mencionare en su testamento o codicilo.

“La acción para pedir la nulidad del testamento por causa de pretención errónea o la reducción o supresión de dote y donaciones inoficiosas, prescribirá a los cinco años a contar de la muerte del causante.”

Respecto de la cuarta marital, el § 2.º del art. 153 Comp. dice:

“La acción para reclamar la cuarta marital es de naturaleza personal, no se transmite a los herederos de la viuda que hubiere fallecido sin haberla ejercitado y caduca a los cinco años a contar del fallecimiento del marido.”

Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo

JUAN RIVERO LAMAS

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad
de Zaragoza

S U M A R I O

SUMARIO: I. *Tipificación del Contrato de Trabajo.*—II. *Caracterización estructural:* 1. Planteamiento.—2. Origen y desfiguración del sinalagma.—3. Balance crítico doctrinal.—4. El paradigma normativo de contrato en el Código Civil español.—III. *Caracterización dogmática del régimen regulador:* 1. La consensualidad y el contrato de trabajo: A) Perfección consensual y enriquecimiento institucional.—B) Prestación salarial y contrato de trabajo nulo.—2. La onerosidad del contrato de trabajo.—3. Conmutatividad y aleatoriedad.—4. Otras características del contrato de trabajo: A) La ejecución continuada.—B) Contenido patrimonial y jurídico-personal. IV. *Tópica y sistema de la contratación laboral:* 1. Los salarios de inactividad.—2. La imposibilidad sobrevenida y los supuestos suspensivos.—3. La resolución por incumplimiento y el despido.

I. TIPIFICACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Las limitaciones de la abstracción lógica en la elaboración científica de los conceptos jurídicos se pretenden colmar, entre otros recursos de la metodología del Derecho actual, acudiendo a la elaboración de «tipos», que «concretan» conceptos e institutos al elaborarse y ser utilizados para designar un conjunto de hechos a los cuales se vinculan consecuencias jurídicas por obra de la norma (1). Con un carácter especialmente acentuado dentro del ordenamiento, el Derecho del Trabajo no conoce simplemente personas, sino empresarios y trabajadores, diversificándose las calidades personales de unos y otros en atención a criterios que trascienden al régimen jurídico

(1) ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, estudio preliminar y traducción de J. J. Gil Cremades. Pamplona. 1968, págs. 415 y sigs. LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de E. Gimbernat Ordeix, Barcelona 1966, págs. 344 y sigs.

aplicable (2). El significado del tipo está referido no meramente a un caso individual, sino a un individual que se repite muchas veces, pero que es un general-especial (3); por ello, el tipo es más rico en contenido que el concepto abstracto a él coordinado. Pues bien, el contrato de trabajo es, desde esta perspectiva, un tipo estructural jurídico que se resiste a ser definido, pudiendo sólo ser «descrito mediante la mostración precisamente en la conexión plena de sentido de sus rasgos individuales» (4). Al filo de las descripciones positivas contenidas en los artículos 1.^º y 6.^º de la L. C. T. (Decreto de 26 de enero de 1944), la jurisprudencia ha reparado con frecuencia en los caracteres externos del contrato de trabajo, decidiendo, en supuestos límites, si se presta un trabajo productivo mediante una relación contractual en la cual concurren las notas de remuneración, ajenidad y dependencia (5).

A partir del supuesto de hecho general delimitado en las normas positivas, el contrato de trabajo se caracteriza como tipo estructural jurídico por los siguientes rasgos:

1) Se trata de un tipo estructural *abierto* (6), apoyándose esta apertura en la elasticidad de la dependencia como concepto jurídico, que cobra valor de concepto indeterminado, cuya concreción jurisprudencial supone, además de constatar una situación de hecho comprobable, un juicio de valor (7).

(2) RADBRUCH, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de W. Roces, 3.^a edición, México-Buenos Aires, 1965, pág. 161. La determinación de estos tipos apunta a una función reguladora más ajustada a la realidad, como también señala RADBRUCH: «Es la formación de estos tipos lo que hace que se destaque la posición social de poder o de impotencia de los individuos, permitiendo con ello dictar medidas de protección contra la impotencia social y poner las trabas necesarias a la prepotencia absorbente». Sobre las clases de trabajadores, vid., por todos, el T. II de las *Actes du Sixième Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, Uppsala, 1968, que contiene los informes generales, la discusión y las comunicaciones nacionales presentadas sobre el segundo tema del Congreso, cuyo título era: «La différentiation entre les diverses catégories de travailleurs (travailleurs manuels et non manuels, personnel de surveillance, cadres, personnel de la fonction publique, etc.), tant au regard de la loi et des conventions collectives que de la pratique professionnelle en général». Como expresa GIUGNI en su rapport général, la «differentiation des régimes constitue... la raison d'être fondamentale de la formation des catégories et de leur persistance». *Op. cit.*, pág. 35.

(3) ENGISCH, K.: *Op. cit.*, págs. 445-452. LARENZ, K.: *Op. cit.*, págs. 348-351.

(4) LARENZ, K.: *Op. cit.*, págs. 354-355.

(5) Sobre la evolución jurisprudencial al respecto, cfr. las sentencias del T. S. (Sala VI) de 13 de abril de 1966, 17 de enero de 1967, 16 de diciembre de 1969 y 11 de febrero de 1970. Carácter regresivo tiene la decisión de la misma Sala del T. S. de 29 de abril de 1970. Sobre el tema, vid., fundamentalmente, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *La dependencia y la extensión del Derecho del Trabajo*. Comunicación del Tema II del I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, en R. P. S., n.^o 71 (1966), págs. 150 y sigs.

(6) LARENZ, K.: *Op. cit.*, págs. 355-358.

(7) La gradación de la dependencia supone —en palabras de RODRÍGUEZ PIÑERO—, que no sea posible valorarla rígidamente. «ya que no es un con-

2) Por obra de la presunción contractual del artículo 3.^º de la L. C. T., el contrato de trabajo tiene una fuerza atractiva para incluir en su régimen regulador las prestaciones de trabajo por cuenta ajena; esto es, utilizando la expresión de la S. T. S. (5.^a) de 14 de febrero de 1966, «cuando tenga lugar la incorporación del resultado de trabajo a un patrimonio ajeno», desplazando la prueba sobre la parte que niega el carácter laboral o la existencia de un contrato. La conversión del contrato de trabajo en el tipo contractual *común* para la prestación de trabajo por cuenta ajena (8), explica las ampliaciones sucesivas jurisprudenciales y de la legislación.

3) En el Derecho español del trabajo se configuran, un tipo normal de trabajo dependiente y tres especiales: aprendizaje, trabajo a domicilio y representantes de comercio. Se identifica la tipicidad de estos contratos especiales, en los dos últimos casos por la peculiaridad del trabajo-objeto, que incluye también rasgos peculiares de la dependencia, distintos de los concurrentes en el tipo normal de contrato de trabajo (9), y por la causa en el aprendizaje (10). Cada

cepto firme e incombustible sino que tiene un cierto carácter indeterminado». *Op. y loc. cit.* Los «conceptos jurídicos indeterminados», como dice FORSTHOFF, no son claros de entrada, pero tienen carácter jurídico, «porque su aplicación puede ser controlada por los tribunales, y se les denomina conceptos jurídicos indeterminados porque solamente cobran su certeza en relación con una situación técnica concreta». *Problemas de la Administración prestadora de servicios*, en «Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania» (conferencia), Madrid, 1966, págs. 44-45. Más ampliamente sobre los mismos, ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de E. Garzán Valdés, Madrid, 1967, págs. 137-169. Sobre las cuestiones particulares que plantea su control jurisdiccional, vid. —además del trabajo citado de FORSTHOFF—, el de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, en RAP, n.^o 38 (1962), espec. págs. 171-173, MARTÍN GONZÁLEZ, M.: *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, en RAP, n.^o 54 (1967), págs. 197-292.

(8) Sobre ello me extendí en mi trabajo: *El Derecho común del Trabajo en España*, Zaragoza, 1970, págs. 21-23.

(9) La dependencia consiste, en el tipo *normal* de contrato de trabajo, en «que el trabajador se halla comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario de aquel por cuya cuenta realice una específica labor», Sentencia Tribunal Supremo (Sala VI), de 13 de abril de 1966. Pero junto a esta configuración general de la dependencia, la Ley 21/1962, de 21 de julio, parece introducir un concepto más general, con la nueva redacción del artículo 6.^º de la L. C. T., que —de momento— tiene una aplicación restringida: la de aquellos trabajadores que, «en general», desarrollen actividades en situación de dependencia con respecto a las personas que las ordenan o encargan, pagando por ellas o por sus resultados una retribución. En realidad, la situación de dependencia existente cuando el trabajador cumpla un «encargo» y recibe por su «resultado» una retribución, sólo abarca en los momentos actuales los supuestos laborales de trabajo a domicilio (arts. 114-121 de la L. C. T.), de los representantes de comercio y, todo lo más, a algunas ejecuciones personales de obra (vid., recientemente, la sentencia del T. S. (Sala VI), de 7 de abril de 1970). Si tenemos en cuenta que para los representantes de comercio el propio artículo 6.^º configura una especial dependencia, como reiteradamente la jurisprudencia viene indicando (vid. así —entre otras muchas—, la sentencia del T. S. (Sala VI), de 4 de diciembre de 1970), el nuevo concepto general introducido por la Ley 21/1962 queda sen-

uno de estos tipos de contrato de trabajo —el general y los tres especiales—, tiene jurídicamente una estructura propia, entendiendo por ésta, a tenor del artículo 1.262 del Código civil, «la prestación del consentimiento sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». La zona de coincidencia entre el tipo general y los tipos especiales se sitúa en la calificación normativa de unos y otros como contratos de trabajo, realizada a partir de la valoración del legislador sobre la función del contrato de trabajo como instituto operante en la realidad social y económica. La formación de tipos especiales, responde —en última instancia— no a la *subsunción*, que es imposible, sino a la *coordinación tipológica*, en virtud de la cual lo que decide la existencia de contrato de trabajo no es la presencia de todos los rasgos que lo individualizan en la formulación legal general, sino la aproximación a la imagen total, constatada a partir de la correspondencia de otras prestaciones contractuales de trabajo por cuenta ajena a los límites fluctuantes del tipo general y a la función económico-social que el mismo desempeña como instituto jurídico (11).

Este análisis del contrato de trabajo como tipo estructural jurídico se complementa con la calificación técnica del mismo como negocio típico, que se centra en la estructura o configuración del supuesto de hecho (*Tatbestand*) tenido en cuenta por la regulación legal, y que supone la existencia de un particular esquema fijado por las leyes para esta figura negocial, aunque en algunos ordenamientos dicha tipificación se haya llevado a cabo también por la jurisprudencia (12). En el Derecho español, sin embargo, son típicos en el sentido indicado

siblemente restringido o aquellas prestaciones laborales por cuenta ajena que no se ordenan —sino se encargan—, ni tampoco se retribuye el trabajo realizado, sino su resultado.

(10) Sobre la naturaleza del mismo, ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 3.^a edición, Barcelona, 1971, págs. 425-426. ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1971, pág. 275. RUDAN, M.: *Il contratto di tirocinio*, Milano, 1966, págs. 54 y sigs. En el plano jurisprudencial, la sentencia del T. S. (Sala VI), de 11 de marzo de 1970, ha incidido directamente sobre la calificación de la naturaleza jurídica del contrato de aprendizaje, resolviendo un recurso en interés de la ley, afirmándose —en síntesis—, «que el problema no puede resolverse en términos generales, pues depende de las características o modalidades de cada caso, de forma que, tal vez no deba hablarse en singular del contrato de aprendizaje...».

(11) Tal función ha sido puesta de relieve por ZAKSAS, J.: *Les transformations du contrat et leur loi (Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique)*, París, 1939, págs. 158 y sigs. Sobre la conexión de sentido entre el tipo general y el especial en el plano normativo, vid. FERRI, G. B.: *Causa e tipo nella teoría del negozio giurídico*, Milano, 1956, pág. 254.

(12) DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 202-203. Por lo que al contrato de trabajo se refiere, JACOBI, *Grundlehren der Arbeitsrechts*, Leipzig, 1927, págs. 58 y sigs. SCOGNAMIGLIO, R.: *Diritto del lavoro. Parte generale*, Bari, 1969, págs. 100-102, espec. Sobre el proceso de tipificación en los ordenamientos contemporáneos, BRUN, A.: *Les grandes tendances du droit du travail à l'époque contemporaine*, en «Revue Internationale de Droit Comparé», 1967, n.^o 1, págs. 10-13, vid. también en el número citado de la «Revue Internationale...», el estudio dedicado a Francia, por Jean SAVATIER, en especial, págs. 46-47.

tanto el esquema general de contrato de trabajo como los tres esquemas especiales. En cualquier caso, la calificación del contrato de trabajo como negocio típico hace vana y carente de sentido la búsqueda de otro esquema contractual para calificar su naturaleza jurídica.

II. CARACTERIZACION ESTRUCTURAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. *Planteamiento.*

Por caracterización estructural del contrato de trabajo se entiende la que permite explicar técnicamente la mecánica productora del conjunto de derechos y deberes de las partes. La historia doctrinal del Derecho del trabajo es en buena medida, al menos en los ordenamientos de raíces romanista y germánica, la de los intentos de penetración en el origen y alcance de las respectivas posiciones jurídicas de empresario y trabajador, partiendo del momento contractual y tras incorporarse este último a una organización laboral (13).

No ha sido, sin embargo, objeto de una ilustración tan exhaustiva el ángulo visual de la estructura misma del contrato de trabajo, como aquel que repara en el desdoblamiento de la relación de trabajo del contrato. Ahora bien, el estudio en profundidad de los caracteres estructurales del contrato de trabajo estimo puede aportar una nueva perspectiva al tratamiento de los efectos jurídicos que se producen para las partes tras incorporarse el trabajador a la empresa. No es extraño encontrar en la jurisprudencia una mención a tales caracteres estructurales del contrato laboral; así, en S. T. S. de 27 de febrero de 1963, se afirma, en relación con el acuerdo establecido objeto de impugnación, que reunía los caracteres que singularizan al contrato de trabajo: «... pacto de ejecución sucesiva, oneroso y sinalagmático, constituido *intuitu personae* por lo que afecta al trabajador, que queda sometido a la subordinación y autoridad patronal».

El punto de partida para la caracterización estructural del contrato de trabajo es la afirmación de su bilateralidad. Ello significa no sólo que tiene como negocio bilateral dos declaraciones de voluntad de parte (14), sino —además— que produce dos obligaciones (15),

(13) Tales planteamientos doctrinales coinciden —en efecto—, con la afirmación del Derecho del trabajo en los ordenamientos del continente europeo. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Contrato de trabajo y relación de trabajo (Balance provisional de una polémica)*, Separata de «Anales de la Universidad Hispalense», vol. XXVII, 1967.

(14) CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, traducción y notas de M. Albaladejo, Madrid, 1956, págs. 134-135.

(15) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. I, Doctrina general del contrato, Barcelona, 1954, pág. 396. DÍEZ PICAZO, L.: *Lecciones de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, Valencia, 1965, pá-.

que tienden a operar un cambio de servicios por bienes. Pues bien, piedra de toque de la estructura interna del contrato de trabajo es la explicación del nexo entre las obligaciones principales que el contrato genera para trabajador y empleador. El dilema que se plantea, en términos generales, es el siguiente: ¿La génesis y el régimen de las obligaciones recíprocas es efecto del contrato como relación jurídica nueva y unitaria, o de existir obligaciones contrapuestas que se sirven entre sí de causa? La teoría del sinalagma recoge esta segunda solución: bilateralidad o reciprocidad se identifica con una causalidad mutua de las obligaciones en su génesis (sinalagma genético) e interdependencia de las prestaciones en la fase de cumplimiento (sinalagma funcional). Sin embargo, es lo cierto que el paradigma sinalagmático tuvo una resonancia muy matizada en la primera doctrina jurisprudencial posterior a la codificación civil española, aunque luego se aceptara por la doctrina científica y jurisprudencial como algo incombustible. Así, la S. T. S. (Civil), de 5 de enero de 1905, exigía para la existencia de obligaciones bilaterales o recíprocas, «no sólo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra y, por consiguiente, existe entre ellas una mutua reciprocidad» (16).

Doctrinalmente, la teoría del sinalagma ha sido formulada con nitidez. OSSORIO Y MORALES se expresaba al respecto en los siguientes términos: «Cada una de las obligaciones que nacen del contrato sinalagmático es causa de otra, o dicho de otro modo, ambas obligaciones están mutuamente condicionadas... En este sentido, puede decirse que las obligaciones de ambos contratantes guardan entre sí una relación de causalidad o mutua dependencia» (17). En términos muy similares se expresa más recientemente DÍEZ PICAZO (18), y

gina 281. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, Parte General*, Barcelona, 1970, págs. 300-301.

(16) En efecto, la idea de sinalagma está muy lejos del significado causal y objetivo atribuido en la formulación habitual. Expresar que la obligación de cada una de las partes ha de ser querida como equivalente de la otra, es sólo afirmar el consentimiento que se precisa para la perfección de un contrato bilateral, pero sin convertir a cada obligación en causa de la otra; lo cual limita a la «mutua condicionalidad», a que se refiere la decisión de referencia, en meramente subjetiva, y no en objetiva como lo exigiría el sinalagma. Desde dicho punto de vista, es plenamente aceptable, a reserva de lo que más adelante se expresa sobre la eficacia del consentimiento contractual en el Derecho español, la definición de contratos bilaterales que nos brinda LARENZ: «Contratos bilaterales son, por tanto, aquellos en que ambas partes contraen obligaciones y en que al menos algunos deberes de prestación recíprocos estén vinculados entre sí, de modo que la prestación de una representa, de acuerdo con la voluntad de ambas partes, la contraprestación, la compensación por la de la otra». *Derecho de Obligaciones*. Traducción de J. Santos Briz, Madrid, 1958, Tomo I, pág. 267.

(17) *Notas para una teoría general del contrato*, en R. D. P. (1965), pág. 1095.

una buena parte de la doctrina civilista, aunque también se advierte una tendencia a no insistir con claridad en la sustantividad del sinalagma, identificándola con la bilateralidad de los contratos (18):

La idea de reciprocidad, entendida como causalidad o condicionalidad *ad invicem* de las prestaciones de cada una de las partes, se recibió en su forma absoluta por la doctrina científica del Derecho del trabajo. «El contrato de trabajo, expresaba P. DURAND (20), se presenta como un contrato sinalagmático, con las consecuencias que resultan de ello desde el punto de vista de la teoría de la causa o de la interdependencia de las obligaciones de las partes».

Más recientemente, sin embargo, la misma doctrina francesa pone de manifiesto la necesidad de abandonar una «concepción civilista estrecha del sinalagma», porque el Derecho del trabajo consagra en su lugar la noción de «pertenencia continuada a la empresa» (21). Por su parte, en la doctrina italiana ha postulado CORRADO (21) una concepción del sinalagma actualizada y cercana al entendimiento de la reciprocidad de los contratos bilaterales que aquí se expone: el sinalagma *genético*, se refiere, según el laboralista italiano, al contrato como unidad, al vínculo de interdependencia entre las ventajas respectivas que las partes esperan obtener por el acuerdo, y el *funcional* al objeto de cada una de las obligaciones, es decir, a las prestaciones. La correspondencia entre sinalagma genético y funcional —advierte—, è normale, ma non necessaria, poiche ogni mutamento giuridico è disposto e caratterizzato da una discrezionale valutazione normativa. En la doctrina jurídico-laboral española la aceptación del carácter sinalagmático es la línea dominante (23).

(18) *Op. y loc. cit.*

(19) PUIG BRUTAU, J.: *Op. y loc. cit.* CASTÁN, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, *Derecho de Obligaciones (La obligación y el contrato en general)*, 10.^a edición, Madrid, 1967, pág. 385. ALBALADEJO, M.: *Op. y loc. cit.* MESSINEO, F.: *Il contratto in general*, en el «Trattato di Diritto Civile e Commerciale», dirigido por CICU-MESSINEO, XXI, T. I. Milano, 1968, páginas 760-761. GAUDEMEL, E.-DESBOIS-GAUDEMEL, J.: *Theorie Générale des obligations*, París, 1965 (reimpresión de la edición de 1937), pág. 22.

(20) DURAND, P.-VITU, P.: *Traité de Droit du Travail*, T. II, París, 1950, pág. 217.

(21) CAMERLYNCK, G. M.: *Contrat de Travail*, en el «Traité de Droit du Travail», publicado bajo su dirección, París, 1968, págs. 46-47.

(22) *Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Torino, 1968, pág. 509.

(23) ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, cit. pág. 306, admitiendo la teoría del sinalagma en su formulación pura: «Cada uno de los sujetos está obligado a una prestación (realizar el trabajo convenido, pagar la remuneración estipulada), estableciéndose entre aquellas una interdependencia en virtud de la cual cada prestación actúa como presupuesto necesario de su recíproca, y sin que, en consecuencia, el empresario esté obligado al pago del salario en tanto no haya sido prestado el servicio por el trabajador, y viceversa». Con un sentido más limitado y diluido se admite el carácter sinalagmático del contrato de trabajo por ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 6: «...sinalagmático en sentido funcional. esto es, en el de que existe una correspondencia, paridad o equivalencia entre los deberes jurídicos básicos recíprocos de ambas partes». PÉREZ BOTIJA había puesto

Tras lo expuesto, aparece con claridad que el punto de partida para una caracterización estructural del contrato de trabajo debe situarse en la búsqueda del paradigma normativo de contrato bilateral recogido en nuestro Derecho común (24).

El artículo 1.102 del Código civil francés brinda una definición del contrato bilateral, en los siguientes términos: *Le contrat est synallagmatique ou bilateral lorsque les contractants s'obliguent réciprocement les uns envers les autres*. La misma fórmula recogía el Código civil italiano de 1865. Este obligarse recíprocamente se entendió como que una obligación era causa de la otra. En consecuencia, la reciprocidad no se encontraba en el contrato como unidad, como fuente de nacimiento de las obligaciones, porque cada una de éstas se servía recíprocamente de causa (25). El Código civil español no contiene una definición de contrato bilateral paralela a la del artículo 1.102 del *Code* francés. Introduce el artículo 1.254 del Código civil español una innovación importante respecto al precepto correspondiente al mismo contenido del modelo napoleónico; este es el artículo 1.101. El precepto patrio declara imperativamente el efecto constitutivo del consentimiento en la génesis del contrato: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse»; mientras que la definición del *Code* es puramente descriptiva (*Le contrat est une convention par laquelle une o plusieurs personnes s'obligent...*). Esta última diferencia, acentuando el papel del consentimiento en la creación del vínculo, junto a la ausencia de una mención al término *sinalagma*, justifican un planteamiento histórico de la temática.

2. Origen y desfiguración del sinalagma.

En la mención al término *sinalagma* que aparece en una respuesta de LABEON (26), se refiere su significado a todo el contrato bilateral o de prestaciones recíprocas. Se trataba de un mero alarde de erudición, no indicativo del significado del término en las fuentes griegas (27), y

de relieve las excepciones que presentaba el contrato de trabajo al condicionamiento sinalagmático, *Derecho del Trabajo*, 6.^a edición, Madrid, 1960, pág. 122 (en nota 22).

(24) Sobre el concepto de paradigma normativo de contrato en cada ordenamiento, MESSINEO, F.: *Il contratto in genere*, cit., págs. 10-11.

(25) ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, en «Acta Salmanticensia», Derecho, 19, Salamanca, 1967, págs. 7-10.

(26) Contenida en un texto de ULIPIANO, D. 50, 16, 19 (Ulp. II *ad ed.*), referencias al sinalagma en D. 14-7-2 y D. 44, 7, 25.

(27) Sobre dicho significado, vid. recientemente, DESPOTOPoulos, C.: *La notion de synallagma chez Aristote*, en «Archives de Philosophie du Droit», T. XIII, monográfico «Sur les notions del contrat», París, 1968, págs. 115-127. En el libro V de su *Etica a Nicócamo*. Aristóteles deja de manifiesto que la justicia y la actividad de los juristas se ejercita en dos tipos de actividades: de una parte, las actividades de distribución, cuando se trata de repartir los bienes, los honores o las deudas entre los miembros de la ciudad, supuesto de la justicia que llamamos «distributiva»; de otra, en los cambios de bienes, a lo cual se refiere la expresión «el correctivo en los *sinalagmata*»,

por supuesto, no se aludía con ello la interdependencia de las obligaciones. En efecto, después de la definición del contrato bilateral en términos muy similares a GAYO (*contractum autem ultro citroque obligationem*, añadió, *quod Graeci sinalagma* (28) vocant.

Ahora bien, un sector de la doctrina romanista coincide en afirmar que los contratos *bonae fidei*, o bilaterales, hacían nacer del mero consentimiento dos obligaciones y acciones independientes y autónomas, opinión que comparten, entre otros, BECHMANN (29) y GIRARD (30). En el mismo sentido sostiene ARANGIO RUIZ (31), con toda energía, que en el Derecho romano «jamás se llegó a un principio de interdependencia entre las prestaciones y obligaciones recíprocas». De diferente opinión es en la doctrina española A. D'ORS (32), aunque su postura, como deja patente, no pasa de un mero parecer personal para explicar el progreso que supuso conferir al consentimiento efecto jurídico constitutivo.

Es lo cierto, sin embargo, que esta referencia culta y poco afortunada de LABEON provocó un efecto de mimetismo en los juristas posteriores, empleándose el término por ARISTON (33) para justificar la forma en que se articulaba la obligatoriedad jurídica en algunos contratos innominados. En verdad, no se trataba propiamente de la teoría del sinalagma en la forma aceptada posteriormente, sino la explicación del momento en el cual era exigible para la parte que había cumplido el cumplimiento de la obligación contraída por la otra. Todo parece indicar, en efecto, que el concepto de interdependencia de las obligaciones fue extraño al Derecho romano, correspondiendo a los glosadores primero y a los canonistas después la

correctivo que está atribuido a "justo" y que significa "apto para establecer la rectitud". El sinalagma no es, pues, todo el contrato, aunque los textos del Digesto tomen estas palabras como sinónimas, sino —más generalmente—, el cambio, que puede tener lugar según Aristóteles, bien voluntariamente en la venta, el arrendamiento de cosas o servicios, o de manera no voluntaria a consecuencia de un delito o un cuasidelito. En cualquier caso, lo que caracteriza a estos cambios, en general, es el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro. Es este desplazamiento el que da lugar (por la justicia que llama correctiva, para establecer el equilibrio), a la «restitución» de un valor tan equivalente como sea posible.

(28) En el Digesto el término sinalagma figura en griego, omitiéndose aquí la transcripción por economía tipográfica. La bibliografía romanista sobre el sinalagma es muy amplia, mereciendo citarse, entre otras aportaciones: DE FRANCISCI, P.: *Synallagma*, París, 1916. ARANGIO RUIZ, F.: *La compravendita in Diritto romano*, Nápoli, 1916, págs. 214 y sigs. GROSSO: *Il sistema romano dei contratti*, 3.^a edición, Torino, 1963, págs. 204 y sigs.

(29) *Der Kauf*, I, Erlangen, 1876, pág. 543. cit. por ALONSO PÉREZ, *Op. cit.*

(30) *Manuel élémentaire de Droit romain*, París, 1924, pág. 564.

(31) *Op. cit.*, pág. 227.

(32) *Derecho privado romano*, Pamplona, pág. 432.

(33) D. 2, 14, 7, 2. Sobre el valor de estos dos textos: PINO, A.: *Il contratto con prestazioni corrispettive (Bilateralità, onerosità, e corrispettività nella teoria del contratto)*, Padova, 1963, págs. 48-99.

elaboración de la teoría del sinalagma, partiendo para ello de la distinción entre contratos comunitativos y no comunitativos (34).

La teoría del sinalagma aparece a continuación como sustitutivo de la eficacia creadora de la consensualidad, contribuyendo a ello decisivamente la necesidad de generalizar la obligatoriedad jurídica de las figuras contractuales atípicas, esto es, que no encajaban en los moldes preformados por el Derecho romano. E. BUSSI (35) ha descrito el proceso por el que se llega en el Derecho intermedio a generalizar el carácter vinculante de los nudos pactos. Como punto terminal, en el mismo siglo XIII, HUGUCIO y BERNARDO DE PAVÍA afirmaron la fuerza jurídica obligatoria de los acuerdos no típicos, oponiendo así al principio romano *ex nudo enin pacto inter cives romanos actio non nascitur*, la regla canónica *ex nudo pacto actio oritur* (36). Pero esta *actio* no tiene carácter civil, sino natural, apoyada en el principio *frequenti fidem* como trasunto unitario de la *bona fidei* y la *aequitas* en el cumplimiento de los pactos. En el principio del *fragenti fidem* y en la equidad descansan también, como ha puesto de relieve R. CASSIN entre otros (37), la *exceptio non adimplenti contractus* y la resolución por incumplimiento. Aún puede añadirse más: la rescisión por lesión *ultra dimidium* y la doctrina del *iustum pretium* se imponen como imperativo moral para evitar que uno de los contratantes sufra una lesión (38).

3. Balance crítico doctrinal.

Superado el condicionamiento doctrinal impuesto por la supervivencia de los tipos contractuales romanos, la elaboración del concepto de contrato bilateral puede llevarse a cabo, con carácter general, desde un planteamiento técnico coherente y libre. Cuando se alude el carácter bilateral de un contrato se hace referencia a la es-

(34) PINO, A.: *Op. cit.*, págs. 49-50.

(35) *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (Diritto reale e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937, págs. 217-271.

(36) La regla romana la formula PAULO: *Sent.* 2, 14,1. Sobre la evolución, vid., además de la obra de E. BUSSI: *Les transformations du contrat...*, cit., págs. 94-99.

(37) *De la exception tirée de l'inesécution dans les rapports synallagmatiques*, París, 1914, pág. 422. Cfr. PINO, A.: *Op. cit.*, págs. 43 y 52.

(38) El *Codex*, Libro IV, tít. 44, leyes 2.^a y 8.^a (de rescindenda venditione), se refería a estos supuestos. La Ley 2.^a, atribuida a Diocleciano y Maximiano, establecía: *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituente emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate intercedente iudicis, vel si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretius esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*. Los glosadores extenderán el remedio de la lesión *ultra dimidium* a todos los contratos. Sobre el tema, R. G. VALLES: *Rescisión por «laesio ultra dimidium»*, Barcelona, 1962. VILLAR PALASÍ, J. L.: *La traslación del «iustum pretium» a la esfera de la expropiación forzosa*, en RAP, n.º 43 (1964), págs. 161-191. ARIÑO ORTIZ, G.: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, págs. 20-46. DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, cit., págs. 517 y sigs..

tructura interna del mismo, a su función de fuente productora de dos obligaciones que tienden a operar un cambio de bienes o servicios. La bilateralidad del contrato está directamente referida a la presencia en su génesis de dos partes que se obligan a realizar unas prestaciones, y la expresión contrato bilateral mienta —también— la existencia de prestaciones recíprocas debidas por obra del vínculo jurídico creado, tendentes a operar un intercambio de bienes o servicios o de aquellos por estos (39). Por ello son constitutivo esencial del contrato bilateral las dos obligaciones que nacen del mismo; es decir, no puede hablarse de contrato bilateral cuando falte una de las obligaciones recíprocas que lo configuran como tal. En el caso del contrato de trabajo no existirá esta figura contractual si no son exigibles jurídicamente la obligación de trabajo y la obligación salarial (40). Por lo demás, es el mismo contrato bilateral el que crea el vínculo jurídico entre las partes y, también, el que sirve de título o fundamento a los deberes de prestación recíprocos (41). La génesis mediante el contrato de obligaciones recíprocas no supone un condicionamiento mutuo de las mismas en virtud del cumplimiento futuro, ni, en sentido contrario, una absoluta autonomía del régimen. La regulación positiva ha introducido en el decurso histórico «puentes de equidad» para regular la vida del contrato y el régimen de cada obligación recíproca (así, en el Derecho común español, la *exceptio non adimplenti contractus*, art. 1.100 del Código civil, y la condición resolutoria tácita, art. 1.124 del mismo). En otro caso, la misma existencia del contrato como vínculo jurídico para obligar al cumplimiento de lo pactado a cada una de las partes carecería de un objeto determinado hasta el momento de la ejecución, no valiendo en tal caso el acuerdo inicial más que como pacto incompleto (42), o contrato condicionado (43), construcciones erróneas tomadas con carácter general.

(39) ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato...*, cit., págs. 10-12 y bibliografía citada.

(40) BAYÓN CHACÓN, G., y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, cit., pág. 420.

(41) DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, cit., págs. 257-259.

(42) En este sentido, es de extraordinario interés el parágrafo 315 del B. G. B.: «Si la prestación debe ser determinada por uno de los que concluyen el contrato, en la duda ha de entenderse que la determinación ha de realizarse según juicio equitativo.

La determinación se realiza por declaración frente a la de otra parte. Si la determinación ha de realizarse según juicio equitativo, la determinación efectuada sólo es obligatoria para la otra parte si es conforme a la equidad. Si no es conforme a la equidad, la determinación se efectúa por sentencia; lo mismo vale si la determinación es demorada». En estos supuestos, la determinación por una de las partes mediante una declaración frente a la otra, tiene la naturaleza de derecho de configuración, de igual forma en los casos en los cuales corre a cargo del juez, tratándose entonces de configuración judicial. Vid. LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, T. I, cit., págs. 112-113. En el Derecho español, el paradigma normativo de contrato del artículo 1.258 del Código civil evita recurrir a construcciones similares.

(43) Sobre estas construcciones, SCOGNAMIGLIO, R.: *Contratti in generale*, cit., págs. 358-372.

Desde un punto de vista doctrinal, la teoría del sinalagma encontró oposición en España desde tiempos no muy recientes, aunque ello sea la excepción. Ya en el año 1929, M. M. TRAVIESAS negaba, tras una crítica brillante, que las obligaciones recíprocas se sirvieran mutuamente de causa, proponiendo en su lugar la denominación de reciprocidad necesaria (44). Recientemente, ALONSO PÉREZ (45) ha sometido a una crítica contundente la teoría del sinalagma en la configuración y régimen del contrato bilateral. También en la doctrina italiana se ha iniciado una revisión a fondo, que ha culminado con la obra de A. PINO (45), dilucidando las relaciones entre *corrispettività* y sinalagma, cuyas conclusiones no han sido recogidas, sin embargo, en la más reciente monografía de T. TREU (47), respecto del contrato de trabajo. En la doctrina alemana la crítica de la teoría del sinalagma o recíproca dependencia (*gegenseitige Abhängigkeit*) se llevó a cabo desde antiguo; ya en la pandectística, DERNBURG (48) estimaba que el contrato bilateral se sustanciaba en un cambio de prestaciones, negándose a admitir la recíproca dependencia o subordinación entre las prestaciones obligatorias, por ir en contra ello del significado del sinalagma en las fuentes romanas; en idéntico sentido se pronunciaron, también, PUCHTA y BEKKER entre otros (49).

En verdad, y valga ello como hipótesis de trabajo, la elaboración de la teoría del sinalagma ha respondido a una deficiente asimilación de la herencia romana y canónica. A partir de estas construcciones se intentó una construcción dogmática del contrato bilateral, sin tomar razón de que las respuestas tópicas de la jurisprudencia romana

(44) *Obligaciones recíprocas*, en R. D. P., 1929, págs. 273-286 y 321-339. «En los contratos bilaterales, por el contrario, es de esencia que todos los contratantes se obliguen recíprocamente en el momento de la perfección del contrato, de manera que un contratante no se obliga a la realización de su prestación sino obligándose también el otro contratante a la realización de su la correlativa contraprestación. No es que la prestación y la contraprestación sean causa una de otra (en el negocio jurídico contractual la causa es la misma para todos los contratantes); es que son recíprocamente necesarias para que el contrato se perfeccione», *Op. cit.*, pág. 282.

(45) *Sobre la esencia del contrato bilateral*, cit., espec. págs. 42 y sigs.: «es menester abandonar los términos bilaterales o sinalagmáticos aplicados al contrato y hablar sencillamente de contratos con obligaciones correlativas o que se hallan desprovistos de tal cualidad para designar a los unilaterales». «La reciprocidad sólo quiere decir simetría o paralelismo, no interdependencia o que una obligación esté en función de la otra». «Pero, además, son las obligaciones las que se encuentran en posición correlativa. Hablar de prestaciones correlativas, como el Derecho italiano, tiene el inconveniente de parcelar la relación jurídica obligatoria, trasladando la esencia del contrato bilateral al llamado sinalagma funcional».

(46) *Il contratto con prestazioni corrispettive*, cit., págs. 46 y sigs.

(47) *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968. especialmente pág. 341.

(48) *Pandette*, III. *Diritto delle obligazioni*, traducción italiana, Torino, 1903. págs. 74 y sigs. cit. por ALONSO PÉREZ, pág. 21.

(49) Vid. estas referencias en DERNBURG, cit., pág. 76, cfr. ALONSO PÉREZ, *Op. y loc. cit.*

y las soluciones de equidad del Derecho intermedio y los canonistas no eran una base firme para forjar un concepto del mismo.

Tras este planteamiento, es obligado preguntarse por el paradigma normativo de contrato bilateral que tiene entrada en nuestro Derecho positivo y por el modo en que se articula técnicamente su estructura interna.

4. *El paradigma normativo de contrato en el Código civil español.*

En el Derecho histórico español se mantiene una conjunción equilibrada de los aglutinantes romanos y canónicos en la elaboración del paradigma normativo de contrato bilateral, pero concediéndole un papel de primer orden, también, a la herencia del propio Derecho patrio. Se trata, por lo demás, de una concepción no abstracta, sino firmemente afianzada en los presupuestos sociales y económicos de los tiempos.

Como premisa constante se afirma en el Derecho histórico español el papel creador del mero consentimiento, desde el Fuero Real (50) hasta la Ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá... «que sea valedera, se expresa en este último, la obligación o el contrato que fuesen fechos de cualquier manera que paresca que alguno quiso obligar à otro, è façer contrato con él» (51).

Es de lamentar que esta dimensión espiritualista del consentimiento, como de ordinario se la denomina, sólo fuera tenida en cuenta después de la Codificación en su significado de principio antiformalista. No parece que contribuyera a ello la redacción del principio que se contiene en la Base XX de la Ley de 11 de mayo de 1888, sobre la que se elaboraron los preceptos del Código civil: «Los contratos, como fuente de las obligaciones, ... continuarán sujetos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo...». Este poder creador del consentimiento cristalizó normativamente en los artículos 1.254 y 1.258 del Código civil. En especial, en este último se deja patente dicha connotación sustantiva del paradigma contractual en nuestro Derecho: «Los contratos se perfeccionarán por el mero consentimiento, y desde entonces obligan...». La construcción del concepto de contrato bilateral se encuentra comprometida por el condicionamiento impuesto por este precepto que, junto con el artículo 1.262, nos brinda, como más adelante se detalla, el momento en el cual aparece el vínculo jurídico entre las partes, el modo en que se integra la estructura

(50) Libro I, tit. XI, L. I.—*Como todo pleyto fecho derechamente entre algunos, valer debe:* «Todo Pleyto que entre algunos homes es fecho derechamente; quier sea y puesta; firmemente sea guardado y el Alcalde fagagelo guardar; è si en el Pleyto fuere pena puesta, quien contra el Pleyto viniere, peche la pena, así como fuere puesta en el Pleyto». *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, T. I, Madrid, 1847, pág. 359.

(51) Cfr. *Los Códigos Españoles...*, cit., pág. 450. Recogida también en *La Nueva Recopilación*, L. 7, tit. 5, Lib. 3.

contractual y la configuración del régimen de las obligaciones de las partes.

La dimensión creadora del poder de la voluntad que se residencia con carácter general en nuestro Derecho histórico de la contratación, tiene un valor decisivo para la configuración del paradigma de contrato bilateral: no es preciso recurrir al artificio del sinalagma para explicar el nacimiento de las obligaciones de las partes. De ello parece tienen una conciencia muy clara los juristas españoles de la época del Renacimiento, que destacan precisamente la ventaja del Derecho nacional frente al canónico, puesto que éste sólo concedía una acción natural para reclamar el incumplimiento de los pactos no configurados según el viejo *ius civile* como verdaderos contratos.

El jurista vallisoletano Antonio GÓMEZ, al tratar de los contratos innominados en el Derecho castellano, expresa: *sufficit sola voluntas et animus obligandi ut efficaciter remaneat obligatus. Quod patet: quia ex sola pollicitatione oritur actio, et obligatio, ut ibi probatur, et in hoc excedit ius Canonicum* (52). Tras una amplia ilustración, DE MOLINA (53) añade, para reafirmar la aceptación general de esta postura: ...*et in haec doctrina omnes doctores Hispaniae videtur convenire*» (54).

La consecuencia próxima que se sigue de esta tradición histórica en torno a la forma de articularse la eficacia obligatoria del contrato es obvia, pero, tal vez por ello, no perceptible con facilidad: Si la expresión de la voluntad de obligarse que hacen las partes es suficiente para crear el vínculo obligatorio (el contrato bilateral en el caso que nos ocupa), huelga cualquier justificación adicional, como lo es la teoría del sinalagma; esto es, carece de sentido explicar que las obligaciones recíprocas de las partes nacen porque se apoyan causal-

(52) *Variae resolutiones*, T. II. *De contractibus*, cap. VIII.

(53) *De Iustitia et Iure*, t. II. *De contractibus*. Cfr. la versión moderna de esta obra con un estudio preliminar y notas de M. FRAGA IRIBARNE, con el título de: *Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho*, Madrid, 1943, T. II, vol. I, espec. págs. 213-222 (Disp. CCLIV); págs. 235-251 (Disp. CCLVII).

(54) *Los Seis Libros...*, cit., pág. 243 (Disp. CCLVII, II): ... diremos brevemente que del mismo modo que dijimos que en el Derecho canónico se concede acción a los pactos nudos, la tienen también en el fuero secular en el Reino de Castilla, según el Ordenamiento de Alcalá, hoy L. 2, título 16, Lib. V de la Nueva Recopilación... Lo cual podemos confirmar, porque si el pacto nudo va reforzado por estipulación, tendrá acción incluso en el Derecho civil común, por transformarse no sólo en pacto vestido, sino incluso en contrato nominado. Mas, como consta en la ley citada de Castilla, en dicho Reino, cualesquiera pactos y promesas aceptadas tiene acción lo mismo que si llevaran la forma estipulatoria; luego en dicho Reino los pactos nudos tienen acción, exactamente igual que en Derecho canónico.

En esta doctrina coinciden todos los doctores españoles, y entre ellos Gregorio LÓPEZ (1. 3, tít. 6; 1. 1, tít. II, y 1. 4, tít. 4, de la Partida V), MOLINA (*De primog.*, lib. IV, capítulo 2, núm. 62), COVARRUBIAS (*Var. Resol.*, 1. 1, cap. 14, núm. 13) y Antonio GÓMEZ (*Var. Resol.*, II, cap. 8, núm. 5 y cap. 9, núm. 3). Si bien algunos de ellos, y otros que no citamos, no hablan siempre de la manera adecuada, por confundir los distintos sentidos de la cosa jurídica».

mente la una en la otra, ya sea en la génesis o durante la vida del contrato. En sentido muy distinto, tales obligaciones nacen *por el consentimiento de las partes y del mismo contrato*, como vínculo o relación jurídica unitaria.

Aplicada esta dimensión creadora del consentimiento al contrato de trabajo, significa —en síntesis— lo siguiente: El trabajador está obligado a trabajar porque mediante la prestación del consentimiento se constituyó un contrato, del que nace para él una obligación jurídica de trabajo, esperando obtener con ello, en virtud del mismo contrato, una ventaja paralela —la retribución—, a la cual quedó obligado recíprocamente el empleador.

Partiendo de un entendimiento del paradigma normativo del contrato bilateral en el Código civil en el sentido indicado, es posible configurar con cierta independencia y autonomía las obligaciones de las partes, en virtud de las cuales devienen recíprocamente acreedoras y deudoras. Tal independencia de las obligaciones no perjudica esencialmente el equilibrio de las prestaciones ni la buena fe de los contratantes. La justicia de cada contrato, como instituto jurídico con una proyección social y ética, impone unos condicionamientos extrínsecos en la elaboración de su *régimen*, que no afectan, sin embargo, a su estructura. Sobre el contrato de trabajo los regímenes positivos están operando una remodelación continua del contenido de las obligaciones de las partes, que rompen su equilibrio formal, entendido como correspondencia causal y simétrica de las obligaciones de las partes. Lo que son quiebras múltiples de la bilateralidad para la teoría del *sinalagma* aparecen, en cambio, como aproximaciones del régimen regulador en la búsqueda, por la ley, de una mayor justicia del contrato. Estas aproximaciones no destruyen la esencia de la bilateralidad, que está referida al momento de constitución del vínculo, a la formación de su estructura, mientras que el régimen de las obligaciones está embebido en la ley, componente primario de la justicia del mismo contrato. La referencia del artículo 1.135 del *Code civil* francés a la proyección reguladora que «la equidad, el uso o la ley den a la obligación según su naturaleza» (55), no han pasado de forma tan clara al artículo 1.258 del Código civil español. Ahora bien, es esta justicia el principio absoluto en materia de contratación, la que preside y colorea la actividad jurídica de los intercambios entre los individuos, lo que se denominaba *sinalagma* en las fuentes griegas (56) y el tomismo recogerá como contenido de la justicia *commutativa* (57).

La ilustración filosófica no es, ni mucho menos, vana en este

(55) La redacción de dicho artículo es: «Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnet à l'obligation d'après sa nature».

(56) Cfr. DESTOTOPoulos, C.: *La notion de synallagma chez Aristote*, cit., págs. 116-118.

(57) PIEPER, J.: *Justicia y fortaleza*, traducción de M. Garrido, Madrid, 1968, págs. 92-104.

momento del análisis jurídico del contrato de trabajo. En virtud del mismo se lleva a cabo *un cambio* de trabajo por retribución. ¿Pero es posible este cambio? No lo es si es imposible reducir el trabajo a un precio, como es factible con una mercancía. En un sentido más profundo, el trabajo contratado no sólo da derecho a una retribución, sino que, además, es título por sí propio para el nacimiento de ciertos derechos en la persona de quien lo presta, que no tienen una derivación patrimonial exclusivamente. El cambio y aumento de contenido de las obligaciones de empleador y trabajador, traducen esta dificultad de ajuste de las prestaciones recíprocas. Y es que, en definitiva, en el contenido del contrato de trabajo se acusa con especial intensidad la dificultad de realización de la justicia en los intercambios: «Jamás —dice PIEPER (58)— podrá ser, por ende, la igualdad de la justicia *instituida* definitivamente y de una vez por todas; más bien ha de ser en todo momento *vuelta* («iterato») a *instituir*, restituida. La *reducción a la igualdad*, que, al decir de TOMÁS, acontece, en la *restitutio*, es una tarea infinita».

III. CARACTERIZACION DOGMATICA DEL REGIMEN REGULADOR

El concepto de contrato bilateral que se ha apuntado en sus líneas generales, impone el quehacer adicional de extraer las consecuencias que de él se siguen en orden a un entendimiento de los caracteres que nos muestren, con mayor exactitud, su identidad interna. Entre estos caracteres ocupa un lugar destacado el carácter consensual del contrato de trabajo, la onerosidad, la comutatividad o aleatoriedad del mismo, así como el originar una relación de ejecución continuada provista simultáneamente de un contenido patrimonial y jurídico-personal.

1. *La consensualidad y el contrato de trabajo.*

La afirmación pura y simple según la cual, mediante el poder de la voluntad se crea el contrato de trabajo, lógicamente excluye que en este tipo contractual se exija la efectiva prestación de trabajo para su perfeccionamiento; este último pertenece a la fase de ejecución del contrato, mientras que la formación del mismo se agota en la integración de su estructura, del modo que a continuación se detalla (59). Por lo demás, en los contratos consensuales aparece aún

(58) *Op. cit.*, pág. 103.

(59) Atendiendo a una formulación tradicional se traza la división entre contratos «consensuales» y «reales»; estos últimos precisan para su constitución o formación, además del consentimiento, de la entrega de la cosa. La doctrina cuestiona si los contratos que se han venido considerando como reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), «lo siguen siendo o no en nuestro Derecho, o si el considerarlos como tales es un falso concepto, producto de arrastre histórico». ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, II, *Derecho*

con mayor evidencia, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.254 y 1.258 del Código civil, que la creación de la relación contractual tiene lugar desde que las partes «consienten obligarse». Partiendo de esta afirmación normativa, no se ve razón para que en los contratos con prestaciones recíprocas se busque una fundamentación adicional al nacimiento de las obligaciones principales en la interdependencia causal de las mismas, lo que aparece como un *bis in idem*, ajeno a las fuentes y al Derecho histórico. En definitiva, ello supondría exigir una doble y excluyente fundamentación del carácter constitutivo del vínculo contractual en los contratos bilaterales, que no se exige en las restantes obligaciones contractuales.

Es en el propio contrato de trabajo donde reside el título y la causa de existir para las obligaciones de trabajador y empleador, sin que el nacimiento de las mismas o su posterior subsistencia necesite fundamentarse en una causalidad recíproca.

La afirmación precedente supone aceptar la noción de causa del contrato en el Derecho español propuesta por DE CASTRO (60): La estructura contractual se integra por la prestación del consentimiento «sobre la cosa y la causa» que han de constituir el contrato (art. 1.262 del Código civil). Ahora bien, explica DE CASTRO (61), para que tenga sentido este artículo en relación con el anterior, el 1.261, ha de entenderse «no como la causa de cada obligación que se establezca, sino como diciendo causa de la relación obligatoria originada. Es cierto que el artículo 1.274 se refiere a cada parte al tratar de la causa de los contratos onerosos, pero considera en ellos unitariamente como causa de todo el contrato el oficio o beneficio...» (62). En síntesis, desde un punto de vista objetivo, la causa del contrato de trabajo es su finalidad práctica protegida por el Derecho: el intercambio de trabajo dependiente por retribución (63). La inclusión de la dependencia en la connotación contractual está referida al modo de realizarse la prestación de trabajo, complementando la causa típica señalada: esto es, colaborando el trabajador con el fin de organización creado por el empresario (64).

de obligaciones, cit. pág. 304. En verdad, los contratos consensuales son la regla, puesto que el artículo 1.258 —«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento»...—, tiene carácter general, y los reales la excepción. DE CASTRO ha identificado el preciso significado que tiene la entrega para la eficacia de los contratos llamados reales, estimándola como requisito complementario o formal, que refuerza el consentimiento de los contratantes en unas relaciones obligatorias gratuitas, como lo son el préstamo, el depósito y el comodato. Vid. *El negocio jurídico*, cit., págs. 286-287. Cfr. Un tratamiento de dicha especie de contratos en JORDANO, J.: *La categoría de los contratos reales*, Madrid, 1958.

(60) *El negocio jurídico*, cit., págs. 185 y sigs.

(61) *Op. cit.*, pág. 186.

(62) *Op. y loc. cit.*

(63) ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, T. II, Barcelona, 1960, pág. 227. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo*, R. T. (1961), págs. 1881-1894.

(64) PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

a) *Perfección consensual y enriquecimiento institucional.*

El efecto constitutivo de las obligaciones de trabajador y empleador en el momento de la perfección del contrato se conecta, en la configuración normativa del artículo 1.258 del Código civil, a la producción de unos efectos jurídicos que exceden del exclusivo contenido regulador del acuerdo. Esta solución normativa excusa de la búsqueda de otras construcciones para explicar el aumento de contenido que experimenta la relación de trabajo tras incorporarse el trabajador a la empresa y recibir órdenes que concretan su deber de prestación. Ha sido este, sin embargo, uno de los puntos que han aparecido como más polémicos desde la perspectiva de la construcción dogmática. Basta recordar, a título de ejemplo, la tesis de NIKISCH más reciente: el trabajador se obliga no a reiteradas prestaciones singulares, sino sólo a la entrada en la empresa o en el círculo de vida del dador de trabajo (65); o la más alambicada y virtuosista propuesta por SUPPIEJ: «la relación de trabajo no supone una sola obligación creada en el acto de estipulación del contrato, sino una pluralidad de obligaciones de trabajo, cada una de las cuales necesita para constituirse que el empleador imparta órdenes para la ejecución del trabajo» (66).

Ninguna de estas construcciones se estima tiene entrada en nuestro Derecho positivo, resultando el planteamiento de la cuestión mucho más simple. En concreto, el poder de dirección empresarial (67) no es un elemento de la estructura del contrato de trabajo, que sea preciso para la constitución y el nacimiento de las obligaciones recíprocas de las partes, sino un elemento *integrador de los efectos finales* del mismo (68). El apoyo normativo que presta a esta constitución

págs. 255 y sigs., espec. MENGONI, L.: *Contratto e rapporto di lavoro*, en «Riv. delle società» (1965), págs. 680 y sigs., espec.

(65) *La incorporación y su significado para el Derecho del Trabajo*, R. P. S. n.º 49 (1961), págs. 12-14. No obstante, NIKISCH claramente señala: «Sólo si se reconoce que la pertenencia a la empresa no es otra cosa que la relación de trabajo en estado de cumplimiento deviene de situación fáctica a relación jurídica y sólo si se equipara la relación de trabajo en estado de cumplimiento con la pertenencia a la empresa, se la puede concebir como relación comunitaria». *Op. cit.*, pág. 17. Sobre otros planteamientos doctrinales paralelos, vid. por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Contrato de trabajo y...*, cit., págs. 37 y sigs.

(66) *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Padova, 1957, espec., páginas 94-104 y 116-118.

(67) MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, págs. 22-24.

(68) Esta construcción ya fue puesta de relieve por ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, T. II, cit., pág. 343, espec. La construcción de SUPPIEJ es mucho más compleja: De una parte, admite que el contrato de trabajo no es un supuesto negocial de formación sucesiva: no está en vías de formación hasta a determinación del trabajo a ejecutar, sino que está válidamente formado, se difiere sólo de la producción de sus efectos.

No obstante, las órdenes singulares para la ejecución del trabajo son necesarias para hacer surgir las obligaciones de trabajo, no siendo idóneo el supuesto contractual sólo para hacer surgir estas obligaciones de trabajo.

el artículo 1.258 del Código civil, cuya originalidad ha destacado la doctrina recientemente (69), se explica diciendo: el deber de trabajo y el recíproco de retribución existen como tales desde que el contrato se perfecciona, y también desde entonces existe la causa de las singulares prestaciones de trabajo que se especifican mediante el poder de dirección. Desde esta perspectiva del régimen contractual español, el ejercicio del poder de dirección y las singulares obligaciones de trabajo no son más, según los términos del artículo 1.258 del Código civil, que consecuencias conforme a la naturaleza del contrato de trabajo, que están *in obligatione* desde el principio, esto es, desde que el contrato se constituye.

b) *Prestación salarial y contrato de trabajo nulo.*

Se trata del supuesto regulado en el artículo 55 de la L. C. T.: «En caso de que se anulare un contrato, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, salvo si la nulidad proviniera de voluntad mali-ciosa del trabajador». Los planteamientos explicativos del deber de retribución en estos casos, se realizan desde bases muy diferentes (70): nulidad *ex nunc* del contrato; como equivalente de una acción de enriquecimiento injusto tasada legalmente al nivel del salario del contrato nulo; creación *ex lege*, o por la incorporación, de una relación obligatoria provisional y superpuesta al contrato nulo; etc.

La solución puede plantearse con mayor simplicidad y coherencia a partir del paradigma de contrato bilateral descrito: Se trata, en última instancia de uno de los puentes de equidad a que se aludía, protegiéndose la buena fe del trabajador dejando viva la obligación retributiva del empleador. Emergen aquí los principios canónicos templando la rigidez de la técnica contractual romanista. A la postre, lo que se afirma en la ley es que puede existir una verdadera obligación retributiva aun siendo nulo el contrato e inexigible el deber de

Por ser ello así, según SUPPIEJ, la fuente de estas obligaciones singulares no está en el contrato. Se necesita que concurra con el contrato un elemento ex-trínsico al mismo: las disposiciones singulares para la ejecución del trabajo. «Sembra dunque doversi conciudere che fonte di ogni singola obligazione di lavoro e una fattispecie complessa, questa si a formazione successiva, nella quale il contratto di lavoro e le disposizioni per l'esecuzione del lavoro entrano come elementi». *Op. cit.*, pág. 117.

(69) CREMADAS, B. M.: *La regulación contractual unitaria*, RPS, n.º 80 (1968), pág. 16, así como la referencia del mismo a la obra de KÖPKKE: *Typen der positiven Vertragsverletzung*, Stuttgart, 1965.

(70) BORRAJO DACRUZ, E.: *La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo*, RT, n.º 2 (1963), págs. 184 y sigs. GARCÍA DE HARO, R.: *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Madrid, 1963, págs. 86 y sigs. ALMANSA PASTOR, J. M.: *La prestación laboral en caso de nulidad de contrato de trabajo*, R. P. S., n.º 67 (1965), págs. 37 y sigs. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Contrato de trabajo y relación...*, cit., págs. 15 y sigs.

(71) Por ser inválido el contrato no surgen verdaderas obligaciones recíprocas. Sólo cuando tiene lugar la prestación de trabajo en base a tal apa-

trabajar (71). Esta protección de la buena fe del trabajador no procede en los casos en que la nulidad se origine por voluntad maliciosa del trabajador, ni cuando el objeto sea ilícito o immoral: en uno y otro caso falta «la ocupación legítima y confiada» a que se refiere BORRAJO DACRUZ (72).

2. *La onerosidad del contrato de trabajo.*

«Un contrato, como un negocio, dice DE CASTRO (73), se considera oneroso cuando cuesta a cada parte hacer o prometer una prestación en favor de la otra». La onerosidad es, sin embargo, una característica referible ampliamente a los actos jurídicos, que pueden realizarse a título oneroso o gratuito, no exclusiva, por lo tanto, de los contratos. La onerosidad supone, en síntesis, un cambio de bienes o servicios valorados económicamente y, además una proporcionalidad o equilibrio objetivo (y, ocasiones, sólo subjetivo), entre ventajas y sacrificios (74).

No cabe duda sobre la calificación onerosa de la causa del contrato de trabajo, partiendo de la definición de esta nota contenida en el artículo 1.274. Ahora bien, el contrato de trabajo no es bilateral por ser oneroso (75); sino que es oneroso porque es bilateral. «Los con-

riencia contractual, por la ley se constituye una obligación retributiva *ex tunc*, esto es, desde que se inició el trabajo y sólo respecto del ya prestado.

(72) *Op. y loc. cit.*

(73) *El negocio jurídico*, cit., pág. 262. Vid. también, TILOCCA, E.: *Onerosità e gratuità*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1953, págs. 53 y sigs.

(74) CASTÁN, J.: *Derecho Civil Español*, T. III, cit. págs. 385-386. en especial, la nota (n.º 4) sobre el concepto de equivalencia como nota de los contratos onerosos. «No debe atribuirle a la equivalencia un riguroso significado de perfecta correspondencia económica entre las dos prestaciones. Basta con que esa equivalencia actúe en la apreciación subjetiva de las partes. Los autores hablan así de una equivalencia *objetiva* y una equivalencia *subjetiva*». Un criterio contrario a la equivalencia objetiva e igualdad de valoración de las prestaciones, se sostiene en la S. T. S. (Civil), de 23 de febrero de 1951: ... «que si hubiera de concurrir en todo contrato, sería contraria al fundamental principio que preceptivamente establece el artículo 1.255 del Código civil». También, ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia...*, cit., págs. 55 y sigs. Desde el punto de vista de la justificación causal plantea el tema DE CASTRO: «En su manifestación más típica (la onerosidad) consiste en una mutua transmisión de bienes, de modo que la pérdida que para cada parte suponga se vea compensada o reemplazada patrimonialmente por el beneficio adquirido o coste de la otra. Lo que hace se presuman en el negocio las notas de seriedad y justificación; es el *quid pro quo* en el que se basó también la *consideration* del Derecho inglés; característica a la que el Código se refiere, como adecuada «mayor reciprocidad de intereses» (art. 1.289, párrafo 1.º). *Op. y loc. cit.* Cfr. también, MANCINI, G. F.: *La «consideration» nel diritto nordamericano dei contratti*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1953, págs. 1039 y sigs.

(75) GAUDEMEL, E.; DESBOIS, H., y GAUDEMEL, E.: *Theorie générale des obligations*, cit., pág. 23: «Ce qui fait le contrat à titre onéreux, ce n'est pas nécessairement la reciprocité d'avantages; or, ceci se rencontre dans tous les contrats synallagmatiques, mais peut aussi se rencontrer dans les contrats unilateraux... Donc, tout contrat synallagmatique est à titre onéreux; mais la reciprocité n'est pas vraie et il y a des contrats à libre onéreux qui ne sont pas synallagmatiques».

tratos bilaterales, expresa ALBALADEJO (76), son siempre onerosos, porque el derecho que cada parte consigue, al obligarse la otra a su favor, lo obtiene sacrificándose al obligarse él, a su vez, a favor de aquélla. Más, no todos los contratos onerosos son bilaterales, pues, a veces, el beneficio que de una parte recibe a cambio de su obligación, es una prestación *actual*, y no que la otra parte quede obligada a su favor». Se trata, en efecto, de calificaciones de distinta naturaleza: el contrato bilateral supone la producción de dos obligaciones recíprocas; la bilateralidad es una nota que afecta, por tanto, a la estructura. La onerosidad, en cambio, se sitúa en el plano de los efectos, porque sólo implica un cambio de atribuciones patrimoniales. La confusión, no obstante, ha sido muy frecuente por la influencia de los canonistas medievales. Ya incidió en ella, en parte, POTHIER (77), y después, entre otros, HOENIGER (78) en Alemania y DE SIMONE (79) en Italia.

En dos cuestiones principales puede centrarse el planteamiento de principio de la onerosidad en la caracterización dogmática del contrato de trabajo: ¿La onerosidad se impone por el ordenamiento como elemento necesario de cualquier relación que tenga por objeto el trabajo dependiente? ¿Puede existir un contrato de trabajo sin obligación de retribuir el trabajo?

Respecto de la primera cuestión, el Derecho del Trabajo español tiene una respuesta equilibrada: las partes de una relación jurídica para la prestación de trabajo tienen libertad de elegir el tipo contractual, en aplicación del artículo 1.255 del Código civil, con los únicos límites de las leyes, la moral y el orden público. Sin embargo, justamente por ser el contrato de trabajo el que reviste el carácter de tipo contractual común para la prestación de trabajo por cuenta ajena (80), en virtud de la presunción del artículo 3.^o de la L. C. T., ejerce una atracción para asumir bajo su régimen todas las prestaciones contractuales de trabajo, salvo que haya acuerdo entre las partes, o se pruebe por alguna de ellas se había optado por una figura contractual distinta, o bien se trate de prestaciones de carácter familiar amistoso, benévolas o de buena vecindad. La línea jurisprudencial en este punto es reiterativa: «La regla general, expresa la S. T. S. de 15 de marzo de 1963, es que allí donde aparece una persona participando en la ejecución de una obra o un servicio bajo la dependencia de otra mediante una remuneración de cualquier clase o forma que sea, existe un contrato de trabajo...». Ahora bien, esto no significa que no puedan utilizarse servicios de otra persona sin que

(76) *Op. cit.*, pág. 301.

(77) Ampliamente, ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia...*, cit., págs. 54 y sigs.

(78) *Il contratto con prestazioni corrispettive*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1948, págs. 23-50, espec. págs. 48-50.

(79) *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim und Leipzig, 1870, págs. 278 y sigs., cit. por ALONSO PÉREZ, *Op. y loc. cit.*

(80) Vid. *infra*, nota 8.

exista un contrato de trabajo; de ser así, se dice en la S. T. C. de 4 de marzo de 1967, «jamás podrían aplicarse los dos últimos párrafos del artículo 2.º de L. C. T.».

Otra alternativa doctrinal se ha planteado en torno al tema del contrato de trabajo gratuito. Como afirmación de partida interesa resaltar que en el Derecho español no cabe el reconocimiento de un modelo típico de contrato de trabajo gratuito, por estar en abierta oposición con lo dispuesto en el artículo 1.º de la L. C. T. No cabe otra actitud que la sorpresa ante el hecho de que tal problema, en apariencia claro, haya consumido muchos esfuerzos de la doctrina (81). La causa explicativa reside en que no se trata de una cuestión bizantina sino de incalculables consecuencias prácticas, porque en ella se involucran supuestos de renuncia y fraude a las leyes, así como el buen fin de las eventuales reclamaciones futuras del trabajador y la imposición de sanciones por infracción de las normas laborales.

Aunque una parte de la doctrina científica (82) haya sostenido que verdaderos contratos de trabajo pueden configurarse excepcionalmente sin retribución, hay que afirmar que en estas posturas sólo está subyacente la estimación cierta de que pueden existir prestaciones laborales que se actúen *affectionis vel benevolentiae causa* mediante un esquema contractual, no desprovistas, por tanto, de una tutela jurídica ni sujetas sólo a una mera sanción moral o social (83), así como la admisión de ciertos supuestos de carácter prevalentemente no patrimonial en los que se puede prestar trabajo para otra persona a título semigratuito o gratuito (contra promesa de adopción o de matrimonio; de transmitirle la gestión o la propiedad de la empresa; etcétera), sin que se llegue a configurar una verdadera obligación retributiva (84).

Visto que pueden existir prestaciones de trabajo dependiente a título gratuito, hay que mantener también, con la mayor claridad, que no serán objeto de contrato de trabajo, porque éste precisa para su existencia de dos obligaciones recíprocas (de prestar el trabajo y de retribuir), situadas en la misma estructura del contrato, no siendo la onerosidad, por tanto, mero elemento de contenido. En definitiva, recogiendo cuanto se ha expuesto, procede insistir en que no es la onerosidad por sí misma, sino su antecedente en la relación

(81) Vid. así una amplia exposición doctrinal en, TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto...*, cit., págs. 53 y sigs.

(82) Una amplia ilustración sobre el estado de la doctrina en, GHEZZI, G.: *La prestazioni di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960, págs. 60-66. TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto...*, cit., págs. 14 y sigs. Hay que señalar como excepción el contrato de aprendizaje, en el cual ciertamente, puede faltar la retribución en ocasiones, pero no por ello faltan dos obligaciones recíprocas: la de enseñanza por —a cambio de— la prestación de trabajo, según se deduce claramente del artículo 124 de la L. C. T. Tiene carácter excepcional la existencia de remuneración del aprendiz al maestro, la cual «no será debida, a no haberse pactado expresamente en el contrato» (art. 124 *in fine*).

(83) GHEZZI, G.: *Op. cit.*, págs. 70-79.

(84) TREU, T.: *Op. cit.*, págs. 72-94.

laboral, esto es, las obligaciones recíprocas que definen el contrato bilateral, las que no pueden faltar (85).

3. *Commutatividad y aleatoriedad.*

El contrato de trabajo es bilateral y oneroso, lo que no quiere decir tenga siempre carácter commutativo, porque los contratos onerosos pueden ser commutativos o aleatorios. La diferencia entre unos y otros reside en que en los primeros el equivalente económico está bien determinado desde el momento de la celebración, mientras que en los aleatorios la determinación de dicho equivalente es incierto para una de las prestaciones, dependiendo del azar en su mismo valor (86). Hasta tal punto la incertidumbre sobre el valor económico del objeto de una de las prestaciones depende del azar, que la doctrina exige esté presente el álea como elemento esencial en el supuesto de hecho y que determine la forma de ser de la prestación en su misma consistencia física (87).

De ordinario, el contrato de trabajo tiene carácter commutativo, tanto por lo que afecta a la prestación de trabajo (pese a que sobre ella gravite el riesgo de empresa (88) y esté afectada de una relativa indeterminación (89)) como por lo que se refiere a la retribución salarial en la mayor parte de los supuestos. Cabe, sin embargo, el contrato de trabajo aleatorio, como ha puesto de relieve MENGONI (90): cuando la retribución depende de un elemento incierto y ajeno a las partes para concretarse su misma base y no sólo una parte accidental de su entidad y cuantía. De aquí, el que no se introduzca el álea en el contrato por depender la exacta cuantía del salario de una escala móvil, y sí, en cambio, cuando dicha cuantía depende de las comisiones, de la participación en los beneficios o en el producto de la empresa.

Con todo, importa señalar que la connotación aleatoria puede modalizar la prestación retributiva pero no destruir la bilateralidad de las obligaciones del contrato de trabajo y, por tanto, la causa *de cambio* del mismo. El análisis de las situaciones límites no corres-

(85) GHEZZI, G.: *Op. cit.*, págs. 60-65; TREU, T.: *Op. cit.*, págs. 50-61.

(86) DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pág. 273-274. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, II, cit., págs. 306-308. ALVAREZ VIGARAY, R.: *Los contratos aleatorios*, «Anuario de Derecho Civil», T. XXI, Fasc. III, págs. 607-642.

(87) ALVAREZ VIGARAY, R.: *Op. cit.*, págs. 612-613 y bibliografía cit.

(88) BAYÓN CHACÓN, G., y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., págs. 15 y sigs. ROSSI, G.: *Persona giuridica proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, págs. 97 y sigs. Cfr. también, ALVAREZ VIGARAY, R.: *Op. cit.*, págs. 612-613.

(89) GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, págs. 103 y sigs. MENGONI, L.: *Le contrat de travail en droit italien*, en «Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C. E. C. A.», París, s/d., págs. 466 y sigs.

(90) *Le contrat de travail...*, cit., pág. 475. CORRADO, R.: *Trattato di diritto del lavoro*. Vol. III, cit., págs. 398 y sigs.

ponde hacerlo en este momento, y baste decir que puede coexistir el contrato de trabajo con el de sociedad en la misma persona del trabajador. En tal sentido, la doctrina jurisprudencial lo ha admitido reiteradamente; así, entre otras, en la S. T. S. de 9 de marzo de 1967, se afirma que: ... «es claro y nada impide... el desdoblamiento en las concurrentes y compatibles calidades de asalariado en una empresa constituida en sociedad anónima y de socio de la misma entidad, dotada de personalidad jurídica independiente de la de sus accionistas». Pero dejará de existir el contrato de trabajo cuando se quiebre el esquema bilateral del mismo, lo cual tiene lugar si desaparece la obligación retributiva como deber de prestación diferenciado y recíproco del de prestar trabajo. A este caso se refiere con claridad la S. T. S. de 18 de marzo de 1967, recogiendo la doctrina anterior de la misma Sala VI, afirmando que, ... «aunque la aportación del socio industrial fuese sólo de tipo manual, si no existía sueldo o remuneración, sea cualquiera su clase y forma de satisfacerla, sino una participación en los beneficios de la empresa, según reiterada jurisprudencia de esta Sala..., es visto que falta la relación específica de trabajo...».

4. *Otras características del contrato de trabajo.*

Como notas características del contrato de trabajo, que no afectan, sin embargo, a su estructura fundamental aunque sí al contenido de las prestaciones y a su régimen, hay que mencionar la ejecución continuada, de una parte, y su doble contenido patrimonial y jurídico-personal, de otra.

a) *La ejecución continuada en la relación de trabajo.*

El contrato de trabajo se incluye entre los contratos de ejecución continuada, esto es, entre los que generan relaciones jurídicas en las cuales el dilatarse el cumplimiento en el tiempo es, como dice MESSINEO (91), condición necesaria para que el contrato produzca el efecto querido por las partes. Se trata de un cumplimiento que se distribuye o reitera en el tiempo, sin que con ello se multipliquen las obligaciones de prestación de las partes, que son únicas y las mismas desde el momento de constitución del contrato, aunque se interrumpa el cumplimiento. La unidad de las obligaciones de las partes, junto a la dificultad de configurar períodos de ejecución distintos y autónomos, tanto del lado del trabajador —en la prestación de trabajo—, como del lado del empleador —en la salarial—, es lo que desaconseja, así lo apunta ALONSO OLEA (92), seguir utilizando para el de trabajo la expresión de contrato de trato sucesivo, máxime después del intento de DEVOTO (93) de pretender configurar una pluralidad de

(91) *Contratto*, Milán, 1961, págs. 145-146.

(92) *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, 1968, págs. 158-159.

(93) *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943.

obligaciones separando los períodos de ejecución, y del más complejo de SUPPIEJ (94) en la explicación de la estructura de la relación de trabajo.

La protección de la estabilidad del empleo toma razón de este carácter durable del cumplimiento del contrato de trabajo, presumiendo que como durable hay un interés del trabajador en la permanencia en el puesto de trabajo ya conseguido por él, que constituye su medio fundamental de vida (95), lo que ha llevado a los ordenamientos a una aproximación del régimen extintivo de las relaciones de trabajo de duración indefinida a las de duración determinada, ya sea objetivando el mero arbitrio o tipificando unas justas causas de la extinción (96), y convirtiendo las que son causas suficientes para proceder a la extinción por imposibilidad temporal del cumplimiento en meras causas suspensivas, en la medida en que no significan un incumplimiento definitivo.

b) *El contenido patrimonial y jurídico-personal.*

El contenido del contrato de trabajo es, en cuanto relación obligatoria, de carácter patrimonial para el empleador y trabajador. Es ésta una conclusión que se impone como necesaria tras afirmar que el contrato de trabajo genera obligaciones recíprocas cuya función reside en proporcionar a las partes un cambio entre bienes valiosos. Ahora bien, por ser la buena fe un criterio interpretativo y aplicativo de la *lex contractus*, en la relación de trabajo aparecen también unos deberes de conducta para las partes, que coexisten junto a los deberes recíprocos de prestación (97). En tales deberes priman los aspectos jurídico-personales, tratándose, de otra parte, de deberes autónomos, lo cual los distingue de las «obligaciones complementarias accesorias (*Nebehpflicht*)» (98), que se conectan a los deberes de prestación de cada una de las partes (99). Entre aquellos deberes autó-

(94) Vid. *infra*, texto correspondiente a la nota 68.

(95) Sobre el tema, mi trabajo: *La estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*, Separata del n.º 4 de la «Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales», Universidad Nacional de Trujillo (Perú), especialmente págs. 11-16. Más recientemente, *La estabilidad en el empleo*, en el volumen «Régimen Laboral» (I), de la Serie «España y el Mercado Común Europeo», Barcelona, 1971, págs. 63-73, espec. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, R. P. S., n.º 74 (1967), págs. 32-36.

(96) RIVERO LAMAS, J.: *La estabilidad en el empleo*, cit., págs. 255-257.

(97) MENGONI, L.: *Le contrat de travail*, cit., págs. 486-493. CORRADO, R.: *Trattato di diritto del lavoro*, V. III, cit., págs. 464 y sigs.

(98) Recientemente sobre el tema, DIÉGUEZ, G.: *La fidelidad del trabajador* en L. C. T., Pamplona, 1969. CESSARI, A.: *Fedeltà, lavoro, impresa*, Milano, 1969. ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE: *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970. FAMILIARI, R.: *L'obbligo di fedeltà nella struttura del rapporto di lavoro*, «Il Dir. del lav.», 1970, I, págs. 458-461.

(99) MENGONI, L.: *Op. cit.*, págs. 490-491. En general, DÍEZ PICAZO, L.: *Lecciones de Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., págs. 277-278.

nomos se encuentran: por lo que al trabajador se refiere, la prohibición de soborno, el deber de secreto y el deber de no concurrencia; del lado del empleador, el deber de protección y seguridad.

IV. TOPICA Y SISTEMA EN LA CONTRATACION LABORAL.

Analizada la estructura y los caracteres del contrato de trabajo, se trata a continuación de constatar si el régimen regulador del mismo puede explicarse con mayor coherencia desde el paradigma contractual propuesto. Este régimen regulador del contrato de trabajo puede considerarse en buena medida, como más adelante se detalla, a modo de un tejido de respuestas tópicas a una serie de problemas concretos y peculiares del contrato de trabajo, instituto jurídico muy afectado históricamente en su origen y desarrollo por las condiciones de vida y trabajo de las sociedades industriales.

Del examen de las soluciones del Derecho del trabajo sobre el régimen del contrato entre empleador y trabajador, bajo el prisma del paradigma normativo descrito, se desprende que el esquema romano de contrato consensual, actualizado por nuestro Derecho histórico, continúa manteniendo consistencia para articular el sistema de contratación del Derecho común español, del cual forma parte la contratación laboral.

1. *Los salarios de inactividad.*

¿Puede subsistir la obligación salarial sin la prestación de trabajo? Los salarios de inactividad apoyan una respuesta en sentido positivo. Tres especies de aquellos se encuentran en nuestro Derecho positivo: las indemnizaciones por espera o impedimentos en el trabajo, las ausencias retribuidas y las interrupciones abonables (domingos, festivos no recuperables y vacaciones anuales).

Respecto del primer grupo, el artículo 37 de la L. C. T. considera forma parte del salario no sólo la «retribución directa e inmediata» de la labor del trabajador, sino también, entre otros complementos, «las indemnizaciones por espera, por impedimentos o por interrupciones del trabajo»; a ellas se refieren los artículos 47 y 80 de la Ley de Contrato de Trabajo. El primero de estos preceptos se refiere a los supuestos de *mora accipiendo*: retraso del empleador en dar trabajo o que éste no pueda prestarse por alguna causa «imputable al empresario y no al trabajador». El artículo 80 regula el procedimiento para la suspensión de los efectos del contrato cuando el trabajo no pueda prestarse por causa no prevista ni imputable al empresario. El Decreto de 21 de septiembre de 1960 incluye estas partidas retributivas entre los complementos que denomina «premios» (100). En todos estos supuestos es claro existe una quiebra del estricto concepto

(100) Artículo 3, 1-2 en la nueva redacción del Decreto 323/1962, de 15 de febrero.

de salario según la teoría del sinalagma, bajo cuya perspectiva sólo lo serían las cantidades que tuvieran su causa directa en el trabajo prestado (101).

De otra parte, las ausencias retribuidas constituyen un grupo provisto de especiales características. A tales ausencias se refieren los artículos 67 y 68 de la L. C. T.: muerte o entierro de algunos familiares, cumplimiento de deberes inexcusables de carácter público, los cuatro primeros días de enfermedad, etc., así como las ampliaciones de que han sido objeto estas interrupciones por disposiciones reglamentarias posteriores, como el Decreto de 2 de junio de 1966 en lo que afecta a las ausencias retribuidas de los cargos sindicales, o las resoluciones, formalmente sólo interpretativas (102), de 28 de enero y 3 de junio de 1960 de la Dirección General de Trabajo, sobre abono del tiempo invertido para ir a los ambulatorios de la Seguridad Social, así como todas las ampliaciones de estas licencias establecidas en las Reglamentaciones de Trabajo y Convenios Colectivos.

Finalmente, a un tercer grupo de salarios de inactividad cabe referirse con relación a la retribución de los domingos, festivos no recuperables y vacaciones anuales (D. 25 de enero de 1941, art. 48, L. C. T. art. 35).

La elaboración doctrinal de estas excepciones al principio de la postmuneración, intentando una revisión del concepto de salario como equivalente económico causalmente conectado al trabajo que se presta, ha sido, ciertamente, muy variada. Para evitar atribuirles carácter salarial se ha recurrido a una gama de teorías de lo más diferentes: Según unos, se trataría de prestaciones asistenciales o de seguridad social a cargo de la empresa (103), o de un *corrispettivo accantonato*, por el trabajo realizado antes de la pausa o interrupción (104); para otros, deben conceptuarse como prestaciones del empleador que se corresponden con la puesta a disposición, pero no directamente con el trabajo (105). Sin embargo, en los últimos tiempos, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica convergen en afirmar que tales salarios de inactividad son auténticamente salarios (106).

(101) GHEZZI, G.: *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, espec. págs. 107-245. TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, cit., págs. 195 y sigs.

(102) VILLAR PALASÍ, J. L.: *El mito y la realidad en las disposiciones aclaratorias*, Madrid, 1965. MEILÁN GIL, J. L.: *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid.

(103) Una amplia exposición en, TREU, T.: *Onerosità e corrispettività...*, cit., págs. 348-355 y bibliografía cit.

(104) Vid. la exposición y crítica de estas posiciones en TREU, T.: *Onerosità e corrispettività...*, cit., págs. 288 y sigs.

(105) Vid. TREU, T.: *Op. cit.*, págs. 330 y sigs.

(106) DE LA VILLA, L. E.: *Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas*, R. P. S., n.º 81 (1969), págs. 130-135. En cualquier caso, a una solución distinta ha de llegarse en aquellos ordenamientos en los cuales el pago de la vacación anual retribuida sea una prestación de seguridad social, como en Bélgica. Las calificaciones jurisprudenciales no son ciertamente abundantes y, como hace constar DE LA VILLA, en ellas se «ha dudado pe-

El valor inductivo que brindan estas excepciones al principio de postmuneración es el de señalar la independencia del régimen jurídico de las obligaciones recíprocas que nacen del contrato de trabajo, apareciendo el salario contractual como la contrapartida de la obligación de trabajo, pero no de la actuación misma del deber de prestación de tal obligación. En esta línea, ha puesto de relieve LYON-CAEN (107), existe una tendencia a disociar el salario del trabajo efectivamente realizado o, más exactamente, a establecer una correlación global entre trabajo y salario. Más lejos ha llevado la estimación de estas excepciones RODRÍGUEZ PIÑERO (108), al afirmar que, «la propia estructura de la obligación de trabajo explica que no deba necesariamente vincularse el sinalagma a prestaciones efectivas y concretas de trabajo, y vincularse más bien a la función» que el trabajador desempeña en la empresa. Es éste un intento de sustituir la relación de causalidad de las obligaciones recíprocas, afirmada por las versiones estrictas de la teoría de sinalagma, por una relación funcional. Sin embargo, ello supone seguir planteándose el problema en los términos tradicionales. La solución hay que buscarla en otro plano.

En concreto, no hay necesidad de empeñarse en establecer una relación entre el trabajo efectivamente prestado y el salario debido. Este planteamiento supone volver a sacar la causa de las obligaciones recíprocas del contrato de trabajo (de la obligación de trabajo y de la salarial) de la estructura del contrato, para situarla en cada una de las obligaciones. La correlación que existe en la fase de cumplimiento entre las atribuciones patrimoniales del empleador y trabajador es un problema de *régimen regulador* del contrato, en muy pequeña parte moldeado por las partes en el de trabajo y, en contraste, en parte muy extensa moldeado por los poderes normativos que proyectan su eficacia imperativa sobre la relación jurídica creada por las partes.

2) *La imposibilidad sobrevenida y los supuestos suspensivos.*

Otro haz de problemas se plantean para la identificación de la estructura del contrato de trabajo con la incidencia de los supuestos de imposibilidad de cumplir de cualquiera de las partes. CORRADO (109) ha puesto de relieve la gran importancia que reviste el tratamiento de la doctrina del riesgo en la relación de trabajo, tanto en el plano de los principios generales, por la muy difundida convicción de que el régimen general de los riesgos encuentra una derogación respecto de las relaciones de duración, como en el ámbito jurídico-

ligrosamente quizás, en base a garantizar el descanso efectivo y a condenar, por vía de principio, las compensaciones».

(107) *Les salaries*, Vol. II, del «Traité de Droit du Travail», publicado bajo la dirección de G. CAMERLYNCK, París, 1967, págs. 4-6 y 63-64, espec.

(108) *Derecho del Trabajo* (Apuntes de cátedra), Curso 1967-68, pág. 216.

(109) *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. III, cit., págs. 537 y sigs.

laboral en concreto, en el cual la disciplina de los riesgos es objeto de una regulación particular. No obstante, las divergencias doctrinales se han atenuado, si es que así puede entenderse la evolución doctrinal, desde el momento en que se ha pasado de la afirmación de la regla tradicional *casum sentit cenditor* en las relaciones sinalgámicas, a un análisis más profundo que trata de imponer justamente el principio contrario, esto es, que *casum sentit debitor* (110).

Por lo que ahora nos importa, es lo cierto que el *periculum obligationis*, o riesgo relativo a la imposibilidad de cumplir de cualquiera de las partes, tiene un planteamiento de principio diferente según se parte de la estricta teoría del sinalagma o del paradigma normativo de contrato subyacente en nuestro Derecho positivo, aun cuando la solución a que se llegue sea la misma.

Partiendo de la teoría de sinalagma, los supuestos de imposibilidad sobrevenida determinan una anomalía funcional en la causa del contrato; más ajustadamente, la causa llega a faltar en la fase de cumplimiento del contrato bilateral cuando se produce la imposibilidad para cualquiera de las partes de llevar a término su prestación. Tal es la construcción propuesta por CARIOTA FERRARA (111) y SANTORO PASSARELLI (112), entre otros. Resulta, sin embargo, verdaderamente anómalo que estando presente la causa en el momento de constitución del contrato, pueda faltar en un momento posterior, ante el incumplimiento de cualquiera de las partes o la imposibilidad sobrevenida, lo que llevaría a reconocer una indiscutible eficacia extintiva a aquél y a ésta, por su misma producción, conclusión, además de inexacta, incongruente con los principios de nuestro sistema de contratación.

Desde la perspectiva del Derecho romano, la imposibilidad sobrevenida, que comprende los supuestos de fuerza mayor y caso fortuito, se resuelve en un problema de imputación de las consecuencias derivadas de su actualización; que es lo mismo que decir de distribución de la carga de la responsabilidad por llegar a ser imposible la prestación de una de las partes (113). En cualquier caso, los jurisconsultos romanos no llegaron a elaborar una doctrina reguladora de las consecuencias derivadas de la incidencia de los riesgos en los contratos consensuales, sino que ante problemas reales específicos fueron dando

(110) CORRADO, R.: *Op. y loc. cit.* Sobre el proceso de acentuación de la responsabilidad del empleador, vid. mi trabajo *Indemnización* (Derecho Laboral). «Nueva Enciclopedia Jurídica», T. XII, Barcelona, 1965.

(111) *El negocio jurídico*, cit., págs. 500-501.

(112) *Nociones de Derecho del Trabajo*, traducción de la 14.^a edición italiana de F. Suárez González, con prólogo de E. Borrajo, Madrid, 1963, pág. 196.

(113) Se trata, en realidad, de diversas técnicas de administración del riesgo contractual elaboradas por los ordenamientos en su desarrollo histórico, como ha puesto de relieve recientemente BESSONE, M., en su magnífica monografía *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1969, págs. 51-56 y, sobre todo, págs. 99 y sigs.

respuestas concretas, provistas de una particular *auctoritas* para la resolución de posteriores juicios sobre la misma materia (114).

La regulación de la fuerza mayor que recoge el Código civil (115) sigue la técnica romana, actualizada con las posibilidades de una disciplina convencional para que las partes puedan llegar a soluciones de equidad en la atribución de las consecuencias de la imposibilidad de prestación de una de ellas. Este es justamente el tenor de la norma general que se contiene en el artículo 1.105 del Código civil, precepto en el cual se sitúa la regla de liberar de responsabilidad al deudor respecto de aquellos «sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables», cuando no existiera una regulación especial en la ley o en la misma relación obligatoria (116).

Esta distribución equitativa de los riesgos que aparece cristalizada en el actual Derecho común civil, es también la recogida en nuestro Derecho histórico (117), apareciendo con especial lucidez y extensión regulada en el Derecho del Trabajo: De una parte, la L. C. T. señala una serie de situaciones de fortuito en las cuales se imputa la responsabilidad al empleador; son, concretamente, las reguladas en el artículo 47. Para situaciones límites entre la fuerza mayor y el caso fortuito, diferenciación por la que discurre la frontera de la responsabilidad patronal (118), el artículo 80 de la L. C. T., pobre remedio

(114) KASER, M.: *En torno al método de los juristas romanos*, traducción de J. Miquel, Valladolid, 1964, pág. 31.

(115) CASTÁN, J.: *Derecho Civil...*, T. III, cit., págs. 101-102 y 325-326.

(116) Así, una regulación legal especial es la que establece el artículo 1.452 del Código civil para la compraventa, precepto de raíz romanista. ALONSO PÉREZ, M.: Op. cit., pág. 66. BETTI, E.: *Periculum: Problemi del vischio contrattuale*, en *IUS*, 1954, págs. 358 y sigs.

(117) ARIÑO ORTIZ, G.: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pág. 31. «El arrendatario únicamente tomará sobre sí el riesgo de pérdida o deterioro de las cosas, cualquiera que sea la causa de ello, si se ha pactado expresamente en el contrato («si cuando logo la cosa, fizó tal pleyo con el señor della, que como quier que acaesciese de la cosa, que fuese tenido de la pechar»: ley 8.^a, tít. VIII, Partida V.^a, inciso final). Fuera de este caso y del supuesto de mora en la restitución, no estará obligado a responder del *periculum rei* en la cosa arrendada por casos de muerte, naufragio, incendio, inundaciones y otros supuestos análogos.

«Nuestro Derecho histórico, fiel a la tradición romana, rechaza el criterio de atribución objetiva e indiscriminada de los riesgos al arrendatario». Cfr. ESCRICHÉ, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1828.

(118) Partiendo del criterio objetivo de distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, propuesto por EXNER y JOSSERAND entre otros, el primero se configura como el acontecimiento «que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación», mientras la segunda es aquella «que se origina fuera de esa empresa o círculo del deudor, y con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario o normal de la vida». CASTÁN, J.: *Derecho Civil...*, III, cit., págs. 179-180. Este criterio puede considerarse completado por el propuesto por WALINE, M.: La fuerza mayor impide en todo caso la imputabilidad del accidente, actuando como causa de exoneración, mientras que en caso fortuito, «la circunstancia de que la causa de un hecho dañoso permanezca desconocida no exonera de responsabilidad», si

de la más elástica y realista regulación contenida en el artículo 82 de la L. C. T. de 1931 (119), somete a la decisión de la Delegación de Trabajo o de la Dirección General de Trabajo arbitrar la suspensión de los efectos del contrato, en lugar de imputar la responsabilidad al empleador (120). Por último, en relación con los accidentes de trabajo producidos por caso fortuito («fuerza mayor no extraña al trabajo»), la responsabilidad patronal está admitida desde la primera Ley de Accidentes del Trabajo de 1900 (121).

Para explicar la figura de la suspensión del contrato de trabajo (122), hay que reparar precisamente en las consecuencias que pro-

ses que aquella persona era responsable aun sin falta y «no podía ser exonerada más que por la prueba de una causa extraña». *Précis de droit administratif*, vol. I, París, 1969, págs. 552-553. Como concluye ARIÑO ORTIZ, la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor radica, «en que la primera rompe la relación de causalidad, y el segundo, por el contrario, supone simplemente ausencia de culpa; operan, pues, en campos distintos dentro de la relación de responsabilidad». *Op. cit.*, págs. 158-159. Este criterio de WALLINE responde a la crítica que formula a la teoría objetiva ALBALADEJO, en base al artículo 84 de la Ley de Seguridad Social (Decreto de 21 de abril de 1966), que no distingue entre caso fortuito y fuerza mayor, sino entre una fuerza mayor extraña al trabajo y otra interna a éste, siendo, indemnizables los accidentes producidos por ésta y no por aquélla. *Derecho Civil*, II, cit., págs. 120-121. Cfr. el amplio estudio de SOTO NIETO: *El caso fortuito y la fuerza mayor*, Barcelona, 1965, págs. 31 y sigs. espec. En la práctica jurisprudencial son «extremadamente infrecuentes las sentencias que aprecian la llamada excepción de fuerza mayor extraña», hace constar ALONSO OLEA, mientras que la jurisprudencia francesa llega a la solución contraria con un precepto similar al español. Vid. *La responsabilidad por accidente de trabajo*, separata del n.º 3 (marzo-abril), 1971, de R. I. S. S., pág. 15.

(119) Dicho artículo 92 establecía la siguiente regulación: «En los pactos colectivos y en los contratos que se celebren por escrito deberá estipularse si los efectos del contrato podrán o no ser suspendidos temporalmente por causas no previstas ni imputables al patrono, tales como la falta de materiales o de energía necesaria para la actividad de la explotación, huelgas parciales que puedan repercutir en el trabajo contratado y otras análogas, debiéndose además determinar, en caso de admitirse la suspensión del contrato, el tiempo máximo que ésta puede durar y cuándo el obrero dejará de percibir o no su salario». Cfr. HINOJOSA, J.: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1932, págs. 241-251, 2.ª edición. Sobre la regulación actual, PÉREZ BOTIJA, E.: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, págs. 270-272.

(120) Sobre el tema me extendí en mi *Memoria de Oposiciones a Cátedras* (1969), vol. I, págs. 411-433.

(121) En efecto, el artículo 2.º de la Ley sobre Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, expresaba: «El patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente». El proyecto de E. DATO estaba redactado en iguales términos, pero concluía expresando: «A menos que el accidente fuera debido a fuerza mayor o producido por acto voluntario o falta inexcusable de la víctima». Redacción, sin duda, mucho más precisa y completa.

(122) La tesis que se propone difiere de las formuladas en las monografías sobre el tema, que construyen la figura suspensiva como un tercer camino entre el mantenimiento del deber de prestación del acreedor insatisfecho por imposibilidad sobrevenida del deudor y la posibilidad de pedir la parte gravada por la excesiva onerosidad la resolución del contrato, o utilizar la ex-

duce la fuerza mayor estricta en la exigibilidad de las obligaciones recíprocas de trabajador y empleador.

La fuerza mayor de carácter temporal, justificativa de buena parte de los supuestos suspensivos, no origina con carácter general un derecho de resolución en el empresario o en el trabajador, según del lado de quien esté la imposibilidad, en aplicación del artículo 1.124. Pese a ello, no puede ignorarse que cuando la fuerza mayor imposibilita el funcionamiento de la empresa, el artículo 76, 6.^º de la L. C. T. la estima causa extintiva, entendiendo aquí, con una parte de nuestra doctrina (123), «que no opera *ipso iure* ni automáticamente la extinción del contrato de trabajo, sino que es una causa sobre la que pueden fundamentar las partes su decisión de extinguir» (124), lo que convertiría la decisión extintiva del empleador en «un despido justificado, cuya justa causa consiste precisamente en esa fuerza mayor» (125).

La no exigibilidad temporal de las dos obligaciones principales del contrato de trabajo en que se traduce la figura suspensiva, puede construirse en nuestro Derecho, sin resaltar peculiaridades de principio, en base a los artículos 1.184 y 1.100 del Código civil. La suspensión de los efectos del contrato de trabajo responde esencialmente a lo que es aplicación por el legislador de una solución de Derecho común en los contratos con prestaciones recíprocas. A esta conclusión nos lleva la doctrina jurisprudencial civil, reiterada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1941, 24 de septiembre de 1953 y 10 de diciembre de 1963: «Que la fuerza mayor opera unas veces en forma definitiva extinguendo la prestación del deudor, pero privándole a la vez del derecho a exigir la prestación correlativa, y otras veces opera en forma transitoria, retardando el cumplimiento de la obligación y eximiendo de la indemnización por mora, caso éste en el que generalmente la obligación revive al cesar la actualidad de la fuerza mayor, salvo que el contrato haya perdido su valor por no ser posible ya conseguir la finalidad perseguida por las partes». Aún más, en la S. T. S. (Civil) de 3 de febrero de 1947, se afirma: «...ser este efecto suspensivo total el que corrientemente dimana del daño fortuito y no el de suspensión de la prestación de una de las partes manteniendo en vigor la otra...». No es esta una solución original en el ámbito laboral, ni supone tampoco una ruptura con relación a la prevista por el Derecho común civil para los contratos con prestaciones recíprocas: liberación del deudor al cual le es imposible el cumplimiento y simultánea exoneración de la

cepción de contrato no cumplido. En tal sentido, especialmente: VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*. Madrid, 1965, págs. 6-35. LAVAGNINI, G.: *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1961, págs. 8-10.

(123) RIVERO LAMAS, J.: *La estabilidad en el empleo*, cit., págs. 243-244. ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid, 1958, págs. 42-44. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *El régimen jurídico del despido (II): Leyes de contrato de trabajo y de jurados mixtos*, R. P. S., n.^o 77 (1968), págs. 47-53.

(124) ALONSO OLEA, M.: *El despido*, cit., pág. 42.

(125) RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *El régimen jurídico....* cit., pág. 51.

contraparte. Las peculiaridades del Derecho del trabajo en la materia consisten, fundamentalmente, en los siguientes extremos: 1. En haber establecido la solución suspensiva expresamente en la ley, con lo cual es la única opción aplicable ante la incidencia de la fuerza mayor laboral, entre las varias que brinda el artículo 1.105 del Código civil, al menos por lo que se refiere a las causas suspensivas que afectan al trabajador (cfr. art. 79, L. C. T.: «No podrá darse por terminado el contrato de trabajo...»), debiéndose destacar la posibilidad de una solución extintiva a partir del artículo 76, número 6, tras invocar el empleador la realidad de la fuerza mayor como causa justificada de despido. 2. En la equiparación de efectos a los supuestos estrictos de *vis maior* de situaciones no involuntarias ni impedientes absolutamente de la posibilidad de prestación, tal y como el ejercicio de cargos públicos (126).

3. *La resolución por incumplimiento y el despido.*

La coexistencia de principios romanos y canónicos en la formación del régimen regulador de las obligaciones derivadas de los contratos bilaterales, ha sido la causa de que una parte de la doctrina española (127) busque la construcción del derecho de despido partiendo del artículo 1.124 del Código civil, tras la tipificación de los supuestos de ilicitud («improcedencia» y «no justificación», en la terminología legal) del mismo. La división doctrinal entre los especialistas españoles es, en este punto, tan sensible y acusada, que huelga cualquier tipo de ilustración sobre el particular en este momento (128).

Conforme a los principios romanos, parece se impone admitir no se precisaba del incumplimiento para que cualquiera de las partes de un contrato consensual pudiera poner término al mismo. «La consensualidad de estos contratos permitía, dice D'ORS (129), que la *obligatio* pudiera extinguirse por el mismo consentimiento resolutorio («*contrarius consensus*») o el *dissensus* de una parte, y que incluso esta resolución pudiera pactarse previamente, supeditada a una condición o término». En relación con el arrendamiento de cosas, figura más elaborada en las fuentes romanas que el arrendamiento de servicios, JÖRS y KUNKEL (130), afirman con seguridad —aunque expresamente hacen constar no pueden aducir en apoyo de tal afirmación textos de tales fuentes—, «que cuando no se hubiera pactado plazo de duración, el contrato se podía dar por terminado unilateralmente

(126) *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., págs. 27-35.

(127) ALONSO OLEA, M.: *El despido*, cit., págs. 132 y sigs.; también en, *Derecho del Trabajo*, cit. págs. 211-213. ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, cit., pág. 583.

(128) Sobre el particular ya insistí en mi estudio, *La estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*, cit., págs. 31-35. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *El régimen jurídico del despido* (II), cit., págs. 24-28.

(129) *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 432-433.

(130) *Derecho Privado Romano*, traducción de L. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1937, pág. 340.

y sin previo aviso», dado que, en el Derecho romano, no se conocía la denuncia y menos el que se debiera hacer con cierta anterioridad.

En verdad, estos principios continúan presentes en el Código civil, el cual sólo al tratar de los trabajadores asalariados «por cierto término, para cierta obra», establece la regla de que «no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa». En el actual momento evolutivo del Derecho español del trabajo (131), la facultad de desistimiento (rescisión, en la terminología jurisprudencial) del empleador en las relaciones de trabajo de duración indefinida, que se ejercía según el mero arbitrio del mismo, se ha convertido en un desistimiento reglado para la tutela de la estabilidad en el empleo del trabajador, pero no ha desaparecido como tal derecho potestativo unilateral (132), manteniéndose, incluso, algunos reductos de desistimiento libre (133). Por supuesto, del lado del trabajador la facultad de desistimiento se conserva íntegra, aunque deba ir precedida de la conveniente observancia, en su caso, del plazo de preaviso reglamentario, para evitar la brusca ruptura (134). La configuración del despido a partir del ejercicio de este derecho de desistimiento del empleador, margina las muy graves quiebras a que conduce una aplicación del artículo 1.124 a los distintos tipos de despido (135), evitando soslayar los taxativos límites jurisprudenciales para la aplicación de dicho precepto a los casos de incumplimiento de alguna de las partes en las obligaciones recíprocas (136).

(131) Un balance comparativo de nuestro actual régimen de despidos con el de los países del Mercado Común, se contiene en mi trabajo, *La estabilidad en el empleo*, cit., págs. 255-257.

(132) El carácter híbrido del despido justificado en nuestro Derecho permitiría, dice RODRÍGUEZ PIÑERO, calificarlo de *despido extraordinario ad nutum*; calificación que carece de interés, pues sólo serviría para distinguirlo de los supuestos excepcionales admitidos de despido *ad nutum* puros. Por eso, lo más exacto es afirmar que nuestro despido justificado no se adapta a la distinción entre despidos ordinarios y extraordinarios, que tal distinción no es aplicable en propiedad en nuestro ordenamiento, que conoce un único impuesto de despido legítimo, el justificado, aun cuando diversificando su tratamiento...». *El régimen jurídico del despido* (II), cit., pág. 28.

(133) Tales reductos de desistimiento libre del empleador son, a mi juicio, el período de prueba, el supuesto extintivo de la causa 4.^a del artículo 46 de la L. C. T., y con matices de interés, la denominada jubilación obligatoria por edad. Sobre los mismos, vid., respectivamente, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Naturaleza jurídica del período de prueba*, en «Estudios en homenaje a Jordana de Pozas», T. III, vol. III, Madrid, 1961, espec., págs. 106-114. DE LA VILLA GIL, L. E.: *La extinción del contrato de trabajo (Un estudio de la causa 4.^a del artículo 76 de la L. C. T.)*, Madrid, 1960. RIVERO LAMAS, J.: *Jubilación laboral*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», T. XIII, Barcelona, 1968, págs. 797-822.

(134) MONTOYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, Sevilla, 1967, págs. 46-62.

(135) A tales quiebras me refería en, *La estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*, cit., pág. 20.

(136) MOSCO, L.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, con un apéndice sobre «La condición resolutoria tácita» de J. PINTO RUIZ, Barcelona, s/d. PUIG PEÑA, F.: *La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico*.

dico, en R. G. L. J., T. L, III, 1966, II, págs. 8-26. ESPINAR LAFUENTE, F.: *Resolución e indemnización en las obligaciones reciprocas*, en «Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas», T. II, Pamplona, 1969, págs. 110-163, con un apéndice bibliográfico. En la doctrina iuslaborista italiana, operando sobre unos supuestos normativos ya superados, vid. ARDAU, G.: *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954. En la doctrina jurisprudencial reciente de nuestro país, merecen citarse las sentencias al respecto del T. S. de 12 de febrero de 1970 (Sala III) y 9 de marzo del mismo año (Sala I).

La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe *

MANUEL AMOROS GUARDIOLA
Profesor Adjunto de Derecho Civil

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—1. El Proyecto de Ley Uniforme sobre la protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. Origen. Contenido.—2. El tráfico jurídico de bienes muebles y su protección.—3. El requisito de la buena fe y su planteamiento en Derecho español y en la Ley Uniforme.

II. DERECHO ESPAÑOL.—1. El artículo 464 C. c.: A. Antecedentes históricos.—B. Interpretación doctrinal.—C. Interpretación jurisprudencial.—D. La buena fe: a) Origen histórico. b) Naturaleza. c) Buena fe y diligencia. d) Buena fe y licitud de conducta. e) Unidad o pluralidad del concepto de buena fe. f) Buena fe y duda. g) Buena fe, culpa y dolo. h) Buena fe en la representación. i) Cuándo es necesaria. j) La presunción de buena fe. k) Ausencia de buena fe. Su eficacia.—E. Excepciones.—2. El artículo 85 C. de c.: A. Requisitos específicos de su aplicación.—B. El tráfico mercantil.—C. Antecedentes históricos.—D. Eficacia.—E. El requisito de la buena fe.—3. Resumen del sistema español.

III. EL SISTEMA DEL PROYECTO DE LEY UNIFORME.—1. Función de la buena fe.—2. Justificación.—3. Concepto.—4. Buena fe y diligencia.—5. Prueba de la buena fe.—6. Circunstancias excluyentes de la buena fe: a) Contrato sospechoso. b) Cosas perdidas o robadas.—7. Buena fe en la representación.—8. Cuándo es necesaria.—9. Eficacia.—10. Juicio crítico.

(*) El presente trabajo ha sido realizado con una Ayuda a la Investigación concedida por el Ministerio de Educación y Ciencia.

I. INTRODUCCION

1. El Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales (LUVI) fue aprobado por la Conferencia diplomática sobre la unificación del Derecho en materia de ventas internacionales, en su reunión de La Haya de 25 de abril de 1964. El texto de aquel Proyecto de Ley Uniforme ya es conocido del público español (1). A la vista de ese Proyecto de Ley, y con el fin de completar su regulación internacional para cuando fuera ratificado como Ley interna por los diversos países, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT), con sede en Roma, que ya había trabajado eficazmente en la redacción de la LUVI, comenzó a elaborar el texto de otras leyes uniformes complementarias de la Ley general. Son las llamadas "leyes satélites", que vienen a complementar o desarrollar el contenido de aquella Ley general básica. Dentro de este grupo de legislación complementaria se han redactado ya los proyectos de leyes uniformes sobre las siguientes materias: 1) sobre la formación de los contratos; 2) sobre la representación en las relaciones internacionales en materias de Derecho privado; 3) sobre el contrato de comisión de venta o compra de objetos muebles corporales en las relaciones internacionales; 4) sobre la protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales (2). A la exposición y estudio de este último Proyecto de Ley Uniforme y, más concretamente, de uno de sus requisitos de aplicación, se dedica el presente trabajo.

El Comité de Estudios del UNIDROIT fue el encargado de elaborar el Proyecto de Ley Uniforme sobre protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales, a que ahora nos estamos refiriendo. Al término de su cuarta sesión (1966), el Comité presentó su proyecto de Ley Uniforme al Consejo de Dirección del Instituto. El Consejo discutió el proyecto en su sesión de Pascua de 1967 y encargó al Comité que introdujera en el Proyecto las modificaciones oportunas, para acomodarlo a las observaciones hechas por los miembros del Consejo. Para dar cumplimiento a esa tarea, el Comité se reunió en París en septiembre de 1967 y allí redactó el definitivo proyecto de Ley. Este proyecto fue sometido a la 47.^a sesión del Consejo de Dirección y aprobado mediante su resolución número 6 (1968) (3).

¿Qué es lo que se regula en este Proyecto de Ley? Como su propio título indica, y por ser complemento de la Ley Uniforme general (LUVI), alude a la protección que se dispensa al comprador

(1) Vid "A.D.C.", XI-IV, 1958, y los diversos trabajos monográficos allí dedicados a la LUVI.

(2) UNIDROIT: *Projet de Loi Uniforme sur la protection de l'acheteur de bonne foi d'objets mobiliers corporels avec Rapport explicatif* (Texto en francés y en inglés). Roma, Editions "Unidroit" 1968, pág. 2.

Actualmente se está trabajando de nuevo en la redacción del proyecto de ley uniforme sobre la representación en las relaciones internacionales en materias de Derecho privado.

(3) UNIDROIT: *Projet...*, pág. 14, nota 2.

de buena fe de bienes muebles corporales en las ventas internacionales reguladas por la LUVI.

El Proyecto contempla inicialmente la venta de bienes muebles. Venta en su acepción jurídico-económica más primaria, como cambio de cosa por precio, como sinónimo de cambio de bienes. Lo cual nos hace pensar en seguida en el fenómeno del tráfico jurídico. No vamos a recordar ahora cómo se reiteran, cada vez con más importancia y habitualidad, los actos en que ese tráfico jurídico se manifiesta, tanto en el comercio nacional como internacional; su exigencia de seguridad, y los problemas jurídicos tan diversos que ese tráfico plantea. Lo que no podemos silenciar es la extraordinaria importancia que el tráfico jurídico tiene para el Derecho y la sociedad actuales. Para bien o para mal, vivimos en una sociedad de consumo, organizada en gran medida sobre la economía de mercado, al menos por lo que se refiere a la mayoría de los países occidentales.

Desde este punto de vista, y aun desde perspectivas mucho más amplias que ahora no podemos contemplar, el contrato de compraventa desempeña una función trascendental dentro del Derecho patrimonial actual. Las cosas se nos aparecen como realidades al servicio del hombre, de las necesidades humanas, y nos sirven como medio para la satisfacción de esas necesidades, socialmente crecientes. Las cosas se convierten en objeto de producción (y ello se traduce en una serie de medidas para la defensa de la producción de bienes, especialmente en la competencia internacional) y de distribución igualitaria de los bienes producidos (ventas a plazos, control jurídico de los precios, etc.). Pues bien, partiendo de esa innegable trascendencia económico-social del contrato de compraventa, recordemos que el Proyecto de Ley Uniforme que ahora comentamos se refiere a las ventas voluntarias, y quedan excluidas de su ámbito de aplicación las ventas judiciales o las realizadas como consecuencia de un embargo anterior (art. 2-d). Lo que subraya el carácter típicamente negocial, consensual o voluntario de las ventas aquí reguladas, cuya protección se pretende a nivel internacional en relación con el comprador de buena fe.

Se trata de la venta de bienes muebles o, si se quiere con más precisión, de bienes muebles corporales. La arcaica distinción entre bienes muebles e inmuebles que, tras sucesivas vicisitudes históricas ha cristalizado en nuestros códigos civiles (cfr. art. 333 C. c.), no está exenta de fundadas críticas; y se ha intentado modernamente su sustitución por otras clasificaciones más acordes con las valoraciones económicas de la sociedad actual (bienes registrables y no registrables, bienes de producción y consumo, etc.). Pero la subsistencia de aquella antigua distinción se apoya en razones todavía válidas y, entre ellas, el mantenimiento de un distinto régimen jurídico (capacidad de disposición, requisitos de forma para los actos de enajenación, plazos de prescripción, etc.) para ambas clases de bienes en nuestra legislación y en nuestros Códigos vigentes. Pensemos que el sentido actual de la clasificación no está tanto en el criterio físico de la movilidad, cuanto en otros datos de naturaleza:

económico-jurídica e instrumental. Los muebles no son sólo los bienes susceptibles de trasladarse de un lugar a otro (art. 335 C. c.), sino aquellos que sirven primariamente para la satisfacción de necesidades inmediatas de consumo. Su distinto régimen jurídico frente a los inmuebles obedece muchas veces a su distinto valor de afición y de producción, a su fungibilidad otras. La técnica moderna despliega una eficacia sorprendente en la producción de bienes muebles, altamente perfeccionados, y socialmente muy extendidos en las sociedades desarrolladas (así por ejemplo: automóviles, electrodomésticos, discos, etc.).

Dentro del amplio campo de los bienes muebles no debemos olvidar un subtipo o clase de ellos, especialmente cualificado: cuadros, esculturas, libros antiguos, etc., objetos de un especial valor histórico o artístico, frecuentemente buscados en el comercio internacional, por lo que a veces se pagan grandes sumas, y cuyas transacciones reclaman una vigorosa disciplina jurídica que los regule, en el ámbito internacional, por encima de las normas —no siempre cumplidas— que defienden el patrimonio artístico nacional de cada país. Recordemos a los profesionales y particulares que se dedican al comercio de estos objetos y a la necesidad de garantizar a los compradores de los mismos, sin mengua de los intereses públicos nacionales de estos países y del legítimo interés del que haya podido ser indebidamente despojado de esos valiosos y solicitados objetos. Quizá en este terreno esté llamada a tener especial importancia la regulación contenida en el Proyecto de Ley que estamos considerando.

Lo cierto es que la circulación en masa de bienes muebles, la socialización de la riqueza y la visión actual de la sociedad de consumo, prestan un perfil especial al tráfico de los bienes muebles y postulan la necesidad jurídica de un tráfico rápido y seguro.

No todos los bienes muebles, sin embargo, son objeto de regulación en el Proyecto. De él quedan excluidos, en primer lugar, los bienes incorpórales. Según su propio título, la Ley Uniforme protegerá al comprador de buena fe de bienes muebles corporales (4). Como ejemplo de este criterio normativo, se excluye de su ámbito la venta de electricidad (art. 2-c); así como los valores mobiliarios, efectos de comercio y moneda (art. 2-a), por su peculiar naturaleza mueble y régimen jurídico especial; y los buques y aeronaves registrados o registrables (art. 2-b), ya que su sometimiento a la publicidad registral, y su vinculación a los criterios de oponibilidad que de ella resulten, hacen inaplicable la publicidad posesoria de los bienes muebles con efectos legitimadores frente al comprador de buena fe.

La protección que otorga el Proyecto es a favor del comprador de buena fe. No hace falta subrayar ahora la importancia que tiene la buena fe como requisito condicionante de esta protección. Ello exige además la adecuada formulación de un concepto unitario de

(4) La expresión francesa es “objets mobiliers corporels” y la inglesa “corporal movables”. Su versión española más adecuada parece ser la de bienes —no objetos— muebles corporales.

buena fe. Por estar destinado especialmente este estudio al examen de las cuestiones que el requisito de la buena fe plantea, a ellas nos referiremos después con más detenimiento.

Como es lógico, las ventas que aquí se regulan son las ventas internacionales, no las sometidas exclusivamente a la legislación de un solo país. También en este concreto punto resulta patente la frecuencia actual de esas ventas, por ser tan rápido y fácil el comercio internacional, y los contactos entre personas de distintos países, así como la diversidad de problemas jurídicos que esas compraventas no exclusivamente nacionales plantean.

¿Cuándo es internacional la venta? Para determinarlo, el Proyecto de Ley Uniforme sobre la protección al comprador de buena fe sigue un criterio subjetivo vinculado no a la nacionalidad de las partes intervenientes en el contrato (art. 1.3), sino al hecho de que las partes tengan su establecimiento (5) en territorio de Estados diferentes (6). Criterio, pues, físico de situación del local o residencia, y no jurídico de imputación del acto, siempre que además de ese "establecimiento" plurinacional haya diversidad geográfica en alguno de los siguientes elementos de la adquisición por compraventa:

- a) Entrega de la cosa en territorio de Estado distinto de aquel en que se encuentra.
- b) Oferta y aceptación en territorio de Estado diferentes.
- c) Entrega en territorio distinto de aquel en que se hicieron oferta y aceptación (7).

La Ley se aplicará a las compraventas internacionales realizadas en esas circunstancias de cualquier clase, ya sean civiles o mercantiles, sin que la calificación en uno u otro sentido excluyan la vigencia de la Ley Uniforme (art. 3.º). Lo cual pone de manifiesto que esta Ley no puede quedar desvirtuada por el dato de que una de tales compraventas esté sometida al Derecho civil o al comercial, según la legislación interna de cada país nacional. Que su afán de regulación uniforme en el plano internacional no se hace depender de los criterios —tantas veces diversos— de cada legislación nacional. Y constituye un nuevo y eficaz paso hacia la unificación jurídica del contrato de compraventa y de las obligaciones que de él derivan, superando la división de leyes civiles y mercantiles en este punto, de acuerdo con la idea, nada nueva pero no realizada todavía (8), de la deseable unificación del Derecho privado de obligaciones.

En fin, el Proyecto pretende la regulación internacional uniforme de las compraventas de bienes muebles corporales y de la protección que se dispensa al comprador de buena fe, con vistas a unificar el

(5) "Etablissement" y "place of business" dice el texto oficial bilingüe:

(6) En defecto de establecimiento se tendrá en cuenta la residencia habitual. Cfr. artículo 1.º-2.

(7) Vid. artículo 1.º, 1 y 2.

(8) Al menos, no en todos los países. Una excepción a ello sería, entre otros, el caso de Suiza. Cfr. el Código suizo de obligaciones.

Derecho interno de los diversos Estados cuya legislación confluya: en estos conflictos de intereses supranacionales (9). Por eso, la Ley Uniforme, como internacional que es, se aplicará con preferencia a las leyes nacionales de cada país, e incluso a las normas generales de Derecho internacional privado, cuya total unificación igualmente se pretende en esta Ley especial (art. 4.º). Recordemos, en todo caso, que cuando el Proyecto sea aprobado como Ley Uniforme, tendrá que ser ratificado después por cada uno de los Estados nacionales interesados, para incorporarse de esta manera a su legalidad vigente. Y que, cuando esto ocurra, la importancia de esta Ley Uniforme para el tráfico internacional de los bienes muebles puede ser tan grande, en atención especialmente al número de Estados que la ratifiquen, que no es preciso insistir ahora sobre tan prometedor panorama.

2. De lo expuesto hasta aquí tan resumidamente se desprende con claridad que el Proyecto de Ley Uniforme está intimamente vinculado con el viejo y siempre nuevo problema, por lo actual que resulta, de la protección jurídica del tráfico de bienes muebles en general. Basten para demostrarlo las siguientes palabras que se contienen en el apartado I de la Introducción al Texto oficial del Proyecto de Ley Uniforme, y que dicen así: "El Proyecto de Ley Uniforme sobre la protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales constituye un complemento de la LUFI. En efecto, una venta regulada por la LUFI puede tener por objeto una cosa cuyo vendedor no pueda disponer de ella porque la facultad de disposición de la misma pertenezca a un tercero que no le haya autorizado para ejercitárla, o también puede tener por objeto una cosa cuyo vendedor no pueda enajenarla más que sujeta al derecho que un tercero tenga sobre ella. Si, a pesar de esas limitaciones, el vendedor dispone de la cosa sin respetar los derechos de los terceros, entonces se plantea el problema de saber si, y en qué condiciones, dichos terceros podrán hacer valer sus derechos contra el comprador de buena fe, o si, y en qué condiciones, el comprador será protegido contra el ejercicio de tales derechos. Se impone, pues, dar una respuesta uniforme a esta cuestión; la unificación del Derecho en materia de venta internacional resultaría incompleta si no se regularan las consecuencias que tal venta puede tener para el comprador en las circunstancias indicadas" (10).

En el ejemplo más típico que puede plantearse —aunque no el único, naturalmente—, consistente en el contrato de compraventa de algún bien mueble, recordemos que para que el comprador resulte dueño hace falta la concurrencia de los siguientes datos:

(9) Vistas las considerables diferencias que existen entre los diversos sistemas nacionales, el Comité de Estudios del Instituto a quien se ha encargado la elaboración del presente Proyecto de Ley Uniforme, no ha pretendido encontrar un denominador común entre las diferentes legislaciones, sino que ha preferido buscar las mejores soluciones, con el fin de elaborar un derecho nuevo y moderno que satisfaga a los intereses del comercio internacional (UNIDROIT: *Projet...*, pág. 12).

(10) Loc. cit., págs. 2-4.

a) Que el vendedor sea dueño de la cosa y que, si se vende como libre de gravámenes, no existan entonces derechos de terceras personas sobre la misma.

b) Que pueda disponer de la cosa.

c) Que el contrato de compraventa sea perfecto, es decir, jurídicamente válido y eficaz. Y, en su caso, que se complete mediante la tradición para la atribución de la propiedad al comprador (en los sistemas, como el nuestro, en que está vigente la compraventa obligacional y el criterio legal del título y modo para la adquisición).

Olvídemos por un momento los requisitos señalados con la letra b) (problema de dueño sin facultad dispositiva o con limitación o prohibición de disponer, las cuales limitaciones sólo podrán ser eficaces frente a terceros a través de un mecanismo de publicidad registral. Así, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 23 de la L. V. M. P., de 17 de julio de 1965. Su estudio no corresponde hacerlo aquí) y c) (problema de validez del acto traslativo, porque la invalidez e ineficacia del negocio jurídico de venta afectan siempre al comprador como parte que es en el mismo y, por tanto, no pueden serle inoponibles), y detengámonos brevemente en el requisito de la letra a).

En principio, para poder transmitir su dominio a otra persona, es necesario que el transmitente sea dueño (o que lo sea, con exclusión de derechos de terceros sobre la cosa, cuando se vende como no afectada por ellos). Ello plantea, entre otros, el problema práctico de la necesidad de probar el dominio por parte del vendedor para que la venta sea perfecta, problema especialmente difícil de resolver en materia de bienes muebles, por la falta de títulos de dominio escritos tantas veces y de publicidad adecuada (11). A esta dificultad aludían los antiguos al hablar de la "probatio diabólica". El problema no es nada nuevo y tiene diversos planteamientos en el Derecho histórico. Las dos soluciones extremas que para el mismo se han formulado serían en síntesis las siguientes:

a) Derecho Romano: "Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet. Ubi rem meam invenio ibi vindico." La reivindicación se da en todo caso a favor del propietario. Para que la enajenación sea eficaz es preciso la prueba del dominio en el vendedor. No se protege al comprador a "non domino" más que a través de la figura de la usucapión. Con el tiempo, sin embargo, se admitieron algunas excepciones a esa rígida norma: adquisiciones del Fisco, del Emperador o de la Emperatriz, etc.

b) Derecho Germánico: "Hand wahre Hand. Wo du deine Gläuben gelassen hast, da sollst du ihn suchen." La reivindicación del propietario que crea una apariencia, en base a la cual se enajena luego por el poseedor, se da sólo "inter partes", no frente a terceros. Se distingue entre cosas confiadas y cosas perdidas o robadas, para excluir en un caso y admitir en los otros dos la acción reivindica-

(11) A diferencia de lo que ocurre con los inmuebles, cuyo dominio se justifica más frecuentemente con documentos y, sobre todo, por ser susceptible de publicidad registral *erga omnes*.

toria frente a terceros poseedores. Se protege así al tercer adquirente. Se atribuye a la investidura posesoria (Gewere) el carácter de prueba dominical y se da importancia a la apariencia legitimadora que crea. Con el tiempo se exige la buena fe para la protección del adquirente que confía en esa apariencia. De donde se hacen posibles las adquisiciones a "non domino" (12).

A partir de esos antecedentes históricos, y de la necesidad práctica de proteger el tráfico de los bienes muebles, dotando de seguridad a los compradores, va consolidándose la idea de que la posesión sea el único título de legitimación posible para los bienes muebles. Obsérvese que cuando las legislaciones consagran el principio de que la posesión mobiliaria equivale al título, y vinculan a ella la adquisición del dominio —tema complejo, sobre el cual luego volveremos al tratar del art. 464 C. c.—, juega entonces la posesión un papel de publicidad, funciona como apariencia o forma de publicidad, que justifica la confianza del tercer adquirente y produce el sorprendente aunque práctico resultado de la adquisición a "non domino".

Cuando se adquiere del verdadero dueño y éste prueba adecuadamente su dominio, entonces el problema es mucho menor y sólo puede plantearse por defecto en los requisitos b) o c). La cuestión es mucho más espinosa cuando el vendedor no era dueño, aunque aparecía como tal, y el comprador confió en esa apariencia por entender que compraba del verdadero propietario. Los intereses en pugna serían los siguientes: 1. El interés perfectamente lícito del verdadero propietario para no perder su dominio por los actos indebidamente realizados de otra persona: el que vende como propio lo que no es suyo. 2. El interés, igualmente digno de tutela, del comprador que cree que su vendedor era dueño, basado en su situación posesoria, al ser prácticamente imposible esa prueba dominical, para no ser privado de la cosa que compra.

En la forma de apreciación y consiguiente valoración social de esos dos intereses concurrentes descansan las soluciones que en los sistemas de Derecho positivo se han dado a este inquietante problema.

Como en seguida veremos, al examinar el artículo 464 de nuestro Código civil, se protege al comprador que ha adquirido la posesión de buena fe. Pero, históricamente, el requisito de la buena fe a efectos adquisitivos nace unido a la usucapión ordinaria. Como medio para subsanar las deficiencias del título adquisitivo y conseguir la consolidación jurídica de la situación del adquirente poseedor. La buena fe juega así para justificar una adquisición extraordinaria, de quien no era dueño. El hecho de que intervenga en estas adquisiciones mobiliarias fiadas en la apariencia posesoria nos hace pensar que también aquí estamos en presencia de una adquisición

(12) Para el examen de estos antecedentes históricos en los dos sistemas, ver, entre otros, FERNANDO MELÓN INFANTE: *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 9 a 31.

extraordinaria, a "non domino", respecto de la cual la buena fe despliega una eficacia convalidante. Si se tratara de una adquisición a "domino", la buena fe no tendría por qué jugar. La buena fe interviene como elemento para la protección del tráfico en las adquisiciones irregulares.

3. Esbozado así en sus líneas fundamentales el complejo y nada pacífico tema de la protección del tráfico mobiliario, interesa ahora considerar cómo se regula ese problema, qué solución se le da, en el Proyecto de Ley Uniforme; y, más concretamente, de qué manera juega la buena fe como requisito para la protección del comprador. Pero antes de entrar en su examen, quizá no sea inútil recordar cómo se soluciona aquel problema dentro del derecho español, y cómo la buena fe es exigida en nuestro ordenamiento para la protección del tráfico de los bienes muebles.

Así pues, en forma sucesiva, vamos a ocuparnos en este trabajo de dos materias, ambas estrechamente unidas: una relativa al Derecho español y otra al Derecho de la Ley Uniforme, ambas proyectadas sobre la buena fe como requisito para la protección del comprador de bienes muebles.

II. DERECHO ESPAÑOL

¿Cómo se regula, dentro de nuestro sistema, la compraventa de bienes muebles? ¿Se exige para la protección del adquirente que éste actúe de buena fe? ¿Por qué, de qué manera y con qué extensión?

En nuestro ordenamiento existen varios preceptos que regulan estos casos, con diferente extensión y significado (13). De ellos, los más importantes nos parecen, sin duda, los artículos 464 C. c. y 85 C. de c. Por su mayor eficacia y su más extenso valor organiza-

(13) Además de los señalados extensamente a continuación, pueden recordarse los artículos 1.473 C. c. (doble venta), 545-3.^º C. de c. (irreivindicabilidad de títulos al portador) y los contenidos en la L.V.P.M. Al estudio del artículo 1.473 no nos vamos a dedicar ahora por su densidad de repertorio problemático y, especialmente, porque el tema que en él se trata no coincide exactamente con el que vamos a estudiar aquí. Allí se regula la doble venta de un bien (mueble o inmueble) y los criterios para determinar la preferencia entre los dos compradores derivados de un mismo vendedor: problema de colisión de títulos. Aquí, en cambio, nos interesa considerar la enajenación de un bien mueble por quien no es su dueño, ni lo ha sido antes, como en el caso anterior, pero aparenta serlo por la posesión de las cosas transmitidas. La colisión aquí se plantea, al margen de la prioridad, entre el verdadero propietario desposeído, responsable o no de su desposesión, y el adquirente confiado en la apariencia. Del artículo 545-3.^º C. de c. no nos ocupamos tampoco, por no ser objeto de nuestra atención los títulos al portador, al estar expresamente excluidos del Proyecto de Ley Uniforme. En cuanto a la L.V.P.M. y la publicidad registral de sus garantías tampoco vamos a considerarlas, a pesar de las interesantes cuestiones que plantean, porque el tema se vincula al artículo 6.^º del Proyecto de Ley Uniforme y es objeto de estudio separado en otro lugar.

torio, dentro de nuestro sistema legal, vamos a considerarlos separadamente.

1. El artículo 464 C. c. es uno de los preceptos que ha motivado mayores discusiones en nuestra doctrina, al tratar de interpretar su contenido normativo y su eficacia reguladora dentro de nuestro Derecho. Aparte su indudable trascendencia práctica y la reiteración del problema social que contempla. Influyen en aquella diversidad de opiniones la falta de claridad expresiva del artículo en cuestión y los distintos principios convergentes en la formulación de la norma (14).

A. Un planteamiento riguroso del problema exigiría, inicialmente al menos, el estudio de los antecedentes históricos de este precepto; empresa que, naturalmente, no puede acometerse aquí. Digamos, simplemente, que en el estado actual de nuestros estudios, el precedente inmediato del artículo 464, párrafo 1.º, parece estar en el artículo 2.279 C. c. francés (15). Como ha señalado Leopoldo Alas, el origen histórico más próximo de la regla francesa "en fait de meubles la possession vaut titre" hay que buscarlo en la jurisprudencia del Chatelet de París, que supuso un retorno a los viejos principios germánicos vigentes en Francia en el siglo XIII, antes de la recepción del Derecho romano. Las opiniones de Bourjon (16), que dio a conocer aquella jurisprudencia, y de los autores del siglo XVIII (Denizart, Valin y Delachenaye) influyen luego de modo decisivo en los redactores del C. c. francés (Portalís, Bigot-Preameneu, Goupil), y de ahí pasa al artículo 2.279 C. c. francés y 464 C. c. español (17).

(14) Ocurre aquí como en tantas otras instituciones de nuestro Derecho privado, cuya formulación legal resulta del acarreo histórico de criterios distintos y aun, a veces, contradictorios. Recordemos, por ejemplo, nuestro Derecho de sucesiones, organizado sobre principios romanos y germánicos a la vez; o las normas reguladoras del tráfico de los bienes inmuebles (doble venta, Registro de la Propiedad).

(15) "En fait de meubles la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, a compter du jour de la partie ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui son recours contre celui duquel il la tient".

(16) Según BOURJON, "en materia de muebles la posesión equivale al título de propiedad. *La seguridad del comercio lo exige así*. El fundamento de esta máxima es que ordinariamente no se poseen más cosas muebles que aquellas de que se es propietario. Así, la posesión debe decidir en cuanto a esto: es la mejor guía; ¿qué otra cosa se podría tomar sin caer en confusión? De aquí se deduce que, en tesis general, los muebles no son perseguibles". (Citado por LEOPOLDO ALAS, *La publicidad y los bienes muebles*. Centro de Estudios Históricos, Madrid 1920, págs. 69-70).

Y más adelante añade: "Si el depositario había vendido el mueble, el propietario del mismo no puede reclamarlo de manos del comprador porque, en materia de muebles, la posesión "valant titre", la seguridad del comercio no permite que se atienda una tal reivindicación; es preciso, pues, en este caso, rechazarla; el orden y la ventaja públicos así lo exigen y tal es la jurisprudencia del Chatelet, y tal jurisprudencia tiene su raíz en la costumbre" (citado por FERNANDO MELÓN, *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, pág. 43).

(17) LEOPOLDO ALAS, loc. cit., págs. 64 y 72.

Sobre el origen histórico de la regla "In fatto di mobile possesso vale titolo" en Derecho romano, D. germánico, D. francés y D. italiano, vid. MEN-

Recuérdese, por lo demás, que como han puesto de manifiesto las investigaciones de Merea y García de Valdeavellano, los principios germánicos en materia de reivindicación mobiliaria estuvieron vigentes en el Derecho medieval español; y que según los Fueros municipales inspirados en dichos principios, sólo las cosas muebles robadas o perdidas eran susceptibles de reivindicación (18). Ciento que con la recepción del Derecho romano, las Partidas vuelven al criterio de la reivindicación mobiliaria con carácter general, y olvidan la distinción germánica entre cosas confiadas y perdidas o robadas. Sin embargo, al no establecerse ninguna norma relativa a este problema en el Ordenamiento de Alcalá ni en las Leyes de Toro, de la prelación de fuentes contenida en ambos cuerpos legales resulta la vigencia de los Fueros municipales, y de los principios germánicos que los inspiraban, con preferencia al sistema de reivindicación romana de las Partidas (19). Lo cual demuestra que durante un dilatado período de la evolución histórica de nuestro Derecho, hasta el siglo XVIII quizás, estuvieron vigentes en nuestra patria los criterios de irreivindicabilidad de los bienes muebles no perdidos ni robados. Dato que puede resultar sintomático en la valoración histórica del Derecho español.

B. Para tratar de explicar la norma contenida en el artículo 464, se han formulado por nuestros autores numerosas teorías. Su estudio detallado y su valoración crítica no corresponde hacerlo aquí, por no ser objeto de este trabajo (20). Si acaso, tan sólo debemos dejar planteado ahora el problema en sus líneas fundamentales, como punto de partida para lo que luego se ha de exponer.

Si la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equi-

GONI, *Gli acquisti a non domino*, 2.ª edición, Milano, Giuffre, 1968, págs. 33 y siguientes.

(18) Cfr. para el Derecho visigodo el *Liber Judiciorum*, Libro XI, título 3, Ley 1. Y para el Derecho medieval posterior los Fueros del Albedrío (Ley XV, título III), de Soria (Parágrafos 372 y 560), Logroño, Miranda, Avilés, Oviedo, Cuenca, Plasencia, Zorita de los Canes, Coria, Usagre, Cáceres, Alcalá, Alba de Tormes y el Fuen Viejo de Castilla, textos todos ellos recogidos por FERNANDO MELÓN, loc. cit., págs. 50-56. Según este autor, la regulación contenida en el Fuen de Soria equivale por completo al sistema que luego se había de instaurar en el artículo 464 C. c.

(19) FERNANDO MELÓN, loc. cit., págs. 78-79.

(20) VALLET DE GOYTISOLO clasifica así el cuadro de opiniones doctrinales:

a) Teoría de la presunción de justo título a los efectos de usucapión (COMAS, M. SCAEVOLA, DE BUEN, ISABAL, BARRACHINA.)

b) Teoría de la presunción *iuris tantum* de propiedad (TRAVIESAS, FALCÓN).

c) Teoría de la presunción de dominio a efectos de limitar la reivindicación mobiliaria (SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, VALVERDE, BONET RAMÓN, PELLA FORGAS).

d) Teoría de la adquisición a *non domino* (ALAS, CASTÁN, HERNÁNDEZ GIL, GARRIGUES, PÉREZ Y ALGUER, NÚÑEZ LAGOS, SÁNCHEZ VELASCO, SANZ FERNÁNDEZ, BÉRGAMO, JORDANO, LADARIA, GÓMEZ ACEBO).

(*La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 C. c.*, en "Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales", colecc. Nereo, Barcelona, 1962, págs. 298-303).

vale al título, ¿cómo debe ser entendida aquí la palabra título para descubrir el sentido normativo de la frase?

a) Título podría entenderse en el limitado concepto de título *ad usucaptionem*. Como a efectos de usucapión el título no se presume, sino que debe ser verdadero, válido y debe probarse (artículos 1.952 a 1.954 C. c.), la posesión en concepto de dueño del usucapiente equivaldría a la prueba del título a estos efectos adquisitivos. Pero sería siempre preciso el transcurso de tres años (1.955-1.º C. c.). Con lo que la protección que concede el artículo 464 al adquirente de buena fe de cosas muebles resultará bien menguada y no servirá para garantizar la seguridad del tráfico, además de no ser conforme con los precedentes germánicos en que parece inspirarse la norma.

b) Tampoco puede aceptarse que título aquí equivalga a presunción de título de propiedad. Porque no se corresponde con la expresión terminante del precepto (la posesión no sirve para presumir el título, sino que *equivale* al título) y porque tal presunción podría ser desvirtuada por la prueba en contrario (prueba no tasada, obtenida a través de cualquier medio, según las directrices legales de nuestro sistema probatorio), en cuyo caso podría entrar en juego la reivindicación del primitivo dueño. Solución que parece ir en contra de la propuesta por el propio artículo 464 C. c.

c) El título podría considerarse como título de propiedad del poseedor adquirente de buena fe y en concepto de dueño, en el sentido en que se emplea esta palabra en la teoría del título y el modo. Título de dominio como *iusta causa traditionis*, como fundamento de la adquisición. Pero la posesión del adquirente no puede suplir aquí la nulidad formal del título adquisitivo, al cual, por tanto, no reemplaza. La nulidad del título adquisitivo (por inexistencia o ilicitud de la causa, o vicio de consentimiento, pongo por ejemplo) siempre repercutirá sobre el adquirente, aunque sea poseedor de buena fe, como parte que es en el negocio inválido. El artículo 464 protege al adquirente no frente a la nulidad material de su título adquisitivo (porque ello no es posible y resultaría incongruente en nuestro sistema), sino frente a la falta de titularidad del transmisor.

d) Título como título probatorio. Se trata de acreditar que el poseedor es dueño a efectos de la reivindicación de un dueño anterior. La posesión no presume el dominio, sino que equivale a título de dominio, en la lucha reivindicatoria que se plantea con un dueño anterior que ha perdido voluntariamente la posesión de la cosa. Y esta prueba de dominio en el poseedor sólo puede desvirtuarse por la prueba de que el dueño anterior ha perdido la cosa o ha sido privado ilegalmente de ella (21). Únicos supuestos estos dos en que

(21) Según VALLET, la palabra título en el artículo 464 no tiene idéntico significado que en la teoría del título y el modo, sino precisamente el mismo que en la teoría de la reivindicación. Jurídicamente la palabra título puede significar: a) el fundamento jurídico de un derecho; b) causa *traditionis et usucaptionis*; c) documento justificativo de una u otra o de cualquier derecho. En la actual teoría del título y el modo, el título corresponde

no entra en juego la protección dispensada por el artículo 464. En todos los demás casos, la posesión de buena fe por parte del adquirente de una cosa mueble sirve de título acreditativo de su dominio, aun cuando el transmitente sea un *non dominus*, supuesta siempre la validez del título traslativo, y excluye la reivindicación. Tal parece ser la tesis más aceptable y la que mejor se armoniza con la finalidad del artículo 464.

Desde otro punto de vista pienso que la adecuada interpretación del artículo 464 no puede hacerse a nivel meramente literalista o gramatical, inquiriendo sólo qué significa la palabra "título", sino más bien averiguando su sentido finalista, qué finalidad se pretende con el principio protector que inspira la norma en él contenida, fuera ya del hermetismo expresivo de su formulación literal. En definitiva, hablar de que en materia de muebles la posesión equivale al título no deja de ser un brocado históricamente estereotipado, cuyo motivo no puede descubrirse sólo a través de las palabras en que quedó formulado. Y, lo que es aún más importante, que la interpretación del artículo 464 no puede ser sólo histórica, examinando los criterios a que obedeció su formulación, sino que debe hacerse realista y actual, a partir de la valoración de los intereses que encierra y del perfil que presenta el moderno tráfico mobiliario, interpretación sociológica que refleja los fenómenos y las necesidades actuales.

Parece aceptable admitir que el artículo 464 contempla primordialmente el problema de la reivindicación mobiliaria, señalando los requisitos necesarios para que la posesión del adquirente haga irreivindicable frente al dueño anterior la cosa mueble adquirida. Tales requisitos serán: que la posesión se adquiera de buena fe; que —naturalmente y aunque el Código no lo recoja expresamente— se tenga en concepto de dueño y el título adquisitivo sea válido; que se trate de cosas muebles no perdidas ni de las cuales el propietario haya sido "privado ilegalmente"; que dichas cosas muebles no estén sometidas a un régimen especial de publicidad registral, cuya eficacia específica haría inaplicables los efectos genéricos atribuidos aquí a la publicidad posesoria; y que la adquisición no se realice en Bolsa, feria, mercado o de comerciante legalmente establecido, porque entonces la solución del problema pasa a ser disciplinada por las normas especiales del C. de c. Cuando todos estos presupuestos se dan, el propietario —voluntariamente— desposeído de la cosa no puede luego reivindicarla frente al adquirente de buena fe que confió en la apariencia posesoria del *trandens non dominus*.

En tales supuestos, la posesión del adquirente funciona como título suficiente para legitimar su situación, y frente a él se estrella el título del reivindicante. La posesión es título acreditativo de tal

a la causa *traditionis* (art. 609-2.º), es decir, a ciertos contratos que mediante la tradición justifican que con ésta se transmita el dominio. Para la reivindicación, en cambio, título es equivalente a la *justificación de la adquisición...* En el artículo 464, siendo su tema la reivindicación, título significa tanto como justificación de la adquisición de una cosa (loc. cit., pág. 341).

situación irreivindicable, y sólo podrá ser destruido mediante la prueba de la falta de buena fe o de la pérdida o privación ilegal de la cosa; es decir, de la no concurrencia de los requisitos necesarios para que el artículo 464 entre en juego. Como ha dicho Vallet, el tema del artículo 464 es la reivindicación mobiliaria. Se ocupa este artículo de los efectos de la posesión de bienes muebles en el ámbito de la reivindicación (22). Y cuando entre en juego la reivindicación por falta de alguno de estos requisitos legales, se establece un derecho de reembolso del precio a favor del comprador si adquirió en venta pública o a favor del Monte de Piedad en que estuviera empeñada la cosa vendida. El artículo 464 no distingue entre adquisición de la posesión a título oneroso o gratuito, porque no vincula a la naturaleza del título adquisitivo la protección que dispensa. Y porque, como ya hemos dicho, la palabra título no significa aquí título de atribución o título traslativo, sino título probatorio acreditativo del dominio del poseedor. Se prueba la adquisición del dominio, no la naturaleza onerosa o gratuita del negocio adquisitivo, que aquí, en principio, no interesa.

Pero si todo ello es cierto, parece igualmente oportuno recordar que la situación jurídica del adquirente no sujeto a reivindicación, que deriva de su posesión con buena fe, se traduce en una adquisición de dominio inatacable a su favor. Y que por haber adquirido la cosa de quien no era dueño, sino mediador posesorio, la protección que le dispensa el artículo 464 C. c. supone una adquisición a *non domino*. No parece razonable entender que exista un derecho de dominio vacío de contenido y de acción reivindicatoria. Ni una situación jurídicamente protegida de poder a favor del adquirente de una cosa mueble en concepto de dueño, frente al cual no quepa la reivindicación del anterior propietario, y que no se traduzca en un derecho de dominio, aunque la cosa se adquirió de quien no era dueño. Al artículo 464 sólo le interesa el aspecto de la reivindicabilidad de los bienes muebles y el papel que desempeña la posesión de los mismos en determinadas condiciones para hacerlos irreivindicables. Pero el espectáculo social aquí contemplado es más pro-

(22) La regla en virtud de la cual la posesión de los bienes muebles equivale al título, que inspira el artículo 2.279 C. c. francés, está dictada fundamentalmente para la reivindicación.

La posesión vale como título. El título *stricto sensu* no interesa, porque la posesión lo sustituye. Para reivindicar contra el poseedor sólo cabe, por tanto, atacar la posesión probando que el demandado no posee en concepto de titular, o que carece de buena fe, o bien demostrar que el reivindicante fue poseedor y que perdió la cosa o le fue robada o hurtada.

Mientras la reivindicación inmobiliaria debe apoyarse en títulos de dominio no desvirtuados, la titularidad de la propiedad de la cosa mueble que se quiere reivindicar debe acreditarse probando la posesión en concepto de dueño de dicha cosa y la pérdida o privación ilegal de la misma.

Ello por la habitual clandestinidad de las transmisiones mobiliarias y la dificultad de probar la adquisición de los bienes muebles. Por eso, la posición defensiva del demandado descansa en su posesión. Mientras en los inmuebles se presume el título (por la posesión), la de los muebles equivale al mismo (VALLET, loc. cit., págs. 337-339).

fundamental, más complejo. Por el camino de la irreivindicabilidad llegamos a la calificación final del fenómeno jurídico como una adquisición a *non domino* (23).

Según Ladaria Caldentey, la legitimación de que goza el poseedor de bienes muebles (y que deriva de la apariencia posesoria) culmina

(23) Aunque el tema específico de las adquisiciones a *non domino* no corresponde estudiarlo aquí, no hemos querido silenciarlo ni dejar de dar nuestra opinión al respecto. Sobre el mismo problema volveremos repetidamente a lo largo de este trabajo. Véase lo dicho después al tratar de la eficacia del artículo 85 C. de c., o de las adquisiciones de buena fe en el Proyecto de Ley Uniforme. Baste aquí con dejar apuntada nuestra visión personal, favorable al reconocimiento de la adquisición a *non domino* en el artículo 464. Aunque sea en forma superficial, sin mayores justificaciones por el momento, que sólo más adelante podrán encontrarse. Y con la finalidad estricta de centrar adecuadamente el requisito de la buena fe, al cual en seguida nos vamos a referir, dentro de la visión general del artículo 464.

Sin embargo, no se nos ocultan algunas de las dificultades que puedan oponerse a la construcción que aquí se defiende.

Así, por ejemplo, para reivindicar la cosa mueble basta con probar que se era poseedor y que se ha perdido la cosa o ha sido privado ilegalmente de ella. Pero esta prueba no justifica el dominio, porque no garantiza que, a su vez, otra persona no haya perdido o haya sido privado de la cosa con anterioridad (VALLET, loc. cit., pág. 358). Así que el que compra con buena fe del mediador posesorio una cosa mueble confiada, excluye la reivindicación del poseedor mediato que ha creado la apariencia, el cual es dueño presunto de la cosa confiada, pero no siempre será definitivo dueño. Frente a ese anterior propietario, que dio la cosa en depósito, por ejemplo, el comprador del depositario adquiere a *non domino* y se hace dueño. Frente a tal comprador, no es posible la reivindicación del depositante. Pero si éste, aun creyéndose propietario, adquirió de buena fe de una persona que no lo era, y que traía su título de alguien causante de robo o privación ilegal, entonces el primitivo propietario indebidamente desposeído podrá reivindicar —parece— frente a todos los subadquirentes posteriores, aunque sean de buena fe. Con lo cual tendríamos que, a efectos de reivindicación, un poseedor sería propietario frente a unas personas y no frente a otras.

Es el arduo problema de la propiedad relativa o del mejor derecho a ser dueño, que juega de manera distinta en relación con las distintas personas interesadas. Pero esto ocurre siempre en los bienes muebles, cuando legalmente se admiten causas (pérdida y privación ilegal) que excluyan en todo caso la adquisición en firme. Por eso el problema no se plantea, o se plantea de forma diferente, en el artículo 85 C. de c., en que la adquisición es automática cuando intervienen los requisitos legales, porque no pueden entrar en juego circunstancias impeditivas. Y está igualmente superado en los bienes inmuebles, cuando éstos se acogen a la publicidad registral. Porque entonces la incertidumbre y la presunción de dominio no juegan frente al tercero que confía en los pronunciamientos del Registro y adquiere a *non domino* frente a todos.

En cambio, como ha dicho VALLET, el dominio absoluto de los bienes muebles sólo puede justificarlo el poseedor probando que no los ha dejado de poseer desde su adquisición originaria o justificando su usucapión. Por el carácter normalmente oculto de la titularidad de estos bienes, que no suele justificarse con títulos documentales de adquisición (loc. cit., pág. 358). De esta manera el poseedor mediato será sólo un propietario presunto, y el subadquirente de buena fe no podrá excluir la reivindicación de un propietario anterior que perdió la cosa.

Prácticamente podría haberse evitado esta incertidumbre sin excluir la protección del comprador en los casos de pérdida y privación ilegal. Con lo

en la posibilidad de transmitir la propiedad u otros derechos reales sobre la cosa a un tercer adquirente de buena fe... El titular aparente tiene la posibilidad de realizar en nombre propio actos eficaces sobre la esfera jurídica ajena. A su juicio, no debe hablarse aquí de "legitimación aparente", como quiere Betti, sino de legitimación "extraordinaria", para explicar la posibilidad de obrar del titular aparente, pues éste tiene un verdadero poder jurídico en virtud del cual obra eficaz, aunque ilícitamente, sobre la esfera jurídica ajena... Cuando se admite esta legitimación extraordinaria para disponer en un acto traslativo, existirá una adquisición a *non domino* (24).

Claro que la eficacia práctica de la protección concedida por el artículo 464 dependerá en gran medida de cómo se interprete, en sentido más amplio o más estricto, la frase privación ilegal, que actúa como causa de excepción a la irreivindicabilidad que aquí se consagra. Si se estima que en todo supuesto de enajenación indebida de una cosa mueble por el mediador posesorio (arrendatario, depositario, prestatario, etc.) existe privación ilegal para el propietario que había confiado la cosa al enajenante, y que el adquirente de buena fe no quedará protegido frente a la reivindicación del dueño desposeído, entonces la virtualidad práctica del artículo 464 será prácticamente nula. Por eso, porque el origen histórico de la norma que comentamos parece estar en los principios germánicos que distingüían entre cosas confiadas y cosas perdidas o robadas, y porque pensamos que la interpretación del artículo 464 debe hacerse de acuerdo con su finalidad de protección del tráfico jurídico y de la confianza de los terceros en la apariencia posesoria (25), cree-

cual el tráfico estaría mucho más protegido, como ocurre en el artículo 85 C. de c. Pero no es ese el camino seguido por nuestro Derecho.

En todo caso, y a pesar de la complejidad de reclamaciones intersubjetivas que el juego del artículo 464 puede ofrecer, creemos que no hay inconveniente en admitir la adquisición a *non domino* a favor del adquirente de la posesión de bienes muebles con buena fe, que no sufre la reivindicación o que puede reivindicar frente a ulteriores despojantes. Al menos mientras no se resuelva su adquisición por la reivindicación con éxito de un anterior titular. La situación de éste cuando no reclama parece encontrarse en silencio, inoperante ("silencio de la relación jurídica"). Por eso también, esa provisionalidad termina por el transcurso del plazo para la usucapión. Y sólo se da frente a aquella concreta persona.

(24) *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952, páginas 148, 132-133 y 141.

(25) No se diga que el criterio inspirador del 464 no está en la protección del tráfico y de la apariencia posesoria, como lo prueba el hecho de no proteger al poseedor de buena fe que adquiere de un titular aparente, igualmente poseedor de buena fe, si éste, a su vez, adquirió de un mediador posesorio, cuando la cosa había sido robada o perdida. Porque entonces el propietario que sufrió la pérdida o el robo podrá reivindicarla no sólo del primer comprador (que no se hizo dueño por la concurrencia de ese vicio), sino también del segundo. Esta falta de protección del subadquirente o segundo comprador, por causa de la originaria pérdida o privación ilegal, demostraría que no se protegía —al menos en todos los casos— el tráfico y la apariencia.

Ello es cierto. Y quizás la solución legal no resulte enteramente satisfac-

mos que la frase "privación ilegal" deberá ser entendida en sentido estricto, como sinónimo de hurto o robo, sin mayor extensión a otros supuestos que harían inaplicable el principio de irreivindicabilidad.

C. El Tribunal Supremo se ha ocupado del artículo 464 en numerosas ocasiones (26). Como ha recordado Díez Picazo, los diferentes problemas sometidos a la interpretación jurisprudencial en estas Sentencias, pueden ser agrupados en dos órdenes distintos de cuestiones: 1) las tercerías de dominio frente al embargo de bienes muebles; 2) la reivindicación por parte del anterior propietario frente al ulterior adquirente de buena fe de bienes muebles (27).

En los pleitos en que se ejerce una tercería de dominio, normalmente el Tribunal Supremo confirma —o establece— la tesis que da lugar a aquélla, basándose en que el tercerista seguía siendo dueño de los bienes muebles, a pesar de que fueran poseídos por el deudor embargado, y teniendo en cuenta la apreciación conjunta de la prueba presentada.

En el caso de las tercerías de dominio habría que matizar lo siguiente: Quizá juegan en este tipo de conflictos tres intereses contradictorios. El interés del verdadero propietario a no ser despojado de la cosa mueble que le pertenece y respecto de la cual otra persona tiene la posesión inmediata. El interés del acreedor para conseguir el pago de su crédito sobre cualesquiera bienes de su deudor, cuando ignora que los bienes muebles que éste posee no le pertenecen. Y el interés del rematante en la subasta judicial, que compra el bien mueble en cuestión y paga el precio correspondiente. Si pensamos en la seguridad del tráfico y en la necesidad de garantizar al comprador que cree adquirir del verdadero dueño, en la legitimación para disponer derivada de la apariencia posesoria y en que la posesión de los bienes muebles equivale a prueba —título probatorio— del dominio de los mismos, podríamos entender que la interpretación jurisprudencial del artículo 464 en estos casos es demasiado restrictiva. Pero el problema es más complejo. Recuérdese que el poseedor, deudor embargado, no es tercero, y, como tal, su posición no merece la protección frente a la del verdadero propietario. Que el

toria desde este punto de vista. Pero también lo es que en la valoración de los intereses en pugna que aquí se plantea, el Derecho español optó por no consagrar la pérdida del dominio en contra del propietario que sufrió la privación legal en ningún caso, ni siquiera frente a subadquirentes de buena fe. Que ello representa una excepción al principio general protector consagrado en ese precepto. Y que ese criterio legal restrictivo, censurable o no para nuestra mentalidad actual, en ningún caso autoriza a desvirtuar el principio general de protección del tráfico, que aquí se manifiesta con mayor o menor extensión.

(26) Cfr., entre otras, las Sentencias de 11 de julio de 1900, 19 de diciembre de 1900, 31 de diciembre de 1910, 17 de abril de 1917, 5 de diciembre de 1924, 13 de enero de 1926, 8 de octubre de 1929, 19 de julio de 1945, 26 de junio de 1946, 1 de diciembre de 1947, 27 de mayo de 1958 y 18 de diciembre de 1958.

(27) *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 1969, págs. 72 y siguientes.

acreedor embargante tampoco es tercero, sino que sólo pretende la realización del valor de la cosa para cobrar su crédito simple o no privilegiado. Y que, aunque poseído materialmente por el deudor, el bien mueble sigue perteneciendo al patrimonio del verdadero dueño, el cual no debe quedar despojado por la mera reclamación de un acreedor personal ajeno que, además, puede encontrar otros bienes susceptibles de embargo en el patrimonio de su deudor. En la pugna de intereses así suscitada, parece socialmente preferible y digno de mayor protección el del verdadero propietario, poseedor mediato, que el del acreedor del mediador posesorio. En este sentido quizá tenga justificación la postura estricta de nuestro Tribunal Supremo.

Cuestión distinta se plantea cuando la lucha surge entre el propietario con posesión mediata y el rematante en la subasta en que se vende el bien mueble. Porque, como comprador, éste sí es tercero, y su aparición podría hacer ineficaz o inoponible frente a él el dominio sin posesión corporal, cuando adquirió de buena fe confiado en que el ejecutado era el dueño. Mas tampoco esto es del todo cierto, porque en las subastas judiciales se enajenan los bienes muebles en las mismas condiciones en que se encontraban, el comprador queda sujeto a las posibles resultas de la falta de titulación del embargado, y la realización del valor de la cosa no implica una operación típica de tráfico jurídico. Aparte el dato real de que muchas veces los rematadores son personas avisadas que se aprovechan de las ventajas que estas ventas no habituales producen. Aunque aquí, el tema es más dudoso, por la interposición del tercero comprador —cuando no es, claro, el mismo acreedor el rematante que se adjudica el bien embargado, porque entonces no existiría el tercero—, en el plano de la jurisprudencia de intereses quizá tampoco haya razón suficiente para excluir la protección del propietario frente al comprador en la subasta. El tema es bastante opinable, y habría que matizarlo de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto. Mas tampoco aquí es tan sencilla la crítica de la interpretación dada por nuestro Tribunal Supremo al permitir la tercera.

En cuanto a la segunda cuestión, íntimamente enlazada con la primera, se concede igualmente la reivindicación mobiliaria frente al comprador de un acreedor que se había adjudicado en pago el bien mueble en venta judicial (S. 31 diciembre 1910) o frente al comprador del bien mueble embargado en pública subasta (S. 13 enero 1926). El Tribunal Supremo considera preferente el derecho del reivindicante sobre el del comprador, y reconoce la propiedad a favor de aquél, a pesar del artículo 464. En relación con este enfoque del problema debemos recordar la conocida Sentencia de 19 de julio de 1945, en la cual se consagra la línea de interpretación romanista del artículo 464 y se llega a la conclusión de que el adquirente de la posesión de bienes muebles, aunque sea de buena fe, no consuma una adquisición a *non dominio*, y no excluye la reivindicación por parte del anterior propietario. Solución restrictiva que reduce la pro-

tección del tráfico y de los terceros adquirentes, fundándose en los siguientes argumentos:

- a) Que la expresión "privación ilegal" del C. c. español es más amplia que la francesa "vol" del artículo 2.279 del Código Napoleón.
- b) Que la interpretación restrictiva romana es la más conforme con nuestro Derecho tradicional.
- c) Que la seguridad del tráfico queda suficientemente protegida con las normas del C. de c.
- d) Que, a pesar de esta estricta interpretación, el artículo 464 sigue siendo útil porque establece una presunción de legitimidad a favor del poseedor de buena fe, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba.
- e) Que la solución contraria y más amplia resultaría peligrosa por el creciente valor alcanzado actualmente por los bienes muebles.
- f) Que por exigencias éticas se impone no extremar las facilidades para las adquisiciones de la propiedad a *non domino*.

Tales razones no resultan muy convincentes ni resisten, en verdad, una crítica rigurosa. Como ha dicho recientemente Hernández Gil, no parecen afortunadas las razones que invoca el Tribunal Supremo en el plano económico-social y en el ético para defender aquella postura. En ambas aseveraciones —e) y f)— campea el más rígido conservadurismo de corte clásico que no percibe siquiera la socialidad primaria del derecho germánico medieval. El creciente valor alcanzado por los bienes muebles no justifica sin más restringir la necesaria seguridad jurídica en el tráfico mobiliario, igualmente creciente en la actualidad. Y además, la norma ética no puede identificarse con la ardorosa defensa de la propiedad, o mejor, del derecho a seguir siendo propietario. En el principio —puramente romano y al cual sigue ateniéndose la jurisprudencia— de que nadie puede dar lo que no tiene, hay más dosis de lógica que de ética. En la regla de que la posesión equivale al título, la ética se sobrepone a la simetría lógica (28).

En resumen, la interpretación jurisprudencial que nuestro Tribunal Supremo ha venido haciendo del artículo 464 C. c. no siempre resulta justificada, especialmente en los casos en que se permite la reivindicación del anterior propietario frente al adquirente de buena fe de los bienes muebles. Cuestión distinta es la que se refiere al ejercicio de las tercerías de dominio, cuya permisión puede parecer a veces más oportuna. Lo cierto es que aquella interpretación restrictiva, que no excluye la acción reivindicatoria frente al poseedor de buena fe, va en contra de la norma protectora de los terceros adquirentes que en este artículo se establece. No es muy afortunada desde el punto de vista social, de jurisprudencia de intereses y de su repercusión práctica; y tampoco está de acuerdo con las actuales exigencias del tráfico jurídico de los bienes muebles, necesitado de seguridad

(28) *La función social de la posesión*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1967, págs. 128-130.

y rapidez sin mengua de la justicia. Pero, a pesar de ello, no puede silenciarse aquí, como dato a tener en cuenta para calibrar la trascendencia social que la norma contenida en el artículo 464 C. c. tiene en nuestro ordenamiento jurídico actual.

D. El artículo 464 C. c. español expresamente menciona a la buena fe como uno de los requisitos para que entre en juego la protección que en él se dispensa al poseedor de bienes muebles. Para que la posesión de una cosa mueble sirva de título al poseedor será preciso, por lo menos, que el propietario anterior no la haya perdido ni haya sido privado ilegalmente de ella (prueba que, en su caso, incumbe al reivindicante y que estará en función, naturalmente, de la amplitud con que se entienda el término "privación ilegal") y que el poseedor actual la haya adquirido de buena fe. Sin buena fe (cuya prueba corresponde igualmente a la otra parte, por la presunción legal en este sentido, a que luego nos referiremos) no puede el poseedor excluir la reivindicación del anterior propietario. Requisito éste de la buena fe, cuya formulación en el precepto legal aludido nos parece importante por el valor organizatorio general (derecho común) que tiene para el tráfico de bienes muebles. Lo cual supone que la no exigencia de buena fe deberá ser expresamente sancionada en otra norma especial, aplicable a algún caso particular, como excepción al criterio de la norma general.

a) Lo primero que nos sorprende en el artículo que comentamos es cómo se recoge aquí tan explícitamente este elemento de la buena fe, cuando el mismo no aparece en el artículo 2.279 C. c. francés, que parece ser su antecedente inmediato. La versión francesa del principio, formulado como brocardo, no alude a la buena fe: "En fait de meubles, possession vaut titre". Claro que las necesidades prácticas han impulsado a la jurisprudencia francesa, y a los autores que se ocupan de este problema en el país vecino, a exigir igualmente la buena fe del adquirente para hacer su posición irreivindicable (29). Ello significa: de una parte, que la inspiración francesa del C. c. español en este punto no ha sido tan absoluta, y que en la redacción de nuestro precepto cristalizan también —como no podía por menos de ser— nuestros antecedentes históricos y la singular postura del Derecho español; peculiaridad que no debe olvidarse al interpretar la norma, y que le presta un perfil quizá más complejo y difícil. De otra, que aun partiendo de criterios legales no idénticos, la solución jurídica de los problemas prácticos planteados conduce a veces a respuestas semejantes.

El origen histórico de la buena fe es muy antiguo. Su estudio nos llevaría al Derecho romano. Y aun dentro de él, se utilizaba esta expresión con diferentes sentidos. Se distinguía así entre *bonae fidei possessor* y los *contractus bonae fidei* (30). Desde el punto de vista

(29) Cfr. *Arrêts de la Cour de Cassation* de 21 noviembre 1927, 19 junio 1928, 12 marzo 1888, 22 mayo 1906, 5 diciembre 1876, 26 marzo 1901, etcétera.

(30) VON THUR, *La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual*, "R.D.P", 1925, págs. 337 y siguientes.

que ahora más nos interesa, la buena fe se nos aparece como un requisito de la prescripción adquisitiva o usucapión. Según De Mier Vélez, la buena fe es una exigencia que el Derecho romano clásico introduce para la usucapión. La legislación de las XII Tablas sólo exigía para la usucapión la posesión durante un tiempo y que la cosa no fuese furtiva. Pero en el Derecho clásico se introducen otros requisitos: la buena fe y la justa causa, después llamada justo título. En Derecho romano, la buena fe resulta ser una creación de la última jurisprudencia republicana. Cuando el que tranfiere la posesión no es propietario, si el adquirente le cree propietario, su buena fe se funda en ignorar “eam rem alienam esse”: es el caso más frecuente en la vida real y contemplado por numerosos textos (31). El error del usucapiente fundamenta la buena fe necesaria en su posición. Por el mismo camino, en Derecho justiniano la buena fe a estos efectos se configura como creencia o ignorancia (32).

En la evolución histórica de la posesión de buena fe *ad usucapió-nem* ha jugado un importante papel la tradición del Derecho canónico. Ha recordado Busi que todo el instituto de la usucapión sufrió una profunda reforma de carácter conceptual y sistemático por obra del Derecho canónico, el cual, a su vez, ejerció sobre el Derecho común una influencia mucho más eficaz que la que se debe al Derecho romano (33). Para los canonistas, la buena fe consiste en la falta de conciencia de causar daño al propietario. La conciencia se traduce en la ignorancia de ser ajena la cosa. El Derecho canónico había afirmado el principio inderogable, según el cual es necesario para que alguien prescriba que en ningún momento debe tener conocimiento de ser la cosa ajena (“ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae”). Aquí descansa el fundamento jurídico-teológico del principio canónico según el cual la buena fe debe ser continua, y el estado de “laesa conscientia”, o mala fe, impide el que se consume la prescripción incluso en el caso de que se posea durante un período de tiempo muy prolongado (34).

(31) Vid. el interesante y documentado trabajo de ANGEL DE MIER VÉLEZ, *La buena fe en la prescripción y en la costumbre hasta el s. XV*, Colección Canónica de la Universidad de Navarra, Cuadernos, núm. 10, Pamplona, 1968, páginas 40-51, especialmente págs. 40-43.

(32) *Bonae fidei emptor esse videtur qui ignoravit eam alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere puta procuratorem aut tutori rem esse* (D. 50, 16, 109). Citado por DE MIER VÉLEZ, págs. 46-47.

(33) *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune* (Diritti reali e diritti di obbligazione). Cedam, Padova, 1937, pág. 66.

Según este autor, los requisitos de la prescripción adquisitiva o usucapión en el Derecho canónico, se contienen en los siguientes versos:

Non usucapies nisi sint tibi talia quinque:
Recta fides, iustus titulus, res non vitiosa
Quod res tradatur, possessio continuetur (Gl. “quod
autem praescriptionem, ad pr. C. 16, qu. 3). Loc. cit., pág. 67.

(34) Busi, loc. cit., págs. 67-69.

Para el estudio de la buena fe en relación con el Derecho canónico, ver también DE MIER VÉLEZ, loc. cit., págs. 75 y ss.

En el Derecho medieval español de los Fueros municipales, tan influido por principios germánicos, el requisito de la buena fe se recoge a veces expresamente para excluir la reivindicación de los bienes muebles por parte de su anterior propietario. Merece especial recuerdo en este sentido el Fuero de Soria, según cuyo parágrafo 372: —*a sensu contrario*— sólo eran irreivindicables las cosas muebles adquiridas por un comprador de buena fe, ya que el adquirente de mala fe de cosa ajena se ve expuesto a la reivindicación de la misma por su propietario. Explícita y reiterada afirmación de buena fe que ha llevado a algún autor a sostener que el sistema del Fuero de Soria equivale por completo al sistema del artículo 464 C. c. (35). La regulación contenida en otros Fueros, en los que se protege especialmente al adquirente en determinadas circunstancias de publicidad (adquisiciones en feria, en romería, etc.), hace pensar en una presunción de buena fe derivada de esa publicidad, lo que pondría de manifiesto la necesaria concurrencia de este requisito para la protección del tercer adquirente (36).

En la legislación de las Partidas, tan fuertemente romanizada, la buena fe del comprador se sanciona y se formula igualmente. Según la Partida VII, tít. 23, ley 9, “a buena fe dezimos, que compra, o gana: el ome la cosa, cuando creya que el que gela da, o gela vende, auía derecho o poderío de lo fazer; e mala fe aquel que compró la cosa agena, sabiendo que non es suya de quien la ouo, nin auía poder de la enagenar” (37).

Con una u otra formulación o finalidad, parece que la buena fe es una constante histórica del derecho español para la protección al comprador de bienes muebles en determinadas circunstancias excepcionales. En cualquier caso, lo que no debe olvidarse aquí es que la buena fe, cuando entra en juego, aparece como requisito para convallidar adquisiciones extraordinarias o anómalas. Cuando el vendedor era dueño actual de la cosa que transmite y el acto traslativo era válido, no hace falta acudir a la buena fe. La protección del comprador descansa entonces en la concurrencia de los requisitos legales para que su adquisición sea perfecta y eficaz. La buena fe se hace necesaria para proteger al comprador en aquellos casos especiales en que sin ella no llegaría a convertirse en dueño. Cabalmente porque el transmisor no lo era al verificar el acto traslativo. Se trata de los casos de adquisiciones a *non domino*. Por eso la buena fe se configura siempre, a estos efectos, como ignorancia de que el trasmitente no era dueño. Para solucionar estos problemas —y algunos otros— se organiza históricamente la usucapión o prescripción adquisitiva. Por la posesión a título de dueño durante cierto tiempo y con buena fe, el poseedor deviene propietario. Pero, a veces, esta solución tan lenta armoniza mal con las necesidades del tráfico y de la seguridad jurídica.

(35) FERNANDO MELÓN, loc. cit., págs. 54 a 57.

(36) Fueros de Cuenca, Zorita de los Canes, Cáceres, etc. Cfr. FERNANDO MELÓN, loc. cit., págs. 58 y ss.

(37) Citado por ROCA SASTRE, *Derecho Hopotecario*, 5.^a edición, Bosch, Barcelona, 1954, tomo I, pág. 517, nota 4.

dica. Lo que era antes una usucapación *longi temporis* se convierte ahora en una prescripción instantánea. Lo cual no deja de ser, institucionalmente, una ficción jurídica. Pero que viene condicionada por el sentido de su evolución histórica.

Todo ello no basta para recordar que la buena fe, en este concreto aspecto que ahora estamos estudiando, aparece siempre como requisito para convalidar las adquisiciones a *non domino*. Por eso, cuando el artículo 464 exige que el poseedor adquirente lo sea de buena fe, está implícitamente apuntando al problema de fondo que regula las adquisiciones a *non domino*. Para sancionar lo cual, y proteger instantáneamente al adquirente a *non domino* de un bien mueble, se organiza el sistema de la irrevindicación. Pero esto no excluye, sino que por el contrario postula, la adquisición a *non domino* como resultado final.

b) ¿Cómo se configura la buena fe exigida por el artículo 464 C. c.? ¿Cuál es su naturaleza? Para responder a estas preguntas hay que partir de los artículos 433 y 1.950 C. c. Según el primero de ellos, "se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario". El segundo artículo establece que la "buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio".

Claramente se aprecia que el ámbito objetivo de ambos preceptos es distinto. El primero, más amplio, se refiere a la posesión de buena fe en general. El segundo, más estricto, a la posesión de buena fe que sirve para adquirir por usucapión. Por otra parte, la dicción expresiva de ambas normas tampoco es idéntica. Para una, la buena fe equivale a un estado de ignorancia: ignorancia de la irregularidad de la adquisición (inválida). Para otra, la buena fe significa una creencia en la real titularidad del tradens. A pesar de esas diferencias que separan ambos artículos, y teniendo en cuenta sobre todo que ignorancia y creencia no son más que dos manifestaciones—positiva y negativa—de un mismo fenómeno: desconocimiento de una situación jurídica distinta a la apariencia que la posesión comporta; y que ambas expresiones resultan intercambiables, puesto que *grosso modo* tanto significa ignorar un vicio adquisitivo como creer en la validez del título del transferente (38), los autores formulan un concepto unitario de posesión de buena fe, partiendo de la visión conjunta de ambas normas legales. La buena fe posesoria se concibe así como creencia de haber adquirido válidamente del verdadero dueño. O ignorancia de la ineficacia del título adquisitivo por parte del adquirente. Es decir, en ambos casos, convicción de que el negocio realizado con el anterior poseedor es válido y eficaz.

Tal formulación conjunta nos parece razonable. Y refleja gráficamente la naturaleza de la buena fe posesoria. Pero creemos que

(38) DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho civil. III. Derecho de cosas*. Universidad de Valencia. Facultad de Derecho, 1967, págs. 130-131.

podría matizarse con algunas puntuaciones complementarias: a') La palabra "vicio" que utiliza el artículo 433 C. c. no debe entenderse en sentido técnico, como vicio del consentimiento que invalide el negocio, sino en sentido amplio, como causa determinante de la ineficacia del título adquisitivo posesorio (39); b') La posesión de buena o mala fe tiene trascendencia jurídica en distintos supuestos: frutos, gastos y mejoras; la posesión como título en los bienes muebles; la posesión *ad usucaptionem*, etc. Quizá por esa pluralidad de aplicaciones prácticas, la posesión de buena fe se define en el artículo 433 en sentido muy amplio. La ignorancia que ella traduce sobre el vicio o causa impeditiva, puede afectar tanto al título como al modo de adquirir. Resulta más difícil imaginar que el vicio posesorio se proyecte sobre el *modus adquirendi*. Pero esta posibilidad no queda excluida en la norma que estamos considerando. Se puede ser poseedor de buena fe aunque se ignore que la *traditio* a su favor no era válida; c') Desde el punto de vista que ahora nos interesa, la buena fe del poseedor ex artículo 464 se acerca más al juego de la usucapión: Lo que se trata de convalidar en el artículo 464, en beneficio del poseedor de buena fe, no es la ineficacia resultante de un vicio en el modo de adquirir, de una causa de nulidad o invalidez del título, sino de la falta de dominio en el *tradens* titular anterior. Parece claro que si el título adquisitivo es nulo (por vicio de consentimiento, inexistencia de elemento esencial, infracción de prohibición legal, etc.), la ineficacia derivada de esa nulidad se dará siempre inter partes sin limitación y, por tanto, afectará al adquirente aunque sea poseedor de buena fe a título de dueño e ignore la causa de la nulidad. El artículo 464 no convalida frente al adquirente poseedor la nulidad del título adquisitivo, sino la adquisición de quien no era dueño. Lo cual coincide con la finalidad fundamental que se persigue mediante el mecanismo de la usucapión. La buena fe del poseedor protegido por el artículo 464 consistirá, pues, en la creencia —razonable— de que su transferente era dueño y podía transmitir sin limitación. Sólo así la posesión —en determinadas circunstancias— equivale al título y dispensa de la prueba de éste. Lo cual recorta el amplio concepto de buena fe que da el artículo 433, a los limitados efectos de su aplicación al concreto caso del artículo 464, y lo acerca al contenido del artículo 1.950.

De esta manera, la buena fe del poseedor protegido por el artículo 464 se perfila como creencia de haber adquirido válidamente de quien era dueño (aspecto positivo) o ignorancia de la falta de dominio o de la facultad dispositiva en el *tradens* y de la invalidez que ello produce en el título adquisitivo (aspecto negativo). Aunque ambas formulaciones parecen complementarias, y reflejo de una misma idea, sin embargo, en sentido estricto y técnico, creencia (1.950) e ignorancia (433) no son términos homogéneos ni radicalmente antitéticos. Quiero decir que lo contrario de la ignorancia sería el conocimiento, y lo opuesto a la creencia será la falta de confianza o de fe. ¿Por qué,

(39) DÍEZ PICAZO, loc. cit., pág. 130.

pues, contraponer ambas expresiones? Claro que frente a la ignorancia de un concreto dato real (la situación jurídica en virtud de la cual el transferente no era dueño) estará el conocimiento efectivo de esa situación. Y tal conocimiento excluiría la buena fe. De modo que quien adquiriera con esa creencia, no sería de buena fe: a efectos de su protección por el artículo 464, sería un adquirente de mala fe. Pero la buena fe es algo más que esa mera ignorancia. Supone una auténtica creencia en que la situación de apariencia dominical exteriorizada por la posesión corresponde a un verdadero derecho de dominio actual y susceptible de enajenación por parte del transmitente. Creencia es algo más que conocimiento o no ignorancia (40). Supone una incorporación o adhesión vital a la verdad conocida. Recordemos la clásica distinción orteguiana entre ideas y creencias. La creencia implica un cierto nivel de confianza, de fe. Lo cual nos lleva de la mano al viejo y fecundo concepto de la confianza en el Derecho, tan lleno de contenido en el Derecho romano. La creencia como confianza determinante de una conducta humana no es meramente intelectual (como el conocimiento), no es operación científica o descubrimiento de verdad, sino que implica la incorporación vital de algo, sea o no verdad, a mi repertorio de actividades, si a mí me parece que lo es y es capaz de condicionar mi conducta. En la convicción existe una interferencia subjetiva, una confianza (fe) en el dato creído, que es sólo aparente, y que resulta distinta de la interferencia objetiva de la verdad. Por eso en Derecho romano esa representación de confianza o creencia se expresa con la palabra "fides", respecto de la cual la *bona fides* no es más que una especificación.

Cierto que esa creencia viene condicionada por la ignorancia, de la que resulta ser su efecto, pero no se identifica con ella, sino que la transciende. Así descubrimos en la buena fe posesoria el elemento, sin duda importante, de la creencia o confianza, confianza en la apariencia (41). Lo cual nos resulta muy cercano, en la actualidad, al

(40) Remito al lector interesado por estos temas en el terreno filosófico y teológico, al libro de HEINRICH FRIES, *Creer y saber*, Edic. Guadarrama, Madrid, 1963.

(41) El requisito de la buena fe está íntimamente unido a la protección de la apariencia jurídica. Evidentemente, no es que la buena fe derive de la protección de la apariencia. Ambas son realidades complementarias, pero separadas. Al proteger la apariencia jurídica se trata de salvaguardar la seguridad en el tráfico de ahí derivada. La publicidad —en sentido técnico jurídico— es el instrumento normal para preconstituir la apariencia. A su vez, dentro de la publicidad caben dos medios o posibilidades para su realización: posesión y Registro, publicidad posesoria y publicidad registral. Pero para que la publicidad despliegue sus efectos negativos de inoponibilidad (lo no publicado no repercute sobre el tercero), es preciso que el tercero, destinatario de aquélla, sea de buena fe. Sólo cuando realmente desconozca la situación no publicada, le será inoponible. La falta de publicidad presupone su no conocimiento. Pero para acreditar éste necesita el complemento de la buena fe. La cual, a su vez, se presume también.

A través del criterio de la oponibilidad y de su juego en el tráfico jurídico, la buena fe se conecta necesariamente, como requisito complementario, con la publicidad en cualquiera de sus manifestaciones. Y, por tanto, también con la apariencia posesoria.

problema de la seguridad del tráfico jurídico, y nos pone de manifiesto la importancia que encierra el artículo 1.950 para la comprensión del requisito de la buena fe que estamos estudiando.

c) Como creencia derivada de la confianza en una situación aparente y de la ignorancia de la situación real, la buena fe es un dato psicológico. Pero es también algo más. Se cree algo responsablemente. La creencia, a estos efectos convalidantes en que juega la buena fe, exige una cierta diligencia. De acuerdo con los postulados de la teoría ética de la buena fe, sólo es buena fe una creencia o una ignorancia cuando responden a un modo de actuar honesto de la persona (42). No basta una creencia equivocada cuando ésta es socialmente condenable, cuando arranca de una ignorancia inexcusable y no diligente. El poseedor sólo será de buena fe cuando el error determinante de su conducta no sea irresponsable, cuando para llegar a esa convicción errónea haya empleado la diligencia propia de una persona cuidadosa y socialmente digna de protección. Lo contrario supondría llevar la protección del poseedor más allá de los límites que impone la justicia, sobre todo si se recuerda que con esta protección puede llegar a expropiarse de su derecho al titular anterior que creó la apariencia posesoria. La buena fe es así un concepto psicológico y ético a la vez (43).

(42) DÍEZ PICAZO, *Lecciones*, III, págs. 130-131.

Según este autor, siguiendo a BETTI, los artículos del C. c. en los cuales se hace alusión a la buena fe pueden clasificarse en tres grupos diversos:

a) Buena fe como "ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho"; hay entonces un acto que es objetivamente antijurídico e irregular y que, sin embargo, la persona ha realizado con la convicción de que su comportamiento era regular y permitido..., artículos 69, 361, 382, 383, 433, 451, 1.487, 1.488, 1.529, 1.778 1.897 y 1.899 C. c. En todos estos casos la conducta de la persona es objetivamente antijurídica, pero es honrada y justa teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba.

b) En otros casos, buena fe significa *confianza en una situación jurídica que permite*, en un negocio jurídico de disposición, *creer* al atributario *en la legitimación y poder del disponente*. La buena fe se liga aquí con la confianza en una apariencia jurídica. Este supuesto se distingue del anterior porque aquí la persona no incide en error acerca de su titularidad o de la legitimidad de su conducta, sino de la titularidad o la legitimidad de la conducta de su adversario y además confía—fía—en lo que da a entender la apariencia de derecho: artículos 464, 1.473, 1.298 y 1.164 C. c. y 34 L. H.

c) En un tercer aspecto, buena fe significa fundamentalmente *rectitud y honradez en el trato* y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos: artículos 1.107, 1.258, 1.688, 1.705 C. c. y 57 C. de c.

En esos tres grupos de supuestos hay una nota común: *la interna honradez con que la persona actúa* (*La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, págs. 136-137).

(43) Sobre la célebre polémica entre WÄCHTER y BRUNS acerca de si la buena fe es un hecho psicológico o ético, o ético-psicológico, y las diversas teorías sobre la naturaleza de este elemento, vid. F. GÓMEZ ACEBO: *La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el C. c.*, "R.D.P.", 1952, págs. 106-109.

Algunos autores han pensado que la buena fe es un concepto volitivo, no intelectivo, centrado en la teoría de la voluntad jurídica. Así, Levi y Carnelutti. Según este último, la buena fe, jurídicamente, es voluntad conforme al derecho, o sea, voluntad del derecho. La buena fe es obediencia a la ley. Y para Mengoni la buena fe es voluntad exenta de dolo (44). A pesar de la autoridad de sus mantenedores, no parecen muy convincentes estas afirmaciones.. Al menos a los limitados efectos del problema de la buena fe posesoria a que ahora nos estamos refiriendo, la buena fe no supone un querer actuar de una determinada manera, atributo de una voluntad negocial. Sino la convicción errónea basada en la apariencia que hace confiar en la validez de la adquisición. Claro que el negocio jurídico de adquisición (compraventa, permuto, etc.) sí es voluntario, como todo acto humano relevante. Pero no se quiere comprar conforme a derecho, cuando el comprador es de buena fe. Más bien, se quiere voluntariamente adquirir y la creencia de que la adquisición realizada es válida, por la apariencia dominical del transmitente, precipita la adquisición a *non domino*. La buena fe modaliza la adquisición, e influye en su eficacia, pero no forma parte de los requisitos de voluntad del negocio adquisitivo. La buena fe resulta más un concepto de contenido ético-psicológico, intelectivo, que volitivo (45).

d) Al estudiar el tema de la buena fe y de su naturaleza, Gómez Acebo lo plantea en relación con el más amplio problema de la función creadora de la voluntad en el Derecho, la cual, a su vez, puede proyectarse sobre un doble plano: a) El de la suficiencia de la voluntad para la producción del efecto querido, lo que la doctrina llama el "posse". b) El de la licitud de dicha voluntad o su acomodación con la ética normativa, lo que la doctrina llama el "licere". El "posse" conduce a la teoría —siempre según este autor— de la validez y de las nulidades. El "licere", en cambio, a la teoría de la reparación en el orden civil y las sanciones en el orden penal. Pues bien, la buena fe sería la voluntad dirigida a un resultado antijurídico, pero incons-

(44) Ver el resumen de estas teorías en el trabajo citado de GÓMEZ ACEBO, pág. 109.

(45) En contra, GÓMEZ ACEBO, loc. cit., págs. 119-120.

En Derecho italiano, MENGONI ha afirmado que uno de los elementos que concurre siempre para formar el supuesto de hecho de las adquisiciones a *non domino* es la buena fe del tercer adquirente. La buena fe se considera aquí en sentido subjetivo, como *hecho psicológico de naturaleza intelectiva*, definido por la ley como ignorancia (arts. 1.147, 1.149 C. c. italiano) o error (art. 533 C. c.), cuya antítesis, la mala fe, es un estado de conocimiento, de "scientia"... La buena fe subjetiva es un estado intelectivo (un modo de ser del juicio) cuya trascendencia jurídica descansa sobre el principio ético que justifica a quien comete un daño ignorando que lo hace... Según el artículo 1.147-1.º C. c. italiano, es poseedor de buena fe el que posee ignorando perjudicar el derecho ajeno... La buena fe así definida en el Código, según la jurisprudencia es una noción de carácter psicológico y de contenido ético... En la letra de los artículos 1.153 y 1.159 se ve claramente que la buena fe se especifica por referencia al dato formal de la alienabilidad de la cosa, y toma el significado de "ignorancia de adquirir de quién no es propietario" (*Gli acquisti a non domino*, 2.ª edic., Milano, Giuffré, 1968, págs. 303, 307, 311, 312 y 314).

ciente de su antijuricidad. Voluntad objetivamente antijurídica, pero subjetivamente no ilícita por ignorancia de aquella antijuridicidad. De esta manera, la buena y la mala fe son manifestaciones de la voluntad que se sitúan en el plano del "licere" (46).

Esta construcción ha sido criticada en nuestra doctrina, entre otros, por Molleda Fernández Llamazares, quien estima de todo punto arbitrario pretender encajar exclusivamente o principalmente la buena fe y la mala fe, dentro de nuestro Derecho, en el campo del "licere", como arbitrario sería pretender encajarlas exclusivamente o principalmente en el campo del "posse". Las valoraciones que en nuestro ordenamiento se hacen de la buena y mala fe miran, unas veces a la eficacia de los actos jurídicos y otras a la licitud de tales actos, sin que falten casos en los que se valoran a ambos efectos (47). Quizá sea oportuna esta matización conceptual, por cuanto no se puede vincular la eficacia de la buena fe en todo caso a la relevancia jurídica del "licere" y no del "posse". Supondría tal construcción una jurisprudencia de conceptos que implicaría la predeterminación teórica de los efectos de la buena fe, sin tener en cuenta su respectivo juego concreto en cada uno de los numerosos casos en que interviene dentro de nuestro C. c. Pero según este mismo autor, en el supuesto del artículo 464 —que ahora estamos estudiando específicamente— la buena fe se valora por el ordenamiento como requisito de eficacia del acto adquisitivo por el poseedor en esas circunstancias (48). Y, por tanto, también en este caso concreto, la buena fe quedaría vinculada al plano del "licere".

e) Las precedentes consideraciones nos llevan de la mano a otro problema, reiteradamente tratado por la doctrina: si existe un concepto único de buena fe o, por el contrario, hay que distinguir varias clases de buena fe, distintas en sus perfiles y en su funcionamiento, no susceptibles de adecuada unificación. No vamos a entrar con detalle en este planteamiento, por ser puramente constructivo; por referirse a la teoría general de la buena fe, más que a la consideración de uno de sus concretos supuestos; y porque rebasa así el específico tema que aquí estamos estudiando: la posesión de buena fe regulada en el artículo 464 C. c.

Baste con recordar que la separación entre dos tipos o clases de buena fe: buena fe objetiva aplicable en el campo de los contratos (artículo 1.258) y buena fe subjetiva en el campo de los derechos reales (arts. 433, 1.950), es admitida casi unánimemente por la doctrina española y extranjera. Ya en 1925, Von Thur consideraba vigente esa distinción en Derecho romano (*contractus bonae fidei*; *bonae fidei possessor, usucapio*) y en Derecho francés y alemán contemporáneos (49).

(46) Loc. cit., págs. 119, 122 y 123.

(47) *La presunción de buena fe*, en "Estudios de Derecho Privado", coordinados por A. de la Esperanza Martínez Radfo. Edit. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1962, Tomo I, págs. 195-197.

(48) *Ibid.*, pág. 197.

(49) VON THUR, *La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual*, págs. 338 y sigs.

El problema teórico está en decidir si esos dos tipos son manifestaciones de un mismo fenómeno o, más bien, son figuras distintas.

Por otra parte, parece que la clasificación entre buena fe objetiva y subjetiva no se corresponde exactamente con la distinción de la buena fe según se aplique al campo de los contratos y obligaciones por una parte y al de los derechos reales por otra. Que la buena fe interpretativa o complementaria de los contratos (1.258 C. c.) es objetiva, parece claro. Como que la buena fe del adquirente de bienes muebles o inmuebles (464, 1.473 C. c.; 34 L. H.) es subjetiva, porque aquí se refiere no sólo a los bienes, muebles o inmuebles, sino al contrato de compraventa —o al que sea— en que esos bienes se adquieren. Pero hay también otros supuestos de buena fe subjetiva especialmente tipificada en los contratos (50).

Salvo la opinión disidente de Gómez Acebo (51), la mayoría de la doctrina española es partidaria de un concepto dual o plural de la buena fe, no unitario. Así, Roca Sastre (52), Diez Picazo (53) y Molléa Fernández Llamazares (54).

Como ha recordado SALVATORE ROMANO, el propio VON THUR señala que la "gute Glaube" —o buena fe del Derecho alemán— ha surgido a través de una diferenciación y a partir del más amplio concepto de la "bona fides" romana. La "bona fides" era originariamente un concepto de contenido moral e indicaba la manera de sentir del hombre honesto. De tal concepto —romano y genérico— derivarían, según VON THUR, por un lado la "TREU und GLAUBE", como metro para medir la interpretación y la integración de los negocios jurídicos; de otro, la "GUTE GLAUBE" o buena fe, cuyo carácter distintivo no reside ya en el sentimiento honesto en cuanto tal, sino más bien en el conocimiento o no conocimiento de elementos de hecho. Destaca entonces cómo por dichas razones la "GUTE GLAUBE" es un elemento perteneciente al campo del conocimiento y que se valora por el Derecho para proteger la honestidad en las relaciones interindividuales (Allgemeine Teil, II, pág. 134, nota 63, citado por SALVATORE ROMANO: *La buona fe nel Diritto privato*, Enciclopedia del Diritto, 5.º vol., Milano, Giuffrè, 1959, pág. 677, nota 4).

(50) Vid DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, págs. 188 y sigs.

Según este autor, la buena fe subjetiva en los derechos reales aparece como el error o creencia en que se encuentra el sujeto, en cuyo beneficio actúa el principio de que no lesiona ningún derecho ajeno. De este modo la buena fe sirve a configurar una situación de la que se deduce típicamente la que hemos llamado SUB-LEGITIMANTE. En la buena fe objetiva y en numerosos aspectos de la *buena fe subjetiva en el Derecho de obligaciones*, la buena fe aparece como OB-CAUSANTE, por el alcance normativo de la buena fe objetiva y por la naturaleza expansiva de este tipo de buena fe en el campo del Derecho de obligaciones, lo cual también es una consecuencia del aspecto dinámico de la regulación de los derechos reales (*Ibid.*, página 230).

(51) Loc. cit., págs. 122-123.

(52) Cabe un concepto unitario de la mala fe, mas no de la buena fe ("Derecho Hipotecario", I, págs. 523 y 517 y sigs.).

(53) Vid. lo dicho en la precedente nota (42).

(54) La buena fe objetiva y la buena fe subjetiva podrán converger, como quiere ALGUER, en el mundo de los principios jurídicos generales, pero desde luego, ni estructural ni funcionalmente tienen nada que ver en el terreno de las realidades valoradas por la norma (*Loc. cit.*, págs. 194-195)... La buena fe en nuestro ordenamiento carece en principio de perfiles uniformes, tanto en el terreno estructural como en el funcional... En nuestro

f) También se ha planteado entre los autores la interrogante sobre si la posible duda acerca de la titularidad del transmitente —cuya falta convalida la buena fe en las adquisiciones a *non dominio*— da lugar a una adquisición de buena fe o de mala fe; o si, por el contrario, la creencia dudosa implica una situación distinta, que no es ni de buena ni de mala fe en sentido estricto. Y qué consecuencias jurídicas produciría esa anormal situación basada sobre una duda razonable, en orden sobre todo a la posible protección del adquirente en dichas condiciones pese a la falta de dominio de su transmitente (55).

Como ha recordado Díez Picazo, ya entre los canonistas se suscitó esta cuestión al hablar del estado de “*dubia conscientia*” y su aproximación al de mala fe (56). Roca Sastre piensa que el estado de duda no elimina la buena fe, porque no basta para perder la situación de buena fe el que el adquirente se halle en presencia de presunciones o vagos indicios que, a lo sumo, le permitirían sospechar la existencia de las causas de invalidación o ineficacia. Entre el conocimiento y el desconocimiento de un hecho no cabe concepto intermedio, y el estado de duda es una simple subespecie de la ignorancia. Quien duda continúa ignorando (57).

Frente a esto, Fernando Melón entiende que la duda del adquirente debe originar una situación semejante a la de concurrencia de culpa por su parte —a que en seguida nos referiremos—: la culpa

Derecho positivo se exigen varias dosis distintas de buena fe, de suerte que esta expresión no se corresponde con un único concepto dogmático, sino con una serie de juicios normativos diversos, verificados en circunstancias distintas e incluso separados, a veces, por su diferente estirpe histórica. Tal opinión parece llevarnos de la mano al mantenimiento para nuestro Derecho de la teoría pluralista de RODOLFO SACCO, lo que, por cierto, parece estar en contradicción con la inicial posición unitaria de VALLET de configurar en síntesis a la buena fe, de acuerdo con CARNELUTTI, como la voluntad conforme a Derecho.

A nuestro juicio, en efecto, es imposible fijar en nuestro Derecho *a priori*, fuera de los casos en que la ley resuelve expresamente la cuestión, la consistencia y alcance de la buena fe. Hay que interpretarla en cada supuesto en que la norma la valora, con arreglo a la estructura y funcionamiento del propio supuesto tal como la norma lo concibe (*Ibid.*, págs. 204-205).

(55) El problema de la compatibilidad de la duda con la buena fe ha constituido la línea divisoria de las concepciones positiva y negativa de la misma. Para aquéllos, como BRUNS, que conciben positivamente la buena fe como una creencia, el problema se resuelve en un sencillo silogismo. La buena fe está constituida siempre por un error; la duda es incompatible con el error; luego la duda excluye la buena fe. Para aquellos otros, en cambio, como BONFANTE, que conciben la buena fe en forma negativa, como ausencia de dolo, la duda no excluye necesariamente la buena fe. A toda situación de duda no corresponde el dolo; puede éste existir o no, y su existencia dependerá de las circunstancias del caso concreto, pero sin ser posible criterio *a priori* (GÓMEZ ACEBO, *loc. cit.*, pág. 111).

(56) *Lecciones*, III, pág. 131.

(57) “Derecho Hipotecario”, I, págs. 539 y 540. Cita en apoyo de esta amplia concepción de la buena fe las Sentencias de 20 diciembre 1904, 8 octubre 1910 y 30 diciembre 1944, así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 diciembre 1931 y 10 agosto 1939.

destruye la presunción de buena fe; su concurrencia sirve para clasificar de mala fe al adquirente y le priva de la protección que el Derecho concede al poseedor de buena fe (58). Y siguiendo la doctrina de Messineo, Díez Picazo cree que los estados de duda deben equipararse a los de mala fe si la duda es grave. Si acaso, sólo la ignorancia derivada de duda leve podría identificarse con la buena fe (59). Lo que presupone la necesaria valoración, caso por caso, de esta cuestión de hecho que es la duda (grave o leve, mayor o menor, justificada o no) del adquirente, de acuerdo con las circunstancias concretas de cada situación jurídica.

De ambas posturas, la segunda nos parece más aceptable. Especialmente si se tiene en cuenta el necesario elemento ético-social que hay dentro de la buena fe que estamos considerando, y a que antes nos hemos referido. La buena fe exige un comportamiento diligente, cuidadoso, responsable y socialmente digno de protección. El que no vence su duda o incertidumbre inicial, y adquiere sin más, sin preocuparse del fundamento de esa convicción, quizás no merezca la tutela jurídica del artículo 464. Al menos, en la medida en que sea responsable, por omisión o negligencia, de aquella errónea e incierta apreciación. Pero insisto: en definitiva se trata de una cuestión de hecho, que habrá que reconstruir y valorar en cada caso.

g) En cuanto las relaciones de la buena fe con la culpa y el dolo, el tema ha sido también ampliamente controvertido. Se ha dicho repetidas veces que la buena fe en sentido amplio supone la ausencia de dolo (Bonfante). Y que el error sobre la titularidad del causante en que la buena fe consiste, debe ser inexcusable o no culposo.

Para Roca Sastre la buena fe, al menos en su proyección sobre el campo inmobiliario, es independiente de todo idea culposa, aunque el desconocimiento o la ignorancia que le sirven de base sean producto de la negligencia del actual titular. Y que la buena fe es incompatible con el dolo, debiendo rechazarse la pretensión de reducir el concepto de buena fe a los estrechos límites de la ausencia de intención dolosa o de ánimo fraudulento (60).

Según Gómez Acebo, la culpa es cuestión extrínseca a la buena fe; no de "existencia", sino de "suficiencia" de la buena fe. La excusabilidad no es elemento constitutivo de la buena fe, sino hecho impeditivo de la protección jurídica normal dada a la misma. No puede equipararse la mala fe y la culpa grave en su ausencia, sino sólo "quoad effectum". En un caso habrá mala fe, con todas sus consecuencias; en otro, buena fe, pero en que la presencia de la culpa actuará de hecho impeditivo para el desarrollo de los efectos jurídicos normales de la misma (61).

(58) *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, páginas 134-135.

(59) *Lecciones*, III, pág. 131.

(60) "Derecho Hipotecario", I, págs. 526 y 529.

(61) Loc. cit., pág. 112.

Fernando Melón, de acuerdo con la tesis de Pérez González y Alguer, piensa que cuando la creencia en la titularidad del tradens se basa en culpa o negligencia del adquirente, ella es suficiente para colocar a éste en situación de mala fe, desprovista —por tanto— de protección (62). Y para Díez Picazo, cuando la culpa es grave equivale a la mala fe, siendo sólo compatible con la buena fe la culpa leve (63).

Las palabras dolo y culpa se utilizan por el C. c. y por los tratadistas en diferentes ocasiones. En sentido estricto y técnico, el dolo es un vicio de la voluntad contractual (arts. 1.269 y 1.270 C. c.) o una matización del incumplimiento de una obligación que desata en todo caso la indemnización de daños y perjuicios. Aparte otros significados, la culpa o negligencia como causa de imputabilidad —omisión voluntaria de la diligencia necesaria (art. 1.104)—, determina igualmente, pero con distinta extensión (art. 1.103), aquella indemnización por incumplimiento.

Parece claro que ninguno de estos conceptos estrictos de dolo y culpa tiene nada que ver con la buena fe posesoria (art. 464). Porque aquéllos se aplican a la celebración del negocio o al incumplimiento de la prestación obligatoria, mientras que la buena fe es un dato intelectivo que se predica del adquirente de la posesión mobiliaria en determinadas condiciones.

En sentido muy amplio la buena fe podría entenderse como, ausencia de intención dolosa. Pero este criterio puramente negativo, desvirtúa un poco la naturaleza específica de la buena fe posesoria exigida por el artículo 464, y hace del dolo un concepto demasiado impreciso.

En cambio, la culpa como criterio de imputabilidad, como omisión responsable de diligencia, sí se conecta más con la buena fe que aquí estamos estudiando. Si se piensa, como repetidas veces hemos indicado, que la errónea convicción determinante de la posesión de buena fe ha de ser inexcusable, y exige por parte del favorecido por ella una cierta dosis de diligencia. Desde este punto de vista, y con todas las reservas que impone el recordar la importancia que las circunstancias de hecho de cada caso concreto tienen para la calificación de la buena fe dentro del mismo, no habría inconveniente en admitir que la culpa grave equivale a mala fe. O, por lo menos, excluye la buena fe protegida.

h) Cuando se adquiere la posesión (o la propiedad) por medio de un representante voluntario o apoderado, la buena fe debe exigirse en el representante, en el representado o en ambos? Siempre a efectos de lograr la protección que dispensa el artículo 464.

Para Hupka, en contra de la doctrina dominante, la buena fe debe darse en el representado (64), opinión que comparte Roca Sastre,

(62) *La adquisición de mercaderías...*, pág. 134.

En el mismo sentido, el párrafo 932 del "BGB" allí citado.

(63) *Lecciones*, III, pág. 131.

(64) *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Traducción de Sancho Seral. Edit. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1930, págs. 61-62.

con la única excepción de la representación legal de incapaces (65). Pérez González y Alguer y Albaladejo son partidarios de la necesidad de buena fe en el representante (66). Fernando Melón estima necesaria la buena fe tanto en el representante como en el representado, al menos por lo que respecta a la interpretación del artículo 85 C. c., a que en seguida nos referimos (67). Un sector muy autorizado de la doctrina española, entiende que la buena fe ha de exigirse al *dominus negotii*, es decir, al representado, no al representante, y deberá determinarse conforme a la voluntad de aquél. Si el representante obra de mala fe, el *dominus* incurirá en cierta responsabilidad, pero de una forma indirecta, como persona con poder sobre otra y de cuyos actos debe responder (68).

En la práctica creemos que habrá que distinguir según se trate de poder general e indiferenciado o poder especial y concreto. Si el representado encarga el representante la compra de un objeto específico y determinado (un concreto cuadro de Picasso, pongo por ejemplo) de una persona individualizada (Don X.), y le confiere poder para ello concedido en esos términos, parece que la buena fe deberá tenerla el *dominus*, ya que el representante se ha de limitar a cumplir sus órdenes tan expresamente formuladas. Mientras que si el representado encomienda al representante la compra de algún objeto antiguo o artístico en su próximo viaje por Itá'ia, y otorga un amplio poder a su favor con tal finalidad, entonces la buena fe deberá tenerla el representante, que es el que elige, determina y aprecia el objeto y las condiciones de la adquisición. La concesión de poder se basa en un elemento interno de confianza. Y es lógico, además de justo, que repercutan sobre la persona del representado, destinatario de la atribución patrimonial, los vicios o defectos del acto adquisitivo en cuanto afecten al representante interviniente. Dicho sea en forma muy resumida y sin mayores precisiones.

Todo ello en cuanto a la representación directa. En los supuestos de representación indirecta, la solución que se propugna puede ser la misma, pues el no expresar frente al tercero la cualidad representativa del comprador, ni el destino del bien comprado al patrimonio del representante, no es obstáculo para que la buena fe convalide la adquisición a *non domino* a favor de éste con la misma extensión. Respecto a la representación legal, entonces parece más claro que la buena fe debe concurrir exclusivamente en la persona del representante.

i) ¿En qué momento es necesaria la buena fe del poseedor para que pueda desatarse la protección contenida en el artículo 464? Molleda Fernández Llamazares ha recordado que la buena fe se refiere en unas ocasiones a un acto, o a una situación jurídica de

(65) "Derecho Hipotecario", I, pág. 537.

(66) Vid. la referencia de la opinión de estos autores en FERNANDO MELÓN, *La adquisición de mercaderías...*, pág. 138.

(67) Loc. cit., págs. 138-139.

(68) Apuntes tomados de las explicaciones en clase de don Federico de Castro.

producción temporalmente única (por ejemplo: matrimonio putativo), y en otras a una situación jurídica de producción temporalmente sucesiva (por ejemplo, posesión). En el primer caso la buena fe se requiere sólo en el momento mismo de producirse el acto, precisamente por tratarse de situaciones de trato único, y mala *fides superveniens non nocet*. Mientras que en el segundo caso, cuando la buena fe se valora en relación con situaciones de trato sucesivo, mala *fides superveniens nocet*. Sin embargo, en materia de posesión hay un caso excepcional en que este último criterio no juega: el supuesto del artículo 464, porque la valoración normativa de la buena fe se refiere únicamente al momento de adquisición de la posesión (69).

Tal parece ser la opinión mantenida por la doctrina dominante en torno al artículo 464 y la más razonable. Para que la posesión equivalga al título es preciso, aparte otros datos, que haya sido adquirida de buena fe. La buena fe tiene relieve jurídico en el momento del acto adquisitivo. Pero de adquisición de la posesión, no de la titularidad de fondo (dominio, usufructo, etc.) que la posesión exterioriza. El acto adquisitivo que es tenido en cuenta no se identifica aquí con el título, sino con el modo: *traditio*, sea cualquiera la forma en que el desplazamiento posesorio se haya producido. Basta con que entonces el adquirente ignore razonablemente o tenga la convicción fundada de que su transmitente era titular del derecho que transmite mediante la entrega de la posesión de la cosa. Entonces, y siempre que la cosa mueble no haya sido objeto de pérdida ni de privación ilegal, el adquirente obtiene una situación jurídica inatacable, irreivindicable frente al anterior propietario desposeído, y sin necesidad de acreditar su título de dominio. Aunque después de esa adquisición posesoria llegue a conocer la falta de titularidad del tradens, ello ya no desvirtúa su posición inatacable. Adquirió en firme y desde entonces es protegido. Malas *fides superveniens non nocet*. Se protege no la situación posesoria, en tanto en cuanto es poseedor, sino el acto de adquisición de la posesión (70). Todo lo cual nos hace recordar una vez más el aspecto de adquisición a *non domino* (situación irreivindicable consumada y protegida desde su origen) que late en el artículo 464.

j) La concurrencia de buena fe es necesaria para que entre en juego el artículo 464 C. c. Pero aquella ignorancia o convicción errónea de que el transmitente era dueño, en que se cifra la buena

(69) Loc. cit., págs. 222-223.

A pesar del error que aquí se padece al confundir, en el primero de los supuestos indicados, negocio jurídico y relación negocial, acto jurídico y situación jurídica resultante del mismo, sin embargo, el enfoque de fondo de esta cuestión nos parece acertado. Y puede servirnos de resumen para el planteamiento del tema que aquí tan sucintamente se refiere.

(70) Según el artículo 1.147-3.^o C. c. italiano, "basta que se dé la buena fe al tiempo de la adquisición". De donde deduce MENGONI que la buena fe posesoria no exterioriza una situación o comportamiento permanente o continuado, sino una calificación referida exclusivamente al acto de adquirir la posesión (loc. cit., págs. 311-312).

fe del adquirente poseedor, no hay que demostrarla en cada caso. El artículo 434 establece la presunción de buena fe en términos muy amplios. En principio, se reputa a todo poseedor como si lo fuera de buena fe, como si hubiera adquirido la posesión ignorando la falta de titularidad de su causante. Pero el anterior propietario que reivindique la cosa mueble puede demostrar que esa buena fe no se ha dado. Sólo frente a la alegación y prueba de la mala fe (inversión de la carga de la prueba resultante de la presunción *iuris tantum*. Vid. el propio artículo 434 C. c.), habrá que probar adecuadamente, y mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho, que se adquirió de buena fe; supuesto que es el momento de adquisición de la posesión el determinante de la virtualidad de la buena fe.

La presunción aludida tiene su apoyo, quizás, en la consideración de que no cabe suponer la deslealtad o la falta de honradez social en los ciudadanos. Y su funcionamiento sirve para facilitar en gran medida la rapidez y la seguridad del tráfico, así como la enérgica protección que el artículo 464 dispensa al comercio de bienes muebles, y a los adquirentes confiados en la apariencia posesoria. Pero la experiencia no siempre justifica aquella optimista valoración de las conductas humanas. Ni la presunción excluye la mala fe: simplemente exige su demostración. Por eso, aunque los términos del artículo 434 son muy amplios, hay que entender que el adverbio "siempre" con que el propio artículo 434 extiende el juego de la presunción, debe ser interpretado en sus justos límites, es decir, limitado al campo —ya de por sí bastante amplio— de la buena fe posesoria. Jugará la presunción de buena fe, y la dispensa de prueba que ella encierra, cuando la buena fe sea legalmente un requisito necesario para que el poseedor goce de determinada protección. Y no cuando la buena fe no esté unida a un concreto supuesto posesorio, ya que el artículo 434 está situado dentro del Título V del libro II que disciplina la posesión. Como ha dicho Molleda, una cosa es que la buena fe en sí misma sea un principio general de Derecho, y otra que también llegue a serlo la presunción de buena fe, que no siempre entra en juego (71).

En definitiva, se trata de una cuestión de hecho que habrá que probar en cada caso frente a la negación de la buena fe por parte del contradictor o reivindicante. Que habrá que demostrar por cualquier medio probatorio (prueba no tasada) en el proceso correspondiente. Y que habrá de ser valorada por el juez en cada caso, de cuya apreciación dependerá la declaración de existencia de la buena fe impugnada y la efectividad de la protección concedida por el artículo 464. Pero mientras no sea desvirtuada procesalmente, la presunción legal que estamos considerando servirá para facilitar en gran medida

(71) Loc. cit., pág. 227.

Para el planteamiento de esta cuestión en la doctrina italiana y francesa, vid. el mismo trabajo, págs. 215 y sigs.; así como su examen en "Derecho español", págs. 217 y sigs. y 228 y sigs.

dida el tráfico de los bienes muebles y la adquisición a *non dominio* por quien confía en la apariencia posesoria.

k) La no existencia de buena fe, o la prueba de que no se han dado los requisitos necesarios para que ésta concurra en el adquirente, dará lugar a que el poseedor de bienes muebles cuya suerte estamos considerando, se encuentra legalmente en una situación distinta: situación de mala fe. La dicción del artículo 433 es bien clara: se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario. No existe un *tertium genus*: se es poseedor de buena fe o de mala fe.

¿Qué efectos produce la mala fe dentro del problema que ahora nos ocupa? Sencillamente, que hace inaplicable el artículo 464 y la protección al poseedor que él consagra, por ser la buena fe supuesto de hecho de su entrada en vigor. El poseedor de mala fe no es protegido. Frente a él, triunfará la reivindicación del anterior propietario creador de la apariencia posesoria. Por falta de buena fe no se llega a consumar la situación inatacable del poseedor que consagra el artículo 464 y que impide la reclamación del propietario desposeído en determinadas condiciones (si no ha sufrido pérdida ni privación ilegal de la cosa). Al no actuar de buena fe, en la medida en que su ausencia sea debidamente contrastada y valorada por el juez, el poseedor no adquiere a *non dominio* y se ve expuesto a la reivindicación del dueño anterior. Si la buena fe es requisito constitutivo de la irreivindicabilidad y de la adquisición a *non dominio* en determinados supuestos, la mala fe juega como elemento impeditivo de esta extraordinaria protección. La equivalencia de la posesión al título, y la situación inexpugnable del poseedor (cuando concurren los demás requisitos del artículo 464, claro es), se vinculan por nuestro Derecho a ese dato de la buena fe. Se protege al poseedor porque al adquirir creyó fundadamente, diligentemente incluso, que su transmitente era dueño, por aparentarlo así según su situación posesoria. La falta de dominio no cognoscible —por ausencia de publicidad— es inoponible frente al tercer adquirente de buena fe. De acuerdo con los postulados institucionales de la oponibilidad de derechos. Si bien este último criterio no se acepta en toda su plenitud y se excluye en el artículo 464 excepcionalmente para los casos de pérdida y privación ilegal (72). En resumen, esta

(72) Aún podría recordarse aquí el caso deo que el *non dominus* que enajenó una cosa mueble —no perdida ni robada— a un tercero de buena fe, vuelva a adquirir luego por compra la misma cosa, ya sea de la persona a quien se la vendió, ya de un subadquirente. ¿Necesitará o no de buena fe para estar protegido? Y, en definitiva, ¿cabe frente a él la reivindicación con éxito del primitivo propietario desposeído?

Aunque algún autor piense lo contrario, entiendo que en este caso, el que ya era adquirente de buena fe a *non dominio*, no transmite el dominio al primitivo vendedor. Si el adquirente ya era dueño por ministerio de la ley, el antes vendedor, hoy comprador, no necesitaría —quizá— de buena fe para resultar protegido, porque sería un subadquirente a *domino*. Mas su falta de protección frente a la reivindicación del primitivo propietario arranca no tanto de su ausencia de buena fe, la cual sería fácilmente comprobable si había reconocido la cosa específica que él indebidamente vendió,

relevancia de la buena fe nos pone de manifiesto el carácter extraordinario de la irreivindicabilidad y de la adquisición a *non domino*.

E. Hasta aquí algunas de las cuestiones que se plantean, en relación con la posesión de buena fe de bienes muebles, al tratar de interpretar la norma contenida en el primer párrafo del artículo 464 C. c. Sin embargo, esta norma general no siempre se aplica y tiene también sus modalidades o excepciones. Recordemos algunas de ellas:

1) En primer lugar, los bienes muebles vendidos a plazos y sometidos a la regulación especial contenida en la L.V.M.P. de 17 de julio de 1965. La garantía del precio aplazado que obtiene el vendedor con la cláusula de reserva de dominio, sólo será oponible a terceros cuando esté inscrita en el Registro especial creado al efecto (art. 23 Ley y 4.º Orden de 8 julio de 1966, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de muebles). Pero, a su vez, dicha reserva de dominio afectará siempre a los terceros desde su inscripción, por la cognoscibilidad legal derivada de la publicidad registral. Inscrita la reserva, su oponibilidad hace imposible la adquisición a *non domino*. Frente a lo declarado por el Registro, no cabe ser adquirente de buena fe. Se superpone así la eficacia positiva de la publicidad registral a la negativa de la apariencia posesoria sin limitación. Por eso, cuando entre en juego esta Ley especial y la publicidad registral que en ella se otorga a la compraventa de muebles a plazos, puede quedar sin efecto la protección meramente posesoria del artículo 464-1.º. Se trata de bienes muebles y de contratos tipos sometidos a un régimen especial (73). En todo caso, el ejemplo propuesto es económica y sociológicamente muy importante, por la actual reiteración en masa de este tipo de ventas a plazos. Y la excepción que aquí se recoge puede llegar, en un futuro próximo, a desvirtuar en gran medida la norma general del artículo 464.

2) Por la misma razón de estar sujeta su transmisión y titulidad a normas especiales de publicidad y legitimación, quedan fuera del artículo 464-1.º C. c. las acciones representativas del capital de sociedades anónimas cuando son nominativas (art. 35 L. S. A.) (74).

(73) Cuanto de no ser tercero frente al reivindicante, sino parte en el contrato que engendró la apariencia; en no darse en relación con él un problema de tráfico cuya seguridad debe tutelarse. La reivindicación del propietario inicial podrá detenerse frente al tercero de buena fe, no frente a quien no es tercero.

(74) Todo ello con independencia del juicio que nos merezca la solución legal y el mecanismo de la reserva de dominio como garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes muebles. Vid. sobre este tema, RODRIGO BERCOVITZ, *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de los bienes muebles*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1971.

(75) Cfr. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Dictámenes*, tomo I, Madrid, 1968, páginas 101-105.

3) Cuando la cosa mueble que se posee haya sido adquirida en venta pública, el derecho del propietario anterior a reivindicarla sigue en pie en los mismos supuestos que regula el artículo 464-1.^o: es decir, en los casos de pérdida o privación ilegal, a pesar de la buena fe del adquirente (75). Pero entonces, en atención a esa publicidad de la venta, el reivindicante tiene que devolver al poseedor el precio que pagó por ella, sin necesidad de que éste lo reclame de su transmitente *non dominus* (art. 464-2.^o).

4) En forma similar, se da un derecho de rescate del precio más los intereses a favor de los Montes de Piedad, cuando las cosas en ellos empeñadas hayan de ser restituidas al verdadero propietario (art. 464-3.^o).

5) En fin, cuando las cosas muebles hayan sido adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o cuando el vendedor sea comerciante dedicado al tráfico de estos objetos, entonces el propio artículo 464 (párrafo 4.^o) remite expresamente a lo dispuesto en el C. de c.

Veamos la solución contenida en el artículo 85 de este último cuerpo legal. Aunque sea en forma resumida por la extensión que han tomado las notas precedentes.

2. Según el artículo 85 C. de c., "La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo en su caso los derechos del propietario de los objetos vendidos, para ejercitarse las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente.

Para los efectos de esta prescripción, se reputarán almacenes o tiendas abiertas al público:

1.^o Los que establezcan los comerciantes inscritos.

2.^o Los que establezcan los comerciantes no inscritos, siempre que los almacenes o tiendas permanezcan abiertos al público por espacio de ocho días consecutivos, o se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos en el local mismo, o por avisos repartidos al público o insertos en los diarios de la localidad."

A. Desde el punto de vista del supuesto de hecho contemplado por la norma, ¿cuáles son las diferencias entre el artículo 464-1.^o C. c. y el artículo 85 C. de c.?

No parece acertado pensar que el artículo 464 se refiere a las compraventas civiles y el 85 a las compraventas mercantiles: 1) Porque el artículo 464 y la protección que en él se dispensa al poseedor de bienes muebles en determinadas condiciones son independientes de la naturaleza del título adquisitivo. La posesión equivale al título tanto si el poseedor adquirió la cosa por compra, como por donación.

Recuérdese igualmente el caso de la venta de automóviles, con intervención administrativa en el reconocimiento de su titularidad a través del Registro correspondiente del Ministerio de Obras Públicas.

(75) Ello demuestra, una vez más, hasta qué punto la original redacción del artículo 464 fue tímida en la protección del tráfico.

o por herencia. No se protege a un determinado título adquisitivo (compraventa, adquisición por causa onerosa, etc.) con exclusión de los demás. Sino que la situación posesoria del adquirente exime de la prueba del título, sea éste cual fuere. El problema que allí se planteaba no era el de la colisión y preferencia entre dos títulos derivados del mismo causante (lo cual se disciplina en el artículo 1.473 C. c.), sino el de la prueba suficiente del título de dominio para enervar la acción reivindicatoria del anterior propietario; 2) Porque el artículo 85 no limita su aplicación a las compras hechas para la reventa (art. 325 C. de c.), y nada nos autoriza a reducir su ámbito objetivo de esa manera. Especialmente porque, tratándose de mercaderías, esas compras hechas con intención de volver a venderlas serán mucho menos frecuentes. Lo más habitual será que el comprador de las mercaderías las destine a su propio uso o consumo. Y porque aunque se aceptara, como hace algún sector de la doctrina, que será mercantil no sólo la compra para revender, sino también la reventa ulterior hecha por comerciante, ensanchando así el criterio del artículo 325 C. de c., tampoco entonces habría razón para limitar el ámbito del artículo 85 y reducirlo sólo al supuesto de ventas mercantiles, en contra de la amplia formulación de la norma que estamos comentando. Dentro del artículo 85 estarán incluidas las ventas tanto civiles como mercantiles, toda clase de compraventa de mercaderías (76); 3) Porque también a las ventas mercantiles de bienes muebles les será supletoriamente aplicable el artículo 464, en su función de Derecho común contenido en el C. c. (arts. 2.º C. de c. y 16 C. c.).

Las diferencias habrá que buscarlas, pues, por otro camino. A la vista de la letra del propio artículo 85, los requisitos específicos de su aplicación podrían esquematizarse en los siguientes datos:

- a) Subjetivo: que el vendedor sea comerciante.
- b) Objetivo: que la compra sea de mercaderías.
- c) Local: que la compra se realice en almacenes o tiendas abiertas al público.

a) Aunque el párrafo primero del artículo 85 no lo diga expresamente, por remisión de lo que se establece en los tres últimos párrafos de este artículo al fijar los requisitos de los almacenes o tiendas abiertas al público, entendemos que el vendedor de las mercaderías debe ser comerciante legalmente establecido; o, claro es, sus representantes, que actúen por cuenta del comerciante. En seguida volveremos sobre este punto.

b) El objeto de la compra deben ser mercaderías. No es éste el momento de precisar el concepto técnico de mercadería. Baste con recordar que, según la doctrina más autorizada, las mercaderías son bienes muebles, corporales, aptos para el tráfico, con un valor patrimonial propio ínsito en la cosa misma, y actualmente perteneciente

(76) En el mismo sentido, FERNANDO MELÓN (loc. cit., págs. 107-108).

Como ha recordado este autor, la Exposición de Motivos del Código da base para esta interpretación amplia, no limitativa, cuando expresa que lo preceptuado en los artículos 85 y 86 "constituye realmente una gran novedad en nuestra legislación, así mercantil como civil".

(es decir, en cada momento concreto de que se trate) a la circulación mercantil (77). La mercadería supone la adscripción de una cosa mueble al tráfico mercantil. Para proteger jurídicamente las necesidades de este tráfico, se dicta el artículo 85 del C. de c. Objetivamente hablando, el concepto de mercadería es más reducido que el de cosa mueble. Implica una especificación o subtipo dentro de estas últimas, matizado por varias notas, de las cuales no es la menos importante esa interferencia en el tráfico comercial. La norma del artículo 85 resulta así menos amplia que la del artículo 464. Esta se refiere a todo tipo de bienes muebles, sea cualquiera su título adquisitivo. Aquella sólo a las mercaderías adquiridas por compra en determinados lugares.

c) Otro aspecto igualmente relevante del artículo que examinamos es el de que la compra de mercaderías tiene que realizarse en almacenes o tiendas abiertas al público. Lugar negocial especialmente cualificado que arrastra la aplicación del artículo 85 y de su eficacia convalidante. Lo cual plantea el problema de determinar con alguna precisión qué se entiende legalmente por "almacenes o tiendas abiertas al público", qué requisitos habrán de tener estos establecimientos para que a ellos sea aplicable la norma.

El propio artículo 85, en sus últimos párrafos, puntualiza el contenido de estas expresiones legales. Pero también la enumeración legal de sus requisitos exige interpretación y aclaración. No vamos a entrar ahora en mayores detalles sobre este punto ni a mediar en las polémicas interpretativas. Recordemos simplemente que en ambos casos los locales han debido establecerse por comerciantes, ya sean inscritos o aunque carezcan de inscripción siempre que concurren otros requisitos complementarios. En definitiva, erección del establecimiento por una persona que tenga la cualidad de comerciante (78). Atribución subjetiva del lugar de la compra al ejercicio profesional de un comerciante. Lo cual confirma la remisión del criterio geográfico del lugar al criterio subjetivo de la profesionalidad mercantil (a).

Si el comerciante establecido en el almacén o tienda está inscrito como tal en el Registro Mercantil, su dedicación habitual al comercio y su *status* comercial resultará patente (*erga omnes*). Los que de él compren las mercaderías no podrán alegar desconocimiento de su ejercicio mercantil, y podrán confiar en esa apariencia de habitualidad y profesionalidad. Si no hay inscripción (supuesto que ella es potestativa para los comerciantes individuales: artículo 17 C. de c.), hará falta la publicidad de hecho resultante de la apertura del establecimiento durante un determinado tiempo, o de anuncios o avisos hechos al público para que los terceros confíen en adquirir

(77) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, 2.^a edic., Madrid, 1955, págs. 167-171.

Se excluyen del concepto de mercaderías los frutos, los títulos o valores y los efectos de comercio.

(78) "Los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente" (art. 1.^o-1 C. de c.).

a *domino*. En todo caso, publicidad del ejercicio habitual del comercio para que los terceros adquieran confiados en la libre negociabilidad de las mercancías.

Los conceptos de almacén y tienda, por lo demás, no están perfectamente delimitados. Se dice gráficamente que los almacenes son aquellos establecimientos comerciales en que se vende al por mayor a detallistas, mientras que en las tiendas se suele vender al por menor a los consumidores (79). Y que el requisito de la apertura al público es aplicable en todo caso a las tiendas, pero no necesariamente a los almacenes, salvo en cuanto a éstos cuando pertenezcan a comerciantes no inscritos y no se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras, títulos o avisos (art. 85, párrafo 4.º) (80).

Razonablemente señala Fernando Melón que el párrafo 4.º del artículo 464 C. c. ofrece una interpretación auténtica de los conceptos de almacenes y tiendas abiertas al público que recoge el artículo 85 del C. de c., en el sentido de que, según el artículo 464, el comerciante establecido en el almacén o tienda debe dedicarse habitualmente al tráfico de objetos análogos; dedicación habitual que se presume por la ley, cuando el comerciante tenga propaganda o esté inscrito (81).

La necesidad de que la compra de mercaderías se realice precisamente en estos establecimientos abiertos al público y dedicados habitualmente a la venta de objetos semejantes parece, por lo demás, bastante justificada. De esta manera se crea en el adquirente la confianza de que el comerciante legalmente establecido es el dueño de los objetos vendidos, que la venta es una de tantas operaciones que habitual y profesionalmente realiza, que constituye un acto de intermediación en el cambio perfectamente normal, no sospechoso, y que en base a todo ello el comprador debe resultar protegido.

B. En efecto, las mismas razones que justifican la necesidad de protección del tráfico jurídico en general postulan, pero con mayor energía aún, la protección del tráfico en el terreno mercantil. No vamos a examinar ahora las específicas exigencias del tráfico mercantil, ni las especiales características de éste en relación con el tráfico civil. Ello excedería con mucho de los limitados propósitos de este trabajo. Fácilmente se aprecia, en el mundo de los comerciantes, la existencia de un tráfico en masa, reiterado y plural, hasta el punto de que éste ha sido uno de los datos señalados por la doctrina para la caracterización de los actos de comercio, que objetivamente delimitan —a veces, por lo menos— la esfera del Derecho Mercantil. Actos cuya repetición se observa aún más claramente en la sociedad actual, sociedad de masas, con distribución igualitaria de muchos productos de consumo entre los miembros del grupo social. Y al lado de esto, la habitualidad, expresamente recogida por el C.

(79) FERNANDO MELÓN, loc. cit., pág. 95.

(80) *Ibid.*, págs. 93-94.

(81) *Ibid.*, págs. 99-100. Vid un resumen de estas cuestiones en la página 101.

de c. para atribuir la cualidad legal de comerciante, que supone la dedicación no esporádica, sino permanente, profesionalizada, a este tipo de actividad, hoy tan extendida en el mundo contemporáneo. La cual habitualidad, profesionalmente organizada, se traduce en una apariencia de normalidad, en una publicidad de hecho, hoy además sorprendentemente desorbitada con fines económicos a través de la propaganda (82), que trasciende a la comunidad, despierta el apetito de consumo y resulta incompatible con la prueba o desconfianza frente al *non dominus*. Tipificación de poderes mercantiles para garantía de un tráfico seguro, sin necesidad de acreditar en cada caso las facultades del representante. Urgencia de las transacciones que no rima bien con el carácter sosegado de algunos contratos civiles (83). El comercio como interposición en el cambio, en el proceso de distribución y colocación de bienes, como conexión entre productores y consumidores, con una formidable organización a veces al servicio de esa función distribuidora —evidente ánimo de lucro, etcétera—.

Todo ello, y muchos otros datos que podrían traerse aquí para reflejar la realidad con más relieve y precisión, apunta siempre a una exigencia común: la necesidad de un tráfico mercantil rápido y seguro, sin riesgos sobrevenidos (84), en que los bienes patrimoniales, y especialmente los susceptibles de consumo, se transmiten con facilidad, y en que el comprador o consumidor no resulte perturbado *a posteriori* en el disfrute de los bienes adquiridos.

C. Los antecedentes históricos del artículo 85 del C. de c. han sido estudiados con detalle por Fernando Melón Infante en su monografía tantas veces citada. Según este autor, en la legislación medieval se encuentran ya precedentes de la norma que comentamos. En diversos Fueros municipales se protege al adquirente de bienes muebles en determinados supuestos concretos: así, por ejemplo, adquisición en feria (Fueros de Cuenca, Zorita de los Canes, Teruel, Cáceres, Soria), en romería (Fueros de Avilés, Oviedo, Castilla), de corredor, en almoneda, de mercader, en mercado, etc. En todos estos casos se adquiere en especiales circunstancias de publicidad y, por ello, resulta protegido el adquirente frente a la posible reivindicación de un dueño desposeído. Tan importantes son las disposiciones contenidas en estos cuerpos legales, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, que si las comparamos con las soluciones contenidas en los Derechos germánico y francés contemporáneos, puede pensarse que instauran un sistema típicamente español, más enérgico en su protección que esos otros ordenamientos históricos. Porque mientras

(82) Vid. el reciente trabajo de CARLOS FERNÁNDEZ NOVOA. *La publicidad de tono estrechamente personal*, en "Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues", Edit. Tecnos, Madrid, 1971, vol. I, págs. 115 y sigs.

(83) Vid. PHILIPPE JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du Droit Civil*, París, 1968.

(84) Recuérdese la importancia y el desarrollo del contrato de seguro en sus diversas modalidades dentro del mundo mercantil, como medio para eliminar riesgos.

en esos Derechos se establece generalmente un mero derecho de rescate a favor del adquirente de buena fe que compró en feria o mercado, en el Derecho español triunfa una solución más eficaz: la de excluir la reivindicación y conceder al adquirente una situación inatacable (85).

Con la recepción del Derecho romano, pierden vigor los principios germánicos inspiradores de los Fueros municipales y que servían para caracterizar la seguridad (irrevindicabilidad) en el tráfico de bienes muebles, especialmente cuando las operaciones de ese tráfico jurídico se realizaban en feria, mercado, etc. Ya dentro del siglo XIX, en el C. de c. de 1829 no parece haber ninguna norma inspiradora del criterio hoy vigente en el artículo 85 del Código actual (86). Se ha querido ver un antecedente de éste en el artículo 1.962 del Proyecto del C. c. de 1851 (87). Sin embargo, la conexión entre ambos preceptos no resulta muy clara. El Proyecto de 1851 sólo se refiere a la venta de bienes muebles por comerciante no con carácter general, sino específicamente como un subcaso de las cosas hurtadas o perdidas. Lo cual supone un desvío del planteamiento amplio del problema —no sólo cuando se compra en tiendas mercaderías hurtadas o perdidas, sino también cuando son meramente confiadas y el poseedor *non dominus* las enajena después—, contenido en el artículo 85. Y, sobre todo, porque en el artículo 1.962 del Proyecto se reconoce sólo un derecho de rescate a favor del comprador, mientras que en el 85 del Código vigente se consagra una prescripción instantánea en favor del comprador.

D. Cuando se compran mercaderías en una tienda abierta al público y en las condiciones que establece el artículo 85, ¿qué eficacia produce la aplicación de este precepto? Se desata entonces una prescripción de derecho, o prescripción instantánea, sin necesidad de más requisitos, en favor del comprador. Lo cual quiere decir, que aunque el comerciante vendedor no fuera el dueño de las mercaderías vendidas, siempre que se dedique habitualmente a la venta al público de objetos análogos, el comprador resultará dueño (adquirente a *non dominio*) y frente a él no podrá prosperar la reivindicación del anterior propietario desposeído (irrevindicabilidad). Y esto no sólo cuando se trate de cosas confiadas, cuya posesión se transmitió voluntariamente al comerciante sin traslación contemporánea de la propiedad, sino también cuando se trate de cosas perdidas o robadas, siempre que sean mercaderías del mismo género de las que habitualmente se

(85) *La adquisición de mercaderías...*, págs. 57-70.

(86) FERNANDO MELÓN, loc. cit., pág. 84.

(87) Dice así: "La propiedad de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años, con justo título y buena fe. El tiempo de la posesión para prescribir las cosas hurtadas o perdidas deberá ser doble; pero si hubiese sido comprada en feria, mercado, subasta pública o de comerciante que vendía efectos parecidos, el dueño que la reclama antes de la prescripción deberá indemnizar al poseedor el precio que pagó por ellas" (GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del C. c. español*, tomo IV, Madrid, 1852, págs. 321-322).

Vid. FERNANDO MELÓN, *Ibid.*, págs. 85-86.

venden en la tienda abierta al público, etc. Ello supone una importante excepción o, por mejor decir, ampliación de la norma contenida en el artículo 464 C. c. Para dotar de mayor seguridad al tráfico mercantil, el comprador de mercaderías en tienda se hace dueño; aunque el anterior propietario hubiera sido privado ilegalmente de los objetos que después se venden.

El esquema de la prescripción instantánea, que parece reflejarse en el artículo 85, no resulta muy aceptable en sentido técnico. Recuérdese lo dicho antes sobre la contradicción que supone hablar del mecanismo de la prescripción sin necesidad de plazo, lo que desvirtuaría —en cualquiera de las dos manifestaciones de esta institución: adquisitiva o extintiva— su propia naturaleza y el fundamento de la protección que mediante ella se dispensa. Pero esa imprecisión legal puede ser sintomática para expresar gráficamente el resultado jurídico que aquí se consagra: el comprador de mercaderías en esas condiciones resulta protegido por el Derecho igual que si hubiera ya consumado una usucapión a su favor, en el supuesto de que el comerciante vendedor no fuera dueño de lo que transmite.

Obsérvese que el artículo 85 no se refiere a la prescripción extintiva del derecho del anterior propietario desposeído, sino a la prescripción adquisitiva o usucapión del derecho de propiedad de quien compró la mercadería en la tienda abierta al público (“causará prescripción de derecho *a favor del comprador*”, dice el artículo 85) (88). Se trata, pues, de que el adquirente en esas circunstancias se hace dueño, de que el Derecho le reconoce una situación equivalente a la que tendría si hubiera adquirido válidamente el dominio de la mercadería que compró.

Al tratar de precisar los efectos del artículo 85, se han perfilado en la doctrina española dos posturas, que podríamos resumir así: Para unos autores se produce una mera situación inatacable, pura defensa procesal frente a la reclamación del anterior propietario, sin aludir al problema de fondo de titularidad ni suponer una adquisición del derecho de propiedad a expensas del propietario desposeído. Es la tesis del profesor Garrigues (89). Para otros, en cambio, el artículo 85 consagra la adquisición de la plena titularidad jurídica del derecho de propiedad a favor del comprador. De modo que su situación no es meramente inatacable, o procesalmente defensiva, sino adquisitiva del dominio con plenitud de efectos materiales y procesales. Lo que entraña una verdadera adquisición *a non domino* cuando el comerciante establecido, poseedor y vendedor de

(88) No entramos ahora en el viejo y discutido problema de si el objeto de la prescripción son los derechos o las acciones, ni en la eficacia concurrente en un mismo supuesto de la usucapión que hace adquirir el derecho y la prescripción que extingue la acción para reclamarlo, normalmente con distintos plazos. Vid. DÍEZ PICAZO, *La prescripción en el C. c.*, Bosch, Barcelona, 1964, págs. 33-38 y 49-54.

(89) *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª edición, vol. I, Madrid, 1955, página 178.

la mercadería, no fuera su dueño. Es la tesis, entre otros, de Fernando Melón (90).

Planteado el problema con esa disyuntiva, su enfoque nos recuerda la vieja discusión entre irreivindicabilidad y adquisición a *non domino*; como categorías que se barajan alrededor del nada pacífico artículo 464 C. c. Quizá porque aunque aquí el tema tiene un matiz distinto, en consonancia con las peculiaridades del tráfico mercantil que refleja, sin embargo la cuestión de fondo es la misma y gira siempre alrededor de la colisión de intereses concurrentes entre el propietario desposeído y el adquirente confiado en la apariencia de titularidad de su transmitente.

De aquellas dos opiniones doctrinales, nos parece más satisfactoria y aceptable la segunda, que sanciona la adquisición del dominio a favor del comprador: 1) Porque la dicción literal del artículo 85 apunta más a una usucapión ya consumada del derecho —prescripción instantánea a favor del comprador— que a una prescripción extintiva de la acción del dueño desposeído, que no podría entonces reclamar, o a una mera irreivindicabilidad;

2) Porque, a diferencia de lo que ocurre en la siempre enigmática norma del artículo 464, aquí no se menciona el tema de la irreivindicabilidad, ni se limita la aplicación del precepto a la pura defensa procesal, sino que parece referirse más bien al problema de fondo de si el comprador de las mercaderías en determinadas condiciones, se hace o no dueño de ellas;

3) Porque esta interpretación resulta más adecuada a las necesidades del tráfico mercantil y a la finalidad protectora que aquí se articula. En efecto, lo que se pretende, la *ratio* del precepto parece conseguir la plena seguridad por parte del adquirente de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público, de que va a resultar verdadero propietario, que el derecho que adquiere no va luego a quedar desvirtuado por otras circunstancias para él desconocidas, y especialmente la falta de titularidad del comerciante transmitente. La apariencia de titularidad que resulta de tener una tienda abierta al público y estar dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, basta para convalidar la plena eficacia de la adquisición. Sólo así, con esa seguridad en las adquisiciones, resulta verdaderamente protegido el tráfico mercantil. De otra manera, si los compradores no llegaran a ser propietarios con plenitud de efectos de las mercaderías que adquieran, las transacciones comerciales, las ventas reiteradas, no se producirían con la habitualidad con que hoy se hacen. El tráfico mercantil exige seguridad, rapidez, uniformidad y reiteración. Ello no sólo por la necesidad de proteger las expectativas de los compradores y sus previsiones de consumo, sino también para dotar de estabilidad al mercado y conseguir la regular distribución de los objetos producidos en masa. Tan es así, que aun los autores que restringen la eficacia del artículo 464 C. c. y sólo ven como consecuencia de esta norma una mera situación de irreivindicabilidad, entienden que la necesidad de ga-

(90) Loc. cit., págs. 153-155.

rantizar el tráfico jurídico queda suficientemente protegida con la disposición especial que para el tráfico mercantil de mercaderías se contiene en el artículo 85 C. de c. Porque estiman que, al menos aquí, la protección del adquirente y la defensa de su titularidad es plena. Y ello se traduce, en su caso, en una auténtica adquisición a *non domino*.

4) Porque, como ha recordado Fernando Melón (91), el artículo 85 quedaría mutilado si se viera en él sólo una mera defensa procesal del comprador frente a la reclamación del propietario desposeído, lo que haría su situación jurídica inatacable frente a él. Eficacia defensiva, negativa o de escudo en relación con una concreta impugnación. Tan importante como ese aspecto defensivo es el otro, ofensivo o activo, que permite al comprador comportarse como dueño frente a cualquiera, reclamando su posesión si la pierde, y legitimado plenamente para la protección de su derecho de dominio. Lo cual implica la correspondiente pérdida de dominio en el anterior propietario desposeído.

5) Porque las situaciones de un derecho de dominio carente de acción reivindicatoria o de un adquirente frente a quien no cabe reivindicar la cosa y que no se convierte en dueño, técnicamente hablando, son figuras anómalas y difícilmente explicables, contrarias al juego normal del proceso traslativo y de la protección al propietario, respecto del cual el ejercicio de la acción reivindicatoria es una de las facultades procesales que integran el contenido de su propio derecho dominical. Hablar de una situación inatacable del comprador que no llega a ser dueño aunque frente a él no quepa la reivindicación del verdadero dueño es, por lo menos, algo anómalo y excepcional. Para que esa situación tan específica y disonante llegue a producirse será necesario que el ordenamiento la recoja y la profile así claramente en algún supuesto concreto. Sin esa expresa mención a la mera irreivindicabilidad carente de la atribución de la titularidad dominical, no parece oportuno desvirtuar la eficacia normal del precepto y no admitir la adquisición a *non domino* que en ella se consagra.

E. En el artículo 85 no se menciona expresamente la buena fe para que el comprador de las mercaderías quede protegido en los términos que aquel artículo consagra. ¿Será o no necesaria la concurrencia de este requisito para que entre en juego y despliegue su eficacia la norma que estamos estudiando? Dado el silencio del precepto legal, la cuestión es, por lo menos, dudosa. Y esta duda no desvirtúa la gran importancia práctica del problema, como hemos tenido ocasión de apreciar, en otro orden más amplio de ideas, con todo lo expuesto hasta aquí.

La no expresión de la buena fe dentro de la letra del art. 85 puede interpretarse, bien como una omisión intencionada del legislador, reveladora del criterio de no vincular la aplicación de la norma a la existencia de este requisito, bien como una mera laguna legal que deberá integrarse e interpretarse en función de los principios vigen-

(91) Loc. cit., págs. 151-155.

tes en nuestro ordenamiento y de la propia finalidad específica de la norma. O no es necesaria la buena fe, o no deja de serlo por no haber sido expresamente sancionada. Cuestión interpretativa y opinable.

En la doctrina española se han señalado, aquí también, dos respuestas divergentes al problema, que traducen estas dos posiciones apuntadas. Para un grupo de autores, entre los que se encuentra la autoridad indiscutible del profesor Garrigues, no es necesaria la buena fe. La situación de buena o mala fe por parte del adquirente de las mercaderías es indiferente para que entre en juego el artículo 85. De donde este precepto resulta subjetivamente más amplio que el artículo 464 C. c. Porque, aparte otra consideración que ahora no interesa y a que luego aludiremos, no necesita la buena fe para desarrollar su protección, a diferencia de lo que ocurre en el 464 (92). Según Langle, el artículo 85 ha venido a suprimir, en contra del derecho común, la buena fe como requisito de la titularidad y la reivindicación por el propietario (93).

Para otros autores, en cambio, la buena fe es requisito necesario para que el artículo 85 produzca sus efectos jurídicos. Según esta línea de pensamiento, sólo cuando el comprador de las mercaderías actúe de buena fe y desconozca la falta de titularidad de su transmisor, podrá quedar protegido en los amplios términos que dicho artículo establece. Así, Gay de Montella entiende que el fundamento de la prescripción contenida en el artículo 85 es la necesidad de asegurar la vida del comercio mediante el amparo de la posesión de las cosas compradas *de buena fe* en los almacenes o tiendas abiertos al público... (Exige) el Código, cuando menos, una serie formal de signos externos bastantes para haber inducido o atraído al comprador de *buena fe*, quien no está obligado a conocer la procedencia legal o delictiva de los objetos y mercancías que se venden en tales almacenes o tiendas (94). Y Fernando Melón afirma que la buena fe por parte del adquirente es uno de los requisitos que han de concurrir para que el artículo 85 pueda producir sus efectos, basando su opinión en razones históricas, lógicas, morales y literales, de modo que el privilegio contenido en aquel precepto sólo es aplicable a los que adquieran mercaderías en establecimiento mercantil creyendo que el comerciante que enajena está legitimado para tal acto dispositivo (en esa creencia consiste la buena fe del adquirente) (95).

(92) *Curso*, I, pág. 178.

(93) *El contrato de compraventa mercantil*, Bosch, Barcelona, 1958, página 165.

(94) *Código de comercio español comentado*, tomo I, Bosch, Barcelona, página 353.

(95) *La adquisición de mercaderías...*, págs. 123-127.

Además, este autor cita entre los partidarios de la tesis positiva a BARRACHINA PASTOR Y TALAVERA, G. ECHEVARRI, BLANCO COSTÁNS, VICENTE Y GELLA, ESPEJO DE HINOJOZA y LANDARIA CALDENTEY. Vid. págs. 122-123 para la exposición resumida de estas opiniones doctrinales.

En el mismo sentido positivo de exigir la buena fe en el art. 85, véase el reciente y sugestivo estudio de AURELIO MENÉNDEZ, "La buen fe y el Registro Mercantil", en *Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil* (año 1971).

Entre ambas opiniones, nos inclinamos decididamente por la segunda; doctrina afirmativa que exige la buena fe del adquirente para que éste resulte dueño cuando su transmitente no lo era. A favor de esta solución positiva, que vincula a la concurrencia de la buena fe la posible adquisición a *non domino* en favor del comprador, militan, entre otras, las siguientes razones:

a) Aunque la cuestión de los antecedentes históricos del artículo 85 C. de c. no es nada pacífica ni clara, no obstante los estudios de los investigadores e historiadores sobre este punto, parece que puede razonablemente afirmarse que en el Derecho Visigodo Español (Fuero Juzgo) y en los Fueros Municipales vigentes hasta la recepción del Derecho romano, se regulan expresamente una serie de supuestos vinculados a la actividad comercial (ventas en feria, en romería, de corredor, en almoneda, de mercader, en mercado, etc.) (96), en todos los cuales se observa que las adquisiciones se realizan en condiciones de publicidad. De donde deducen los autores un argumento a favor del establecimiento de la buena fe. No es que se exija normalmente —o no siempre, al menos— la buena fe como requisito expreso, pero puede estimarse implícito en esa forma pública de celebrar las ventas, que exige un conocimiento *adversus omnes* de la titularidad del tradens. Incluso se ha llegado a afirmar, partiendo de estos antecedentes medievales, que reflejan una constante histórica del Derecho español, más eficaz en tema de irreivindicabilidad que el germánico y francés histórico, como hemos tenido ocasión de subrayar antes al recoger la opinión de Fernando Melón. Cierto que el brocado francés inspirador de nuestro artículo 464 C. c. —“en fait de meubles possession vaut titre”—, no menciona tampoco la buena fe, que luego, sin embargo, se recoge en el artículo del Código español (97). ¿Quiere esto decir que efectivamente existe en Derecho español un matiz peculiar, enraizado en nuestros antecedentes históricos, que postula la buena fe en todos los casos de protección del adquirente de bienes muebles, y cuando se trata de adquisiciones especialmente cualificadas por su vinculación al tráfico comercial? La respuesta afirmativa a tal interrogante no parece segura. Pero, dadas las dificultades para encontrar los antecedentes inmediatos y concretos de nuestro artículo 85 C. de c., quizá no sea inoportuno estimar que esa línea de exigencia de buena fe en el adquirente para disciplinar su protección, está más centrada en nuestra historia jurídica que la contraria de no tener en cuenta la ignorancia del comprador. Al menos por lo que se refiere a los supuestos concretos de adquisiciones mercantiles sometidas a publicidad y mientras no se precise con nuevos datos nuestra evolución histórica.

Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1972, págs. 169 y sigs., especialmente página 187.

(96) FERNANDO MELÓN, loc. cit., págs. 49-52 y 58-70.

(97) Dicho sea con independencia del hecho de que también en Derecho francés la jurisprudencia ha exigido la buena fe en la aplicación del artículo 2.279 C. c. Vid. lo dicho antes en pág. 20 y nota 29. Una cosa es la realidad social de eficacia del precepto y otra su formulación originaria.

b) Siguiendo por ese camino, Fernando Melón entiende que la buena fe se exige desde luego en las ventas reguladas por el artículo 85, pero que esa buena fe necesaria se presume legalmente por la publicidad inherente al ejercicio del comercio. Tal publicidad comercial no exime de la exigencia de la buena fe. Y prueba de ello es que también ésta es necesaria en las adquisiciones realizadas en venta pública, es decir, con la máxima publicidad (art. 464-2.º C. c.) (98). Además, la dedicación al tráfico de objetos análogos por parte del comerciante vendedor es una forma tácita —en opinión de Melón— de exigir la buena fe, por cuanto hace nacer la confianza en la titularidad del tradens (99). Lo cual no deja de ser cierto, como en seguida vamos a ver.

c) Para replantear el tema de la buena fe y buscar la justificación de su exigencia, podríamos recordar, una vez más, los perfiles de hecho del problema contemplado en el artículo 85: Se trata de venta de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público realizada por un comerciante dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos.

La mercadería será, frecuentemente, una cosa mueble fungible (100), siendo la fungibilidad la cualidad de las cosas de poder ser sustituidas unas por otras (*quae pondere, numero, mensurave consistit*). Así, por ejemplo, se compra una pluma estilográfica de tal marca y modelo, cualquiera de las que correspondan a ese tipo. No existe, pues, normalmente, una identificación rigurosamente específica del objeto, y esta indeterminación genérica inicial excluye el conocimiento de un dominio ajeno singularizado sobre la pluma.

Pero aun en los casos de venta de cosas no fungibles (este concreto cuadro de Picasso, aquel reloj antiguo que se exhibe en el escaparate de un anticuario, etc.), la apariencia de la titularidad del dominio del vendedor deriva de que la compra se realice en un establecimiento abierto al público.

Desde este punto de vista tiene una gran importancia el hecho de que la adquisición se realice en almacenes o tiendas abiertos al público. La apertura al público supone un cierto modo de destinación social del establecimiento, que éste resulte un lugar autorizado para hacer transacciones comerciales. Por ello el público puede acudir allí y comprar confiado en que el establecimiento ha sido legalmente creado, que funciona normalmente, y que la adquisición que allí realice será lícita. Apariencia de normalidad que crea la presunción de validez. Mediante la apertura al público de una tienda se produce una cierta consagración social de la oferta unilateral de vender que en aquélla se exterioriza. Se crea una apariencia de la cual es des-

(98) Si bien aquí la buena fe no condiciona la irreivindicabilidad, sino el reembolso del precio por parte del propietario desposeído y reivindicante.

(99) Loc. cit., pág. 123-6.

(100) Lo cual no quiere decir, naturalmente, que la obligación de entrega de esta cosa fungible por parte del vendedor sea una obligación genérica, sino específica. Vid. ALFONSO GARCÍA VALDECASAS, *Obligación genérica y cosa fungible*, "A.D.C.", 1948, I-IV, pág. 1560-1568.

tinatario el público en general (publicidad) y, en particular, los que acuden a la tienda a comprar. En definitiva, se manifiesta una apariencia legitimadora que no es incompatible ni excluye a la buena fe, sino que necesariamente debe estar complementada por ésta. Ya que la eficacia convalidante de la apariencia puede quedar desvirtuada por la situación de mala fe del comprador. El conocimiento que éste tuviera de que su vendedor no era dueño destruye la apariencia de validez del negocio, en la cual hubiera podido confiar por comprar en tienda abierta al público de quien externamente aparece con facultades para vender (101).

El comerciante vendedor ha de estar dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos. Este es un rasgo característico de la actividad comercial. Con él se subraya la peculiaridad del tráfico mercantil, organizado sobre las ideas de profesionalidad, habitualidad y tráfico en masa. Ello se traduce en la valoración social de la normalidad de las operaciones así realizadas. Cada operación de compra es, para el comerciante, una venta más en la cadena sin fin de sus operaciones. La habitualidad en el tráfico de objetos semejantes al que se vende engendra una apariencia de legitimidad y validez, de que la venta será eficaz como lo han sido las anteriores de objetos análogos en el mismo establecimiento. De donde resulta una cierta legitimación para la válida disposición. Confianza en la apariencia que postula la exigencia de buena fe. Sólo con buena fe puede ser eficaz, en beneficio del tercero, la situación aparente. La apariencia da lugar a la confianza, sirve a la seguridad del tráfico y queda desvirtuada por la situación de mala fe.

d) Según ha recordado el mismo profesor Garrigues, la apariencia y la legitimación derivada de la posesión tienen una especial importancia en Derecho Mercantil (102). Como bienes muebles que son, en el tráfico de mercaderías la posesión despliega un gran valor. Recuérdese asimismo, como ejemplos de esta necesaria seguridad del

(101) Todavía podría aludirse al problema de si el conocimiento que el comprador tuviera de no ser el vendedor el dueño de la mercadería, por pertenecer ésta a otra persona o a un amigo suyo (mala fe) no excluiría, sin embargo, la validez de la compra. Por cuanto el comerciante vendedor podría actuar como mero comisionista o representante indirecto del verdadero dueño, en cuya esfera jurídica personal habrían de producirse los efectos de la venta realizada por el mandatario. Siempre, claro, que el comprador desconociera esa situación de comisión; porque si no, no hay problema. La solución no deja de ser dudosa y sólo puede ser planteada aquí, sin mayores precisiones, para no alargar más la longitud del texto.

(102) La contratación mercantil no podría desenvolverse si el adquirente de una mercancía tuviese que examinar si el enajenante es el verdadero dueño (o su representante) y está facultado para disponer. Quien adquiere una cosa en el comercio debe ser dispensado de esta indagación. Al contrario, puede confiar en la simple *apariencia*, es decir, en la posesión del tradens.

En Derecho Mercantil, esencialmente protector de la seguridad del tráfico, la apariencia del derecho equivale a existencia del derecho..., la seguridad del tráfico exige el sacrificio del interés del propietario al interés del adquirente de poder confiar en la apariencia por la posesión del enajenante (*Curso*, I, págs. 176 y 179).

tráfico, los poderes mercantiles con contenido legal predeterminado ("el giro o tráfico de la empresa") o la legitimación por la posesión en los títulos valores al portador. Pues bien, esta protección de la apariencia está en la base de la norma contenida en el artículo 85 (103). De nuevo desembocamos en el tema de la necesidad de buena fe para que la apariencia jurídica despliegue su eficacia legitimadora, puesto que la mala fe desvirtúa la situación aparente.

No parece, en cambio, aceptable la opinión de Garrigues cuando, al comparar el artículo 464 C. c. con el 85 C. de c., y estimar que éste es subjetivamente más comprensivo, entiende que es indiferente para el precepto mercantil la situación de buena o mala fe *por no distinguirse aquí entre pérdida voluntaria o involuntaria de la posesión* (104). Una cosa es que se condicione la aplicación de la norma a sólo los supuestos de pérdida voluntaria de la posesión (protección del adquirente), excluyéndose en los casos de pérdida involuntaria (protección del propietario que ha sufrido la pérdida o privación ilegal), y otra cosa distinta que el adquirente protegido, en los casos que deba serlo, haya de tener o no buena fe. El adquirente de buena fe puede devenir propietario aunque la mercadería haya sido perdida por el anterior dueño, mientras que se niega la protección al adquirente de mala fe en el mismo caso. Cabalmente como ocurre en el sistema normativo de nuestro artículo 85.

e) La posesión de las cosas muebles que vende por parte del comerciante legalmente establecido con tienda abierta al público, sirve para crear una apariencia de titularidad frente al adquirente, y actúa como título de legitimación para la válida disposición de las mercaderías. Cuando se trata de mercaderías propias del comerciante vendedor, la posesión será título de legitimación ordinaria, el más directo, por referirse a bienes muebles no registrables. Cuando se trate de mercaderías ajenas, la posesión será medio de legitimación extraordinaria para su disposición (Ladaria). Recordemos que la legitimación extraordinaria despliega una eficacia convalidante para subsanar la falta de dominio o de la facultad dispositiva del transmитente.

En todo caso, la legitimación deriva de la confianza en la apariencia, de la protección jurídica que a ésta se otorga. Y como dicha confianza queda desvirtuada por el conocimiento de la realidad contraria a la apariencia (mala fe), ambos extremos resultan incompatibles. Sin buena fe no es posible la adecuada protección de la apariencia jurídica en función de la seguridad del tráfico.

f) También juega a favor de la buena fe, en el caso que nos ocupa, la función supletoria del Derecho común en relación con la legislación mercantil. El artículo 85 silencia el tema de la buena fe. ¿Quiere esto decir que la excluye, negativamente, o más bien que no la regula? Porque entonces la laguna legal deberá ser

(103) Vid. las palabras de la E. de M. del C. de c. que justifican esta opinión, recogidas por GARRIGUES, *Curso*, I, págs. 178-9.

(104) Ibid., pág. 178.

interpretada e integrada con las demás normas del ordenamiento. El precepto del Código mercantil deberá entonces complementarse con la norma de Derecho civil que regula la protección del adquirente en la compra de muebles, es decir, con el artículo 464. En defecto de norma —o insuficiencia de la misma, como en este caso— mercantil, entra en juego entonces el Derecho civil común. Ello tanto por imperativo del artículo 16 C. c. como del artículo 2.º C. de c.

En relación con este último, y la apreciación de fuentes que establece en la regulación de las materias mercantiles, cabría aún plantear si antes de la norma supletoria del Derecho común no habrán de entrar en juego los usos de comercio. A efectos de imponer o excluir el requisito de la buena fe. No parece oportuna la invocación del uso en este caso: por su localismo que impediría una solución uniforme en materia de tanta trascendencia social, y que aconseja dotar de un criterio seguro y unitario en toda España a la solución del problema; y porque la presunta vigencia de un uso local que excluya la buena fe en la protección del comprador de mercaderías, iría en contra de los principios generales de protección del tráfico, lo que impediría su valor normativo.

La función supletoria del artículo 464 en relación con el 85 encuentra su apoyo no sólo en los dos preceptos citados, propios de la remisión del Derecho especial al común (2 C. de c. y 16 C. c.), sino también en la expresa referencia que dentro del artículo 464 se hace a la compra de cosas muebles vendidas por un comerciante legalmente establecido y dedicado al tráfico de objetos análogos, lo que demuestra que no ha sido ajeno a la norma general civil el planteamiento del caso mercantil. La remisión al C. de c. no excluye la aplicación del propio artículo 464.

Siendo esto así, y estando expresamente recogido el requisito de la buena fe en el artículo 464, creemos que ese mismo criterio legal puede servir para suplir la omisión del artículo 85, y aconseja, por tanto, que para que el comprador de mercaderías del artículo 85 pueda adquirir a *non dominio*, debe actuar de buena fe.

g) Queda todavía por apuntar un argumento que resulta el más importante: el argumento ético. Cuando la tutela del adquirente y la consagración del dominio a su favor implica la falta de protección del propietario desposeído, entonces parece que sólo se debe proteger al adquirente honrado, no malicioso, al que creyó fundadamente que su transmitente era el verdadero dueño. No a quien compró sabiendo que su vendedor no tenía la propiedad de la cosa. Sólo debe expropiarse al verdadero propietario desposeído para proteger al adquirente que confió en la apariencia posesiva del tradens. Ello por exigencias de la seguridad del tráfico y por consecuencia de la responsabilidad de quien creó o permitió la apariencia. Porque si no, la compraventa en firme de bienes muebles no sería posible, dada la dificultad de probar su dominio. Pero no más. En la valoración social de los intereses concurrentes (el del propietario y el del comprador) debe prevalecer el del adquirente confiado, pero con ese límite de su propia creencia. Más allá de ese límite, no se ve razón para reconocer

el dominio del comprador de mercaderías, cuando éste actúe de mala fe, sabiendo que su vendedor transmitió algo que no era suyo, sólo porque la venta se haya efectuado en una tienda abierta al público. La protección del tráfico jurídico, como la del cualquier otro valor social, tiene sus límites y no puede ser incondicionada.

La solución contraria y extrema en beneficio de la seguridad en el tráfico, que no exige la concurrencia de buena fe en el adquirente, sería socialmente condenable y no resuelve el problema de forma satisfactoria, a pesar de su automatismo. El artículo 85 se dicta para proteger el tráfico mercantil, y con la exigencia de buena fe queda suficientemente protegido. A través de la mala fe la protección del tráfico vulnera la justicia y llega más allá de lo que su propia finalidad exige. El precepto que comentamos debe ser interpretado con arreglo a su propia finalidad, a su *ratio inspiradora* (105).

Claro que el requisito de la buena fe cobra su importancia cuando el comprador adquiere las mercancías de un comerciante que no era dueño de las mismas. Cuando el vendedor es realmente propietario de los objetos vendidos, entonces no hay problema desde este punto de vista y sobra la buena fe. Se trata de una adquisición a *domino*, sometida a las reglas generales de validez del contrato traslativo. Cuando el vendedor es dueño ni siquiera es relevante —a mi juicio— la equivocada creencia del comprador que estima que su transferente no era propietario. Aun entonces, la adquisición a *domino* no queda desvirtuada por la errónea creencia del comprador. La buena o mala fe en su caso sólo entran en juego cuando el vendedor no sea dueño. Sólo entonces la buena fe del adquirente, su creencia de que el tradens era titular y le podía vender, convalida la adquisición a *non domino*. Y este sorprendente resultado, casi tauromátrico, carece de justificación cuando el comprador conocía el vicio de su adquisición.

Por lo demás, pienso que el tráfico jurídico y el comercio de bienes, como el mismo instituto de la propiedad, además de realidades sociales que están ahí funcionando, son medios instrumentales al servicio del individuo, encarnan valores relativos subordinados siempre a la persona a la que sirven y a la justicia de cada caso concreto, que debe presidir la regulación de todo conflicto jurídico de intereses. En definitiva, la respuesta a los problemas jurídicos no es lógica, sino axiológica, valorativa. Se trata de alumbrar el valor justicia que en cada caso sea posible. Aunque su descubrimiento resulte a veces inseguro, azaroso y difícil, por la complejidad de los datos. Resulta, en fin, que esa valoración exige siempre la intervención de criterios éticos, para dotar al mundo jurídico de adecuado sentido. El Derecho carece de autonomía formal en sí mismo para resolver sus propios problemas. El Derecho (fenómeno social)

(105) Como ha dicho FERNANDO MELÓN, "bien está que para proteger el tráfico se desproteja al titular de un derecho; a lo que no puede llegarse por inmoral e innecesario (el tráfico ya está suficientemente protegido sancionando sólo las adquisiciones de buena fe), es a proteger una conducta dolosa" (*La adquisición de las mercaderías...*, pág. 125).

está religado a la ética (virtud social). O, como decía Carnelutti, consiste en la subordinación de la economía a la ética.

En esa línea de pensamiento encuentran su apoyo algunas de las consideraciones anteriores, y la justificación de la exigencia de la buena fe en el caso que nos ocupa.

No olvidemos, en fin, las peculiaridades que el artículo 85 presenta frente al artículo 464, por ser distinto, aunque conexo, el plano jurídico sobre el cual actúan. Lo cual se traduce en un diverso perfil del requisito de la buena fe. Aquí, en el artículo 85, la presunción de buena fe será más extensa, derivada de las circunstancias de la adquisición y del carácter público de las ventas. No hará falta, en estos casos, una especial diligencia por parte del comprador de las mercaderías para actuar de buena fe. La apariencia de la titularidad es aquí más clara, resulta de la dedicación habitual y organizada al tráfico que en definitiva resulta objeto de protección.

3. Si tratamos de resumir todo lo dicho hasta aquí en relación con nuestro sistema legal de venta de bienes muebles, podríamos afirmar que la buena fe se nos aparece como un requisito para que se produzca la adquisición a *non domino* o la mera irreivindicabilidad; es decir, para todo caso de protección al comprador que adquiere de quien no es dueño. No lo es, en cambio, para quien adquiere del verdadero dueño, porque entonces no hay problema, al menos desde este concreto punto de vista que estamos ahora considerando. Tampoco lo es para quien adquiere en virtud de un acto nulo o ineficaz, porque ese es otro tema: el de la repercusión interpartes de la ineficacia del negocio, ajeno a la buena fe.

Igualmente se excluyen de este planteamiento los bienes muebles registrados y las limitaciones que los gravan. También en estos supuestos será necesaria la buena fe para quedar protegido. Sólo que entonces la seguridad del tráfico se obtiene a través de la publicidad registral, no de la meramente posesoria. La presunción dominical derivada de la posesión podrá quedar destruida por la reserva de dominio inscrita. Es la vieja cuestión de puntualizar la buena o mala fe frente a los pronunciamientos registrales. En todo caso, se trata igualmente de un problema de oponibilidad, publicidad, confianza en la apariencia y buena fe. En función de la seguridad del tráfico, respecto de la cual la publicidad (posesoria o registral, cada una con sus distintos matices y diversa eficacia) es el instrumento más adecuado.

Generalizando esas concretas soluciones legales que hasta aquí hemos visto, y las que para la regulación de los bienes inmuebles se contienen en los artículos 1.473 C. c. y 32 y 34 L. H. (106), podríamos llegar a la conclusión de que la buena fe actúa como criterio general de protección, como principio general en nuestro derecho patrimonial privado, línea orientadora de nuestro ordenamiento, al menos en lo que se refiere al tráfico de bienes que se realiza mediante el contrato de compraventa, y sea cualquiera la naturaleza mueble-

(106) Vid. *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, "R.C.D.I.", nov.-dic. 1967, núm. 463, págs. 1523-1586.

o inmueble de los bienes transmitidos. Dentro de esos anchos límites discurre nuestra reflexión actual. Todo lo cual, y la posible inducción de la buena fe como principio general para la protección del comprador a *non domino*, no es más que la visión actual, cristalizada en los códigos y en la interpretación de nuestro T. S., de las soluciones de nuestro derecho histórico.

III. EL SISTEMA DEL PROYECTO DE LEY UNIFORME

¿Cómo se regula en el Proyecto de Ley Uniforme sobre protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales, el tema de la buena fe? ¿Con qué extensión y en qué casos? ¿Qué eficacia produce?

Lo primero que llama la atención al lector del texto legal es que la buena fe está expresamente recogida en el propio título del proyecto, como elemento distintivo del comprador de bienes muebles que allí se protege. Ello pone de manifiesto la importancia atribuida en esta regulación uniforme al requisito de la buena fe. Importancia que queda definitivamente subrayada si se observa que de los once artículos que forman el texto del Proyecto de Ley, cinco de ellos están íntegramente dedicados a regular cuestiones relacionadas con la buena fe.

Que la buena fe es un requisito necesario para la protección del comprador de bienes muebles sometido a la Ley Uniforme es algo que parece claro, a la vista del título de la Ley especial. Procede, pues, considerar, lo más brevemente posible, alguna de las cuestiones que se plantean en relación con esa buena fe del comprador y partiendo, como es natural, de la regulación contenida en el Proyecto de Ley Uniforme, cuyo conocimiento se ofrece ahora al lector español.

1. En el artículo 5 se sienta una importante afirmación de carácter general que nos sirve de adecuada introducción al tema de la fe. Dice así “1. La transmisión de la propiedad será válida, aunque el vendedor no tenga poder de disposición sobre la cosa, cuando el comprador pueda invocar su buena fe y la cosa le haya sido entregada. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, también se extinguirán, en las mismas condiciones, los derechos limitados de los terceros sobre la cosa”.

A partir de esta norma general podríamos separar dos distintas situaciones de hecho, dentro siempre de la venta de bienes muebles corporales: a) Que el vendedor tenga poder de disposición sobre la cosa que vende; b) Que carezca de ese poder dispositivo.

En el supuesto a), cuando el vendedor es dueño de la cosa vendida y no tiene limitada o prohibida su libre disposición sobre la misma (107), entonces la venta parece excluida del artículo 5.º, la transmisión de la propiedad no necesitará de buena fe, y su eficacia dependerá de las condiciones generales de validez del contrato de

(107) En seguida veremos cómo debe entenderse esta expresión de “tener poder de disposición sobre la cosa” que emplea el texto del Proyecto.

compraventa. Así parece desprenderse del texto legal. Lo cual, además, nos parece perfectamente lógico y adecuado a la naturaleza del problema. Porque la buena fe institucionalmente juega para convalidar una adquisición extraordinaria, para convalidar las adquisiciones a *non domino*. En las ventas ordinarias, en que no hay nada que convalidar desde el punto de vista de la titularidad del transferente, porque éste es dueño y puede disponer, la buena fe es irrelevante a efectos adquisitivos. Sin embargo, creemos que el requisito de la entrega de la cosa sí deberá entonces jugar, a pesar de que el vendedor pueda transmitir, porque entendemos que la entrega (*traditio*) no es mero presupuesto de protección del comprador cuando el vendedor no pudiera enajenar, sino que perfecciona el contrato de compraventa en todo caso. Tal parece ser el sistema adoptado por el Proyecto de Ley. Prueba de ello es que la entrega de la cosa se menciona en otros varios artículos, no vinculados a la adquisición cuando el vendedor careciera de poder dispositivo. Así, los artículos 1.º, 6.º y especialmente el 11, que establece con carácter general cuándo se entenderá entregada la cosa al comprador. Sin entrega no hay venta consumada. Pero la entrega no basta para la adecuada protección del comprador cuando el vendedor no podía disponer: entonces hace falta además la buena fe.

En el supuesto b), cuando el vendedor no tiene poder de disposición sobre la cosa, aun entonces el comprador resulta dueño de la misma y se opera en su favor la válida transmisión de la propiedad, siempre que actúe de buena fe. Con buena fe el comprador se hace dueño, aunque el vendedor no lo fuera o no pudiera disponer. He ahí su virtualidad típica. Según se expresa en el comentario al artículo 5.º contenido en el *Rapport explicatif*, el Proyecto de Ley está basado en el principio de protección al comprador, principio éste que informa la mayoría de los sistemas jurídicos de Derecho continental europeo. El Proyecto se apoya en el criterio más favorable para la seguridad de las relaciones comerciales internacionales. La finalidad principal de la unificación del derecho en materia de venta internacional es precisamente la de servir a los intereses de ese comercio. En atención a lo cual se afirma que, para que el comprador resulte protegido, debe poder invocar su buena fe y además que la cosa le haya sido entregada (108). Obsérvese que lo que se pretende en el Proyecto de Ley es la protección del comprador precisamente cuando el vendedor no pueda disponer, para que no repercuta sobre el comprador esa falta de titularidad dispositivo que invalide su adquisición. Para ello es necesario, no sólo que la cosa le haya sido entregada, sino también que actúe de buena fe. Así se comprende la dicción del *Rapport*. Cuando la protección jurídica del comprador no se limita a ese concreto supuesto de falta de disposición, sino que actúa con carácter general en todos los casos de venta normal, entonces la buena fe no es necesaria y juegan los requisitos generales de la LUVI.

Claro que en los casos específicamente regulados por el Proyecto

de Ley, la buena fe del comprador no sirve para convalidar los vicios del título adquisitivo, sino sólo la falta de poder de disposición del vendedor. Así se ha afirmado expresamente en el *Rapport* (109), de acuerdo con la doctrina más razonable y autorizada que antes hemos expuesto. La nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato de compra siempre repercutirá sobre comprador y vendedor como partes que han sido en el mismo. La buena fe del comprador no hace inoponible frente a él la causa de ineficacia. Cuestión distinta es la de si el subadquirente que compró del comprador con título nulo no quedará protegido. Parece que sí, siempre que actúe de buena fe, porque entonces el primer comprador no era dueño y no podía transmitir. La buena fe del comprador sólo hace inoponible frente a él la falta de dominio o de facultad dispositiva por parte del vendedor. En ese mecanismo de desconocimiento razonable e inoponibilidad de la limitación, descansa la seguridad del tráfico.

El artículo 5.º-1 sanciona la validez de la transmisión de la propiedad en determinadas condiciones, *aunque el vendedor no tenga poder de disposición sobre la cosa*. El problema se centra en determinar qué se entiende aquí por poder de disposición. Si debe interpretarse esta expresión en sentido estricto y técnico como equivalente a prohibición de disponer —contractual o legal— (110), o en sentido amplio, como toda causa que impida la válida disposición por parte del vendedor. En base a esa norma legal, creemos que el comprador de buena fe de bienes muebles debería quedar protegido, al menos, en los siguientes supuestos:

a) Cuando el vendedor no sea dueño: Bien porque no lo ha sido nunca, bien porque dejó de serlo al transmitir el dominio de la cosa a un adquirente anterior. Siempre que, en ambos casos, el vendedor sea actualmente poseedor de la cosa porque, tratándose de bienes muebles, no habría problema sin esa posesión —en sentido amplio o mera detentación— que se transmite, y cuya adquisición de buena fe y a título de dueño provoca la adquisición a *non domino*. Falta de dominio por cualquier causa —nulidad del título adquisitivo del tradens, venta de cosa totalmente ajena, etc....—, unida a la apariencia legitimadora de la posesión. Es el caso más típico de venta a *non domino*, el cual puede poseer la cosa por habérsela confiado el verdadero dueño o sin esa relación de confianza. Para subsanar la difícil prueba del dominio en materia de muebles, se protege al comprador que confió de buena fe en la posesión del tradens. Al no ser dueño, éste carecía del adecuado poder de disposición sobre la cosa.

b) Cuando el vendedor actúe como representante del dueño y carezca de título de legitimación suficiente para la enajenación. Si el representante exhibe el poder al comprador, y el de él resulta sin facultades para la venta que realiza, el comprador no podrá alegar

(109) Pág. 38.

(110) Sobre el concepto de las prohibiciones de disponer y su respectiva eficacia cuando recaen sobre bienes inmuebles, vid. nuestro trabajo *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente*, "A.D.C." XVIII-IV, págs. 953-988.

su buena fe ni será protegido. Si alega su representación, pero no exhibe el poder al comprador, teniendo en cuenta que, según nuestro derecho al menos, no es necesario que conste documentalmente el poder para enajenar bienes muebles (1.280-1.^º y 5.^º), quizá el comprador pueda quedar protegido si, en atención a lo dicho, no se reputa negligencia por su parte la no revisión del poder. Si el vendedor actúa como representante indirecto, en nombre propio y por cuenta ajena, ocultando la representación, el comprador quedará protegido si confía de buena fe en la posesión del tradens. Lo mismo cabrá decir si el representado ha fallecido y el comprador lo desconoce (111).

Todos estos subcasos no están especialmente recogidos en el Proyecto de Ley, y su solución exige un no pequeño esfuerzo interpretativo. Son materias éstas que, como otras tampoco reguladas expresamente, necesitarán una jurisprudencia uniforme a cargo de un Tribunal supranacional. Recuérdese, sin embargo, que en materia de ventas comerciales, el problema de la representación es menor, porque cualquiera de los que actúan en un establecimiento mercantil se reputan representantes del dueño del establecimiento. Y este mismo, propietario de las mercaderías que tiene para vender, si no alega expresamente lo contrario.

c) Cuando el vendedor haya adquirido su dominio sujeto a una prohibición de disponer de origen convencional, contenida en su título adquisitivo y válida según la ley nacional del país en que se formalizó ese título previo. En tal supuesto, dueño el vendedor, pero limitado o excluido voluntariamente el ejercicio de su facultad dispositiva, se plantea la cuestión de si esa prohibición de disponer convencional afectará o no al tercero que compra del vendedor. Si la prohibición de enajenar el bien mueble está inscrita en un Registro público que funcione en el país donde la entrega de la cosa ha de realizarse, el comprador no podrá alegar su desconocimiento, no podrá encontrarse en situación de buena fe y la limitación le será oponible, por analogía de lo que se dispone en el artículo 6.^º del Proyecto para los derechos a favor de terceros y las restricciones derivadas de la declaración de quiebra. Recuérdese además que si las prohibiciones de disponer necesitan siempre de publicidad, o al menos de conocimiento por el tercero, para serle oponibles a éste, ello es necesario, todavía más, cuando se refieren a bienes muebles, por su más fácil traslación, por su desconexión con el título adquisitivo, y porque no reflejan aquella limitación contraria a su naturaleza ambulante.

Pero si la prohibición de disponer válida y convencional no aparece inscrita en ningún Registro de muebles destinado a la publicidad de esas limitaciones, o el Registro funcionara en un país distinto a aquel en que se verifique la entrega al comprador, si éste actúa de buena fe, es decir, si desconoce razonablemente la limitación, no le será oponible, conforme al artículo 6.^º, y en su favor se realizará la válida transmisión de la propiedad. El caso, aunque menos frecuen-

(111) Arg. art. 1.738, vinculado aquí a que el representante ignore igualmente la muerte del representado.

te (112), encaja plenamente en la letra del artículo 5.º-1. Cuestión distinta y más improbable sería la de la eficacia de una prohibición de disponer inválida según la legislación del país en que se otorgó el título previo y, a pesar de ello, inscrita en el Registro. La apariencia de validez derivada de la inscripción aconseja pensar que también entonces afectaría al tercer comprador, mientras que no quedara sin efecto o se impugnara la inscripción. Aunque para ello habría que revisar en cada caso la legislación reguladora de ese Registro de muebles en el país de que se trate, y la eficacia oponible de la prohibición inscrita que fuera nula.

d) ¿Quid de la prohibición de enajenar resultante de haber sido declarado judicialmente el vendedor en estado de quiebra? La solución es la misma que la apuntada en el apartado anterior, por imperativo del artículo 6.º Aunque tenga su origen en la ley, que autoriza esa forma de sanción negativa o prohibitiva, su efectividad depende de la resolución judicial. Y la eficacia oponible de la prohibición judicialmente establecida se vincula a su oportuna —Registro en el lugar de la entrega— publicidad registral.

e) ¿Y si la prohibición de disponer de la cosa mueble no es contractual, ni judicial, sino legal en sentido estricto, si es la ley imperativa del país donde se celebra la venta o se realiza la entrega la que prohíbe la venta de determinados objetos muebles? Pensemos en las legislaciones protectoras del patrimonio artístico nacional, que prohíben la venta de determinados objetos de arte (bienes *extra commercium*), o su enajenación a extranjeros o su traslado fuera del territorio del país que se trate. Entonces parece que la prohibición de la venta no puede estar a merced de la publicidad registral o del conocimiento por los terceros; que las leyes prohibitivas, como derecho imperativo, no pueden quedar sin efecto por la autonomía de los particulares; que se promulgan para ser cumplidas en todo caso; que los compradores tienen la obligación de averiguar si existen o no esas limitaciones, de modo que su desconocimiento no les sitúa en situación de buena fe o, por lo menos, no excluye el cumplimiento de las normas desconocidas; y que el interés colectivo nacional que trata de salvaguardarse con esas limitaciones debe de prevalecer sobre el interés puramente individual del comprador de la obra de arte. Razones todas ellas que aconsejan hacer repercutir sobre el comprador la sanción de inalienabilidad del objeto mueble en cuestión, aunque no tuviera noticia real de la prohibición.

De otra forma, se defraudaría fácilmente la norma legal mediante la interposición de un tercer adquirente ignorante de la prohibición, o de la difícil prueba de su conocimiento. Aunque con ello sufra un tanto la integridad de la publicidad registral y puedan repercutir

(112) Normalmente estas prohibiciones de disponer pactadas sobre bienes muebles, por su carácter excepcional, sólo jugarán para ser válidas como garantía del precio aplazado en la venta de esos mismos bienes; o por estar afectos estos bienes a una prenda sin desplazamiento de la posesión. Difícilmente en otros casos. Y para ello, la técnica jurídica exige un adecuado régimen de publicidad registral.

sobre el tercero situaciones que no llegó a conocer (publicidad legal). Porque también es dudoso que su actuación cuidadosa y responsable no exigiera ese previo conocimiento.

Esto es aplicable en todo caso de prohibición legal de disponer. Con doble motivo cuando se trate de cosas cuyo tráfico está prohibido por razones de salud, moral, seguridad, etc.; así, por ejemplo, drogas o armas.

f) Otras veces, sobre la cosa mueble que se pretende vender concurren derechos limitados a favor de terceras personas, sin posesión o con posesión mediata. Resulta entonces que el propietario gravado no tiene la plena disposición de la cosa libre, sino sólo en cuanto gravada por ese derecho del tercero. La venta del pleno dominio de la cosa mueble sin limitación plantea la cuestión de la repercusión del gravamen frente al comprador.

La solución contenida en los artículos 5.^º-2 y 6.^º parece clara: los derechos limitados de los terceros no afectarán en principio al comprador, quien adquirirá el pleno dominio de la cosa siempre que sea de buena fe, es decir, que pueda razonablemente ignorar el gravamen. Lo cual supone que éste carezca de publicidad posesoria actual, que su titular activo no posea efectivamente la cosa, porque entonces sería prácticamente imposible la buena fe del comprador.

Inoponibilidad de los derechos de terceros que presenta dos excepciones: 1) Que dichos derechos gocen de adecuada publicidad registral; 2) Que no se trate de los derechos concedidos por las leyes de propiedad intelectual e industrial, los cuales quedan excluidos de la regulación del Proyecto de Ley y sometidos a los Tratados internacionales vigentes.

Resulta, pues, que cuando el Proyecto de Ley habla de los casos en que el vendedor no tenga poder de disposición sobre la cosa, para vincular a ellos la enérgica eficacia protectora que al comprador se otorga, aquella expresión legal debe ser entendida en su sentido más amplio, comprensiva de todos los supuestos en que el vendedor no sea dueño o no pueda disponer por cualquier causa —venta a *non dominio*; y al mismo tiempo debe ser matizada, restringiéndola por razones de publicidad, de prohibición legal o de diligencia del comprador, en la forma que hemos apuntado.

2. ¿Por qué se exige la buena fe? Evidentemente, porque se trata de ventas irregulares, anómalas. Porque el vendedor no podía disponer de la cosa, y sin esa buena fe y la protección que se le dispensa en el Proyecto de Ley, el comprador no podría hacerse propietario inmediatamente. La protección del comprador confiado en la apariencia y la seguridad del comercio internacional imponen esta extraordinaria solución.

La nueva Ley Uniforme ha centrado perfectamente el problema. Se publica para disciplinar un aspecto concreto de la venta internacional de bienes muebles, regida con carácter general por la LUVI. Se trata de proteger al comprador y de hacer posible la adquisición de dominio a su favor, cuando el vendedor no es dueño o no puede-

disponer. Para ello se exige que el comprador sea de buena fe, porque sólo a través de esta creencia razonable se puede convalidar el vicio inicial. Por eso, y porque ésta es su específica finalidad protectora, se titula "Proyecto de Ley de protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales". Sin buena fe no hay protección o, al menos, no hay la que aquí específicamente se instrumenta. Y con ella se produce una auténtica adquisición a *non domino*.

3. ¿En qué consiste la buena fe? La cuestión tiene importancia para huir de las discusiones doctrinales sobre el tema, que aún subsisten en los diferentes derechos nacionales, y para lograr la mayor importancia práctica de la regulación uniforme contenida en el Proyecto en cuestión.

La caracterización legal de la buena fe del comprador nos viene dada en el artículo 7.º: "La buena fe consiste en la creencia razonable de que el vendedor, al tiempo de la entrega de la cosa, tendrá poder de disposición sobre ella conforme al contrato."

En el aspecto que ahora estamos considerando, la buena fe es siempre una creencia, equivocada pero razonable. Creencia equivocada porque desconoce la realidad jurídica, el hecho de que el vendedor no es dueño o no puede disponer. Sólo cuando el vendedor está afectado por alguna de estas restricciones, entra en juego el Proyecto de Ley y su protección especial. Se protege al comprador frente a la inexistencia de los datos que hicieron justificable su adquisición (113). Mas creencia razonable. Porque se apoya en una apariencia de posesión, en un comportamiento sobre la cosa que normalmente exterioriza el dominio. Porque tiene por base la honesta y responsable confianza en la apariencia. Porque no está contradicha por la situación de hecho del vendedor. Y porque para que el comprador pueda encontrarse en esa situación de errónea creencia, debe haber procedido con auténtica diligencia, que hace irresponsable su error. Además, si se protege al comprador frente a la falta de poder dispositivo del vendedor, su error consistirá en la creencia en ese poder, que el vendedor podía transmitir según manifestó en el contrato de venta.

(113) Se ha discutido en la doctrina la cuestión de saber si la buena fe tiene una carácter subjetivo u objetivo. Esta controversia se refleja en los diferentes derechos nacionales. Así, en derecho inglés y francés, se considera la buena fe como una noción esencialmente subjetiva. Mientras que en derecho holandés y suizo adquiere un sentido objetivo. Los derechos alemán e italiano han adoptado una posición intermedia: la buena fe como elemento subjetivo es complementada por un elemento objetivo, la ausencia de falta grave.

El Comité de Estudios del UNIDROIT ha llegado a la conclusión de que el problema está mal planteado de esta manera. No se trata de saber si la buena fe tiene un carácter subjetivo u objetivo. La noción de buena fe, en sí misma considerada, presenta siempre un carácter subjetivo, porque la buena fe representa una situación de espíritu. De esto se trata y lo que importa precisar es cuáles sean las circunstancias exteriores a esa situación de espíritu que influyen sobre la apreciación de la buena fe y en qué medida. Colocados en este punto de vista, la cuestión doctrinal pierde mucho de su interés (*Rapport explicatif*, pág. 44).

Importa subrayar que la creencia del comprador sobre el posible ejercicio de la facultad dispositiva por el vendedor se circunscribe al momento de la entrega de la cosa. Ello es importante y nos recuerda de nuevo que el Proyecto de Ley desecha el sistema de la compraventa traslativa meramente consensual, y acoge el criterio (tan familiar para los españoles) de compraventa obligacional completada con la tradición para la transmisión del dominio. Supuesta la posibilidad de la venta de cosa ajena en la compraventa obligacional, lo importante a efectos traslativos es el momento de la entrega.

Y es en este último cuando el vendedor tiene que poder disponer libremente de la cosa, no necesariamente antes. Por eso la buena fe, como creencia errónea, queda circunscrita en esos términos.

4. ¿Existe un deber de diligencia por parte del comprador de buena fe para ser reputado como tal? Parece que sí. Según el artículo 9, "el comprador debe demostrar que ha tomado las precauciones normalmente adoptadas en los negocios". ¿Qué quiere esto decir? Que no basta con alegar la buena fe o ignorar la imposibilidad dispositiva del vendedor. Sino que para llegar a esa creencia errónea, y que ésta resulte razonable y jurídicamente protegible, el que la sufre debe haber tomado las precauciones necesarias para cerciorarse de aquél estado y que son habituales en el mundo de los negocios de que se trate. La situación del comprador ha de ser cuidadosa y socialmente responsable. Queda así la calificación de buena fe vinculada a las circunstancias de hecho de cada caso concreto, a los hábitos comerciales. A efectos de la confianza que suscita no es igual, por ejemplo, comprar un valioso reloj de oro de un desconocido en la calle a precio inferior al real, que comprarlo en una tienda dedicada a la venta de esos objetos y pagar su precio en el mercado. El objeto comprado y las circunstancias en que la venta se realice determinarán el grado de diligencia habitual que socialmente es exigible al comprador y que, en definitiva, habrá de ser valorado en cada caso por el juez (114). Como todas las cuestiones relativas a la buena fe que, en definitiva, es siempre una cuestión de hecho.

La buena fe se nos aparece así como un standard jurídico o concepto válvula, de imprecisos contornos, cuyo contenido habrá de ser llenado en cada caso de acuerdo con las circunstancias de hecho concurrentes y su valoración social en cada momento. Como que traduce un juicio de valor, y como tal necesitado de interpretación, sobre la conducta honrada y razonable del beneficiado con esa calificación.

(114) El comprador deberá probar que ha tomado todas las precauciones que son habituales en relación con cada asunto concreto a que el contrato haga referencia. Si estos hábitos comerciales implican la necesidad de tomar ciertas precauciones especiales como, por ejemplo, recibir ciertas informaciones, consultar determinados registros o solicitar el envío de algunos documentos, el comprador no podrá invocar su buena fe mientras no pruebe que ha observado el cumplimiento de esas medidas (*Rapport explicatif*, pág. 48).

Si la exigencia de diligencia para el adquirente de buena fe nos parece razonable, por lo que supone de normal derogación de los criterios transmisivos normales, de expropiación al propietario desposeído, y porque la protección que a aquél se otorga sólo se comprende cuando se actúa con plena responsabilidad, sin ligereza, todo ello es doblemente aplicable a las ventas internacionales de bienes muebles, en que pueden entrar en juego muchas veces consideraciones de codicia, oportunidad o enriquecimiento injustificado. La seguridad del comercio internacional debe construirse con un respeto exquisito a la justicia de cada caso concreto.

5. Frente al criterio general vigente en buena parte de los derechos nacionales, según el cual la buena fe del comprador se presume legalmente mientras no se pruebe lo contrario, lo cual facilita la protección del comprador y hace recaer sobre el propietario desposeído la carga de la prueba, el Proyecto de Ley que estamos comentando ha seguido la orientación contraria: la buena fe del comprador debe probarse por éste. "El comprador debe demostrar...", dice el artículo 9.º Claro que normalmente esa prueba se hará procesalmente frente a la reclamación judicial del contradictor, y tendrá que acreditar suficientemente que el comprador creía razonablemente en el poder dispositivo del vendedor al momento de la entrega (artículo 7), que ha tomado las precauciones adecuadas al tipo de negocio celebrado (art. 9), que el contrato no presenta carácter sospechoso (art. 10-1), y demás circunstancias contenidas en los artículos 8 y 10-2.

Veamos cómo se justifica esa necesidad de probar la buena fe: En un principio, la Comisión de Estudios se pronunció por el sistema clásico de la presunción de buena fe, pero en seguida abandonó este punto de vista al llegar al convencimiento de que, especialmente en materia de comercio internacional, ese sistema resultaría demasiado oneroso para los propietarios desposeídos, porque les sería muy difícil, si no imposible, conocer las circunstancias de la venta realizada, sobre todo si se había celebrado en un país lejano. Por eso ha parecido preferible al Comité que el comprador tenga que probar la presencia de los elementos que justifiquen su protección frente a la reivindicación del anterior propietario. El Comité ha procurado evitar las soluciones extremas y privar al comprador de la protección que le es debida, haciendo recaer sobre él la carga de una prueba demasiado rigurosa. Por eso ha intentado establecer un equilibrio entre los elementos de prueba que debe aportar el comprador para justificar su buena fe de una parte, y los que tiene que acompañar el antiguo propietario para desvirtuar el fundamento de esa justificación, por otra parte. De esta manera el Comité se ha limitado a diseñar las líneas generales, sin entrar en detalles, ya que se trata de una apreciación de los hechos que varía según las circunstancias, y procede dejar al juez la libertad necesaria para que pueda apreciar todos los aspectos de cada caso concreto (115).

(115) *Rapport explicatif*, pág. 48.

La ponderada medida de los intereses en pugna, y la clara visión de los perfiles peculiares del problema planteado a nivel internacional, tal como se exponen en el párrafo anterior, aconsejan aceptar la solución propuesta por el Proyecto, que quizá sea en la práctica la más oportuna (116).

6. Existen dos tipos de circunstancias objetivas que excluyen la existencia de buena fe. Digo que son objetivas no porque —una de ellas, al menos— no dependan de la conducta subjetiva del comprador afectado, sino porque su comprobación por el juez impide que el comprador sea calificado de buena fe. Se dan o no se dan, y para ello habrá que tener en cuenta elementos subjetivos u objetivos en cada caso. Pero una vez producidas con la extensión legal, la buena fe ya no es apreciable. Serían circunstancias legalmente determinantes de la mala fe. Están contenidas en los dos párrafos del artículo 10, que dice así: "1. El comprador no será considerado de buena fe si el contrato presenta un carácter sospechoso por razón de las circunstancias en que haya sido concluido o de las cláusulas que contenga.— 2. Si la cosa objeto del contrato ha sido perdida o robada, el comprador no puede ser considerado de buena fe sino cuando haya comprado en condiciones normales de un comerciante dedicado a la venta de cosas del mismo género". Veamos ambos supuestos por separado.

a) Frente a la prueba realizada por el comprador de que ha cumplido los requisitos para ser considerado de buena fe (creencia

(116) Vid. lo dicho antes en págs. 34 y 35 y en nota 71.

Como ha señalado MOLLEDA FERNÁNDEZ LLAMAZARES, que la buena fe deba presumirse siempre es algo que dista mucho de estar justificado. Técnicamente es natural que el derecho proteja a quien obra honestamente y niegue su protección a quien obra deshonestamente; pero no se ve la institucional razón jurídica por la que el Derecho ha de presumir que toda persona obra bien mientras no se demuestre lo contrario.

La mayoría de la doctrina italiana moderna (RAMPONI, MONTEL, CARNEUTTI, BETTI, STOLFI, MENGONI, SACCO, DISTASO) se muestra hostil a la generalización de la presunción de buena fe. Ha sido RODOLFO SACCO —en su conocido trabajo *La presunzione di buona fede*, "Riv. Dir. Civ.", 1959, números 1 y 3. Vid también *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato*, Torino, 1949— el que ha considerado de modo pleno y general la cuestión de la prueba de la buena fe presumida expresamente, llegando a la conclusión de que la buena fe ha de presumirse siempre que su protección jurídica venga determinada por un principio general de tutela del tráfico (seguridad dinámica), concretado en la no exigencia de especiales requisitos de apariencia o de diligencia para que tenga lugar aquella protección de la buena fe, porque en tales casos la mala fe constituye un límite de aquel principio de seguridad dinámica, siendo, por tanto, un hecho impeditivo que ha de probarse (v. gr., posesión de buena fe). Mientras que en todos los demás casos, la buena fe no puede presumirse, porque es un hecho constitutivo que ha de probarse.

Por lo que respecta al Derecho español, entiende MOLLEDA que habrá que probar la buena fe cuando actúe en cada concreto supuesto como hecho constitutivo, estando dispensada su prueba y debiendo probarse, por tanto, la mala fe cuando sea ésta la que actúe como hecho impeditivo o extintivo. Pero advierte cautamente que la específica determinación de cuándo la buena fe es un hecho constitutivo o no lo es, es cosa que no se puede hacer *a priori* y con arreglo a un criterio general (loc. cit., págs. 227-231 y 235).

razonable, adopción de las precauciones debidas, etc), el anterior propietario desposeído puede igualmente probar, para desvirtuar esa calificación de buena fe, que el contrato de venta presenta un cierto carácter sospechoso en atención a las circunstancias que en él se han dado: naturaleza de la cosa vendida, cualidades personales del vendedor o de su negocio, etc. La expresión legal es imprecisa pero sintomática. El así llamado carácter sospechoso del contrato apunta al hecho de la concurrencia de circunstancias en su celebración o en su contenido normativo que revelen su falta de habitualidad, su no encaje en los contratos normales que integran el tráfico en masa, que pongan de manifiesto la falta de equivalencia de las prestaciones, la desigualdad de las partes, etc. Todo esto produce la sospecha de la anormalidad del contrato y que, por ello, el adquirente no merece ser protegido en los mismos términos en que lo está el comprador de buena fe en los casos normales.

Las causas determinantes de ese carácter sospechoso habrán de ser determinadas en cada caso concreto. Se trata de un concepto amplio, de límites imprecisos, como el mismo de la buena fe del que es término correlativo, que habrá que puntualizar con los datos de cada caso. Así, por ejemplo, se señalan como posibles casos de contrato sospechoso los siguientes: 1. Venta de ocasión de un objeto precioso en una pequeña tienda situada en barrio extremo. 2. Venta a muy bajo precio, especialmente cuando la reducción del precio no sea fácilmente explicable, porque el comprador podrá siempre demostrar que se trataba de un precio de amigo o resultante del interés del vendedor en realizar la operación. 3. Aunque el vendedor enajene una cosa que compró a plazos, y aunque sea lícito exigir al comprador la adopción de precauciones especiales para averiguar que el precio de la adquisición anterior está ya pagado, sin embargo, puede ser considerado de buena fe cuando sepa que su vendedor no había satisfecho totalmente su precio (117). 4. Cuando el comprador sabe que la cosa comprada le ha sido ilegítimamente sustraída al verdadero dueño y después adquirida de buena fe por quien se la vende a él. 5. El hecho de que el vendedor sea declarado en quiebra inmediatamente después de la entrega de la cosa vendida, lo que hace sospechar que la venta se realizó para defraudar a los acreedores y previendo esa próxima declaración de quiebra, etc. (118).

En definitiva, se trata de datos y hechos que habrá que valorar en cada caso por el juez, para decidir sobre la normalidad del contrato y la cuidadosa conducta del comprador para formar su creencia razonablemente errónea, o sobre el carácter sospechoso del mismo contrato que impida admitir la buena fe del comprador, entendida en los términos de responsabilidad y diligencia a que nos hemos referido. La noción de "contrato sospechoso" está muy cerca de la de "adopción de las precauciones necesarias" a que hacía referencia el artículo 9. El carácter sospechoso del contrato y su prueba parecen

(117) *Arrêt de la Corte Suprema de los Países Bajos de 6 enero 1961.*

(118) *Rapport explicatif*, págs. 50-52.

contradecir la diligencia necesaria por parte del comprador para ser protegido, al no desvirtuarse suficientemente las causas determinantes de tal sospecha.

Creemos, sin embargo, que el tema del contrato sospechoso no encaja plenamente dentro del supuesto de la conducta diligente del comprador, no se vincula siempre a la adopción de precauciones necesarias por parte de éste, y puede ser estudiado aparte.

Lo cierto es que frente a la prueba hecha por el comprador de haberse comportado con la diligencia normal y acostumbrada en el asunto de que se trate, la otra parte podrá demostrar que el contrato presenta un carácter sospechoso por las circunstancias en que ha sido concluido o por las condiciones que contiene, y entonces el comprador sólo será reputado de buena fe si llega a refutar esas alegaciones de sospecha (119). Se trata de un mecanismo contradictorio de prueba, en que habrá que valorar todas las alegaciones que se formulen para llegar a establecer la existencia o no de buena fe en el comprador. El carácter sospechoso del contrato excluye la buena fe, pero deberá ser igualmente valorado y admitido por el juez.

b) El párrafo 2.º del artículo 10 se destina a regular la venta de cosas perdidas o robadas. Recuérdese la importancia práctica del tema y las numerosas discusiones que acerca de él se han suscitado en Derecho español. La solución del Proyecto parece clara y automática: Si las cosas vendidas no han sido perdidas ni robadas por su anterior propietario, rige la norma general ya vista y se protege al comprador de buena fe cuando legalmente pueda ser considerado tal a la vista de su prueba. Si, por el contrario, las cosas vendidas han sido objeto de pérdida o robo hay que subdistinguir dos casos: a') cuando el vendedor sea un comerciante dedicado habitualmente a la venta de objetos del mismo género y la compra se haga en condiciones normales, el comprador puede ser considerado de buena fe, si reúne los demás requisitos necesarios para ello, y puede resultar protegido; b') cuando el vendedor no sea comerciante dedicado a la venta habitual de objetos análogos, entonces el comprador no puede ser considerado de buena fe si las cosas son perdidas o robadas, y no puede quedar protegido.

¿Cómo se ha llegado a este criterio normativo? He aquí su explicación: La posibilidad de que el propietario desposeído recupere la cosa indebidamente vendida indemnizando al comprador el precio que pagó por ella, es una fórmula poco útil para el comercio internacional, y ha sido rechazada. El Comité ha decidido adoptar una distinción que ya figura en numerosas legislaciones nacionales y que ha considerado oportuna para regular las relaciones internacionales en esta materia. Se trata de la distinción entre la compra de una cosa cuando el vendedor no se dedica al comercio de la venta de cosas semejantes, y la compra hecha a un comerciante que vende objetos análogos. En la primera hipótesis *el comprador debe soportar el riesgo de haber sido robadas o perdidas las cosas que se venden*; en

(119) *Introduction*, págs. 14-16.

cambio, en la segunda hipótesis el comprador puede llegar a invocar su buena fe. Este régimen legal obedece, de una parte, a que en la mayoría de los derechos nacionales el propietario desposeído por consecuencia de pérdida o robo puede, dentro de ciertos límites o bajo ciertas condiciones, reivindicar la cosa perdida o robada frente a todo tercer comprador, y resultaría injusto privarle de ese derecho cuando el comprador haya adquirido la cosa en una venta internacional. Por eso el Proyecto dispone que, en principio, el comprador no puede invocar su buena fe contra el propietario desposeído en virtud de pérdida o robo. De otra parte, sería injusto para el comprador el verse obligado a restituir la cosa al propietario desposeído en todo caso de pérdida o robo, sin tomar en consideración las circunstancias bajo las cuales se haya producido la venta. El comprador que ordena la adquisición de una cosa a un comerciante extranjero dedicado a la venta de objetos de la misma especie en condiciones normales, no debe resultar obligado a asegurarse de que el vendedor tenía poder de disposición precisamente sobre la cosa que le ha entregado. Si no se le permitiera actuar de buena fe en un caso semejante, se entorpecería excesivamente el desarrollo de los negocios en el comercio internacional. Además, en este caso, muchos sistemas nacionales establecen la misma excepción a la regla general de reivindicación de cosas perdidas o robadas (120).

Sea cualquiera el peso de estas razones (aceptación de los derechos nacionales, fórmula intermedia de equilibrio entre la protección de los dos intereses concurrentes) que justifican el criterio del Proyecto, aunque la fórmula legal escogida restrinja un tanto la seguridad del tráfico a costa de la protección del propietario que sufre la pérdida o el robo, lo cierto es que su aplicación parece clara y coincide sorprendentemente con la respuesta del sistema español en este caso (artículo 464 C. c. en relación con el 85 C. de c.). Hasta ese punto se ha convertido en derecho uniforme el vigente en nuestro propio país. Pero su formulación adolece de un defecto técnico importante que no debemos silenciar: Se confunde la pérdida o robo de las cosas vendidas con la buena o mala fe del adquirente, que son realidades completamente distintas. Uno es el dato objetivo de que la cosa haya sido objeto de pérdida por su dueño o de robo al mismo, y otro el comportamiento subjetivo del comprador frente al título injustificado o vicioso de su causante en orden a actuar o no de buena fe. Aquél se refiere a los elementos de hecho determinantes de la aplicación o exclusión de la norma. Este condiciona la protección legal. El comprador puede adquirir de buena fe una cosa robada o perdida, si desconoce razonablemente las causas de la posesión del vendedor y cree diligentemente que éste podía transmitirle el dominio de la cosa; mientras que si conoce que su vendedor no era dueño, actuará de mala fe, y no podrá ser protegido, aunque las cosas hayan sido voluntariamente confiadas (y no perdidas ni robadas) por su propietario al poseedor que luego las vende.

(120) *Rapport*, pág. 54.

Claro que ambas circunstancias, la de no ser las cosas que se compran perdidas o robadas, o haberse comprado de un comerciante legalmente establecido, de una parte, y la buena fe del comprador, de otra, son ambas determinantes de la entrada en vigor o no de la norma protectora, requisitos de su aplicación. Pero entendemos que no pueden ser englobadas o confundidas. Que la buena fe subjetiva del comprador no puede hacerse depender de un dato objetivo, como es que las cosas compradas resulten robadas o perdidas. Y que en ambos supuestos, tanto cuando se compran cosas que no hayan sido objeto de pérdida o robo, como cuando este origen vicioso es irrelevante por actuar como vendedor un comerciante legalmente establecido y dedicado a la venta de objetos análogos, en los dos casos es necesaria la buena fe para que el comprador resulte protegido.

Por lo demás, aparte esta imprecisión técnica, la fórmula del Proyecto es aceptable y debería ser fácilmente aplicable en la práctica si, como parece deseable, se excluyera la protección del comprador sólo en los casos de pérdida o robo, entendidas estas palabras en su sentido más técnico. Pero el problema se ha complicado, a nuestro juicio innecesariamente, cuando en el *Rapport explicatif*, y al comentar el artículo 10-2, se afirma expresamente lo siguiente: "La expresión "cosa (que) ha sido perdida o robada" debe ser entendida en un sentido amplio: cuando el propietario ha sido privado de la cosa de una manera análoga y contra su voluntad, esta privación debe ser asimilada a la pérdida o al robo" (121). Con esta peligrosa afirmación se ha desvirtuado la precisión de la excepción.

Entendidas estas expresiones en su sentido más amplio, podrán considerarse incluidos dentro de ellas los supuestos de apropiación indebida, abuso de confianza, etc. Con lo cual se habrá abandonado la seguridad y se habrá ampliado excesivamente la excepción a la norma protectora. Al menos por lo que se refiere a las compras en las que el vendedor no sea comerciante. Recuérdense los agudos problemas prácticos que la interpretación amplia de la frase "privación ilegal" ha planteado en el Derecho español, hasta el punto de dejar muchas veces sin efecto el artículo 464. Ciento que el párrafo transscrito del *Rapport* sólo afirma que deberán ser equiparados a los casos de pérdida o robo aquellos otros en que el propietario sea privado de la cosa en contra de su voluntad (122). Privación involuntaria = pérdida o robo. Mas no que todo abuso de confianza y enajenación de la cosa confiada deba recibir el mismo trato. Hacemos votos para que la interpretación jurisprudencial uniforme que se dé a este artículo del Proyecto cuando se haya convertido en ley, lo reconduzca a sus estrictos términos, sin ampliar con exceso los conceptos de pérdida o robo, y excluyendo de esta excepción la enajenación de las cosas muebles confiadas. Para mayor seguridad del tráfico internacional y eficacia de la norma protectora.

(121) Pág. 56.

(122) Dice así textualmente: "Lorsque la chose a été enlevée au propriétaire d'une manière analogue contre la volonté de celui-ci, cet enlèvement doit être assimilé à une perte ou un vol".

7. Cuando el comprador actúa por medio de un representante, la buena fe es exigida tanto a éste como a aquél. Art. 8-1: "Se requiere tanto la buena fe del comprador como de quien obra en su nombre o por su cuenta." La exigencia de buena fe en ambos sujetos podrá parecer más rigurosa, pero cristaliza en una norma clara, que evitará las discusiones doctrinales sobre quién juega un papel decisivo en la adquisición e impedirá las distinciones entre poder general y especial. Doble imputación de buena fe que tiene su apoyo, cuando se proyecta sobre el comercio internacional de bienes muebles, en la extraordinaria eficacia práctica que puede llegar a desarrollar (123), y que se justifica razonablemente en la consideración de que la mala fe del representante o del comisionista debe ser imputable al comprador, ya que el que se sirve de un intermediario debe soportar el riesgo de la mala fe de éste (124).

La dicción del artículo 8-1 aconseja incluir dentro de esta norma tanto al representante directo como al indirecto, al que actúa en nombre propio y por cuenta del *dominus*.

8. ¿Cuándo es necesaria la buena fe? Tanto en el momento de la conclusión del contrato como en el de la entrega de la cosa al comprador (art. 8-2). La buena fe se vincula al momento adquisitivo. Pero la adquisición se realiza mediante el contrato de compraventa completado con la tradición. La adquisición no es meramente consensual. No basta con el contrato, que es meramente obligacional, sino que se precisa la entrega de la cosa (125). Por eso no basta con tener buena fe al celebrar el contrato. La buena fe se exige en los dos momentos del iter adquisitivo: en el de celebración de la compraventa y en el de la entrega de la cosa vendida. La errónea creencia del comprador de que el vendedor podía disponer libremente de la cosa, tiene que subsistir en esos dos momentos: al celebrar el contrato de compraventa y al recibir la entrega de la cosa, no en uno sólo de ellos.

Sólo que esa errónea y razonable creencia en que la buena fe consiste, se proyecta sobre un dato cronológicamente distinto. A saber: que el vendedor podía enajenar al tiempo de la entrega de la cosa (art. 7.º), no antes. Basta con eso. Porque el acto dispositivo se perfecciona con la entrega. Antes, el contrato de compra sólo produce la obligación de entregar. Y la facultad dispositiva es relevante en el momento en que la transmisión se consuma.

(123) Me refiero al hecho, por lo demás frecuente, de que una persona encargue a su comisionista en el extranjero la compra de un determinado objeto valioso o difícil de encontrar en el país de origen, y obra de arte allí más accesible. Si el representante acude en el país extranjero a una pequeña tienda de antigüedades legalmente establecida y compra allí a *non domino* el objeto deseado, parece procedente que actúen de buena fe tanto el representante como el representado, para que éste llegue a convertirse en dueño, y quede expropiado de su dominio el particular que confió la cosa al comerciante para su restauración.

(124) *Rapport*, pág. 46.

(125) Sobre cómo se realiza la entrega y cuándo se entenderá hecha, ver artículo 11.

Si el comprador tiene buena fe en esos dos momentos, queda protegido como tal. Aunque después de haberle sido entregada la cosa descubra que el vendedor no podía disponer de ella: *mala fides superveniens non nocet* (126).

9. ¿Qué efectos produce la adquisición de buena fe en esas circunstancias? Que el comprador se hace dueño de la cosa, aunque el vendedor no tuviera poder de disposición sobre la misma, y siempre que el contrato de compraventa no resulte inválido o ineficaz por otras causas. Y cuando el vendedor no fuera propietario —causa ésta la más frecuente de la ausencia de poder dispositivo—, se produce una auténtica adquisición a *non domino* por ministerio de la ley. Así se reconoce expresamente en el comentario oficial: "La fórmula empleada en el Proyecto se corresponde con las fórmulas corrientemente usadas en las legislaciones nacionales para significar que el comprador adquiere la propiedad de la cosa o que obtiene un título válido sobre ella. Resulta así indudable que el comprador no sólo queda protegido frente a las reclamaciones de los terceros, y que frente a él serán inoponibles los derechos de éstos sobre la cosa, sino también que él puede igualmente ejercitar todos los derechos de un propietario; de modo que si pierde la cosa puede reivindicarla incluso frente al anterior propietario que la hubiera vuelto a poseer. También resulta indudable que el comprador puede disponer de la cosa y conferir un título válido a un adquirente posterior... El Proyecto comprende tanto la hipótesis de adquisición a *non domino* por consecuencia de una venta efectuada por quien no es propietario de la cosa, como la hipótesis de la venta efectuada por un vendedor que, aun siendo propietario de la cosa, no puede disponer libremente de ella por estar gravada con el derecho de un tercero" (127).

Adquisición a *non domino* y extinción de los derechos de terceros. La protección concedida por el Proyecto se formula en los términos más amplios, tanto respecto a los supuestos contemplados cuanto a la densidad de eficacia que encierra. En relación con quien adquiere de un *non dominus* ya no podrá volver a discutirse si goza de una mera irreivindicabilidad, o de una situación inatacable, o de una protección pasiva frente a la reclamación del propietario desposeído, sino que tendrá a su favor una efectiva y legalmente reconocida adquisición del dominio del objeto mueble comprado a *non domino*. La unificación internacional que se pretende en el Proyecto de Ley Uniforme sirve así para resolver prácticamente y dentro de su ámbito internacional los problemas interpretativos que se suscitan en las diversas legislaciones nacionales. Lo cual se traducirá en una mayor eficacia práctica de la protección del comprador.

Todavía cabría plantear una pequeña duda: Si para ser comprador de buena fe y, por tanto, protegido, es decir, adquirente a *non domino* en su caso, es necesario que la buena fe se pruebe adecuada-

(126) *Rapport*, pág. 46.

(127) *Rapport*, págs. 38 y 40.

mente; y si esa prueba sólo se realizará normalmente en el correspondiente proceso frente a la reclamación del anterior propietario, ¿cuál será la situación del comprador cuya adquisición no ha sido todavía impugnada? ¿Tendrá a su favor la presunción de buena fe y, por tanto, de dominio válidamente adquirido? ¿Será un nudo poseedor? ¿Podrá probar en todo caso su buena fe para consumar su adquisición? ¿Podrá dirigirse como dueño frente a los terceros perturbadores de su dominio? Para solucionar el problema cabría pensar que mientras no se demuestre que el vendedor no era dueño, lo cual también exige su alegación y prueba procesal, se presumirá que lo era, por la presunción derivada de poseer la cosa mueble que transmite. Y entonces, sin necesidad de la presunción de buena fe (del comprador) que el Proyecto parece excluir, el comprador se reputará dueño, también presunta e inicialmente, por haber adquirido del propietario anterior aparente. Sin perjuicio de que, destruida cualquiera de estas presunciones dominicales por la impugnación correspondiente, pueda desarrollarse entonces la completa prueba de la buena fe del comprador.

10. Por lo que se refiere al tema de la buena fe, el Proyecto de Ley Uniforme que estamos considerando merece, en general, un juicio crítico positivo. El problema de la buena fe en la venta de bienes muebles está planteado en sus estrictos términos: la buena fe como requisito para la protección del comprador cuando el vendedor no era dueño, o no podía disponer plena y libremente de la cosa, y el comprador adquirió fiado en la apariencia posesoria de su transmitente. La buena fe como elemento convalidante de la falta de titularidad del vendedor. Parece oportuno el concepto legal que se da de la buena fe a estos efectos; su exigencia de tener que ser una conducta diligente y razonable, responsable en fin; sus condicionamientos: en la representación, en el momento de su existencia; y su vinculación como creencia en la posible disposición al momento de la entrega. También resulta aceptable y convincente el criterio legal al prescindir de la presunción de buena fe y exigir siempre su prueba. En todo caso es plausible la formulación de la energética eficacia protectora que, con todas sus razonables limitaciones, se brinda al comprador de buena fe, huyendo de situaciones intermedias y dudosas. La seguridad del comercio internacional quedará así, a no dudarlo, claramente fortalecida. Todo esto según lo que ya hemos visto.

En cambio, parece censurable la redacción del artículo 10 del Proyecto, especialmente en su párrafo 2.º, cuando regula la venta de cosas muebles perdidas o robadas. Porque la pérdida o robo de la cosa vendida no excluye la buena fe del comprador, que deberá darse siempre para estar protegido, sino que postula en su caso una norma distinta de protección, que es lo que en definitiva aquí se hace, aunque incorrectamente, al involucrar esas realidades distintas. Y porque no parece aconsejable interpretar las palabras "pérdida" y "robo", en sentido amplio, como parece apuntar el *Rapport explicatif*, sino en sentido estricto y preciso, con exclusión de la venta de cosas meramente confiadas, para no desvirtuar el criterio legal de protección

ni reducirlo excesivamente. Menos objeciones ofrece la solución legal de proteger al comprador de cosas perdidas o robadas sólo cuando actúe como vendedor un comerciante dedicado al tráfico de objetos análogos, aunque esta solución no deja de ser dudosa.

11. A la vista de todo lo expuesto, y dejando a salvo las diferencias que son patentes, no parece que exista incompatibilidad entre el sistema normativo del Proyecto de Ley Uniforme y el vigente en Derecho español, integrado, sobre todo, por los artículos 464 C. c. y 85 C. de c. Antes al contrario, en muchos puntos, la respuesta ofrecida por ambos ordenamientos coindice exactamente. Buen ejemplo de ello sería la regulación de la venta de cosas muebles perdidas o robadas. Quizá parezca irreductible la presunción de buena fe vigente en España y la exigencia de su prueba que ordena la Ley Uniforme. Pero esta innovación, aparte de que sea o no deseable, encuentra sólido fundamento en las peculiaridades del comercio internacional, que regula el Proyecto de Ley. En resumen, creemos que no se puede hablar de rechazo o de fricción, sino de armonía y posible acomodación de los principios contenidos en ambas legislaciones.

Por ello nos permitimos afirmar la posibilidad y la conveniencia de que España ratifique el Proyecto aquí relacionado cuando se convierta en Ley Uniforme. A través de ella, y de su indudable depuración técnica, se conseguirá un perfeccionamiento en la disciplina jurídica del comercio internacional de bienes muebles, y en la seguridad del tráfico, sin menoscabo de la justicia. Por ello, y por la utilidad que ha de prestar a la deseable unificación europea del Derecho privado, el esfuerzo del UNIDROIT al redactar este Proyecto de Ley es digno de gratitud.

En fin, la futura ratificación por España de la Ley Uniforme así elaborada encaja plenamente en la actual tarea, en que todos estamos comprometidos, de reafirmar la incorporación de España a Europa. Y nos brinda la oportunidad de ofrecer nuestra experiencia jurídica y la eficacia práctica de nuestras propias soluciones a los demás países hermanos, en esta empresa histórica común de lograr la unidad europea en todos los niveles.

Texto del Proyecto de Ley Uniforme sobre protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales

ARTICULO PRIMERO

1. La presente Ley se aplicará en caso de venta de bienes muebles corporales entre partes que tengan su establecimiento en el territorio de Estados diferentes, en los siguientes supuestos:

a) Cuando el contrato implique que la cosa es o será transportada del territorio de un Estado al territorio de otro;

b) Cuando la oferta y la aceptación se realice en el territorio de Estados diferentes;

c) Cuando la entrega de la cosa deba hacerse en el territorio de un Estado distinto de aquel donde han sido realizadas la oferta y la aceptación.

2. Si alguna parte no tuviera establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

3. La aplicación de la presente Ley no dependerá de la nacionalidad de las partes.

4. En los contratos por correspondencia, la oferta y la aceptación se considerarán realizadas en el territorio de un mismo Estado solamente cuando las cartas, telegramas u otros documentos de comunicación que las contengan se hayan expedido y recibido en el territorio de dicho Estado.

5. En lo que concierne al establecimiento o residencia habitual de las partes, los Estados no serán considerados "Estados distintos" si se ha hecho válidamente una declaración a este efecto en virtud de... (1).

ARTICULO SEGUNDO

La presente Ley no se aplicará en caso de venta:

- a) de valores mobiliarios, efectos de comercio y moneda;
- b) de buques y aeronaves registrados o registrables;
- c) de electricidad;
- d) judicial o por consecuencia de embargo.

El comprador será protegido en estos casos conforme a las disposiciones de las leyes nacionales o de las convenciones internacionales aplicables.

(1) La última línea del artículo 1 deberá ser completada, cuando se adopte la convención en que se apruebe (?) la Ley Uniforme, suponiendo que aquélla contendrá una disposición análoga a la del artículo II de las convenciones relativas a la LUFI y a la ley sobre la formación de los contratos.

ARTICULO TERCERO

La presente Ley se aplicará sin atender al carácter mercantil o civil de las partes y de los contratos.

ARTICULO CUARTO

En las materias que regula, la presente Ley se aplicará preferentemente a las normas del Derecho internacional privado.

ARTICULO QUINTO

1. La transmisión de la propiedad será válida, aunque el vendedor no tenga poder de disposición sobre la cosa, cuando el comprador pueda invocar su buena fe y la cosa le haya sido entregada.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6.º, también se extinguirán, en las mismas condiciones, los derechos limitados de los terceros sobre la cosa.

ARTICULO SEXTO

1. Los derechos inscritos en un Registro público destinado a darles publicidad continuarán siendo oponibles frente al comprador cuando la entrega de la cosa se realice en el país donde se lleve el Registro.

2. Igualmente continuarán afectando al comprador la quiebra del vendedor o cualquier medida análoga, cuando la cosa haya sido entregada al comprador en el país donde tales medidas hayan sido oficialmente publicadas.

3. La presente Ley no afectará a los derechos conferidos a terceros por las leyes relativas a la propiedad intelectual e industrial.

ARTICULO SEPTIMO

La buena fe consiste en la creencia razonable de que el vendedor, al tiempo de la entrega de la cosa, tendrá poder de disposición sobre ella conforme al contrato.

ARTICULO OCTAVO

1. Se requiere tanto la buena fe del comprador como de quien obra en su nombre o por su cuenta.

2. Debe existir en el momento de la conclusión del contrato y en el de la entrega de la cosa al comprador.

ARTICULO NOVENO

El comprador debe demostrar que ha tomado las precauciones normalmente adoptadas en los negocios.

ARTICULO DECIMO

1. El comprador no será considerado de buena fe si el contrato presenta un carácter sospechoso por razón de las circunstancias en que haya sido concluido o de las cláusulas que contenga.

2. Si la cosa objeto del contrato ha sido perdida o robada, el comprador no puede ser considerado de buena fe sino cuando haya comprado en condiciones normales de un comerciante dedicado a la venta de cosas del mismo género.

ARTICULO UNDECIMO

1. Se entenderá entregada la cosa al comprador cuando esté en su poder o cuando el comprador esté en posesión de un documento que la represente.

2. También se entenderá entregada la cosa al comprador cuando esté en poder de un tercero que la posea de manera inequívoca por cuenta de aquél.

La adquisición «a non domino» de bienes muebles en el Proyecto de ley Uniforme y comparación con el sistema español *

JESUS DIEZ DEL CORRAL RIVAS

SUMARIO: I. La adquisición *a non domino* en el Proyecto de Ley Uniforme..

1. Planteamiento de la cuestión. 2. El sistema del Proyecto de Ley:
A) Regla general. B) Excepción: supuestos de pérdida y robo. C) Contraexcepción.

II. Comparación con el Derecho español.

III. La doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil.

1. Teoría de la adquisición *ex lege*. 2. Teoría de la regla específica para la reivindicación mobiliaria. 3. Determinación del concepto de privación ilegal. 4. Recapitulación y nuevos enfoques sobre el artículo 464: A) Invalidación del título del primer poseedor y su repercusión en el adquirente de buena fe. B) El artículo 464 a la luz del Derecho penal. 5. Conclusiones.

I. LA ADQUISICION "A NON DOMINO" EN EL PROYECTO DE LEY UNIFORME

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

El Proyecto de Ley Uniforme sobre protección al comprador de buena fe de objetos muebles corporales obedece a una razón fundamental, cual es la de intentar resolver de manera general un conflicto de intereses que podemos considerar ya tradicional o clásico en la historia de los distintos sistemas jurídicos. Se trata de reglamentar y encauzar la pugna de intereses que surge cuando un comprador de buena fe ha adquirido la cosa por título aparentemente válido y legítimo de una persona que, a la postre, resulta no ser su verdadero propietario o, en términos más amplios, cuando aparece que el transmitente carecía de facultades dispositivas sobre el objeto vendido.

En una situación de tal clase quedan contrapuestos e incompatibles el interés del verdadero dueño a recuperar la propiedad de que se ha visto desposeído y el del adquirente de buena fe a mantener el dominio que aparentemente se le había transmitido. En el campo del Derecho Natural no parece ofrecer duda que debe prevalecer el

(*) El presente trabajo ha sido realizado con una Ayuda a la Investigación concedida por el Ministerio de Educación y Ciencia.

derecho del propietario: desde el momento en que el adquirente de la cosa conoce quién es su verdadero dueño, a él debe restituirla, pues en el terreno de la Moral, lo mismo que en el Derecho canónico, *mala fides superveniens nocet* (1).

Pero es evidente que aquella situación de buena fe del adquirente ha de ser suficiente para dispensarle alguna protección; por ejemplo, si ha adquirido la cosa a título oneroso, es natural que pueda reclamar el precio entregado a su transmitente y, al mismo tiempo, es igualmente evidente que el Derecho positivo no puede ser en todo caso trasunto fiel del Derecho Natural. Circunstancias sociales y económicas, la necesidad de atender al bien común por encima de los intereses individuales de cada miembro de la comunidad, las exigencias del tráfico jurídico, etc..., son algunos de los elementos que pueden justificar una desviación, en ciertas condiciones, de una norma general de tipo moral. Parece claro que cuando una Ley positiva atribuya, con determinadas cautelas y garantías, la propiedad al adquirente de buena fe en la hipótesis planteada, tal Ley no merecerá, sin más, el anatema de injusta.

La cuestión puede plantearse y se plantea de hecho respecto de toda clase de bienes, tanto muebles como inmuebles. Pero se comprende fácilmente que aquélla presente diferentes matices en una y otra clase de bienes. Tratándose de inmuebles es natural que, una vez introducida la institución del Registro inmobiliario, la protección a los compradores sólo pueda ser dispensada sobre la base de que hayan adquirido según el Registro. La apariencia jurídica, fundamento último de la protección, deviene aquí apariencia registral. Al contrario, cuando se trate de bienes muebles, la difícil identificabilidad de éstos (al menos en los que perdura su sentido tradicional) y, sobre todo, la ausencia común de titulación auténtica sobre los mismos, produce forzosamente que la posesión de los muebles cobre una posición privilegiada tanto desde el punto de vista de su disposición como de su adquisición y que resulte hasta cierto punto lógico que la posesión equivalga a la propiedad. Las dificultades que, por la propia naturaleza de los bienes muebles, lleva aparejada su acción reivindicatoria explica que, avanzando un paso más, se excluya totalmente en ciertos casos esta acción y que, como contrapartida, el dominio se genere en el adquirente de buena fe.

Ciñéndonos a los bienes de esta clase y si bien no es éste el momento adecuado para exponer las distintas soluciones al problema propuesto en los sistemas históricos y en las legislaciones vigentes, es, en cambio, importante señalar que cualquier solución ha de partir de uno u otro de dos principios contrapuestos:

a) Principio de general protección al verdadero dueño. Este principio, básico en el Derecho romano, descansa sobre la idea de que el propietario tiene siempre derecho a reivindicar la cosa, aunque

(1) Cualquier tratado de Teología Moral sienta este principio. Y si bien se admiten excepciones al deber de restitución, las mismas no parece deban ampliarse desmesuradamente. Recuérdense las críticas de PASCAL en sus *Cartas a un Provincial*, contra los excesos de los casuistas.

ésta haya pasado a poder de un tercer adquirente de buena fe. Así lo expresaban los conocidos aforismos: *ubi rem meam invenio, ibi vindico; res ubicumque sit pro domino suo clamat.*

Ahora bien, este criterio general no es óbice para que, por imperativos de justicia, si el adquirente de buena fe lo ha sido por título oneroso —y aquí estamos examinando la hipótesis de la compra-venta— deba merecer alguna forma de protección a consecuencia del desplazamiento patrimonial del precio en que ha incurrido. Esta protección plasma concretamente en una acción personal de tipo indemnizatorio que puede ejercitarse frente a su vendedor (acción de saneamiento por evicción).

Y como los deslindes teóricos no se reflejan fielmente en muchas ocasiones en las realidades de la práctica ni en los sistemas jurídicos, ocurre también que, haciendo ya tránsito al segundo principio general, aquella protección al comprador de buena fe puede llegar a atribuirle, mediante el transcurso del tiempo, la propiedad de la cosa comprada, no obstante la vigencia del principio de reivindicación. Así sucede cuando se admite la institución de la prescripción adquisitiva o usucapión que, precisamente cuando el poseedor es de buena fe, suele requerir cortos plazos de tiempo. La misma consecuencia se produce también, por vía indirecta, cuando se admite la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria.

b) Principio de protección general al adquirente de buena fe. Este principio, cuyo origen como es sabido se encuentra en el Derecho germánico, descansa en la idea de que, como regla general o al menos en múltiples ocasiones, el adquirente de buena fe debe llegar a convertirse, de manera inmediata, en auténtico propietario. La apariencia de dominio con que aparecerá investido el transmisor merece aquel resultado.

Ahora bien, seguramente debido a que este criterio supone una desviación del Derecho natural, el principio germánico suele estar formulado con mucha menor amplitud que el anterior. Las ocasiones en que resulta posible la acción reivindicatoria del antiguo dueño se presentan muy numerosas. Especialmente se acostumbra tener en cuenta la forma en que se haya visto desposeído el propietario, para concretar el ámbito de aplicación del principio germánico a las hipótesis de desposesión dependiente de la voluntad del dueño. Por el contrario, si la desposesión fue involuntaria, el antiguo propietario podrá aún reivindicar. Esto es lo que se expresaba con los conocidos aforismos: *Hand wahre Hand; Wo du deine Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen.*

De estas rápidas consideraciones sobre los intereses en juego en la cuestión de hecho debatida (2) pueden extraerse ya, en un plano estrictamente lógico, algunas consecuencias que nos servirán como puntos de partida para nuestro estudio. Estas consecuencias son:

(2) Una excelente exposición del problema desde este punto de vista puede encontrarse en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. III, páginas 85 y ss.

1.^a Que si se admite la propiedad privadamobiliaria es forzoso reconocer a la misma sus naturales efectos y, entre ellos, como fundamental que el propietario disponga de la acción reivindicatoria contra todo poseedor o detentador.

2.^a Que este principio, del que no puede prescindirse, puede y debe ser objeto de desviación en aquellos particulares casos en que así lo exija la seguridad del tráfico, como manifestación concreta de otro principio más amplio: el de protección a la apariencia jurídica.

3.^a Que es cuestión que compete a una buena política legislativa determinar con claridad los supuestos, que deben estimarse excepcionales, en los que quiebre el principio de reivindicación del dueño. La seguridad jurídica exige que las legislaciones desciendan de la formulación amplia de aquellos principios antagónicos a la concreción de sus respectivos campos de aplicación en los casos en que tales principios generales puedan entrar en pugna. La materia, por su importancia, no parece deba quedar encomendada a un discreto arbitrio judicial.

2. EL SISTEMA DEL PROYECTO DE LEY.

El Proyecto de Ley Uniforme obedece, como hemos dicho, a la finalidad de resolver el conflicto de intereses expuesto, disciplinando los efectos jurídicos que deban producirse en tales casos. Para que tengan lugar las consecuencias previstas, esto es, la protección al comprador, es necesario que concurren una serie de lo que podríamos denominar *presupuestos* de la protección y que aparecen determinados en los artículos 1 y 2 del Proyecto (que se trate de venta internacional, de bienes muebles corporales, que no sean los especialmente excluidos por el art. 2...) y es preciso igualmente que se den los *requisitos* de buena fe (arts. 7, 8, 9 y 10 del Proyecto) y de entrega de la cosa al comprador (art. 11). Dados tales presupuestos y requisitos, se produce el efecto jurídico a cuyo examen nos circunscribimos y cuya exposición puede hacerse distinguiendo una regla general (art. 5, párrafo 1.^o), una excepción (art. 10, párrafo 2.^o) y una contraexcepción (art. 10, mismo párrafo).

A) *Regla general.*

Se halla contenida en el artículo 5, párrafo 1.^o, del Proyecto, cuyo tenor literal puede ser vertido del siguiente modo: "La transmisión de la propiedad será válida aunque el vendedor no tuviera poder de disposición sobre la cosa, cuando el comprador pueda invocar su buena fe y la cosa le haya sido entregada."

En la Introducción que se acompaña al Proyecto, después de un breve resumen del Derecho comparado, se indica que "vistas las divergencias considerables entre los diversos sistemas nacionales, la

Comisión de estudio del Instituto encargada de elaborar el presente proyecto de Ley uniforme no ha intentado encontrar un denominador común entre las diferentes legislaciones, sino que ha procurado buscar las mejores soluciones con vistas a elaborar un Derecho nuevo y moderno que dé satisfacción a los intereses del comercio internacional». Pero lo cierto es que, no obstante esta declaración, el sistema del Proyecto, al menos en cuanto a las consecuencias jurídicas establecidas, no presenta ninguna novedad: que el comprador de buena fe devenga propietario inmediato es un rasgo común a la mayor parte de los Derechos continentales europeos, como reconoce la propia Introducción.

Por otra parte, y a pesar del laconismo de la declaración del artículo 5, de la misma pueden deducirse varias consecuencias interesantes, cuales son:

1.^a La protección al comprador se concede "aunque el vendedor no tuviera poder de disposición sobre la cosa". La amplitud de esta expresión abarca tanto el supuesto más general y tradicional de que la venta se haya efectuado por quien no sea su propietario, o su representante legal o voluntario (venta de cosa ajena), como todas aquellas hipótesis en las que el vendedor sea ciertamente el dueño, pero que, no obstante, carezca de facultades dispositivas sobre el objeto, bien por concurrencia de un derecho real de un tercero (por ejemplo: un derecho de prenda), bien por contrariar el acto una prohibición legal, bien incluso (podría así sostenerse) por falta de capacidad del propietario. Es decir parece que quedan comprendidos todos los casos en que se invalide por cualquier causa la venta efectuada: inexistencia o nulidad absoluta, anulabilidad, rescisión, resolución o revocación y en que la acción pertinente pueda desplegar sus efectos frente al adquirente a título oneroso y de buena fe.

En términos generales, esta extensión de la protección parece justificada. Porque si la apariencia jurídica puede llegar a lo más, o sea, a privar de su propiedad al legítimo dueño, totalmente ajeno a la venta realizada, también habrá de llegar a lo menos, esto es, a subsanar los defectos de titularidad del propietario que enajena. Ahora bien, y dado que el texto del Proyecto no distingue, surge una cuestión fundamental: la protección que, sin duda, alcanza al tercer adquirente, es decir, al segundo comprador que adquiere del primer comprador cuyo título se anule o invalide, ¿podrá extenderse a este primer comprador si es de buena fe? Puede suceder, por ejemplo, que el dueño y vendedor sea incapaz y que esta circunstancia la desconozca el comprador, ¿resultará éste entonces protegido? En otras palabras, la protección, ¿queda circunscrita a los terceros?, o ¿alcanza también al comprador parte en el contrato, si su venta es inválida?

Hay que reconocer que el laconismo del texto legal deja abiertas estas graves interrogantes y que habría argumentos en favor de ambas posturas. Así, en pro de una máxima extensión protectora,

podría aducirse que la finalidad del Proyecto es proteger el tráfico jurídico internacional, proteger a todo comprador de buena fe, sea o no tercero, y que si el texto no distingue no es lícito al intérprete hacer distinciones. Sin embargo, y por consideraciones lógicas y de justicia, nos inclinamos por la posición contraria, es decir, por entender que el comprador, aunque sea de buena fe, no adquirirá la propiedad si su propio título de venta resulta inválido. La propia dicción legal, "la transmisión de la propiedad será válida, aunque...", parece presuponer que ha de tratarse de una venta válida en sí misma, por reunir todos los requisitos necesarios para producir, en principio, la transmisión de la propiedad y que la hubiera transmitido de no resultar inválido, por carencia de facultades dispositivas, el título del vendedor. En suma, creemos que si la venta resulta afectada de cualquier vicio, si es una venta nula, anulable, rescindible o resoluble, el primer comprador no podrá invocar su buena fe a los efectos de ser protegido por el Proyecto de Ley Uniforme. Hay, además, importantes razones prácticas y de justicia para llegar a esta conclusión: piénsese que en la mayoría de las legislaciones la venta de objetos de arte está sometida a una regulación especial que, con la mira de mantener íntegro el patrimonio nacional, limita o prohíbe en absoluto su transmisión a extranjeros. Sería perturbador que el comprador extranjero pudiera invocar su buena fe para burlar de este modo la prohibición de la ley interna y la nulidad absoluta de la venta efectuada.

2º La protección dispensada al comprador de buena fe consiste en que éste adquiere la propiedad: se trata de una adquisición *a non domino* con todas sus consecuencias.

Por si el texto del Proyecto no fuera ya suficientemente claro a estos efectos, el informe explicativo que lo completa es tajante en ese sentido. Así en él se afirma lo siguiente: "Cuando la adquisición del comprador cumple las condiciones antes enumeradas, la transmisión de la propiedad es considerada como válida, no obstante la ausencia de poder dispositivo en el vendedor. La fórmula empleada en el proyecto corresponde a las fórmulas corrientemente utilizadas en las legislaciones, como las de que el comprador adquiere la propiedad de la cosa o que obtiene un título válido sobre ésta. El empleo de tal fórmula pone fuera de duda que el comprador no solamente está a cubierto de las reclamaciones de terceros y que no le serán oponibles los derechos de éstos sobre la cosa, sino que puede también ejercitar él mismo todos los derechos de un propietario; si pierde la cosa puede reivindicarla, incluso frente al antiguo propietario que la hubiera recuperado. Igualmente no ofrece dudas que el comprador puede disponer de la cosa y conferir un título válida a un comprador subsiguiente."

De estas palabras resulta claramente que el comprador tiene una titularidad de dominio efectiva; no es que goce solamente de una posición privilegiada, de una mera presunción de titularidad que únicamente fuera posible destruir mediante limitadas pruebas en contrario. Su posesión inatacable se transforma en dominio auténtico.

No es, pues, tampoco que la consecuencia prevista suponga un caso de irreivindicabilidad relativa (3), según cuya construcción, defendida por Barassi y Venezian para el Derecho italiano, el *verus dominus* conserva su Derecho, sólo que no puede reivindicar frente a determinada o determinadas personas; pero si la cosa sale del poder de éstas, la reivindicación será factible.

No se trata, por último, de un supuesto de irreivindicabilidad absoluta (4). Según esta teoría, ocurriría que el dominio continuaba en el *verus dominus*, si bien el dominio ha perdido definitivamente una de sus facultades, cual es la de reivindicar; o, más exactamente, la reivindicación puede intentarse, pero el adquirente puede defenderse de ella mediante una excepción. Si no fuera por esta última consecuencia, resultaría claro que la tesis de la irreivincibilidad absoluta coincidiría con la de la adquisición *a non domino*, porque, como ha dicho Roca Sastre, el dominio desprovisto de su facultad fundamental, la de reivindicar, no es ya verdadero dominio: podrá decirse que la adquisición se produce indirectamente, por la vía de una *negatio actionis*, pero lo cierto es que se produce. Y la coincidencia de ambas teorías, podríamos añadir, se mantiene aunque se admita aquella consecuencia, que no es un efecto constitutivo de la irreivindicabilidad absoluta, sino una consecuencia general que se produce aun existiendo adquisición, como resultado de los principios procesales de rogación y de congruencia.

3.º La adquisición de la propiedad queda delimitada en el texto como transmisión. Con ello parece tomar partido el Proyecto a favor de la tesis de que la adquisición *a non domino* es un supuesto de adquisición derivativa.

Como es sabido, si la adquisición *a non domino* debe calificarse de adquisición originaria o de adquisición derivativa es cuestión que ha preocupado a la doctrina científica y hay multitud de teorías y argumentos en favor de una u otra conclusión. Así se inclinan por entender que la adquisición es derivativa autores como Hedemann, Von Thur y Lacruz, atendiendo a que lo que recibe el adquirente es el mismo derecho del propietario. Otros autores, como Nipperdey, Wieland, Jordano Barea y Gómez Acebo, opinan que la adquisición es originaria, atendiendo fundamentalmente a la consideración de que el cambio se opera no porque hay propietario anterior, sino a pesar de que no hay propietario. Gómez Acebo llega por este camino a entender que el derecho se adquiere *ex novo*. Y no faltan autores, como Wolff y Roca Sastre (5), quienes hablan de una adquisición de tipo mixto: el adquirente no es sucesor jurídico del *verus dominus*, pero el derecho es el mismo.

(3) Un buen resumen sobre las posibles construcciones teóricas de la adquisición *a non domino* puede consultarse en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., T. I, págs. 581 y ss.

(4) Vid. NÚÑEZ LAGOS, *El Registro de la Propiedad español*, «R. C. D.», 1949, págs. 248 y ss.

(5) Vid. obra citada, págs. 594 y 595.

Por nuestra parte, entendemos que la cuestión es puramente terminológica y que no tiene trascendencia práctica alguna. Las consecuencias prácticas que deban deducirse de este tipo especial de adquisición serán las que resulten del texto legal y de la lógica jurídica y no de un intento de catalogación a ultranza de la adquisición *a non dominio* en los moldes de la adquisición originaria o derivativa. Así, si queremos defender la tesis de la adquisición derivativa, y por mucho que digamos que es el mismo derecho el que se transmite, no debemos deducir de aquí que, como consecuencia, el derecho pasará al adquirente en las mismas condiciones con que lo ostentaba el anterior dueño. La consecuencia sería inexacta, pues, en principio, los derechos de terceros que afectaban a la propiedad del anterior dueño no pasan al adquirente, sino que quedan extinguidos (artículo 5, párrafo 2.º, del Proyecto). Del mismo modo, y por mucho que pretendiéramos que la adquisición *a non dominio* es una adquisición originaria, no podríamos excluir que, pese a ello, la adquisición, sin duda y a efectos prácticos, habrá de ser considerada como a título oneroso, por ejemplo, a los efectos de determinar si lo adquirido tiene la naturaleza de bien ganancial.

B) *Excepción: supuestos de pérdida y robo.*

El principio de que el comprador de buena fe adquiere *a non dominio* la propiedad del bien mueble objeto de la venta tiene una importante excepción en el Proyecto de Ley en el párrafo 2.º de su artículo 10, cuya traducción puede ser la siguiente: "En el caso en que la cosa, objeto del contrato, haya sido extraviada por su propietario o robada a éste, el comprador no puede ser considerado de buena fe, sino cuando haya comprado la cosa, en condiciones normales, a un comerciante dedicado a la venta de cosas del mismo género."

De este artículo se desprende claramente que en los supuestos de pérdida y "robo" (más adelante veremos el alcance de esta palabra), no hay la protección general al comprador y que, por tanto, el dueño puede ejercitar la acción reivindicatoria. Si esta idea es clara, no lo resulta tanto la razón de su formulación indirecta, pues aparentemente el texto del Proyecto no establece aquí una excepción al principio de adquisición de la propiedad por el comprador, sino que reglamenta un caso de ausencia de uno de los requisitos básicos para la adquisición *a non dominio*; es decir, un caso de falta de buena fe. Ahora bien, es indudable que no sucede de este modo y que la formulación del Proyecto no pasa de ser una ficción legal, pues por mucho que se pretenda declarar que en los supuestos de pérdida y robo no hay buena fe en el comprador, en la realidad es obvio que esta buena fe, tal como aparece definida y delimitada en el mismo Proyecto, puede perfectamente concurrir en el comprador y que lo único que ocurre es que, por ficción de ley, aunque exista, no aprovecha al comprador, el cual puede verse expuesto, en tales casos, a la acción reivindicatoria del dueño. Pero si esto es así, in-

mediatamente surge al intérprete la duda, que no aparece aclarada en el informe explicativo, de por qué habrán escogido los redactores del Proyecto ese camino indirecto y desprestigiado científicamente de la ficción legal, en vez de haber determinado de modo más sencillo y más exacto que el comprador, en las repetidas hipótesis de pérdida y robo, no adquiriría la propiedad o bien que, en los mismos supuestos, el dueño conservaba la acción reivindicatoria.

Quizá una explicación a esta anomalía podría encontrarse en las consideraciones que pasamos a exponer.

Hay que tener en cuenta que en muchas legislaciones europeas se establecen, precisamente en los mismos supuestos de pérdida y robo, unos plazos dentro de los cuales exclusivamente puede ejercitarse la acción reivindicatoria por el propietario desposeído. Este plazo prescriptivo es, por ejemplo, de tres años en Derecho francés, de cinco años en el Derecho suizo y de diez en el alemán. Igualmente en el Derecho español habría que tener en cuenta el plazo de seis años de la prescripción extintiva de las acciones reales (artículo 1.962 del C. c.) e, incluso, la posibilidad de que el comprador haya adquirido antes el dominio por la usucapión de tres años (artículo 1.955, con la excepción, precisamente en los casos de hurto y robo, para los autores del delito, cómplices y encubridores que establece el art. 1.956). Siendo esto así, surge inmediatamente una cuestión, a saber, ¿qué ocurrirá con todos estos plazos de prescripción adquisitiva o extintiva?, ¿serán de aplicación una vez en vigor el Proyecto de Ley? Porque si según el Proyecto el comprador no goza ya de la protección en él establecida, ¿podrá entonces aprovechar a éste la protección que le brinde, a través de esos plazos, uno u otro Derecho nacional cuando resulte aplicable por las normas generales del Derecho internacional privado? Téngase en cuenta que, a primera vista, el problema no es tan fácil de resolver, dado lo que dispone el artículo 4 del mismo Proyecto, según el cual: "En las materias que regula, la presente Ley hace inaplicables las normas del Derecho internacional privado."

Nos parece que la solución a este problema hay que encontrarla precisamente sobre la base de la dicción, que hemos calificado de incorrecta, del artículo 5, párrafo 2.º, del Proyecto. Si, en efecto, el Proyecto de Ley, con mayor corrección técnica, hubiera señalado que, en caso de extravío o de robo, *el dominus* podría reivindicar o que el comprador no adquiriría el dominio, *al regular ya la Ley esta materia*, hubiera sido preciso que la propia Ley siguiera concretando las condiciones para el ejercicio de la acción reivindicatoria o que, admitiendo una excepción a la regla de su artículo 4, hubiera permitido la invocación a los Derechos nacionales respectivos, pues de otro modo, si trataba incompletamente la materia, surgiría la cuestión a que antes hemos hecho referencia.

El problema, en cambio, con la ficción legal utilizada se volatiliza. El Proyecto, en efecto, al dar ese rodeo de no considerar al comprador de buena fe en los supuestos de pérdida y robo, lo que está haciendo en realidad es dejar tales supuestos al margen de la

protección que establece. Y, por tanto, el plazo en que en ellos deba ejercitarse la acción reivindicatoria o la posibilidad de que el adquirente reciba el dominio por usucapión, *ya no son materias regidas por la Ley* y que sin escrúpulo habrán de resolverse por los Derechos nacionales que resulten aplicables según los principios del Derecho internacional privado.

Independientemente de todo este problema formal que plantea la excepción, la cuestión de fondo fundamental es qué deba entenderse por "robo" (*vol*). Si no dispusiéramos más que del texto del Proyecto de Ley, esta cuestión, siempre tan debatida, no tendría por qué plantearse. Resultaría claro que quedaban comprendidos los delitos penales de robo y de hurto (éste también porque el término francés *vol*, como derivado del *furtum* romano, comprende lo que en Derecho español son dos hipótesis distintas de delito: robo y hurto). Pero el texto del Proyecto va acompañado, desgraciadamente en este caso, de un informe explicativo que en este punto no dudamos al calificarlo de perturbador para la claridad y la comprensión del texto legal. Se afirma, en efecto, que "la expresión cosa perdida o robada debe ser entendida en sentido amplio: cuando la cosa haya sido quitada al propietario de una manera análoga contra la voluntad de éste, esta "privación" (*enlèvement*) debe ser asimilada a una perdida o a un robo. Los Derechos que emplean la misma expresión dan de ella igualmente una interpretación amplia y la Comisión ha preferido atenerse al lenguaje corriente en la materia que no complicar el texto introduciendo en él precisiones".

Lamento discrepar de esta opinión de la Comisión, pero creo que hubiera sido mucho más adecuado "complicar" el texto —mejor diríamos aclararlo— que no dejar en el aire problema tan esencial de la materia regulada. La imprecisión elegida puede dar al traste con la eficacia y los buenos propósitos de la Ley internacional.

Porque, si según el informe explicativo citado, la expresión "robo" hemos de interpretarla ampliamente, ¿hasta dónde habremos de llegar por este camino?, ¿habremos de pensar sólo en hipótesis de delitos penales o podremos seguir adelante hasta comprender el llamado dolo civil? Si hay que incluir, por lo que dice el informe, algún supuesto más, podremos sin empacho incluir, dentro de los delitos, a la estafa, pero, ¿*quid* con la apropiación indebida, que precisamente constituye el punto crucial en esta materia? Además, si la ampliación la queremos circunscribir a las hipótesis penales, ¿qué sucederá cuando las respectivas legislaciones nacionales califiquen penalmente, como tantas veces ocurrirá, de modo distinto, unos u otros actos? En fin, podría igualmente argumentar un intérprete —y recoger un Juez— que, puesto que el texto de la Ley habla sólo de robo, no hay razón para entender la expresión en sentido amplio: cuando el texto legal ha quedado objetivado e indica una dirección clara, por más que el pensamiento de sus redactores, la *mens legislatoris*, quisiera apuntar otra cosa.

Todos estos interrogantes son de muy difícil e insegura respuesta. Porque si la duda se plantease respecto de un Derecho nacional,

siempre son en él elementos que ayudan a la interpretación el histórico y el sistemático; elementos con los que sólo en mínima parte es posible contar en una Ley internacional, que pretende, al menos en teoría, establecer un Derecho nuevo desdeñando los precedentes históricos diversos, además, según las legislaciones y que no dispone, al menos mientras no forme un Cuerpo de Derecho completo, de otros textos legales en los que apoyar una determinada interpretación. Es de temer, en fin, que la falta de precisión del precepto dé lugar a múltiples interpretaciones y a un forzoso, pero censurable, libre arbitrio judicial, con sus secuelas obligadas de inseguridad y de diversidad jurídicas, en contra precisamente de los mismos ideales que presiden la elaboración de cualquier Ley internacional.

Forzados a dar nuestra interpretación del texto, creemos que serán perfectamente aplicables las conclusiones que luego expondremos en torno al Derecho español donde la cuestión se presenta en términos muy similares, pues consiste en determinar hasta dónde llega la expresión "privación ilegal" que emplea el artículo 464 del Código civil, es decir, qué supuestos ilícitos se cobijan bajo esa dicción.

Y si quisiéramos determinar el concepto de "vol" del texto del Proyecto sin más ayuda que la del único elemento interpretativo al que podemos acudir en este caso, el elemento lógico, quizá llegáramos, por consideraciones de justicia, a la misma conclusión que propugnamos para el Derecho español, o sea, que la adquisición *a non domino* únicamente debe tener lugar en aquellos casos en que la privación de la posesión en concepto de dueño la haya sufrido el propietario por consecuencia de un acto del transmitente que no pueda ser tildado de ilícito, bien sea civil o penal. Si hay que interpretar ampliamente un delito, debemos incluir todos aquellos supuestos en los que, independientemente de la calificación penal, forzosamente discrepante, que merezcan a las diversas legislaciones en juego, concurra la circunstancia que tipifica lógicamente al delito, esto es, el dolo o mala fe del autor, siempre que produzca el mismo resultado: privación de la posesión en concepto de dueño, que se sanciona en el caso de robo. Esta conclusión se ve reforzada por el principio ético que subyace en la cuestión planteada y que permitiría difficilmente una ampliación desmesurada de las adquisiciones *a non domino*, como la que se produciría atribuyendo efectos jurídicos a una desposesión debida a la mala fe del transmitente.

En síntesis, pues, la tesis expuesta subordina la adquisición de la propiedad por el comprador a la concurrencia de la buena fe tanto en él como en el vendedor. Lógicamente la interpretación amplia de la expresión "vol" que propugna el informe explicativo del Proyecto no permite llegar a otro resultado.

C) *Contraexcepción.*

La regla general de adquisición *a non domino* recobra su vigor, aunque la cosa hubiera sido perdida o robada, cuando el comprador la haya comprado en condiciones normales a un comerciante dedi-

cado a la venta de cosas del mismo género. Así lo establece el último inciso del párrafo 2.º del artículo 10 del Proyecto.

Con pequeñas diferencias, este texto recuerda a la expresión "cosas adquiridas de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos" que emplea el último párrafo del artículo 464 de nuestro Código civil, para remitirse en este punto al Código de comercio. En éste el artículo 85 determina en su primer párrafo que "la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas...", con lo que, sin lugar a dudas y aunque de forma técnicamente incorrecta, se sanciona igualmente una adquisición *a non domino*.

Aunque la regulación del Proyecto y la de la legislación española coincidan esencialmente, como respondiendo a un mismo principio fundamental, no deja de haber entre ellas algunas discrepancias interesantes. Así, la protección a este tipo de compradores comprende en el Proyecto tanto las ventas civiles como las mercantiles (artículo 3), mientras que en el Derecho español la protección queda circunscrita al ámbito de las ventas mercantiles (cfr. art. 325 del Código de comercio). El artículo 85 de éste exige que la venta se haya efectuado en "almacenes o tiendas abiertas al público", extremo que no resulta requerido explícitamente por el Proyecto. Sin embargo, como éste se refiere al "comerciante dedicado a la venta de cosas del mismo género", lo que difícilmente será posible sin establecimiento abierto al público, y como el requisito de que la tienda esté abierta no aparece impuesto con mucho rigor en el párrafo segundo del artículo 85, la diferencia práctica entre ambos sistemas se minimiza. Lo mismo podemos concluir respecto del requisito de que el vendedor comerciante se dedique a la venta de cosas del mismo género que aparece exigido por el Proyecto de Ley internacional y no, al menos literalmente, por nuestro Código de comercio. No obstante, por razones de lógica jurídica y porque indirectamente lo impone el último párrafo del artículo 464 del Código civil, debemos estimar que aquel requisito es también necesario en nuestro Derecho. En fin, otra diferencia, más de expresión que de fondo, estriba en que el Proyecto exige también que la venta se haga "en condiciones normales". Creemos que esta exigencia se encuentra igualmente implícita en nuestro artículo 85: por ejemplo, una rebaja totalmente desproporcionada en un objeto de valor sería claro indicio de la ilegítima procedencia del objeto comprado y, aunque la venta se efectuara en tienda abierta al público, pretender ampararla en el artículo 85 del C. de c. constituiría seguramente un fraude de ley.

Muy relacionada con este último problema, surge la cuestión más interesante que puede ofrecer la contraexcepción que examinamos, y que consiste en determinar si, reuniendo la venta las indicadas circunstancias, el comprador adquiere, sin más requisitos, la propiedad o si habrá de reputarse necesaria, además, su buena fe. Aunque el punto es discutible, nos inclinamos por esta segunda solución que

parece tener su apoyo en el propio texto legal, el cual, por el giro empleado, "el comprador no puede ser considerado de buena fe, sino cuando..." está dando a entender que la circunstancia de que el comprador haya adquirido la cosa en condiciones normales a un comerciante que venda cosas del mismo género no equivale a su buena fe, sino que es un presupuesto necesario para que, incluso en los casos de pérdida y robo, pueda invocar entonces su buena fe tal como aparece definida en el artículo 7. Esto mismo se desprende del informe explicativo al que tantas veces nos hemos referido. En él, en efecto, se dice lo siguiente: "La Comisión ha decidido adoptar una distinción que figura en varias legislaciones nacionales y que le ha parecido adecuada para regir las relaciones internacionales en la materia. Se trata de la distinción entre la compra de una cosa al vendedor que no se dedica al comercio de venta de cosas semejantes y la compra a un comerciante que venda cosas del mismo género. En la primera hipótesis, el comprador debe soportar el riesgo de una pérdida o de un robo; *en la segunda hipótesis puede, incluso en ese caso, invocar su buena fe...* El comprador que adquiere una cosa a un comerciante extranjero dedicado a la venta de objetos del mismo género en las condiciones normales de la venta, no puede ser obligado a asegurarse de que el vendedor tiene poder para disponer precisamente de la cosa que se le ha entregado; *si se le negara el derecho a probar su buena fe* en semejante caso, se pondrían demasiados obstáculos al desarrollo normal de los negocios en el comercio internacional".

En Derecho español, y pese a la opinión contraria de Garrigues (6), creemos que igualmente la buena fe debe concurrir en el comprador de las mercaderías en la hipótesis del artículo 85. No sólo por razones de justicia, sino porque dicho artículo no puede ser interpretado aisladamente, sino en íntima relación con el artículo 464 del C. c., según demuestra el último párrafo de éste. Si bien el comprador de las mercaderías gozaría, claro es, de una fuerte presunción de buena fe, sería anómalo no conceder al dueño cuya cosa, por ejemplo, hubiera sido robada por el comerciante, la posibilidad de demostrar que el comprador conocía perfectamente el ilegítimo origen del objeto adquirido.

II. COMPARACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL.

La confrontación del sistema del Proyecto de Ley con el Derecho español nos interesa especialmente desde el punto de vista de si su introducción futura como ley internacional pudiera suponer un grave quebranto con relación al Derecho interno aplicable. Si las diferencias entre ambos sistemas son sólo secundarias, no parece debería

(6) Vid. *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 3.^a ed., pág. 178. En el sentido del texto, MELÓN INFANTE, *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, 1958, pág. 125.

haber inconvenientes graves para una posible ratificación del Estado español a la futura Ley Uniforme.

Pues bien, podemos afirmar que, al menos en lo que respecta a la adquisición *a non domino*, las diferencias no son en modo alguno esenciales y que incluso las conclusiones a que conduce una recta interpretación de los textos legales españoles deben ser tenidas en cuenta para la hermenéutica del texto del Proyecto, pues los problemas, tanto en uno como en otro, se plantean en los mismos términos.

Ciertamente que estas afirmaciones pudieran parecer muy aventuradas si nos atuviéramos exclusivamente a lo que, con respecto a España, se lee en la Introducción al Proyecto de Ley. "Otros derechos—se dice—hacen justicia, por el contrario, a los intereses del propietario desposeído; así, el Derecho español sigue basado, según la opinión dominante, en la máxima del Derecho romano: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Sin embargo, algunas excepciones importantes debilitan el alcance de ese principio. Así, en caso de compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público, el comprador de buena fe adquiere inmediatamente la propiedad y al antiguo propietario le queda solamente, en su caso, una reclamación contra el vendedor (art. 85 C. de c.). En caso de venta en subasta pública, el comprador de buena fe no está obligado a restituir la cosa más que contra reembolso del precio que haya pagado por ella (art. 464, párrafo 2.º, del C. c.)".

Creemos que tales afirmaciones no se corresponden con la realidad española vigente, ni mucho menos con la opinión doctrinal dominante. En efecto, una gran mayoría de la doctrina española actual coincide en estimar que, en virtud de lo dispuesto en los dos primeros incisos del primer párrafo del artículo 464 del Código civil (7), existe un criterio general de admisión de adquisiciones *a non domino* a favor del poseedor adquirente de buena fe. Y si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha compartido esta tesis, hay que reconocer que, como luego apuntaremos, si la examinamos en relación con los casos prácticos resueltos, no se puede afirmar que excluya en absoluto, para otros supuestos, la posibilidad de una adquisición *a non domino*, pese a las declaraciones demasiado generales y enfáticas, pero no decisivas de cara al fallo, de algunos de su considerandos.

Prescindiendo de algunos otros casos en que pueden admitirse supuestos de irreivindicabilidad respecto de bienes muebles, tanto en el Código de Comercio como en el Código civil (8), vamos a limitarnos ahora a examinar brevemente el estado actual de nuestro Derecho en torno al artículo 464 del Código civil.

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

(8) Pueden citarse, en efecto, los artículos 85, 86, 324 y 545 del Código de comercio, así como los artículos 976, 1.160, 1.295, 1.473, 1.540, 1.765, 1.778 y 1.897 del Código civil. Sobre los preceptos de este último Códí-

III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN TORNO AL ARTÍCULO 464 DEL CÓDIGO CIVIL.

A raíz de la publicación del Código civil, los primeros autores que examinaron este artículo no llegaron a percibirse de su auténtica significación ni de la problemática real a que respondía. Las opiniones más antiguas de la doctrina son a nuestros ojos de hoy desconcertantes e incompletas. Es a partir de la publicación de la obra de Alas (9) cuando se revitalizan las cuestiones en torno al artículo 464 y se centran debidamente en su ámbito propio.

Actualmente pueden estimarse enfrentadas dos teorías fundamentales que suelen denominarse, no con mucha exactitud, germanista y romanista y que, siguiendo a Vallet (10), calificamos de tesis de la adquisición *ex lege* y tesis de la regla específica para la reivindicación mobiliaria.

1. Teoría de la adquisición *ex lege*.

Una gran mayoría de autores, entre los que se encuentran Alas, Castán, Pérez González y Alguer, Hernández Gil, Garrigues, Núñez Lagos, Bérgamo, Sanz, Jordano Barea, Ladaria, Gómez Acebo, De la Cámara, Melón Infante, Díaz Palos, etc., etc...., coinciden, con variaciones secundarias, en entender que por virtud del artículo 464 existe un principio general, o una serie de supuestos, de adquisición *a non domino* por parte del poseedor de buena fe, excepto en los casos de pérdida y de privación ilegal en los que resulta posible la acción reivindicatoria del dueño desposeído.

Ahora bien, es importante señalar que dentro de esta tesis la mayoría de la doctrina, seguramente por influencia de los estudios de Hernández Gil, circscribe el concepto de "privación ilegal" a los únicos supuestos de hurto y de robo, con lo que naturalmente el ámbito de las adquisiciones *ex lege* cobra gran amplitud y, como contrapartida, muy limitado el de la acción reivindicatoria del propietario desposeído. Y creemos que la crítica de Vallet a este concepto estrecho de la privación ilegal resulta convincente o, al menos, no hace ya tan segura la conclusión de la tesis germanista. Sucintamente su crítica se centra en las consideraciones siguientes.

go, vid. VALLET, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil*, «A.D.C.» 1956, págs. 380 a 382.

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

(10) Una bibliografía completa de la doctrina española en torno al artículo 464 puede verse en la obra citada de VALLET. Con posterioridad a la publicación de su estudio, merecen citarse las siguientes obras: MELÓN INFANTE, *La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título*, Barcelona, 1957; FONT BOIX, *La adquisición a non domino*, "R.C.D.I.", 1967, pág. 1607; DÍAZ PALOS, *Posepción de muebles y apropiación indebida*, en "Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas", T. III, página 133; y DE LA CÁMARA, *La mujer casada y el derecho de sociedades*, "R.G.L.J.", 1969, págs 216 y ss.

Frente al argumento germanista de que si la expresión "privación ilegal" se interpreta ampliamente, la excepción (posibilidad de reivindicar) anula la regla general (adquisición *a non domino*) y de que si se piensa así, resulta inútil el artículo 464, puesto que ya el artículo 448 establece una presunción de título más general referida a bienes muebles e inmuebles, arguye que con ello no se anula la regla general, sino que se la limita, y que mientras el artículo 448 establece sólo una presunción *iuris tantum* de título a favor del poseedor en concepto de dueño, esta presunción no actúa para la usucapión y el artículo 464 no presume, sino que atribuye título al poseedor en concepto de dueño y con buena fe.

Frente al argumento histórico basado en ciertos precedentes medievales de signo germánico en nuestro Derecho, expone cómo tales precedentes desaparecieron totalmente con la recepción del Derecho romano.

Contra la similitud del artículo 464 con su precedente inmediato: el artículo 2.279 del Código francés pone de relieve cómo este precepto habla sólo de "vol", mientras el artículo 464 emplea una expresión mucho más amplia, lo cual ha de obedecer a alguna finalidad.

Si se argumenta sobre la base de que el párrafo segundo del repetido artículo utiliza la palabra "sustraída", como sinónimo de cosa de la que el dueño ha sido privado ilegalmente, opone cómo sustraer, según el Diccionario de la Real Academia, tiene no sólo una acepción estricta de hurtar y robar, sino también un sentido más amplio equivalente a apartar, separar o extraer.

En contra del argumento fundado en que el artículo 1.962, al tratar de la prescripción extintiva de las acciones reales sobre bienes muebles, habla de "extravío y venta pública y de robo o hurto" para remitirse al artículo 1.955, el cual, a su vez, se remite al 464, con lo que, a través de este rebote de preceptos, se descubre una interpretación auténtica de la expresión privación ilegal, equivalente a hurto y robo, arguye, con De Buen, que si el Código admitiese que por imperio del artículo 464 se genera un dominio inmediato en el poseedor, lo verdaderamente lógico sería que el artículo 1.962 exceptuase de la regla general (pérdida de la acción real por transcurso de seis años) precisamente el caso de que el poseedor hubiese adquirido inmediatamente el dominio según el artículo 464, y la salvedad del artículo 1.962 se refiere directa y únicamente al supuesto de que el poseedor haya ganado el dominio por usucapión de tres años según el artículo 1.955.

En fin, contra el argumento germanista de que la finalidad de la protección al tráfico se cumple mejor con la interpretación estricta del término privación ilegal, opone que no hay por qué entender que el artículo 464 tenga esa finalidad de proteger la apariencia jurídica y que, en todo caso, sería excesivo proteger el tráfico mediante una regla tan general que, a la inversa, podría llegar a perjudicarlo, máxime en una época en que la propiedad mobiliaria alcanza gran valor.

Un último argumento, en pro de la tesis germanista estricta, apunta Díaz Palos (11), como es el derivado del artículo 1.956 del C. c., que subordina la usucapión de las cosas muebles hurtadas o robadas por parte de los que las hurtaron o robaron o sus cómplices o encubridores, a la circunstancia de que haya prescrito antes el delito o falta o su pena y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta. A los penalistas les extraña que esta limitación quede circunscrita a los casos de hurto y robo, sin que haya razón aparente que justifique la exclusión de la regla respecto de otros delitos sobre bienes muebles, y así no faltan autores, como Ferrer Sama, que entienden que el artículo 1.956 hay que interpretarlo ampliamente. Díaz Palos, recogiendo una sugerencia de Quintano Rípollés, expone cómo la razón de la limitación responde a la íntima conexión de dicho artículo con el 464, circunscrito éste también a la hipótesis de hurto y robo. Pero creemos que este argumento no tiene valor alguno, puesto que el artículo 1.956 tiene su origen en el Proyecto de 1851 (12), en el que no se vislumbraban adquisiciones *a non domino*, de modo que si es igual el ámbito objetivo de ambos preceptos, ello constituye una simple coincidencia y no es correcto interpretar sistemáticamente el uno con el otro.

Ahora bien, nos interesa recalcar que si el conjunto de la crítica de Vallet puede hacer tambalear la tesis germanista estricta (privación ilegal equivalente a hurto y robo) y pueda tener un valor decisivo como crítica destructiva, su valor es, en cambio, nulo como crítica constructiva, pues no basta llegar a la conclusión de que la tan repetida expresión «privación ilegal» ha de interpretarse ampliamente, si no indicamos concretamente hasta dónde ha de llegarse en esta amplitud. Y es que, en efecto, algunas de las afirmaciones del Tribunal Supremo y de las teorías romanistas dan la impresión de estar basadas en la idea de que, si se llega a demostrar que es demasiado limitado el concepto estricto (hurto y robo) de la privación ilegal, queda también demostrado que no puede haber adquisiciones *a non domino* en el artículo 464, cuando realmente la primera premisa no induce necesariamente a la segunda conclusión y existen muchos otros términos en la opción.

En mi opinión, y no obstante la crítica expuesta, quedan en pie, si no todas sus conclusiones, sí dos de las afirmaciones fundamentales de la tesis germanista: el hecho cierto e indiscutido de que el artículo 464 está basado en el artículo 2.279 del Código francés, de modo que si éste establece adquisiciones *a non domino*, muy raro sería que el precepto español, aunque con alguna variación, no siga el mismo sistema; y la construcción gramatical del artículo (dos oraciones ligadas entre sí por una adversativa), que obliga a entender que si la segunda oración permite el ejercicio de la acción reivindi-

(11) Obra citada, págs. 149 y 168.

(12) Artículos 1.963 y 1.978, de cuya combinación resultaba el mismo sistema actual para la usucapión a favor "del que hurtó la cosa, sus cómplices o encubridores".

catoria, ésta quedará excluida en el ámbito, mayor o menor, de la primera oración.

2. Teoría de la regla específica para la reivindicación mobiliaria.

Esta tesis, esbozada por Sánchez Román, Manresa y Bonet, ha sido especialmente desarrollada por Vallet. En síntesis, sus ideas claves pueden resumirse del siguiente modo: el artículo 464 habla del título: título es la justificación de la adquisición de la propiedad. En virtud de su norma, el poseedor de buena fe tiene justificada su adquisición y como es una regla general de la acción reivindicatoria que el actor, en caso de que el demandado tenga título, ha de demostrar previamente la nulidad o la inexistencia de ese título, resultará que en materia de reivindicación mobiliaria y por imposición del artículo 464 el actor sólo podrá destruir el título legal del demandado probando que éste no es de buena fe o bien que el actor perdió la cosa o que fue privado de ella ilegalmente.

En suma, el artículo 464 es un precepto situado de lleno en el tema de la reivindicación mobiliaria y su virtualidad es doble:

- atribuye título al poseedor de buena fe: si no se entabla reivindicación, ese título le servirá para la usucapión ordinaria de la cosa;
- limita la acción reivindicatoria a los casos de pérdida, privación ilegal y mala fe del poseedor: sólo probando el actor alguna de estas circunstancias prosperará su acción.

Hasta aquí —muy resumidas— las conclusiones esenciales de Vallet, que, a mi juicio, son evidentemente correctas. El enfoque procesal sobre el artículo 464 sirve para aclarar el juego de la acción reivindicatoria sobre bienes muebles, marcando las diferencias con el mecanismo de esta acción en materia inmobiliaria. Ahora bien, si todas esas conclusiones son exactas, también lo será, en mi opinión, la consecuencia sustantiva que forzosamente se desprende de ellas, cuales que si el poseedor ha adquirido de buena fe una cosa mueble no perdida ni de la cual el dueño haya sido privado ilegalmente, adquirirá de inmediato el dominio, puesto que no puede sea atacado por la acción reivindicatoria. Sin embargo, esta consecuencia que, para mí, es natural, no aparece claramente formulada en la exposición de Vallet, que se detiene más bien en las consecuencias procesales de la norma, como si los casos en que el actor no llegue a probar la privación ilegal que ha sufrido fueran debidos exclusivamente a deficiencias en la proposición de la prueba y no, sustantivamente, a que la prueba, en sí misma, sea imposible porque la privación deba reputarse de legal en el campo de aplicación del artículo. La amplitud con que el mismo autor interpreta, según luego veremos, el término "privación ilegal" lleva al mismo resultado, porque ocurre que entonces la prueba de la privación ilegal es, en teoría, siempre posible, y si no triunfa la acción reivindicatoria no es porque el poseedor haya adquirido el dominio, sino, repetimos, por deficiencias en la prueba

legal exigida al actor. La protección al poseedor de buena fe queda reducida a una serie de ventajas procesales, a una posición privilegiada de cara al proceso, al margen de toda protección material.

Para nosotros, en cambio, deben admitirse supuestos en que la prueba de la privación ilegal sea, en sí, imposible porque esa privación ilegal no se haya producido en la vida real. Es decir, podrá afirmarse, si se quiere, que el artículo 464 no establece directamente una adquisición *a non domino* por no ser esa su función, pero lo cierto es que tal adquisición se produce indirectamente al ostentar el poseedor una posición sustantiva inatacable.

3. Determinación del concepto de privación ilegal.

Como ha señalado insistentemente la doctrina, todo el nudo de la cuestión en torno al artículo 464 se centra en determinar el sentido de la expresión "privación ilegal" que el mismo emplea. Es evidente que si la expresión se entiende en sentido estricto, es decir, abarcando escasos supuestos fácticos, aumentarán entonces los casos de irreivindicabilidad, y, al contrario, si aquella expresión se interpreta ampliamente quedará reducido el ámbito de las adquisiciones *a non domino* o, incluso, quedarán éstas totalmente excluidas.

Para resolver este problema fundamental hay que partir, en mi opinión, de algunas consideraciones previas:

1.º) *Los antecedentes inmediatos del artículo 464 parecen apuntar a la intención de introducir el régimen de adquisiciones a "non domino" en el Derecho español.*

Por un lado, el artículo del Código español está basado, sin duda alguna, en el artículo 2.279 del Código Napoleón, precepto que según la doctrina general, recogiendo la regla "*les meubles n'ont pas de suite*", sienta un principio general de irreivindicabilidad mobiliaria. Sería muy extraño que en el Código español el cambio de una sola palabra, *vol* por privación ilegal, hubiera bastado para alterar totalmente el sistema francés. Admitimos que se haya ampliado el ámbito de la reivindicación, pero no es lógico entender que la irreivindicabilidad haya desaparecido por completo.

Por otro lado, es de resaltar que, de las investigaciones llevadas a cabo por Peña Bernaldo de Quirós (13) sobre el Anteproyecto del Código civil español (1881-1888), resulta que el actual artículo 464 proviene del artículo 469 del Anteproyecto, el cual se introdujo debido a una sugerencia de Cárdenas en la Sesión de la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos del día 24 de enero de 1882. En esta sesión, Cárdenas echó de menos alguna disposición en el título aprobado de la posesión relativo a los efectos de la posesión en los bienes muebles, pues "le parecía deber establecerse algo sobre este punto, a fin de determinar bien cuándo se gana la posesión de estas cosas, puesto que en su adquisición es muchas veces fácil que haya vicio,

(13) *Antecedentes del Código civil vigente, "A.D.C.", 1965, págs. 911 y siguientes.*

conocido o ignorado, del que las adquiere... Se recordó que sobre esto contiene alguna disposición el Código de comercio y se leyó, en efecto, el artículo 57 del Proyecto, en que se dan reglas sobre la reivindicación de efectos o valores públicos o particulares; pero el señor Cárdenas dijo que la disposición del Código de comercio, la cual se refiere a las materias de su especialidad, no excusaba la que para el Código civil reclamaba; y recociéndolo así la Sección, recomendó al señor Silvela el estudio del punto que acababa de tratarse, y la redacción del artículo que indicaba el señor Cárdenas".

Por si esta referencia a un supuesto de irreivindicabilidad en el ámbito mercantil no fuera suficientemente significativa, pueden consultarse las indicaciones que sobre el contenido del artículo 464 expone el propio Cárdenas en la Introducción a los Comentarios de Manresa (14), donde después de salir al paso de ciertas críticas que se habían formulado al precepto en el sentido de que constituía un privilegio odioso en favor de los Montes de Piedad, añade: "La seguridad del dominio sobre las cosas muebles exige garantías más eficaces y más fáciles de obtener que las de la propiedad inmueble. El hecho de la posesión es por sí mismo un título, cuando concurren las circunstancias expresadas en dicho artículo 464. El poseedor de una cosa mueble perdida o sustraída, si la hubiera adquirido en venta pública, tiene a su favor todas las presunciones posibles de ser su dueño; y, por tanto, no está obligado a devolverla al que la perdiere por sustracción o acaso, sin ser reembolsado del precio dado por ella. *Esta sí es una novedad en nuestro Derecho, donde prevalecía la regla "res suo domino clamat", sin limitación alguna. Pero en su lugar domina hoy el principio que para facilitar la transmisión y asegurar la propiedad de las cosas muebles atribuye a la posesión de ellas, adquirida con ciertas solemnidades y requisitos, los efectos de la propiedad legítima*".

2.^a) *La construcción gramatical del precepto únicamente cobra sentido si entendemos que el primer inciso del artículo 464 acoge ciertos casos de adquisición "a non domino".*

El primer inciso del precepto: "La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título" es por sí mismo, aisladamente, de significación indescifrable. Constituye, como ha dicho Hernández Gil, una regla estilizada, un aforismo de sedimentación histórica. De aquí la utilidad de los antecedentes históricos del precepto para desentrañar su verdadero sentido. Pero también el segundo inciso del precepto nos ayuda en esta tarea. Porque si en él se señalan ciertos supuestos en los que es posible el ejercicio de la acción reivindicatoria por el dueño desposeído y está precedida la oración por la expresión "sin embargo", ello obliga a entender que en el primer inciso se sancionan otros supuestos de irreivindicabilidad, concretamente casos en que en principio la acción reivindicatoria sería posible y en que excepcionalmente el texto legal lo veda.

(14) *Comentarios al Código civil español*, T. I, 4.^a ed., Madrid, 1914, páginas XLV y XLVI.

Es muy significativo que en el exhaustivo estudio citado de Vallet no encontremos indicación alguna sobre el análisis gramatical del artículo.

3.^{a)} *No es posible, por tanto, interpretar la expresión "privación ilegal" en un sentido tan amplio que llegue a abarcar todos los casos en que es admisible el ejercicio de la acción reivindicatoria por el dueño desposeído.*

Vallet, siguiendo a Manresa, comprende en la expresión discutida "no sólo el hurto y el robo, sino también la estafa, el dolo civil y, en suma, toda privación que no sea legal" (15). Resulta, entonces, por contrapartida, que el ámbito de las privaciones legales, en el que entraría en juego el primer inciso del artículo 464, abarcaría únicamente las transmisiones verificadas "por el mismo dueño, por sus representantes legítimos o por la autoridad competente, previas las formalidades y trámites correspondientes" (16). Casos todos ellos en que la exclusión de la acción reivindicatoria es tan obvia que no se concibe cómo el Código los haya querido contraponer con un "sin embargo" a aquellos en que la repetida acción es factible.

En suma, en contra de este concepto amplísimo de la privación ilegal militan sólidas razones, cuales son fundamentalmente:

— No serían ya supuestos distintos los de pérdida y los de privación ilegal. El concepto tan amplio de ésta llega a englobar el de pérdida y el Código incurriría en una redundancia inútil o inexplicable.

— El inciso segundo del artículo 464 resultaría, como norma sustantiva, totalmente superfluo. Si en él sólo se quiere decir que el propietario desposeído dispone *siempre* de la acción reivindicatoria, ello ya está dicho en el segundo párrafo del artículo 348 del propio Código (17).

— Si se reduce el sentido del artículo 464 a un ámbito tan exclusivamente procesal, es decir, a indicar que el dueño ha de probar la pérdida o privación ilegal, no se comprende muy bien por qué en la segunda edición del Código se suprimió la expresión "acreditándolo formalmente" que figuraba en la primera edición al final del segundo inciso.

— Sobre todo, recalcamos que esta interpretación amplia no es congruente con la construcción gramatical del precepto. El adverbio "sin embargo" pierde todo su sentido. El propio Manresa tiene que reconocerlo así (18).

(15) Obra citada, pág. 430.

(16) Esta es la opinión de MANRESA, que parece aceptar VALLET, ob. cit., página 392.

(17) Vid. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Trad. española al Tratado de Derecho civil de Enneccerus-Kipp-Wolff.*, T. III, 1.^o, pág. 413, donde se apunta este argumento.

(18) Despues de exponer su opinión sobre el sentido de la primera parte del artículo 464, añade esta significativa frase: "Más que excepción, el segundo párrafo del primer apartado del artículo 464 es una confirmación de la regla contenida en el párrafo primero". Ob. cit., T. IV, 2.^a ed., pág. 331.

4.º) *El concepto de privación ilegal va referido a la posesión civil en concepto de dueño.*

Desde luego, no puede tratarse de la privación del *dominio* porque entonces sería un contrasentido que, a pesar de ello, el antiguo dueño pudiera reivindicar. Forzosamente el concepto de privación ha de hacer referencia a la posesión y, dentro de ella, al tipo de posesión que intenta recuperarse cuando se ejerce la acción reivindicatoria, esto es, la posesión civil en concepto de dueño. Esta es la conclusión general a que llegan el Tribunal Supremo y la doctrina española, con la única excepción de Angel Sanz (19), para quien la privación ilegal va referida a la posesión material o mera tenencia de la cosa.

Hay que reconocer que, a primera vista, esta tesis parece perfectamente clara y congruente, en cuanto que con ella quedarían fácilmente diferenciados los ámbitos de la privación legal y de la privación ilegal. En efecto, habría privación legal de la mera posesión material del bien mueble en todos los casos en los que el dueño transmite a otra persona la posesión inmediata del objeto, reservándose su posesión mediata, es decir, en todas las hipótesis de comodato, depósito, arrendamiento o, en general, de cualquier relación contractual o legal que faculte al poseedor para detentar la cosa mueble. Privaciones ilegales serían todas las demás. De este modo, el concepto de privación ilegal no resultaría redundante y nos encontraríamos con privaciones de la posesión que podrían calificarse sin contradicción de legales y en las que si la cosa pasase a poder de un tercero se haría irreivindicable. En fin, esta opinión de Sanz respondería a un perfecto paralelismo con las hipótesis de pérdida, que están referidas también a la posesión material, y se compaginaría con los criterios de confianza y desposesión voluntaria e involuntaria de los remotos precedentes germánicos.

Pero en Derecho hay que desconfiar desgraciadamente en muchos casos de las soluciones simplistas. Creemos, en efecto, que la crítica de Vallet a esta teoría es decisiva (20). Especialmente debe tenerse en cuenta una consideración importante: con la tesis de Sanz ocurriría que si al dueño le roban directamente la cosa podría, desde luego, reivindicar y, en cambio, si la misma cosa fuera robada al depositario, comodatario, etc..., a quien entregó la posesión material el propietario, resultaría éste desprovisto de la acción reivindicatoria porque la privación de la posesión material tendríamos que calificarla de legal. Esta consecuencia, por absurda e injusta, demuestra lo equivocado del camino emprendido.

4. Recapitulación y nuevos enfoques sobre el artículo 464.

De todo lo que llevamos expuesto podemos deducir dos conclusiones:

(19) *La prenda sin desplazamiento*, "AAMN", 1945, págs. 147 y ss.

(20) Ob. cit., pág. 383.

— Que el concepto "privación ilegal" no puede quedar circunscrito a las hipótesis de hurto y de robo, sino que debe abarcar otros supuestos.

— Que no puede llegar a comprenderse en la expresión todas las hipótesis en que, sustantivamente, cabe la acción reivindicatoria.

Disponemos, pues, de un ámbito ya más limitado para fijar en él este huidizo concepto de la "privación ilegal". Para acabar de perfeccionarlo parece conveniente recoger las consecuencias que puedan ofrecernos dos distintos puntos de vista sobre el artículo 464, sugeridos por De la Cámara. El primer camino consiste en examinar las repercusiones que puedan darse contra el poseedor de buena fe cuando se invalida por cualquier causa el negocio celebrado entre el *dominus* y el primer poseedor, es decir, aquella persona que, a su vez, por un negocio válido ha transmitido la cosa al tercero. El segundo camino consiste en interpretar el artículo 464 a la luz del Código penal.

A) *Invalidación del título del primer poseedor y su repercusión en el adquirente de buena fe.*

Generalmente, la doctrina, al ocuparse del artículo 464, contempla únicamente los casos en que no hay relación contractual alguna entre el *dominus* y el primer poseedor y, a lo sumo, cuando entre ambos media solamente una relación contractual de traspaso posesorio. Pero las cosas pueden ocurrir de distinta manera: entre el propietario y el primer poseedor se ha celebrado un negocio traslativo de dominio y el adquirente, a su vez, por un título válido, ha transmitido la propiedad a un tercero de buena fe. Si en esta situación se invalida el título de su transmitente, por consecuencia del ejercicio de una acción con efectos reales, ¿podrá ampararse el tercero de buena fe en la protección que le brinda el artículo 464?

Aunque con una fundamentación teórica distinta, responden afirmativamente a esta cuestión Melón Infante y De la Cámara.

Para Melón Infante (21) la aplicación del artículo 464 puede admitirse en las hipótesis planteadas porque el supuesto constituye también una situación de mediación posesoria, aunque lo sea en sentido analógico. Examina minuciosamente la posible aplicación del artículo a una multitud de casos (como los del heredero a término, heredero fiduciario, reservista, titularidades condicionales, retracto convencional, reversión de donaciones, pacto de reserva de dominio, pacto de *lex commisoria*, prohibición de disponer, acciones de impugnación, etcétera...). Generalizando el resultado de su investigación puede afirmarse que para este autor la protección del artículo 464 al poseedor de buena fe debe admitirse en todos los supuestos aludidos, con las únicas excepciones de aquellos en que la acción ejercitada, por su propia naturaleza personal, se detenga frente al tercero de buena fe (en los que huele la aplicación de aquel artículo) y, asimismo, de los

(21) Ob. cit., págs. 29 y ss.

casos en que el Código civil establezca expresamente un régimen distinto. Esto último ocurre, por ejemplo, en la rescisión de enajenaciones en fraude de acreedores en las que el adquirente de buena fe, si lo es a título gratuito, no podrá invocar la protección del artículo 464 por vedarlo los artículos 1.297 y 643.

Para De la Cámara (22) no es necesario acudir aquí a una aplicación analógica del artículo 464, pues el mismo debe interpretarse no exclusivamente referido a la acción reivindicatoria *stricto sensu*, sino comprendiendo también la acción de nulidad en sus efectos reivindicatorios frente a tercero (Roca Sastre), es decir, a lo que denomina este autor reivindicación impropia que abarca las acciones reales con eficacia *ex tunc*.

Sobre esta base, entiende De la Cámara que cuando se ha celebrado un negocio traslativo de dominio entre el *dominus* y otra persona y ésta, a su vez, transmite por negocio válido la cosa al tercero de buena fe, podrá éste invocar a su favor la adquisición *a non dominio* que le brinda el artículo 464, aunque llegue a invalidarse el título de su transmitente. La razón fundamental de esta conclusión se encuentra en que si el traspaso de la posesión en concepto de dueño del *dominus* al primer poseedor puede calificarse de ilegal, en cambio no puede hablarse en modo alguno de privación, ya que el propietario se desprendió voluntariamente de la posesión en concepto de dueño.

Esta afirmación parece que puede admitirse sin dificultad cuando se trate de una acción de nulidad derivada de una nulidad absoluta o de pleno derecho. Pero la conclusión, como reconoce el propio autor, no resulta tan clara en los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad, especialmente si es debida a vicio del consentimiento, es decir, en los casos de violencia, intimidación, dolo y error. Desde luego que resolver la cuestión sobre la base de entender que en estos casos en el sistema del Código existe voluntad, aunque viciada y, por ende, que la desposesión es voluntaria a los efectos de aplicar el artículo 464, es un argumento dogmático de escaso o ningún valor y contra el cual podría aducirse inmediatamente que la violencia física (*vis absoluta*), según la opinión de muchos autores, excluye totalmente la voluntad y debería dar lugar a un supuesto de inexistencia.

Por otra parte, la intimidación y la violencia pueden dar lugar a un supuesto de delito: el de amenazas y coacciones (arts. 493 a 496 del Código penal). Y aunque la violencia o intimidación no lleguen a constituir este delito, en todo caso hay por virtud de ellas, por virtud de un acto ilícito, una desposesión del propietario que resultaría muy aventurado considerar como «privación legal». Sinceramente no se entiende por qué va a quedar más protegido el dueño contra un ladrón vulgar y menos contra un ladrón «inteligente» que con el temor o la fuerza logra dar la apariencia de una transmisión a su acto ilícito. Parece de justicia igualar ambos supuestos y, en efecto, resultan equi-

(22) Ob. cit., págs. 223 y 224.

parados en el artículo 503 del Código penal, según el cual: "El que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar una escritura pública o documento, será castigado como culpable de robo....».

Análogas dificultades presenta el caso de dolo que, en la mayoría de las ocasiones, constituirá delito de estafa. Y aunque las "palabrerías o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes" de que habla el artículo 1.269 del Código civil, no lleguen, lo que es difícil, a la categoría de delito, no se comprende la razón para justificar una dualidad de régimen, permitiendo el ejercicio de la acción reivindicatoria en unos casos y negándolo en otros.

Distinto carácter presentan, a estos efectos, los supuestos de error que puede perfectamente ser totalmente objetivo sin culpa o mala fe del adquirente. Ahora bien, si como es muy frecuente en la práctica, el error es inducido por la actuación del comprador, estaremos en el mismo caso del dolo; y si el error es *in corpore*, entregando el dueño una cosa por otra, difícilmente podrá sostenerse que la desposesión haya sido voluntaria.

De este somero examen sobre los vicios del consentimiento parece puede extraerse una consecuencia importante, cual es que más que atender a si la desposesión ha sido voluntaria o involuntaria, para admitir en el segundo caso y rechazar en el primero la reivindicación, lo decisivo parece ser la ilicitud de la privación, es decir, si ésta es debida a la mala fe del primer adquirente, porque entonces instintivamente repugna calificar al despojo cometido de "privación legal". Hasta qué punto esa ilicitud ha de ser penal o si basta simplemente la civil, es cuestión que nos conduce al segundo enfoque sobre el artículo 464 a que antes aludimos.

B) *El artículo 464 a la luz del Derecho penal.*

Díaz Palos ha planteado este original enfoque sobre la cuestión del artículo 464 del Código civil en un estudio reciente (23), cuyos principales puntos resumimos a continuación.

Observa cómo el artículo 102 del Código penal vigente, coincidiendo ya con el artículo 122 del Código penal de 1.870, al tratar de la responsabilidad civil *ex delicto* sienta el principio general de restitución de las cosas al dueño, pero con excepciones. Concretamente aquel artículo, en sus párrafos segundo y tercero, dice así: "Se hará la restitución aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por un medio legal, salvo su repetición contra quien corresponda." "Esta disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable." La doctrina penal —continúa— no se ha preocupado de desenvolver este precepto; se ha limitado, a lo sumo, a señalar los supuestos indiscutidos de irreivindicabilidad del Código de comercio

(23) Ob. cit. en la nota 9.

y de la Ley Hipotecaria y, acatando tácitamente la posición jurisprudencial, no ha mencionado para nada el supuesto crucial del artículo 464 del Código civil:

Cree, sin embargo, Díaz Palos que la aportación penal a las discusiones de los civilistas sobre este artículo es oportuna por dos razones fundamentales: porque el artículo 464, de acuerdo con sus precedentes históricos, está pensado preferentemente para hipótesis de delito; y porque, dada la prioridad del proceso penal sobre el civil, corresponderá al Juez penal, en su sentencia, cuando el fallo sea condenatorio, afirmar la buena fe del adquirente (de otra suerte sería encubridor o receptador) y decretar la irreivindicabilidad que proceda legalmente por la remisión del artículo 102 del Código penal.

Sobre esta base, la argumentación del autor se centra en que, para la doctrina y el Código penal, la expresión "cosas sustraídas" hace referencia a los delitos de robo y de hurto, contraponiéndose a la expresión "cosas confiadas" que da lugar al delito de apropiación indebida. En definitiva, el dueño —concluye este autor— podrá reivindicar en los casos de robo y hurto y demás delitos asimilados en el Código penal, como el quebrantamiento de depósito (artículo 399), robo del funcionario (art. 191), realización arbitraria del propio derecho (art. 337) y, en general, en cualesquiera otros apoderamientos, clandestinos o violentos, que impliquen sustracción de cosa ajena, se hallen o no incluidos en el Título XIII del Libro II del Código penal. Por el contrario, podrá haber adquisición *a non dominio* en el delito de apropiación indebida.

El mismo autor reconoce que es dudoso el caso del delito de estafa, para el que no es fácil determinar si la cosa merecerá el calificativo de sustraída o de confiada. Se inclina, no obstante, por entender que la estafa supone cosa confiada, atendiendo a dos razones: una de orden civil (aunque para nosotros sin valor, según ya apuntamos), que el dolo no excluye la voluntad, y otra de orden penal, que la agravante de abuso de confianza se considera inherente a la estafa de manera unánime y reiterada (Sentencia de 12 de junio de 1947). Recuerda las palabras de Antón Oneca (24): "nota esencial de la estafa es el engaño y éste implica abuso de confianza", "en la apropiación indebida y en la estafa hay abuso de confianza: la diferencia está sólo en que en la primera la confianza existía de antemano y en la estafa se crea mediante engaño".

De la Cámara (25), por el contrario, no ve clara esta consecuencia y se inclina, más bien, a incluir la estafa en el concepto de cosas sustraídas. Especialmente deben tenerse en cuenta los casos de hurto doméstico en los que, evidentemente, existe abuso de confianza, y, sin embargo, penalmente son considerados hurtos, es decir, "cosa sustraída", y no apropiaciones indebidas.

(24) Voz "estafa", en "NEJ" Seix, 1958, pág. 85.

(25) Ob. cit., págs. 220 y 221.

Para nosotros, el Derecho penal no resuelve en modo alguno la cuestión suscitada sobre el sentido de la expresión "privación ilegal" del artículo 464 del Código civil. Ya hemos visto que no está claro el supuesto de la estafa, máxime si se tiene en cuenta que el Código penal de 1870, vigente al tiempo de publicarse el Código civil, incluía la apropiación indebida entre las estafas. Pero, sobre todo, debe observarse:

a) Que el artículo 102 del Código penal no establece un concepto distinto o nuevo de irreivindicabilidad. Se limita a remitirse a las leyes civiles y mercantiles y son, por tanto, éstas las que deben determinar los supuestos de cosas irreivindicables (26).

b) Que, desde luego, no es necesario en modo alguno para que el dueño pueda ejercitar la acción reivindicatoria el requisito de que exista previa sentencia penal condenatoria. La supresión, a que antes hemos hecho referencia, en la segunda edición del Código civil del inciso "acreditándolo formalmente" con que terminaba este discutido párrafo del artículo, abona esa innecesidad.

c) Que no es tampoco necesario que el acto merezca ser calificado penalmente de *hurto* o de *robo* para que sea posible el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Por ejemplo, el *hurto* realizado por un pariente puede no ser delito según el Código penal, en virtud de la llamada excusa absolutoria de su artículo 564, y, no obstante, es indudable que la cosa será reivindicable. Y si bien puede objetarse que en tal supuesto se da el concepto de *hurto* y lo único que ocurre es que no es punible (siempre que admitamos, lo que es discutible, que pueda haber delito sin pena), en todo caso queda probado, según nos interesa, que la norma del artículo 464 funciona con plena independencia de la calificación penal del acto de "privación".

Otro ejemplo: el *robo* y el *hurto* requieren, en tesis general, el ánimo de lucro (artículos 500 y 514 del Código penal). Aunque sea anómalo, puede pensarse algún supuesto en que resulte probada la inexistencia de tal ánimo de lucro: así, en una Sentencia argentina que cita Quintano Ripollés (27), en la que se justificó que el presunto ladrón había robado exclusivamente para lograr ser ingresado

(26) La única posibilidad de admitir una irreivindicabilidad propia en el Código penal sería la de interpretar en tal sentido su artículo 108, según el cual: "El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía de su participación". Es decir, podría sostenerse que el tercer adquirente de buena fe del objeto delictivo habría de serlo, además, a título oneroso para quedar exento de la obligación de restituir, lo que supondría añadir un requisito más, no exigido en el artículo 464, para hacer posible la irreivindicabilidad.

No obstante, las palabras "participar" y "cuantía" del artículo 108 no se compaginan bien con la idea de una verdadera apropiación y, en todo caso, como para nosotros todos los supuestos de delito o falta excluyen la adquisición *a non domino*, la cuestión se volatiliza.

(27) *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, T. II, pág. 140.

en la cárcel. Sería evidentemente absurdo que en tal supuesto, y si admitiéramos que no existe robo, defendiéramos también que el dueño no podía reivindicar de un tercero.

d) Que desde el punto de vista ético resultaría injusto y sin sentido que hubiéramos de distinguir entre el hurto de un familiar, el hurto de un criado doméstico o el "hurto" de un administrador para, según el concepto penal de cada caso, admitir en unos supuestos y rechazar en otros el ejercicio de la acción reivindicatoria.

e) Que, en fin, toda la argumentación de Díaz Palos descansa en identificar un concepto penal nada claro (el de cosas sustraídas) con la privación ilegal civil, sin demostrar previamente las razones de esta identificación.

5. CONCLUSIONES.

De lo que llevamos dicho creemos puede deducirse algunas consecuencias importantes.

En primer lugar, nos parece indudable que los redactores del Código civil quisieron ampliar el concepto "*vol*" que utilizaba el Código francés. Y no debe olvidarse, para no incurrir en la equivocación en que cae la Sentencia de 19 de julio de 1945, que el "*vol*" francés equivale al "*furtum*" romano, como figura amplia que engloba los para nuestro Código penal diversos delitos de robo y de hurto. De aquí que sea lógico pensar que la expresión "privación ilegal" deba comprender algún supuesto más, aparte de los de hurto y robo.

En segundo lugar, es de suponer que los redactores del Código civil español conocerían la Sentencia francesa de Casación del año 1835 que había incluido la estafa en los casos de posible reivindicación. Y es igualmente sintomático que, como dijimos, el Código penal de 1870 encuadraba la apropiación indebida entre las estafas. Todo ello, unido a las razones antes expuestas, nos lleva a pensar que todos los actos ilícitos penales entran dentro del concepto de privación ilegal.

Más aún, como forzosamente, y según vimos, el acto ilícito debe permitir la reivindicación *independientemente de su calificación penal*, habremos de concluir que todo acto ilícito, civil o penal, queda incluido en aquel concepto. Lo decisivo será que subjetivamente encierre ilicitud el acto de privación: *privación ilegal equivale a privación por acto ilícito* (28).

(28) Esta es la tesis defendida en una monografía inédita por el Notario de Barcelona, Antonio Francés y de Mateo, que, por amabilidad de su autor, hemos utilizado profusamente en este estudio. Un precedente de esta conclusión se encuentra en el aludido trabajo de Angel Sanz, si bien con la importante diferencia de que, como pusimos de relieve, para Sanz la privación ilegal ha de ir referida a la simple detención material.

Con ello quedan prudentemente ampliados los supuestos de posible reivindicación del propietario, pero no quedan excluidos totalmente los casos de posible adquisición *a non domino*. Bastará, en efecto, que la privación haya sido realizada de buena fe por parte del poseedor para que la reivindicación resulte imposible. Ello ocurrirá, por ejemplo, en el supuesto de enajenación de buena fe por el heredero del depositario (art. 1.778 del Código civil), así como en los casos semejantes en que la transmisión se realice por los herederos del comodatario, del arrendatario, del administrador o apoderado, etc... Incluso, aunque existirá en su contra una fuerte presunción de mala fe, cuando la enajenación se verifique por el propio primer poseedor que por ignorancia ó error se crea dueño del objeto transmitido. En definitiva, con esta construcción se consigue acentuar el punto de vista ético que debe presidir, según pusimos de relieve al principio del estudio, toda esta materia, pues, en efecto, curiosamente la protección al tercero queda subordinada a que cumulativamente concurra el requisito de la buena fe tanto en sí mismo como en su transmitente (29).

Por tanto, en apretada síntesis, podemos afirmar:

- 1.º El artículo 464 ha querido ampliar, respecto del Código francés, las hipótesis en que el dueño desposeído puede reivindicar.
- 2.º No obstante, quedan a salvo distintos supuestos en los que el Código civil sanciona una irreivindicabilidad sustantiva especial.
- 3.º Tales supuestos requieren que la privación de la posesión civil en concepto de dueño lo haya sido de buena fe por parte del primer poseedor y por parte del tercero.
- 4.º El sistema del Proyecto de Ley, sin perjuicio de otras posibles interpretaciones, coincide sustancialmente con el régimen que propugnamos para el artículo 464 del Código civil. Según ello no se prevén especiales dificultades para que España ratifique en su día la futura Ley Uniforme.

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS

Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

(29) Hay que recalcar que los casos en que admitimos la existencia de adquisición *a non domino* no han sido, en rigor, nunca resueltos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La conocida Sentencia de 19 de julio de 1945, y lo mismo las de 26 de junio de 1946, 14 de noviembre de 1950 y 26 de enero de 1955 (Sala 2.º), resolvieron supuestos en que era patente la ilicitud de la privación. Algunas de sus afirmaciones quizás sean demasiado generales, pero, si se examinan con relación al supuesto fáctico debatido, hay que reconocer que queda abierta la puerta para sancionar una posible irreivindicabilidad en hipótesis de privación no ilícita.

Sobre este punto puede consultarse últimamente DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, Vol. II, quien pone de relieve la eficacia que ha desplegado para el Tribunal Supremo el artículo 464 en el campo de las tercerías de dominio ejercitadas por el poseedor de buena fe.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

En memoria del profesor Giangastone Bolla

El Profesor Bolla, «Ordinario» de Derecho Agrario de la Universidad de Florencia; Presidente y Fundador de la *Rivista di Diritto Agrario*; Presidente del Instituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato; Socio de Honor de la Asociación Española de Derecho Agrario; Presidente de Honor de la Asociación Mundial de Derecho Agrario y muchos otros títulos, ha fallecido en su casa de Florencia.

Para todos los agraristas, especialmente para quienes nos consideramos discípulos y amigos suyos, este acontecimiento ha sido motivo de profundo dolor. Dedicarle este pequeño homenaje escrito a su memoria es algo, pues, no sólo obligado por razón de cortesía, sino cosa que hago llevado de los sentimientos más sinceros. Al menos, así se avivará su presencia ante nosotros.

Recuerdo su biblioteca sobre su jardín italiano que era y es una muestra suprema de lo que el cultivo del hombre puede hacer surgir de la tierra. Allí estaba la magnífica colección de libros sobre Agricultura y Derecho agrario entre los cuales, la figura alta, erguida y dinámica del Profesor se nos aparecía, a los agraristas que lo visitábamos, señera y firme, al frente del movimiento *ius agrarista* del mundo entero. Una ventana nos permitía admirar el más fascinante de los paisajes urbanos: los techos, el cielo y las cúpulas de Florencia, ciudad a la que nuestro Ortega llamaría «vagina del mundo». Más allá de la urbe, se adivinaban los campos y las colinas de la Toscana, con palacios y villa de piedras doradas, con burgos campesinos ancestrales, salpicada de cipreses, de olivos, de viñas, de torres almenadas, replegada la tierra en numerosos valles y gargantas, regazos donde alumbrar genios creadores en el Arte, en la Política, en las Ciencias y en el Derecho.

Aunque Bolla hubiera nacido en el Piamonte, Florencia era su verdadera patria y él hizo de esta ciudad la cuna, primero, la guardiana, después, y la capital indiscutible de una nueva rama del Derecho: el Derecho agrario.

El Profesor Bolla lo logró mediante la dedicación íntegra e incansable de todos sus esfuerzos a la Cátedra universitaria y, complementariamente, a la investigación, a la difusión y a la organización nacional e internacional del *ius agrarismo*.

El ha sido para las generaciones actuales y lo será para las futuras, ejemplo de un Profesor arraigado, con dedicación plena y exclusiva a su Facultad y a su asignatura, sin buscar otra cosa que la satisfacción íntima de enseñar y de servir a la ciencia jurídica. Hasta tal extremo su vida era una ofrenda

constante y diaria de trabajo, que ninguno notamos su jubilación como Profesor. Que haya desaparecido nos resistimos a creerlo, porque le habíamos visto traspasar los noventa años con el mismo entusiasmo creador de sus años jóvenes.

Bolla pertenece a la estirpe de los grandes juristas que han tenido el privilegio de configurar una entera disciplina jurídica. Empezó como uno de los primeros catedráticos italianos de Derecho agrario (y ahora si que podemos apercibirnos de cómo la creación por los años 20 de aquellas cátedras hicieron surgir del tronco común la nueva rama agrarista). Reuniendo en su persona una inteligencia fina y abierta para la problemática jurídica con una capacidad de organización y de convocatoria realmente extraordinaria, funda, en 1922, la *Rivista di Diritto Agrario*, verdadera columna vertebral de la nueva doctrina. En sus páginas escriben los mejores juristas italianos como Scialoja, Vivante, Ferrara, Santi Romano, Mosa, Del Vechio, Vasalli, Bonfante... Románistas, civilistas, mercantilistas, procesalistas, administrativistas, filósofos del Derecho, dando un ejemplo admirable; se preocupan apasionadamente por los temas jurídico-agrarios que era tanto como preocuparse por su querida Patria, una Italia eminentemente rural en aquel tiempo.

La segunda fase de su actividad está representada por la fundación del Observatorio Nacional Italiano de Derecho Agrario, que tuvo correlativos en varios países —viéndose en ello ya apuntar la vocación internacionalista que animaba al Profesor Bolla—, y por los Congresos Nacionales de Derecho Agrario a los que lleva la flor y nata de la Jurisprudencia italiana de cada momento: En ellos se va estudiando la problemática viva que plantea la nueva Constitución italiana y su desarrollo legislativo; como puede verse, por ejemplo, en el trabajo fundamental de Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*. Cada una de esas reuniones marcó un hito en el desenvolvimiento científico del Derecho agrario.

En 1963 publica, junto con Giannatassio, *Legislazione agraria italiana* (dos volúmenes).

En 1954, se lanza a su última y definitiva singladura convocando el I Congreso Internacional de Derecho Agrario, que se celebró con gran brillantez en Florencia, haciendo surgir del mismo, como realidad permanente, el Instituto Internacional de Derecho Agrario y Comparado.

Pocas reuniones internacionales de juristas habrán igualado la que acabamos de citar. Aún me parece disfrutar la visita nocturna a la Galería degli Uffici. Entre los cuadros maravillosos del Botticelli podían verse juristas del mundo entero, desde los soviéticos a los hindúes y algunos de los más grandes de Europa estaban allí, como Heddeman, como Ascarelli, como Savatier. Nuestro Profesor De Castro envió un trabajo titulado «Notas para el Estudio del Derecho Agrario en España», pieza básica para todas las investigaciones posteriores, que se recogió en el primero de los tres volúmenes de las Actas del Congreso.

El movimiento *ius agrarista* quedaba, a partir de entonces, organizado a escala mundial, y en nuestra misma patria, podía ya hablarse de una «escuela de Derecho agrario» encabezada por De Castro, impulsor de estudios agraristas en el extranjero y animador de un pequeño, pero tenaz, grupo de discípulos.

En el clima de la segunda postguerra dominado por las grandes Organizaciones internacionales —ONU, UNESCO, FAO—, cuando ya se mostraba irresistible el movimiento de emancipación de los pueblos de África y de Asia, Bolla tuvo el acierto de citarnos en Florencia para que allí pudiéramos contrastar, con los demás, nuestro sistema: occidental, socialista, nacionalista, anglosajón, latino, escandinavo, árabe...

Más todavía que por las aportaciones doctrinales, el Congreso fue importante por su servicio a la causa profundamente humana de la «convivencia» universal (expresión que, como el mismo Bolla advirtió, no es sinónima de la de «coexistencia»).

A esta misma causa sirvió, luego, una reunión restringida de la que surgió el volumen *Dopo el Primo Convegno Internazionale di Diritto Agrario*.

Luego vino una nueva reunión de aliento asimismo mundial: la Primera Asamblea del I. D. A. I. C., y Bolla pensaba realizar la segunda, la tercera y todas las imaginables, todo ello sin contar la permanente labor realizada por el Instituto.

No voy ahora a hacer la lista de los innumerables trabajos científicos de Bolla (recogidos en un par de gruesos volúmenes por la Casa Giuffré). Me voy a referir a dos dimensiones fundamentales de su personalidad: una dimensión de su carácter como líder científico, otra dimensión profunda de su inteligencia y de su corazón de jurista al servicio de la comunidad fraternal entre los hombres, más allá de las fronteras, de las ideologías y de los intereses.

Bolla tuvo, efectivamente, un perfil de conductor de hombres, de organizador, de impulsor; fue un profesor de energía, tenaz, activo, dominante por un cierto magnetismo personal; pero, en lo más profundo de su ser, se nos revela como un gran humanista, en cuanto aquellas cualidades y sus profundos conocimientos doctrinales los puso al servicio de la causa más noble de todas: la causa de la fraternidad, la causa de la paz social, basada en la norma y no en la fuerza, la causa del progreso humano integral, que no sólo económico.

«El mundo —dijo en su estudio introductorio sobre *Il problema giuridico della terra*—, resulta dividido entre ideologías opuestas y los juristas tienen la misión de llegar a una síntesis que aclare el pensamiento sobre el plano jurídico, respondiendo implícitamente a la cuestión de si la tierra debe servir al hombre o el hombre a la tierra».

El Profesor Bolla enraizaba su humanismo en la formación romanista de que nos hace gala en aquel precioso trabajo sobre «Il fundo nei suoi aspetti giuridici», pero, sobre todo, en la doctrina tomista sobre la propiedad. El quería reconstruir esta institución fundamental y, por tanto, todo el Derecho agrario, sobre bases morales.

Una última nota querría subrayar: el profundo amor a nuestra Patria del Profesor Bolla. Con ocasión del Coloquio Latino de Derecho Agrario organizado por la Asociación Aragonesa de Derecho Agrario de Zaragoza, recibió el afecto y la admiración de los agraristas y juristas españoles que se lo tributamos al máximo. Yo mismo le acompañé a Toledo. Le vi extasiado ante el espectáculo metafísico que se contempla desde el otro lado del Tajo. Se hallaba en la última etapa de su vida, larga y fecunda, contando

en el mundo entero con admiradores y discípulos, autor de una gran obra voluminosa y seria, creador de instituciones que le sobrevivirán por muchos años, querido por todos. Allí mismo, sintiéndose cerca de Dios, él pudo haber dicho con el Apóstol: «He peleado bien mi combate».

Como Presidente de la Asociación Mundial de Derecho Agrario, pero, ante todo, como humilde discípulo suyo, como amigo de su familia y de su casa, como agrarista español, yo le deseo, tras el combate, la paz eterna.

ALBERTO BALLARÍN MARCIAL

Presidente de la Asociación Mundial de Derecho Agrario.

II. NOTAS CRÍTICAS

A propósito de la obra «Sociedades Anónimas (Las Acciones)»¹

Para poder juzgar sobre la oportunidad e importancia del libro que tenemos el honor de presentar, es preciso previamente echar una breve ojeada al panorama de nuestro Derecho de Sociedades Anónimas.

Publicada en el año 1951 una nueva Ley que significa una muy profunda renovación en la materia, hasta el punto de que puede considerarse que instaura una nueva era en la contemplación de la Sociedad Anónima, ya que significa no sólo la publicación de una legislación de carácter general, sino la sustitución de un sistema de liberalismo extremo en el tratamiento de la Sociedad Anónima, por una cuidadosa regulación de los puntos más importantes de la misma que, sin ahogar a ésta en el legítimo desarrollo de las libertades de los que la componen, crea sin embargo un cauce dentro del cual debe desarrollarse esta iniciativa. Nos encontramos, no obstante, con que, hasta el momento, no existe una obra que estudie sistemáticamente las citadas sociedades, pese a los veinte años que lleva ya en vigor la Ley.

Porque, si contemplamos las escasas obras publicadas sobre las Sociedades Anónimas, desde el año 1951, nos encontraremos con que la obra, fundamental por tantos conceptos, de Garrigues y Uría, titulada «Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas», es más bien una interpretación auténtica de la misma que pone a disposición de los estudiosos, el caudal de conocimientos y de estudios llevados a cabo por dos de los más conocidos autores de la Ley.

Una cosa parecida ocurre con el no menos importante —pero también de circunstancias y apresuradamente redactado a la vista de la Ley recién publicada—, «Derecho de Sociedades Anónimas» de Girón Tena.

Por último, y con carácter específicamente dirigido a las Sociedades Anónimas, no queda sino el curso de «Derecho de Sociedades Anónimas», publicado por Rubio en 1964, con una clara vertiente de docencia universitaria.

Falta, pues, en nuestro Derecho, una obra sistemática que aborde el estudio de la Sociedad Anónima, desde todos los puntos de vista, a los veinte años de la Ley.

El tiempo transcurrido, en efecto, nos ha dotado ya de un bagaje jurisprudencial y doctrinal sobre aspectos concretos de la misma y nos ha permitido conocer el desarrollo práctico de las nuevas estructuras creadas por la Ley e invitaba a la doctrina a un estudio sistemático de la institución de la Sociedad Anónima, que, por otra parte, en estos últimos años se ha extendido extraordinariamente.

(1) BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro: "Sociedades Anónimas (Las Acciones)"; tres volúmenes, 2394 páginas; Madrid, 1971.

El libro de Bérgamo, en mi opinión, viene a llenar este bache existente en nuestra doctrina, permitiendo afirmar que es el primer tratado sistemático sobre la Sociedad Anónima, hecho con ambiciones al mismo tiempo doctrinales y prácticas, desde que la Ley se publicó. Alejandro Bérgamo reúne unas condiciones excepcionales para ser el autor de esta obra que necesitaba nuestro Derecho. Por una parte, nadie puede negarle su profunda formación teórica y, por otra, es indudable que ocupa un puesto crucial en el conocimiento del Derecho práctico. Veinticinco años en el centro de este difícil mar que constituyen las sociedades, ha puesto a su disposición unos conocimientos sobre la materia que puede decirse, en frase gráfica, que carece de secretos para él. De aquí que es indudablemente la persona más caracterizada para acometer tan ambicioso proyecto.

Sorprende, no obstante, en primer lugar, en la obra de Bérgamo, el enfoque que ha dado a la materia. En efecto, bajo el título «Sociedades Anónimas», excesivamente genérico y escueto, se añade un subtítulo que nos demuestra los objetivos del autor: las acciones. De esta forma el estudio de Bérgamo, aunque es un estudio de la Sociedad Anónima, lo es bajo un prisma particular: el de la acción.

Es significativa la elección hecha por Bérgamo al titular su libro; tomando como eje de estudio de la Sociedad Anónima la acción, viene a demostrar que su objetivo no es tanto el hacer un estudio doctrinal y teórico de la Sociedad Anónima, como estudiar ésta desde el punto de vista que se le presenta al particular, es decir, desde el punto de vista del conjunto de derechos, obligaciones y relaciones jurídicas en general que se producen en torno a la Sociedad. De aquí que la utilización de la acción como eje de estudio de la Sociedad, a cambio de la desventaja de fraccionar en algunos momentos el estudio de puntos concretos de la teoría social, e incluso dejar fuera de ella algunos aspectos importantes de la misma, como es el estudio de las obligaciones, permite sin embargo dar un carácter eminentemente práctico a la obra y, sin desdeñar su orientación doctrinal, dejar de lado ciertos problemas que, por su carácter estrictamente teórico no encajaban exactamente en los propósitos del autor.

Este enfoque pone de manifiesto uno de los más importantes aspectos de la obra que comentamos y es el de que, sin olvidar en ningún momento las más difíciles discusiones teóricas suscitadas por la Sociedad Anónima, su estudio no se hace sino entroncado —y podríamos decir subordinado— a la utilidad práctica o a la problemática concreta que, con esas teorías se tratan de resolver. Es decir, que en el libro de Bérgamo la exposición teórica no es una mera lucubración doctrinal, no es una pura jurisprudencia de conceptos, sino que es un útil puesto al servicio de la solución de problemas concretos.

El estudio de la teoría se hace en tanto en cuanto a éste es imprescindible para proporcionar al práctico la solución de la problemática que la sociedad plantea y desde este punto de vista aparece perfectamente encajado el estudio teórico dentro de la resolución armónica de la rica problemática planteada por la Sociedad.

Pero es que, además, la importancia de la obra de Bérgamo, resulta

de la riqueza de materiales empleados en su ejecución. Estos materiales proceden, a mi juicio, de cuatro vertientes distintas:

En primer lugar, sorprende en Bérgamo la extraordinaria riqueza bibliográfica que emplea. Basta, en efecto, ver el índice final de obras consultadas o acudir a la nota bibliográfica existente al comienzo, o a la rica nota a pie de página sobre cada uno de los problemas tratados en el libro, para comprender que la obra de Bérgamo pone a disposición de los interesados prácticamente la totalidad de obras en materia de sociedades anónimas, en lengua española, francesa, italiana y alemana, lo que proporciona al estudioso un rico bagaje que facilita su investigación.

Y todo esto sin llenar la obra de citas farragosas o de interminables nombres de autores.

Junto a la bibliografía doctrinal, ampliamente utilizada, sorprende en el libro de Bérgamo la exposición exhaustiva de la jurisprudencia sobre la materia.

Puede decirse que en el libro de Bérgamo están recogidas todas las sentencias y resoluciones de la Dirección General sobre el tema de Sociedad Anónima, lo que facilita extraordinariamente el estudio de la cuestión y da una gran seguridad a la misma. Casi nos atreveríamos a decir que el respeto de Bérgamo por la jurisprudencia, llega a ser en algunos puntos excesivo, hasta el punto de que, frente a la resolución jurisprudencial, somete el autor su propia opinión particular incluso.

Un tercer grupo de materiales empleados por Bérgamo, que hacen —a mi juicio— la obra extraordinariamente interesante, es la abundante utilización del Derecho Comparado. Los juristas españoles hemos tenido con frecuencia recelo o desconfianza frente al Derecho Comparado. Sin embargo, las circunstancias en que nos encontramos actualmente, hacen muy importante el conocimiento de las soluciones extranjeras dadas en la materia y esto, a mi juicio, por dos razones:

La primera, porque cada vez son más las sociedades extranjeras que pasan por nuestros despachos. En este sentido, tener en una fuente segura y de primera mano, el conocimiento de las soluciones dadas en el extranjero a los diversos problemas en materia de sociedades, paralelamente colocados a la solución dada por nuestra propia legislación, convierte a la información de Derecho Comparado contenida en el libro, en un instrumento utilísimo para el ejercicio profesional.

Pero es que, en segundo lugar, vivimos en un mundo abocado a rápidísimos cambios y unificaciones en materia de Derecho. No podemos olvidar que, en la actualidad, existe dentro del Derecho del Mercado Común, un movimiento unificador, bien sea mediante la creación de una Sociedad supra-europea, bien sea mediante el acercamiento en ocasiones vertiginoso de los diversos derechos de las naciones integradas en la Comunidad, que tienden hacia la constitución de una Sociedad de carácter europeo, que refunda y simplifique las diferencias existentes entre las diversas naciones. Si esto es cierto y si lo es también que nosotros estamos a las puertas de la Comunidad, el conocimiento de la legislación extranjera se hace importante para poder seguir de cerca los movimientos extranjeros y para poder

adaptar nuestros futuros movimientos legislativos a las ondas que nos llevan de la Comunidad. He aquí la trascendencia que tiene el esfuerzo realizado por Bérgamo, para poner debidamente sistematizadas y a nuestra altura las diversas legislaciones de los países europeos, en materia de Sociedades Anónimas.

Por último, no es desdeñable, en la obra cuya recensión estamos haciendo, la constante presencia de la profunda experiencia del autor. Es una obra realizada desde y para la práctica jurídica y, como consecuencia de ello, no rehuye la prestación ni la opinión personal en los numerosos problemas que la Ley de Sociedades Anónimas ha planteado en los veinte años que lleva de vigencia. En este sentido podemos decir que la obra de Bérgamo es una presentación viva y palpitante de esta realidad que en nuestro Derecho significa la Sociedad Anónima.

La obra, sin embargo, tiene sus límites. Siendo un estudio limitado estrictamente al derecho privado, su autor deja sistemáticamente a un lado el estudio del Derecho Fiscal, lo que nos hace desear que publique pronto una segunda obra en que se comprendan sus conocimientos y opiniones en tan interesante materia.

Ya se comprende que, en una obra de la envergadura de la que nos ocupa, es imposible bajar a un estudio concreto de las partes tratadas en la misma, ni siquiera una exposición particularizada de las innumerables opiniones personales vertidas en ella por el autor. De aquí que nos debamos atener, para no hacer interminable esta recensión, a una exposición del plan general de la obra, resaltando algunos de los aspectos que en la misma se contienen.

Como ya indicamos antes y se deduce del propio título de la obra, en ésta las Sociedades Anónimas están juzgadas desde la posición del accionista. Parece que el autor se ha encarnado en aquella persona que adquiere una acción, para ver cuál es el haz de derechos y obligaciones que le corresponden y, a través de este haz, incluso, cuál es la vida de la sociedad misma, desde el punto de vista de la persona que a esta pertenece. En este sentido la obra se separa en cinco grandes partes: una primera parte que estudia los aspectos que podríamos llamar teóricos de la acción; una segunda parte estudia el —digamos— nacimiento de la acción, es decir, la suscripción de acciones y la aportación del accionista; la tercera parte contempla la acción en circulación, o lo que podríamos llamar «dinámica de la acción»; la cuarta parte estudia la acción como generadora de derechos y, la última, en la que se estudian las acciones como objeto de otros derechos.

La primera de las partes de la obra, que ocupa ciento sesenta y siete páginas, estudia la acción bajo un triple aspecto; en primer lugar estudia la acción como parte alícuota del capital social. En este aspecto, Bérgamo expone cuál es la función del capital social, destacando con caracteres netos la distinción entre la responsabilidad limitada de los socios, que se cifra exclusivamente en su obligación de aportar los bienes, que se han comprometido, a la sociedad.

Estudia más tarde la distinción entre patrimonio y capital social, para

destacar los cinco principios de defensa del capital social y sus respectivos corolarios, que son el centro capital de la sociedad anónima.

Dentro de esta sección, dedica Bérgamo un interesante estudio a las distintas teorías que, por la doctrina, se han elaborado en torno a los conceptos de acción y porción de interés en la Sociedad. Estudia igualmente la figura inglesa de la garantía flotante o «floating charge», modalidad específica de la que no existen precedentes en España y, por último, el interesante sistema de los Estados Unidos respecto a las acciones sin valor nominal, instituciones que, si bien es cierto no tienen reflejo en nuestro derecho, no dejan de ejercer influencia sobre otras instituciones españolas.

En la segunda parte, estudia la acción como título. Dedica amplias páginas al estudio de las características de la acción en cuanto al título de crédito, sus modalidades, sus peculiaridades específicas, así como a recoger diversas cuestiones prácticas, como es la de la posible eficacia de los pactos reservados en la constitución de la Sociedad, la existencia y funcionamiento de la Sociedad, antes de la inscripción de la misma y las particularidades que presenta la existencia de resguardos de títulos, extractos de inscripción y títulos múltiples.

El capítulo tercero lo dedica Bérgamo a la acción como derecho. Estudia en él la naturaleza jurídica del derecho de socio, así como los caracteres esenciales del complejo de derechos que implica la misma y sus distintas particularidades, terminando el capítulo con un estudio sobre la indivisibilidad de la acción y las normas relativas al ejercicio de los derechos incorporados a ella. Con esto concluye la primera parte del libro.

La segunda parte, dedicada a la suscripción de acciones y aportación del accionista, ocupa nada menos que doscientas ochenta páginas, concordes con la importancia y transcendencia de la pluralidad de problemas que en ellas se plantean. Divide esta parte Bérgamo en cinco capítulos distintos.

El primero de los capítulos lo dedica a la suscripción de acciones. Estudia la naturaleza jurídica del negocio de suscripción, así como la capacidad precisa para ello, las particularidades que plantea la suscripción simulada y la problemática de las acciones en cartera, alabando la medida de la Ley de hacer desaparecer las mismas, si bien poniendo de manifiesto que, con arreglo a la práctica, no han desaparecido por completo ya que, en definitiva, aparecen en los aumentos de capital.

El capítulo, dedicado íntegro al tipo de emisión, le permite hacer un estudio muy completo de la prima de emisión, sus particularidades, naturaleza, órganos competentes para exigirla, responsabilidad y destino de la misma.

El capítulo tercero, dedicado al desembolso dinerario de la acción, junto con la doctrina general de esta materia, permite a Bérgamo, una vez más, poner de manifiesto numerosos problemas planteados por la práctica. Así ocurre, por ejemplo, con el estudio que hace del pago anticipado; el relativo a la responsabilidad solidaria en caso de cesión, de cesionario y cedente respecto de los dividendos pasivos; la ejecución en base del derecho de suscripción de los bienes del accionista; las particularidades que

plantea la enajenación de las acciones por cuenta y riesgo del socio meroso o el abono de dividendos pasivos en el supuesto de liquidación social.

Capítulo especialmente interesante es el capítulo cuarto, dedicado íntegramente a la aportación *in natura* del suscriptor. Tras estudiar la naturaleza de esta aportación, plantea una vez más Bérgamo una serie de problemas derivados de la práctica jurídica. Así ocurre con los problemas relativos a la entrega del bien aportado y la obligación de saneamiento y el riesgo de la aportación; el estudio de la aportación de cosa ajena; la problemática de la aportación de empresa, inclinándose por la tesis unitaria de la misma y descendiendo incluso al problema de la capacidad, para la aportación, siendo partidario de la necesidad del consentimiento de la esposa en el caso de aportación de empresa, así como el estudio que hace de la posible aportación de asistencia técnica y de las aportaciones de goce.

El capítulo quinto trata, por último, de las relaciones entre la aportación y la limitación de la responsabilidad; destacando en él el estudio de las posibles aportaciones suplementarias del accionista, incluyendo en ellas los nuevos compromisos, las obligaciones sociales accesorias, las primas de emisión y los desembolsos suplementarios a fondo perdido, en las situaciones críticas de la Sociedad.

La tercera parte, que ocupa doscientas páginas y con la que concluye el tomo primero de la obra, está dedicada a lo que podríamos llamar la «dinámica de la acción» y se titula «Las acciones y su modo de circular». Comprende cuatro capítulos distintos.

En el primero de sus capítulos afronta la distinción entre acciones nominativas y al portador, las particularidades y requisitos de cada una de ellas y el distinto tratamiento jurídico que la Ley les da, así como su distinta forma de transmitirse. Resulta muy interesante, desde el punto de vista práctico, alguno de los aspectos tratados por Bérgamo, como ocurre por ejemplo con la posibilidad que acepta de que los estatutos regulen la posible conversión de las acciones en nominativas o al portador, a petición del propio socio, cambiando así su ley circulativa, o a las páginas que dedica al estudio del valor que tiene la inscripción en el libro de acciones nominativas, o la transcendencia de la posesión mediata de las acciones, así como la crítica que hace a las exigencias formales para la transmisión de los títulos.

El segundo capítulo contiene todo lo relativo a los límites a la transmisión de las acciones. En él se estudian las diversas cláusulas restrictivas más importantes, con un acertado juicio de valoración de las mismas. Se contiene lo referente a las limitaciones puestas por la Ley, a la adquisición por extranjeros de acciones en la Sociedad española. Destaca, en especial, la justificación que hace de la posibilidad de imponer limitaciones en las acciones al portador; el completo estudio del sindicato de bloqueo; las cláusulas de consentimiento en el supuesto de sucesiones «mortis causa»; las particularidades de la transmisión de acciones de la propia inscripción de la Sociedad en el Registro, etc.

El capítulo tercero estudia ampliamente la posibilidad y limitaciones de:

la adquisición por la sociedad, de sus propias acciones, separando sus diversos supuestos y las consecuencias que traen consigo. Y dedica, por último, el capítulo cuarto, con el que se cierra el primer tomo de la obra, a la amortización de las acciones con todas sus particularidades. Resulta muy interesante el estudio de la oportunidad de dicha amortización así como de las acciones de goce, con las que se pueden sustituir las acciones amortizadas.

La cuarta parte, que ocupa íntegro el tomo segundo y parte del tercero, estudia la acción como generadora de derechos separando los nueve derechos fundamentales que la Ley concede al accionista, como son el derecho de dividendo, el de voto, el de suscripción preferente, el de impugnación de acuerdos sociales, el de información, el de intervenir en la gestión social, el de separación, la posibilidad de derechos privilegiados y el derecho a la cuota liquidativa. Ya se comprende que, desde el prisma de los derechos del accionista, en realidad hace un estudio Bérgamo de la totalidad de problemas de la sociedad anónima, como tendremos ocasión de ver al reseñar pormenorizadamente cada uno de estos casos.

Comienza Bérgamo su estudio del derecho de dividendo, con una amplísima sección destinada al beneficio y su distribución que es, en mi opinión, una de las partes más felices de la obra, donde, junto a criterios estrictamente jurídicos, se despliega el amplio conocimiento económico del autor. Hace un estudio pormenorizado de las obligaciones de la Sociedad en torno al Balance, así como de las normas dictadas para la regularización del mismo, de todo lo relativo a las reservas, a las amortizaciones y a la distribución del beneficio y forma y requisitos de su determinación, para luego estudiar el tema de los dividendos activos y las ventajas particulares.

Por su novedad, destacamos por ejemplo, el estudio que hace en el artículo 18 de la posible existencia de sociedades sin ánimo de lucro, la posibilidad de dividendos prometidos por terceros y sus particularidades y la tesis de Bérgamo respecto a los intereses intercalarios, apelando para apoyar su tesis, a la práctica que resulta del examen de los propios protocolos notariales.

Muy sugestivo es el capítulo segundo, que dedica íntegro al derecho de voto. Destacamos en él, en efecto, como problemas interesantes tratados, el de la naturaleza del voto, en su página 350; la problemática de los vicios de voluntad en el ejercicio de este derecho —página 353—; los problemas de la justificación de la cualidad de socio para asistir a las Juntas —página 382 y siguientes—; si cabe la posibilidad de convocar la Junta sin anuncios, —página 386—; las Juntas con un sólo accionista —página 399—; el quorum de asistencia y su momento, así como la posible incidencia sobre la validez de la Junta, de la retirada de un socio después de formada la lista de asistencia —página 403—; posibilidad de emitir diversos votos por un solo titular —página 414—; la asignación del voto dirimente al Presidente —página 455—; todo lo relativo a la cesión del voto y sindicatos de accionistas —página 460—; la problemática planteada por la interdicción del voto —página 478—; las consecuencias del voto antisocial —página 487—; la posible responsabilidad del socio por el voto emitido —página 489—; te-

mas estos que sirven de botón de muestra de la importancia de la materia tratada en este capítulo.

El capítulo siguiente aborda la problemática planteada por el derecho individual de suscripción preferente. Quizá la tesis más importante sea la ponderada consideración de la posibilidad, hasta hoy qué sepamos no admitida en la doctrina, de la derogación del principio, en escritura fundacional, fundándolo en que se trata de una abdicación universal por los fundadores. Aparte de este problema de indudable transcendencia práctica, aborda otras cuestiones no menos importantes, como son: el problema del destino de los residuos no suscritos, la transmisibilidad del derecho de suscripción, así como las excepciones admitidas a este derecho de suscripción preferente, entre las cuales es especialmente sugestiva su tesis que, al hablar de las aportaciones *in natura* tradicionalmente admitidas por la doctrina como exceptuadas del derecho de suscripción, matiza sin embargo la distinción entre aportaciones *in natura* de bienes específicos, respecto de los que mantiene la excepción, y de bienes genéricos, que podrían adquirirse en el comercio jurídico, respecto de los cuales cree debe mantenerse la existencia del derecho de suscripción preferente, ya que nada impide, con el dinero proporcionado por los socios, la adquisición en el comercio de los citados bienes. De aquí que mantenga la tesis de que, en esta materia de aportaciones *in natura*, es conveniente una exégesis restrictiva de la excepción. También son interesantes las ponderadas observaciones que hace sobre la conversión de obligaciones en acciones y el estudio de la posibilidad de admitir como privilegio de ciertas acciones, el consistente en la atribución a las mismas de un derecho especial de suscripción preferente, problema respecto del cual Bérgamo adopta más bien una posición negativa.

En el capítulo cuarto, Bérgamo aborda el problema del derecho de impugnación de los accionistas. Parte del estudio del fundamento de este poder de impugnación, con una exposición de las doctrinas existentes en torno al sustrato mismo de la sociedad, que por algunos se pone en un interés social independiente del interés de los socios, por otros en el interés común de los socios, que hace surgir la empresa y, para algunos otros, en el interés individual, aunque sumable, de los componentes de la sociedad. Sentados los principios esenciales de donde deriva el derecho, Bérgamo hace una completa exégesis de los artículos de la Ley donde se establece, partiendo de una extensa diferenciación entre los acuerdos nulos y los acuerdos impugnables, viendo cuáles son causas de nulidad y de impugnación y estudiando los aspectos procesales del problema, para terminar dedicando una atención especial al ejercicio de este derecho, en el supuesto de titularidades especiales, como son la copropiedad, el comodato de acciones, la prenda, el usufructo, el co-usufructo, etc. Estudia por último la legitimación de los administradores, las posibles legitimaciones de terceros y los lazos para el ejercicio de la acción, la problemática que plantea la transmisión de acciones, el tema del derecho de impugnación y el proceso de impugnación.

En el capítulo quinto estudia el derecho de información del accionista,

tanto en la etapa de la constitución de la sociedad, como en la vida de la misma, centrándose principalmente en el estudio de los límites del derecho de información y dedicando un apartado especial al llamado secreto bancario.

En el capítulo sexto y bajo el título general de «Derecho de intervenir en la gestión social», hace un amplio estudio de los numerosos problemas planteados por la administración de la Sociedad. Arranca de una contemplación de las teorías que se disputaban la primacía en la fecha de la publicación de la Ley, en torno a la naturaleza de la administración de la sociedad, exponiendo con amplitud la teoría clásica del mandato y la más moderna, aunque hoy ya en realidad esté superada, del órgano, admitiendo que la Ley española se apunta a la tesis que en la época de su publicación era considerada como más moderna, llamada «Teoría del órgano». No obstante, la mayor importancia de este capítulo, reside una vez más en la pluralidad de cuestiones concretas planteadas. En este sentido, por ejemplo, destacan las ponderadas consideraciones en torno al actual problema de la posibilidad de que una sociedad sea administradora de otra sociedad distinta; toma postura —por cierto, a nuestro juicio extraordinariamente tradicional—, en torno al problema de la temporalidad o no del nombramiento de administradores fuera del control social, defendiendo la tesis de que también en este supuesto se aplica la limitación de cinco años, que para el primer caso resulta clara, del artículo 72 de la Ley; critica duramente, como ya es habitual en nuestros autores, lo establecido en el artículo 71 de la Ley, cuya aplicación práctica resulta extraordinariamente difícil y, en ocasiones, incompatible con el derecho de separación de los administradores, reconocido por la propia Ley en el artículo 75.

Estudia ampliamente, lo que resulta muy importante en esta etapa pre-modificadora de nuestra legislación, el sistema francés y alemán, que parece irse imponiendo —por cierto— en los países del Mercado Común, en orden a la administración de sociedades, con un rígido aumento de las facultades del Consejo de Administración e independización de la actuación del mismo, respecto de las Juntas Generales, mediante la interposición de órganos de vigilancia y reduciendo a un mínimo las facultades de intervención de la propia Junta General.

Interesante es la exposición que hace en el capítulo séptimo, del derecho de separación del accionista, y, al amparo del mismo, de todo cuanto hay que decir sobre transformación y fusión de sociedades, así como la amplia problemática planteada por el objeto social y su modificación.

Tras un capítulo octavo donde estudia los distintos derechos privilegiados que se pueden conceder al accionista y el funcionamiento de la asamblea especial de accionistas afectados, dedica el capítulo noveno al derecho a la cuota liquidativa, donde, junto a toda la problemática de la disolución y liquidación de la sociedad, reúne otros problemas tan interesantes como el de la sociedad anónima en una sola mano o el de la llamada sociedad reducida a su cuadro.

La parte quinta y última de la obra, destinada a la acción como objeto de derechos, tiene dos capítulos, el primero que estudia el usufructo de

acciones y el segundo la prenda de las mismas. Al estudiar el usufructo de acciones, Bérgamo va planteando los diversos problemas que la existencia del usufructo suscita, en torno al ejercicio de los derechos concedidos al accionista. Así, estudia ampliamente el derecho al dividendo, destacando lo relativo a la problemática que surge cuando el usufructo no coincide con el ejercicio social. Estudia el abono de los dividendos pasivos y el interesante problema del derecho a poseer el título-acción, así como la posibilidad de emitir un certificado de usufructo. Justifica la atribución de derecho de voto al nudo propietario, así como las limitaciones que el voto del usufructuario debe tener en cuenta en la práctica, en aquellos casos en que, con carácter excepcional, los estatutos le hayan concedido este derecho, señalando cómo en el ejercicio del mismo, deberá el usufructuario conservar la forma y sustancia del bien usufructuado, debiendo por tanto su voto producirse siempre en un sentido honorable, mezclando la diligencia con la prudencia.

Estudia después ampliamente los derechos sobre las nuevas acciones y, en especial, la posibilidad de que se concedan acciones a título de dividendo, así como la difícil problemática del aumento de capital por transformación de reservas disponibles.

Por último, estudia los diversos supuestos de reducción de capital en relación con el usufructo de las acciones y las situaciones derivadas de la existencia de un usufructo en casos de liquidación de la sociedad, así como las normas aplicables a la comunidad del usufructo.

Al hablar de la pignoración de acciones, Bérgamo estudia el problema de la naturaleza jurídica de las mismas, la distinta posición de las acciones nominativas o al portador, en materia de pignoración, así como los diversos derechos que surgen de la existencia de la prenda y de la ejecución de la misma, para concluir con la exposición de las normas que prohíben a la Sociedad tomar en prenda sus propias acciones.

De todo lo expresado se deduce la feliz conjunción en la obra de Bérgamo, como al principio indicábamos, de los más rigurosos conceptos doctrinales, unidos al planteamiento de una masa ingente de problemas prácticos, planteados por la Sociedad anónima.

Sólo nos resta, antes de concluir, el resaltar lo cuidado de la edición de la obra, la inexistencia práctica de erratas, tan difícil en una obra tan compleja y larga.

Por tanto, llegue nuestra felicitación y agradecimiento a Alejandro Bérgamo, por la publicación de la obra de la que hemos hecho recensión.

JOSÉ MARÍA DE PRADA

Notario de Madrid.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BONET CORREA, José: «*La constitución de las servidumbres por signo aparente*». C. S. I. C. Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales. Madrid, 1970; 142 págs.

En este libro nos ofrece el Profesor Bonet Córrea una nueva elaboración de la materia que tiempo antes fue objeto de su brillante tesis doctoral y que ahora aparece revaluada por el cúmulo de experiencia y conocimientos que, en el tiempo transcurrido, ha logrado el autor, eminente especialista en el tema de servidumbres.

Siguiendo un método histórico crítico analiza el autor los orígenes de la constitución de servidumbres por destinación del padre de familia. Después de examinar detenidamente diversos fragmentos del Digesto en los que se ha pretendido apoyar el origen de este modo constitutivo, llega a la conclusión de que el mismo no era admitido por el Derecho romano clásico ni justiniano, en donde ni se conoce la expresión «destinación del padre de familia», ni se admite la equiparación de los signos aparentes a un «título» voluntario, tácito o legal. Tal modo de constitución es una creación de los glosadores y postglosadores, y lo podemos ver ya en Bartolo. Bonet Correa examina la doctrina de diversos comentaristas del Derecho común, y las costumbres francesas, en donde también se halla recogido este peculiar modo constitutivo de las servidumbres. En nuestras Partidas, que operan la recepción del Derecho romano de la manera más pura, sin contaminación de la glosa, no aparece este modo de constitución, lo que refuerza la tesis del autor en cuanto a su origen. La Glosa de Gregorio López al texto alfon-sino, admite ya este medio originador de servidumbres que habría de recoger después el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de septiembre de 1867 y otras que cita el autor.

El Derecho comparado es también examinado con todo detalle por Bonet Correa, mereciendo especial atención los artículos 692, 693 y 694 del Código civil francés, precedente más inmediato del 541 de nuestro Primer Cuerpo legal, con un profundo estudio de la jurisprudencia y doctrina francesa a que dieron lugar los citados preceptos, y los artículos 626, 632 y 633 del Código civil italiano de 1865 y del 1.062 del Código mussoliniano de 1942, así como de la doctrina y jurisprudencia italiana sobre esta materia. Los derechos portugués, alemán y suizo merecen también la preocupación del autor en este magnífico trabajo.

Pero es en el estudio del Derecho civil español donde el libro cobra un mayor valor para los juristas que nos interesamos por estos problemas que, con tanta frecuencia, se plantean y pueden plantearse en la realidad. Es muy difícil sintetizar en las breves líneas de este comentario el pensamiento de

Bonet Correa en todos los puntos que con tanto detalle estudia. Pero creamos obligado ofrecer aquí al menos las líneas esenciales del mismo:

1. Requisitos normativos del artículo 541. A) Enajenación de una de las fincas. Es uno de los presupuestos fundamentales dentro del proceso de creación de la servidumbre por este modo constitutivo. La expresión «dos fincas» y «enajenación» permite una interpretación «en extenso». En cuanto a las fincas, lo mismo puede tratarse de dos o más fundos separados que del fraccionamiento de un mismo predio. En cuanto a la expresión «enajenar» debe entenderse que comprende:

a) Actos y negocios jurídicos *inter vivos*, tales como venta, permuta, donación y, en general, todas las modalidades de cesión o traspaso de bienes y derechos (división de comunidad, expropiación, prescripción adquisitiva).

b) Actos jurídicos *mortis causa*. La partición o adjudicación hereditaria es apta para el caso de la destinación, incluso en el supuesto de muerte intestada, ya que aun en este último caso, entiende Bonet Correa que los signos aparentes son una prueba evidente de la voluntad del propietario en ese sentido.

B) La existencia de un signo aparente entre las fincas de acuerdo con la servidumbre pretendida.—El signo aparente no es más que un resultado, el reflejo de un acto fundamental: la destinación realizada por el mismo propietario. La destinación engendra una relación de servicio entre las fincas de la misma pertenencia y su concreción se plasma en los signos aparentes que la revelan. Estos signos deben referirse a la categoría de servidumbres aparentes, lo mismo si son continuas que discontinuas, pero además entiende Bonet que en cierta clase de servidumbres negativas y no aparentes, existe cierta posibilidad de su adquisición por destinación, tal como ocurriría para la *altius non tollendi o aedificandi*.

C) El establecimiento de un signo aparente por el propietario de ambas fincas.—El «establecimiento» se refiere no sólo a la «creación» del signo, sino a su conservación. Puede establecerlo también el nudo propietario, no así el copropietario a menos que resulte ser propietario de todo el fundo común, o si al realizarse la división le tocase la parte gravada con los servicios por él establecidos, o si en lugar de imponer se trata de adquirir una servidumbre en favor del fundo común. En el supuesto de enfitusis y superficie, se requiere el consentimiento expreso o tácito de ambos dueños. El propietario fiduciario puede originar servidumbres por este medio, sobre todo, para el que adquiere de buena fe. El dueño sometido a condición resolutoria debe también incluirse en el artículo 541, si al momento de la devolución o separación de su propiedad nada se ha dicho en la escritura o títulos o no se hacen desaparecer los signos por su destrucción. Igualmente el donatario y el heredero sujeto a colación pueden constituir servidumbre por este medio.

La constitución de hipoteca después de establecer el signo, no obsta al nacimiento de la servidumbre. Si el signo se establece después de la hipoteca puede también nacer la servidumbre, salvo los derechos del acreedor conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria.

Los apoderados del dueño pueden originar servidumbre por este medio si su poder comprende los actos o servicios que den por resultado signos

aparentes. No podrán los padres ni los representantes del ausente, salvo en cuanto a estos últimos si hubieren entrado en la posesión definitiva de los bienes del ausente.

Tampoco podrán establecer los signos con eficacia originadora de servidumbre los simples poseedores como el usufructuario, el arrendatario o el mero detentador.

D) Falta de declaración contraria a la existencia del signo en el título de enajenación y su no desaparición antes del otorgamiento de la escritura.

La manifestación de la no existencia de la servidumbre ha de hacerse en el título de enajenación de cualquiera de las fincas, sea la que haya de convertirse en dominante o sirviente, pero en la que se enajene primamente. La declaración ha de ser explícita. No sirven a tal efecto las manifestaciones escritas que resulten meras cláusulas de estilo, por el tono genérico y vago con que están redactadas, tales como las frases «libre de todo gravamen», «libre de todas cargas y servidumbres».

En cuanto a la desaparición del signo antes del otorgamiento de la escritura, comprende todo acto por virtud del cual se opere la destrucción del mismo, dejando de ser visible.

E) La naturaleza jurídica de la «destinación del padre de familia»: terminología de la institución.—Ambos aspectos se hallan intensamente enlazados por cuanto la denominación que los autores dan a este especial modo constitutivo responde, las más de las veces, a la distinta concepción que del mismo tienen. Así, los más conocidos son los de «destino del padre de familia», «establecimiento por signo aparente», «constitución tácita de las servidumbres», «adquisición por presunción legal o signo aparente», «constitución automática de la servidumbre» y «servidumbre de propietario», siendo la más común la de «destinación del padre de familia».

El profesor Bonet hace en su estudio un profundo juicio crítico de las diversas teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la «destinación del padre de familia», empezando por la de la constitución tácita de las servidumbres, a la que sigue la doctrina de la herencia real, la del signo aparente, la doctrina de la destinación como acto unilateral, la de la servidumbre de propietario, y la de la constitución legal o automática de la servidumbre.

Para Bonet se trata de un acto de carácter complejo. El acto de destinación inicial del propietario es unilateral cuando crea un estado de hecho, una relación de servicio entre sus fincas. Pero este acto en sí no es nada si no permanece con signos ostensibles equivalentes al contenido de una servidumbre. Y su trascendencia comienza cuando resulta un acto de enajenación o separación del dominio de una de ellas, cuyo negocio jurídico no va dirigido expresamente a la constitución de una servidumbre. Desde entonces operan dos elementos: la apariencia de una situación de hecho, o de servicio, y el silencio de las partes al momento de la enajenación o adquisición del derecho de dominio.

Que estamos, dice Bonet, ante una modalidad constitutiva de la servidumbre de carácter voluntario no sólo lo confirma la propia ley, queriéndolo así mediante la equiparación que establece del signo a un título (de otro modo, la ley no hubiera necesitado, en base a su propia fuerza, realizar tal

equiparación), sino por la misma naturaleza dispositiva de la presunción *iuris tantum*, al poder aportar la prueba en contrario, mediante la voluntad directa de las partes respecto al establecimiento o negación de la servidumbre.

La apariencia de los servicios, sigue diciendo el Profesor Bonet Correa, es bastante de por sí para justificar su existencia, si bien en el caso del artículo 541 viene reforzada, además, por la propia presunción *iuris tantum* que los equipara o considera, como un título (repetimos voluntario), que supone o equivale al acuerdo de las partes, a no ser que en el título de enajenación, o antes de otorgar la escritura se exprese lo contrario; por lo cual, cualquiera de ambos títulos, el de adquisición y el de enajenación de las fincas, o parte de una finca, también resultan la prueba fehaciente de su constitución o extinción.

Consecuente a su postura y siguiendo a Espín, entiende el autor que en cuanto a los derechos y obligaciones del titular de la servidumbre, y el dueño del predio sirviente rigen las mismas normas que para las servidumbres voluntarias. Igualmente ve confirmada su tesis voluntarista por lo que respecta a los modos de extinción aplicables a las servidumbres constituidas según el artículo 541.

Los argumentos de Bonet Correa sobre la naturaleza jurídica de este especial modo constitutivo, son en verdad de gran solidez, y hasta pueden hacer dudar a quienes, como en mi caso, hemos mantenido y seguimos manteniendo un criterio contrario.

Con todo, nos parece que pese a la bien montada construcción de su teoría y a su bondad indiscutible, se le podría objetar:

Que si, como reconoce el autor, el acto unilateral del propietario creando una relación de servicio entre dos fincas en sí, no es nada si no permanece con signos ostensibles, y su trascendencia comienza cuando resulta un acto de enajenación cuyo negocio jurídico no va expresamente dirigido a la constitución de la servidumbre, parece que en principio sólo podemos afirmar, en cuanto a la constitución de servidumbre por este medio, que sólo es voluntario el acto creador de la relación de servicios «que en sí no es nada». Y si bien el negocio jurídico de enajenación, obvio es decirlo, surge de la voluntad de las partes, aclaremos que no tiene por objeto crear la servidumbre. Si ésta surge es precisamente por el efecto que a tal enajenación, junto con la apariencia del signo, le atribuye el artículo 541.

Cierto que las partes pueden evitar su nacimiento destruyendo los signos o manifestando voluntad contraria, pero ésto no quiere decir que cuando surge esta servidumbre es por obra de su voluntad. Como dice Barassi: «I Diritti reali limitati...» (Milán, 1937, pág. 308). «Si los propietarios de los dos fundos que antes tenían un solo dueño están ausentes, ¿es lógico deducir que la servidumbre nacida por destinación se perpetúe también por su consentimiento presunto? Si consideramos el consentimiento como una realidad, no como una ficción, la respuesta es negativa. Y entonces el consentimiento presunto no es más que una ficción jurídica. A lo sumo podría ser una presunción de carácter relativo, pero si prosperase la prueba en contrario, en tal caso, la construcción de la servidumbre, conforme a la doctrina común, claudicaría».

La norma del artículo 541 es de carácter dispositivo, integrativa de la voluntad de las partes, y esto hace que en su fundamentación exista esa voluntariedad. Como dice Ferrara (*Trattato di Diritto Civile italiano*, Vol. I, Parte I, Roma, 1921, pág. 61), «estas normas no son a menudo sino el contenido de cláusulas de uso, que se hacen tradicionales, casi el precipitado de originarias cláusulas contractuales y, en todo caso, tienden a representar la *voluntad media* de las partes, la intención probable y típica en la relación, teniendo en cuenta las circunstancias y las situaciones económicas. Mas no debe creerse que las normas supletorias valgan, en cuanto reposan sobre la *presunta concreta voluntad de los contratantes*, de suerte que se excluya su aplicación, cuando se pruebe que los mismos ignoraban o tenían una idea falsa de las consecuencias ordenadas por la ley. No. El principio dispositivo tiene carácter autónomo, vale, *no porque haya sido querido tácitamente*, sino porque la ley así lo ha ordenado...». Las normas dispositivas, tanto las interpretativas como las supletorias, sigue diciendo Ferrara (*op. y locución cit.*), «tienen un punto en común, y es que su aplicación puede ser excluida por las partes, bien sea hablando o hablando claro. Pero en tanto que por las normas interpretativas, el juez debe entender la declaración dudosa en un cierto sentido, salvo que no resulte contradicho por los actos o circunstancias, por el contrario la regulación supletoria debe ser siempre aplicada por el juez cuando falte una disposición contraria de las partes».

El artículo 541 no se refiere al tema de la prueba; establece unos presupuestos para el nacimiento de una servidumbre, de suerte que si se dan tales presupuestos la servidumbre surge *ipso iure automáticamente*, en el sentido de maquinalmente, indeliberadamente (Diccionario de la Real Academia, voz «automático»), haya o no haya en la realidad propósito íntimo de que nazca y sin que, en este caso, si existen tales presupuestos quepa una prueba en contrario. No se trata de una presunción *iuris tantum*. Si las partes no excluyen la aplicación de las normas expresándose en tal sentido en el título de enajenación de una de las fincas, nacerá la servidumbre si existen los presupuestos del signo aparente de servidumbre y enajenación de una de las fincas.

En otra ocasión (*La servidumbre predial de paso en Derecho civil común español*, Murcia, 1963, págs. 130 y sigs.), quisimos señalar la diferencia de este modo constitutivo con la llamada servidumbre forzosa o coactiva, en la que el precepto legal que la establece atribuye derecho a exigir su constitución, y con la servidumbre voluntaria en la que el derecho real surge del correspondiente negocio. En este supuesto, su nacimiento se establece directamente en la ley sin necesidad de acudir a exigir que entrámate posterior se constituya, y, por hipótesis, no hay negocio jurídico previo de constitución de servidumbre.

La discrepancia con Bonet, que se refleja en la precedente crítica, no pretende ni puede lograr disminuir lo más mínimo el indiscutible mérito de su obra, de gran valor científico y de indispensable lectura para el estudio de este interesante y tan discutido modo constitutivo de las servidumbres por destinación del padre de familia.

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
Notario.

CASTAN TOBEÑAS, José y DE LOS MOZOS, José Luis: «Derecho civil español, común y foral». T. VI. Derecho de sucesiones. Vol. III. Los particulares regímenes sucesorios: La sucesión intestada. La sucesión contractual. La sucesión excepcional. 7.^a edición. Revisada y ampliada por José Luis de los Mozos. Madrid. Reus, 1971; 379 págs.

Antes de entrar en el análisis del contenido de la obra que comentamos, conviene hacer una aclaración. Se trata de que he preferido separarme en alguna medida de la presentación del libro, en la que aparece como autor únicamente el admirado y llorado profesor Castán, reservándose el profesor de Los Mozos sólo el papel de encargado de la revisión y ampliación de la obra, es decir, de su actualización. Sin embargo, creo que es más apropiado entender que la obra es fruto de una colaboración que podríamos calificar de póstuma, entre los profesores Castán Tobeñas y De los Mozos. Que ello es así parece claro, ya que las mismas materias que en las ediciones anteriores del conocido y popular «Castán» se desarrollaban en un total de noventa y tantas páginas, como se dice en el prólogo, son ahora objeto de análisis en un solo volumen de 379 páginas. Este es el volumen que aquí se va a comentar, producto, por tanto, de una elaboración originaria del profesor Castán Tobeñas y de una ampliación y puesta al día del profesor De los Mozos, que dada su entidad, no puede calificarse de mera revisión.

La obra tiene el interés de encarnar una línea de continuidad poco frecuente en nuestro mundo intelectual. Por ello, creo que es muy acertada la observación del profesor De los Mozos cuando dice en el prólogo que continuar la obra del maestro don José Castán Tobeñas constituye en su carrera universitaria uno de sus mejores títulos, «y, desde luego, una de las satisfacciones más profundas, porque la ciencia y la docencia requieren y exigen una cierta continuidad, sin la que es imposible el progreso y la evolución».

El libro, en el que se ha procurado, a pesar de su notable ampliación, la fidelidad al texto íntegro del maestro Castán, así como también al tono expositivo y a la sistemática, está integrado por diez capítulos, del CLXXIII al CLXXXII, según la enumeración general del «Castán». Los referidos diez capítulos están divididos en tres secciones, la primera de ellas se refiere a la sucesión intestada y comprende seis capítulos. El primero de estos capítulos trata del concepto, fundamento, naturaleza y sistemas de sucesión intestada; el segundo de los precedentes históricos; el tercero de la apertura de la sucesión intestada y de la disciplina general, comprendiendo los modos de distribución de la herencia, el derecho de representación y el acrecimiento y la desheredación en el ámbito de esta sucesión; el cuarto capítulo se refiere al orden general de llamamientos, a la sucesión en línea recta y colateral, a la del cónyuge viudo y a los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos no naturales; el quinto capítulo estudia el llamamiento a favor del Estado, y el sexto analiza cuidadosamente la sucesión intestada en las regiones forales. La sección segunda trata de la sucesión contractual y comprende dos capítulos, el primero dedicado a la teoría general y al estudio de la posición del Código civil al respecto; el segundo analiza la problemática de la sucesión contractual en los Derechos forales. La sección tercera, también integrada por dos capítulos, trata la sucesión excepcional. El primero

de los capítulos se refiere a las vinculaciones, mayorazgos, títulos nobiliarios y grandes de España, patronatos y capellanías; el segundo de los capítulos de esta sección, último del libro, trata de los patrimonios familiares y otras figuras del moderno Derecho agrario, así como de algunas otras normas especiales de sucesión.

La enumeración de los temas tratados en una obra poco nos dice si a ello no se añaden algunas referencias a la manera o modo como son tratados y presentados. Por supuesto, que ello, por razones obvias, no se puede hacer aquí más que de una manera general, sin descender al análisis del tratamiento de cada una de las materias singulares objeto del libro. El mismo presenta todas las virtudes de las obras del profesor Castán, ya que —como se ha dicho antes—, se ha procurado ser fiel al maestro; pero no vamos a insistir en ellas por ser sobradamente conocidas. Sin embargo, parece de interés señalar las características específicas de la aportación del profesor De los Mozos, características que se presenten al empezar la lectura del libro, ya que no constituye, como es bien sabido, la primera publicación del citado profesor quien, por el contrario, es autor de gran fecundidad y a él se deben una serie numerosa de monografías y artículos de necesaria lectura para todo civilista. Por ello, la obra aquí comentada se sitúa en una doble línea de continuidad: continuidad creadora o innovadora respecto al pensamiento del profesor Castán; conviene al respecto recordar que una continuidad que no entraña nueva creación no es más que estéril mimetismo, y continuidad dentro de la línea del pensamiento personal del propio profesor De los Mozos. De aquí que el libro tenga el interés de enfocar los problemas desde el nivel más actual de la doctrina moderna, encontrándose en ella los criterios más recientes y avanzados. Al mismo tiempo no se descuida el análisis histórico de las cuestiones, lo cual es lógico en quién, como el profesor De los Mozos, piensa que «la dogmática, desconectada de la historia, cae en un positivismo», por lo que es preciso superar la antinomia entre *historia* y *dogmática* (De los Mozos, *La formación del concepto «ius civil» en el Derecho romano*. «Revista general de Legislación y Jurisprudencia», 1969. T. 227 de la colección, pág. 530).

El profesor De los Mozos ha realizado también con acierto la necesaria adaptación de la obra al Derecho positivo alterado en algunos puntos con reformas legislativas, de gran alcance y amplitud, posteriores a la ediciones anteriores del «Castán». Baste recordar al respecto, como se hace en el prólogo, la importante ley de 24 de abril de 1958, las nuevas Compilaciones forales y la reciente reforma de la adopción de 4 de julio de 1970. También se recogen las últimas orientaciones jurisprudenciales, así como resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha muy reciente.

Por todas las razones apuntadas, a las que habría que añadir las exhaustivas indicaciones bibliográficas, la obra es de gran interés y su consulta y manejo fructíferos. No podía resultar otra cosa de esta colaboración, que volvemos a calificar de póstuma, entre los profesores Castán Tobeñas y De los Mozos.

DE LOS MOZOS, José Luis: «Estudios de Derecho Agrario». Editorial Tec-nos Madrid, 1972; 332 págs.

No abundan entre nosotros ni los especialistas, ni los estudios especializados sobre el Derecho agrario; de aquí el interés de haber recogido en un manejable volumen una serie de trabajos que el profesor De los Mozos ha dedicado a esta materia desde hace algunos años; figuran entre ellos algunos de muy difícil localización, siendo inédito el que abre la serie con carácter introductorio bajo el título «El Derecho Agrario y su problemática».

En la nota preliminar no evita el autor tomar postura ante los temas fundamentales que hoy se plantean en el Derecho agrario. Sobre su pretendida autonomía se expresa inequívocamente: «El Derecho agrario... no ha ganado entre nosotros, ni la amplitud ni la profundidad necesarias como para que debamos hablar de una nueva disciplina jurídica y con el peligro de que al querer extenderla demasiado, o al hablar de ella como de un valor entendido, pierda la función práctica y formativa que cabe exigir a toda actividad especulativa en el plano del Derecho (...). No es posible ni aconsejable, para conseguir la especialización en los temas del Derecho agrario, crear una nueva disciplina con este contenido, ya que las materias que le integran pueden enseñarse desde la perspectiva de una o varias de las disciplinas tradicionales; en el primer caso, se hará desde el Derecho civil; en el segundo, desde el Derecho civil y, también desde el Derecho administrativo, la Historia del Derecho, la Economía, etc. Un planteamiento contrario nos lleva derechos a la trivialización de su enseñanza, a querer descubrir, a medias, cosas que se hayan ya plenamente descubiertas». Tantante es también su oposición a considerar el Derecho agrario como derecho especial: «El Derecho agrario, como disciplina jurídica formativa e informativa, no solamente es de «segundo grado», como sucede a los derechos especiales, sino que no puede enseñarse en desconexión con las disciplinas base (Derecho civil, Derecho administrativo, etc.), precisamente porque no puede decirse que sea Derecho especial».

Los temas aquí tratados, como resultado de la labor investigadora realizada en el transcurso de varios años, y debidos a muy diversas incitaciones, necesariamente habían de ser muy variados. Se estudian cuestiones de concentración parcelaria, del derecho de colonización, de la agricultura de grupo, de la ordenación rural, de los contratos agrarios y del derecho sucesorio agrario. La forma es también múltiple, desde el artículo de revista hasta el dictamen, pasando por el género habitual de la comunicación a Congresos nacionales e internacionales de la especialidad. El conjunto se completa con unas referencias muy útiles a los aspectos didácticos, que permiten al autor exponer su amplia experiencia docente en la materia.

Para quien ha compartido con el autor, bajo la dirección de nuestro común maestro, el Profesor Serrano y Serrano, tareas docentes e investigadoras en el Instituto vallisoletano de Derecho agrario, es una satisfacción muy íntima dar cuenta del sazonado fruto de la labor científica desarrollada por José Luis de los Mozos en esta materia. La familia jusprivativista ha de alegrarse también de que un civilista de tan sólida formación concentre su

atención sobre los temas agrarios. De corazón animamos al autor a que en no lejana fecha nos ofrezca una obra sistemática sobre el Derecho agrario.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

FORSSIUS, Gustav: «La législation suédoise sur le mariage». Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1970; 143 págs.

Se trata, en realidad, de la segunda edición del «Code suédois du mariage» recensionada en estas páginas. (Cfr. A. D. C., 11, 1958, págs. 286 y siguientes.) Se ha añadido la legislación relativa al matrimonio promulgada hasta fines de 1959. Destacan las leyes de 13 de diciembre de 1958, 29 de mayo y 5 de diciembre de 1959, que han aportado importantes modificaciones a la ley matrimonial de 1920. La autorización paterna para celebrar matrimonio ya no se exige a los mayores de veinte años, edad en que se alcanza la mayoría. Se han suprimido los edictos, bastando presentar una certificación del Registro Civil expedida con antelación no superior a cuatro meses, y firmar una declaración manifestando carecer de impedimentos, para que el encargado del Registro Civil proceda a la celebración. Se han suprimido la epilepsia y la enfermedad venérea como impedimentos para el matrimonio, así como el plazo de espera impuesto a la mujer.

A título de anécdota, cabe citar la inclusión, en esta obra, de algunos preceptos del código matrimonial de 1734, cuya vigencia no se aclara con precisión. Parece, a simple vista, que las normas contenidas en el capítulo III sobre esponsales, y que permiten en algún caso obligar a la celebración del matrimonio, son incompatibles con las del capítulo I de la Ley matrimonial de 1920.

La obra de Forssius, en su segunda edición, continúa siendo de utilidad para quien precise la consulta directa de los textos legales suecos sobre Derecho de Familia. Frente a la conocida y acreditada obra de Boschan, presenta la ventaja de ofrecer el texto legal completo y no meros extractos; sin embargo, se observa en aquélla alguna imprecisión y menor atención a las normas secundarias que la prestada en la obra alemana, como puede comprobarse en las densas y minuciosas páginas dedicadas al derecho familiar sueco (Cfr. *Europäische Familienrecht*, 4.^a edic., München, 1971, páginas 370 y sigs.). En cambio, la obra que recensionamos está más actualizada que la de Prader, *Il matrimonio nel mondo* (Pedova, 1970), págs. 502, y sigs.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio: «Tratado de Derecho administrativo». Tomo II, volúmenes 1.^o y 2.^o, 2.^a edición. Madrid, 1971. Editorial Revista de Derecho Privado. Dos volúmenes de XXVII + 646 y XLVI + + 1274 págs., respectivamente.

En los tiempos en que corremos, el civilista no puede menos de estar atento a lo que sucede en el ámbito de la Administración del Estado; el des-

pliegue de sus potestades e intervencionismos ha llegado a todos los ámbitos del Derecho privado, a su elemento básico, la persona, como al conjunto de sus relaciones socio-económicas y negociales. De aquí que se haga necesario tener un concepto preciso del conjunto normativo fundamental del actual Derecho administrativo y, sobre todo, desde la óptica de quienes consideran a la persona como un administrado.

Una contribución valiosa, actualizada y sugestiva, en lo que se refiere al aspecto subjetivo de la Administración, es la que nos ofrece uno de nuestros más finos juristas y preclaro profesor, García Trevijano, quien con sus grandes dotes y acumulada experiencia de oficio universitario y de administración pública, realiza un amplio estudio en torno a la teoría de los sujetos.

En esta segunda edición, que conserva la sistematización estructural del ordenamiento positivo, en base al grado de autonomía (directa e inmediata y directa mediata de un lado, e indirecta de otro) —ya seguida por el resto de la doctrina más autorizada—, responde a una clara visión del cometido y finalidad del Derecho administrativo, que hace posible la sistematización contingente de la actual coyuntura y, en particular, de las nuevas organizaciones introducidas en España a partir de 1967.

Al ocuparse en estos volúmenes de la teoría de los sujetos, el autor se ha propuesto precisar quiénes son los protagonistas de la Administración, con lo cual, se comprenden mejor sus medios de acción y su campo de intervención, pudiendo entenderse los puntos trascendentales de las organizaciones administrativas.

El civilista seguirá con aprovechamiento aquellos conceptos clásicos que se someten a revisión a lo largo de esta obra y, en particular, la materia dedicada en el capítulo XXIV, correspondiente a las organizaciones personificadas, donde se analizan las personas jurídicas en el ordenamiento español, las teorías sobre la personificación, la distinción entre entes públicos y privados, la capacidad, nacimiento y superación de las personas jurídicas, así como la superación de la personalidad jurídica de los entes abstractos.

JOSÉ BONET CORREA

GUASP, Jaime: «Derecho». Madrid, 1971; 570 págs.

Escribir hoy un libro con el sencillo título *Derecho*, abrirlo con una definición de lo que el Derecho es —conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias—, y dedicar a continuación cerca de seiscientas páginas a explayar la definición de la misma, es empresa reservada a la madurez de un gran jurista; sólo éste puede acometer sin petulancia el enfrentamiento global y formal con lo jurídico en cuanto tal, y sólo en aquella el genio ha decantado sus experiencias y sus intuiciones y es capaz de presentarlas con la brillantez y la dureza de un diamante tallado. Decir esto y decir que *Derecho*, Madrid, 1971, es la obra de Jaime Guasp, es decir lo mismo.

Lo que quiere a su vez poner de relieve que la primera nota a destacar

de este libro es la magnitud de su empeño; ante lo aplastante de sus dimensiones el jurista tiene que retroceder hoy —si se salvan los ensayos rudimentarios a que obliga un segundo ejercicio, en parte estafalario, de las oposiciones a Cátedras—, incluso ante la definición o el «concepto» de una disciplina jurídica en particular, y se siente con tanta más razón sin fuerzas para abarcárlas todas y destilar del conjunto la esencia de lo jurídico que se predica de cada una de ellas. Este esfuerzo insólito es el que en *Derecho* se emprende, se desarrolla y se culmina.

Está dividido el libro en cinco *Partes*, una exposición aproximada resumida de las cuales podría ser la siguiente: la *Parte primera, Concepto del Derecho*, contiene la exégesis inicial de la definición, ya dada, con la que se abre, discurriendo sobre las relaciones entre los hombres como materia jurídica y la necesidad social como forma configuradora de esta materia. La *Parte segunda, Naturaleza del Derecho*, se adentra en el estudio de la estructura y funciones de las relaciones jurídicas que, con arreglo a la definición, son las piezas componentes del Derecho; las nociones de poder y deber jurídicos son perfiladas como introductorias, para examinar después los sujetos, el objeto y la actividad —«aquellos que los hombres hacen... saliendo fuera de su íntima subjetividad»; el «acercamiento de cualquier clase» que enlaza los sujetos entre sí y con el objeto y «deshace [su] aislamiento»—, integrantes de la relación jurídica; el contenido de ésta formado por una o varias situaciones jurídicas, que normalmente se suceden ordenadamente en el seno de la relación (situaciones de nacimiento, de desarrollo y de terminación de poderes y deberes); y los efectos de la relación, distinguiendo entre los internos y los externos a la relación misma, con análisis primorosos de los efectos externos, metajurídicos, y de los supuestos de ineficacia de la relación y de eficacia anormal acrecentada (teoría de la *sanción jurídica*); cerrándose esta parte con el estudio del *interés* a través del cual se contempla la función de la relación jurídica, entendiendo por tal la adaptación o inadaptación efectiva de sus ingredientes a la realidad, y con el de la pluralidad de relaciones, como refluyente sobre los poderes y deberes de cada una de las que se entrelazan. La *parte tercera, Fundamento del Derecho*, analiza los principios y los fines de lo jurídico; respecto de los principios se subraya con energía que se trata de categorías extrajurídicas, que anteceden al Derecho como totalidad, y que si pueden ser llamados principios jurídicos es porque son primer fundamento sobre el que reposa el Derecho como un todo y condicionan cualquier figura jurídica en concreto; la *paz* como principio de conservación de lo social, y la *justicia* como principio que atiende a su mejoramiento, la primera como «persecución por una sociedad de su propio mantenimiento», reflejo de que «la primera misión de lo existente es, en lo que de él depende, seguir existiendo», la segunda como respondiendo al perpetuo movimiento de avance a que obliga la condición de humanos de quienes componen la sociedad, que hace que cada vez que un progreso social fructifica sea necesario —sin «la evasión del mundo de la realidad al campo de la utopía»—, «plantearse otro-nuevo de mayor alcance», si no se quiere no ya renunciar a la justicia misma, sino que padezca al tiempo la consolidación que la paz trata de mantener. Paz y justicia, son para Guasp los grandes principios metajurídicos fundantes:

de lo jurídico; junto a ellos, pero separándolos cuidadosamente de ellos, se estudian los *fines* del Derecho, el para qué trascendental de su existir inmanente, las categorías «que designan lo que el Derecho persigue (y aquí se sitúa la doctrina de la *causa*) o rechaza» (aquí la de *abuso* y la del *fraude*). La *Parte cuarta, Unidad del Derecho*, rechaza tanto que éste sea un conjunto homogéneo, como que su homogeneidad pueda buscarse por la abstracción de sus elementos formales —el supuesto *orden puro del Derecho* abstraído de la materia social—, o prescindiendo por completo de ellos —ahora el supuesto *orden concreto del Derecho*, mero producto de la vida de la comunidad, simple fruto de un arrastre histórico que «por sí solo, no goza de ninguna significación jurídica y, para dar cuenta de el Derecho, es inútil y hasta incomprensible»—, para darnos como respuesta que el Derecho tiende a la hermeticidad, esto es, a dar siempre una respuesta según sus fundamentos y sus fines, y a la univocidad, esto es, a que la respuesta sea sólo una en cada situación, lo que equivale a decir que el Derecho, ya que no uno ni homogéneo, es coherente y tiene la unidad relativa que deriva de esta coherencia; lo que fuerza a distinguir, en primer lugar, entre Derecho *actual* y Derecho *viejo* y entre Derecho *nacional* y Derecho *extranjero* (no entre Derecho sustantivo y Derecho adjetivo, distinción «apriorística y sospechosa»), con los derechos *intermedios* como factores de unificación, el Derecho *intertemporal* para la conexión del vigente con el antiguo y el *internacional privado* para la del extranjero con el nacional. La última *Parte quinta, División del Derecho*, profundiza sobre los diversos órdenes jurídicos cuya relativa unidad compone el Derecho; se acepta la *summa divisio*, Derecho *público*-Derecho *privado*, concibiendo el primero como el conjunto de relaciones jurídicas orgánicas propio de aquella parte del «material jurídico real» que se reparte en planos desiguales, de los cuales unos sirven de medios y otros son fines, y el segundo como el conjunto de relaciones inorgánicas en el que las realidades jurídicas operan en planos equivalentes «compensados, intercambiables en cuanto a su peso específico, por así decirlo». Las sucesivas divisiones de uno y otro Derecho, las del Derecho *público* y del Derecho *privado* devendrán, quizá, una de las secciones más polémicas del libro, pese a que la construcción de Guasp es difícilmente expugnable y, si se me permite, por lo que al Derecho del trabajo toca, inimpugnable en absoluto. Virtualmente indiscutibles también son el carácter propedéutico que asignan a la *Introducción* y a la *Teoría general* del Derecho y a la forma como se sitúan, desde los diversos planos de contemplación del filósofo la *ontología*, la *metodología* y la *axiología jurídicas*, la *metafísica* y las *ciencias del Derecho*; y primorosa es la consideración de los Derechos *notarial*, *registral* y de *jurisdicción voluntaria* como «técnicas de historificación» que tratan de despejar de algún modo la «azarosidad vital del Derecho privado», inorgánico por hipótesis.

Muchas de las elaboraciones que se contienen en *Derecho* merecen la reflexión y el estudio profundo que, sin duda, irán teniendo a medida que su impacto, que promete ser de onda larga, vaya extendiéndose en círculos cada vez más amplios. Algunas de ellas, por su relieve especialísimo, pueden quizás ser ya abordadas tras una lectura inicial.

Sea la primera de ellas la referente a cómo concibe Guasp la *necesidad*

como integrante formal del concepto de Derecho; con toda seguridad la elaboración en torno a la necesidad es una de las que supone un mayor esfuerzo de abstracción, al rechazarse que el Derecho esté en el campo del deber ser, de un lado —«el análisis esencial del Derecho no se centra en este deber ser, sino en el ser auténtico, en la verdadera realidad jurídica, y en nada más»—, y negarse también, de otro, que la coacción defina formalmente el Derecho, por mucho que pueda «servir ordinariamente, como síntoma de lo jurídico». Distante de ambas concepciones, lo jurídico es necesario desde sí mismo —con la necesidad relativa de todo lo humano, sólo Dios es absolutamente necesario—, porque la sociedad o comunidad de hombres lo quiere como tal, porque eleva una serie de relaciones en su medio preexistente específico —la sociedad preexiste lógicamente al Derecho, aunque puede que no cronológicamente—, justamente a este plano de la sujeción y de la forzosidad. La noción intuitiva de que las conductas jurídicas se asumen «porque no hay más remedio», responde perfectamente a la noción de necesidad que se está explayando y es una forma de decir que, en efecto, el que obra jurídicamente desde el contexto de la relación, no obra así porque quiere, sino porque no tiene más remedio; en consecuencia, obedece a una compulsión; está sujeto a una fuerza que emana del hecho social. El que la ignorancia del Derecho no excuse de su cumplimiento y, lo que es más importante, que la disconformidad con el Derecho no libere del mismo, sólo son comprensibles desde este plano. Se podría, quizás, apostillar que el razonamiento se hubiera reforzado más aún si se hubiera reflexionado sobre la «naturalidad» del hecho social —a la «fuerza surgida del hecho social... es a la que [hay] que imputar el hacer o no hacer relevante precisamente para el Derecho»; «la sociedad convierte [en deberes jurídicos] las sujeciones individuales... Trasmuta las inferioridades del hombre aislado en inferioridades del socio o comunero: de ese modo, igualmente, las dignifica»; «la necesidad de esa sujeción [de la propia de todo deber] se predica formalmente de la sociedad»— dice Guasp (págs. 61 y 106-107)—, y la forma como éste modaliza a los hombres, que es probablemente el nivel desde el que se asciende a la necesidad característica de lo jurídico, aunque se nos objetaría inmediatamente que entonces estamos ya extramuros del Derecho. Y se puede apostillar también que la conservación residual de la coacción como síntoma de lo jurídico, ya que no como su ser mismo, posición de la que el libro da cumplidos ejemplos además de demostrarla en abstracto, resulta de extremada conveniencia para ayudar en una marcha a través de lo jurídico, que viene a concluir con el análisis del Derecho penal como aquel Derecho privado en el que las conductas se amenazan con sanciones «artificiales», estando este tipo de conminación, el de la sanción penal, al borde mismo de la coacción (incidentalmente: por muy polémica que pueda parecer la clasificación como privado del Derecho penal, los razonamientos que se dan en favor de esta concepción trasladan ya la carga a quien sostenga lo contrario. Incidentalmente también el sello séptimo del Derecho en el confín del Derecho penal, es el delito referente a la materia regulada por el propio Derecho penal, «los delitos... de favorecimiento de evasión y quebrantamiento de condena» (pág. 566, última del texto).

Se la segunda la relativa a la solidez del estudio (que se incluye en la

Parte segunda, capítulos 6, 7 y 8), sobre los requisitos, contenido y efectos de la relación jurídica, a través del cual se analiza la estructura de ésta. Dentro de los requisitos encontrará el lector la doctrina de las personas y las titularidades, la de los bienes —y la del patrimonio como su unidad abstracta—, y la de las cosas, la de los hechos, actos y negocios jurídicos. Dentro del contenido verá cómo se emplazan en su lugar propio, como piezas armónicas de un conjunto, nociones tales como la de invención, ocupación, concesión, secesión, expropiación, lesión, etc., y cómo se separan claramente las situaciones que definen el desarrollo de una relación jurídica como disposiciones, de las que configuran un desarrollo ya definido como instrucciones y ordenaciones. Todo lo anterior, por vía de ejemplo. No se va a descubrir ahora la precisión y el rigor terminológicos extremados de Guasp, de los que las sucesivas ediciones de su *Derecho Procesal civil* son ya una muestra acabada; pero sí se debe subrayar cómo estas mismas características no se pierden sino que se refuerzan al tratar de abarcar, y abarcar efectivamente, un campo mucho más extenso y sin el grado elevado de formalización, con trascendencia en su lenguaje propio, que caracteriza el proceso y las instituciones procesales.

Y sea la tercera y última de este apunte tan breve, la forma brillante como se subraya la naturaleza cultural del Derecho, y su trabazón íntima con las realidades de esta índole, al estudiar los efectos metajurídicos de la relación jurídica. Aparte de la forma en que las personas pueden ser influidas individualmente por la existencia misma o el modo de ser de una relación jurídica, el Derecho como conjunto de éstas puede asumir, y de hecho asume a veces, «la forma de vicisitud histórica en la que el movimiento social adquiere una trascendencia peculiar condensada de una vez para todas», con lo que, en ocasiones, «un algo jurídico puede ser lo que desencadene un determinado proceso histórico» y lo que cambie «el curso mismo de la dinámica de la humanidad». Además de que, como dijo el filósofo sobriamente: «somos por nuestra actividad, y la obra es, en cierto modo, su creador en acto» (*Etica a Nicómaco*, 1168a), y estas obras de los hombres en cuanto tales «quedan como frutos objetivos al ser recibidos por una colectividad que los acepta y hace suyos»; tales son los productos culturales, o la cultura a secas, y entre las obras a las que el hombre incorpora su subjetividad y que le trascienden como frutos objetivados, están las jurídicas, con lo que, para concluir, la cultura es un recinto humano «en el que la fuerza operante del Derecho se muestra con nitidez y vigor, enlazándose en un tejido prácticamente único con el Derecho mismo» (págs. 226-227).

Insisto en que todo lo que precede no son sino reflexiones iniciales sobre una obra maestra, a la que distan mucho de hacer una mínima justicia; quede el que ésta se haga en su plenitud para las generaciones de juristas a las que su buena fortuna depara el poder contemplarla.

M. ALONSO OLEA

LOIS ESTEVEZ, José, Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela: «La investigación científica y su propedéutica en el Derecho. (Hacia las técnicas de investigación minimalizadoras del error jurídico.)». Tomo I. Caracas, 1970.

En esta obra hay dos aspectos fundamentales a considerar: 1.º) La tesis general que se mantiene en el campo jurídico; y 2.º) La peculiar concepción metodológica propugnada por el autor.

En cuanto a lo primero, el autor, fiel a la línea metodica que ha iniciado hace ya largos años (1), trata por todos los medios de asegurar para el Derecho el más estricto rigor científico, aunque tenga que echar mano para ello de los hábitos de pensamiento que prevalecen en las llamadas Ciencias «exactas». Segundo él, el Derecho puede ser una Ciencia como otra cualquiera. Su materia no se lo impide, si es idóneamente estudiada con el pertinente método científico —que es *uno* sólo, aplíquese a lo que se aplique—. El fracaso de los juristas hasta hoy —afirma—, se debe a ignorar este hecho y a dejarse llevar por la retórica y por rutinarios hábitos mentales. En un capítulo enormemente revelador (el 5.º de la obra), el autor asevera que los juristas romanos «pudieron realizar una gran tarea intelectual con plena libertad de juicio, sin tener que soportar las injerencias del despotismo ni el cambio arbitrario en el contenido de su *jus*» (pág. 128). Pero «el proceso de corrosión gradual orquestado por la tendencia cesarista hacia el absolutismo del poder terminó por liquidar toda creación jurídica al margen de las autoridades oficiales y convirtió a los juristas en servidores de los políticos». «Esta lucha solapada contra el Derecho como Ciencia libre...» encontró la complicidad de los juristas, sobornada por su elevación a la condición de funcionarios...». Pero al par «los poderes públicos emprendieron otra en un segundo frente, contra la limitación de su absolutismo que significaban las Iglesias y... la doctrina del Derecho natural. Se proclamó así la gran cruzada laica contra todo jusnaturalismo... Y como no hay nada de que una propaganda prolongada no pueda convencer, la tesis prosperó y se hizo tópica... Todos los juristas llegaron a adquirir el convencimiento de que el Derecho natural era una especie de sueño irrealizable de la razón...» (página 130). De aquí las corrientes positivistas, implacablemente denunciadas y combatidas por el autor en éste y en el siguiente capítulo, que vale la pena leer y meditar sin perder una línea.

No podemos sustraernos a la tentación de recoger como muestra —en apretada síntesis—, alguno de estos argumentos: «Encerrar todo el Derecho en el marco unidimensional de la Ley es profesar una especie de *idealismo jurídico*» totalmente desconectado de la realidad, «pues ninguna norma, como tal, está en la experiencia, a no ser como una serie de sonidos o designios sobre el papel o el bronce» (2). Para que una norma resulte realmente

(1) Especialmente en las publicaciones siguientes: *Ensayo de valoración filosófica del Derecho según una metodología esencialista*, Madrid, 1945; *Proceso y Forma*, Santiago de Compostela, 1947; *La teoría del objeto del proceso*, en A. D. C., II, 2, 1949; *Estudios sobre los Fundamentos de una nueva Ciencia jurídica*, Santiago, 1954; *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia de la Legislación*, Santiago, 1959, etc.

(2) El *idealismo jurídico* pierde todo su sentido, como un espejismo que se desvanece, cuando uno busca tras los símbolos verbales la realidad mentada por ellos. El Legislador habla, es cierto, con palabras; pero las usa como medio para referirse a *conductas humanas y a títulos*. Con infinitas normas que no pasaran a la vida, nunca podría existir un Derecho, ni vida social entre seres libres.

inteligible es preciso conectarla semánticamente con el mundo empírico que pretende regular.

Pero, ¿cómo determinar el sentido de la Ley con independencia de las mentes en que se actúe y reviva?... ¿existe realmente la posibilidad de que el destinatario o intérprete de la norma pueda, tan sólo a través de la misma, llegar a descubrir su significación objetiva? Para que una tentativa similar fuera realizable sería preciso que la norma estuviera *completa* como proposición y que no contuviera *variables*, requisitos que muy difícilmente pueden darse en la práctica. La Ley positiva es normalmente incompleta e insuficiente por sí misma para resolver las cuestiones que la vida plantea. La aplicación de cualquier precepto legal presupone necesariamente una serie de conocimientos jurídicos previos de los conceptos e ideas que en él se pretenden expresar, requiere la adecuada integración y concreción de los símbolos verbales empleados en el texto —casi siempre incompletos, ambiguos o polivalentes—, y su conexión con los datos que nos ofrece la experiencia. Por ello, el autor llega a la conclusión de que «el sentido de la norma en sí habría que reputarlo *incógnito* hasta que oficialmente quede fijado y definido por el Juez con *valor jurídico de cosa juzgada*» (pág. 139). «Las resoluciones judiciales... contendrían, ó, más bien, serían el sentido válido de la norma en la hipótesis de un conflicto, con lo cual el dilema acecha inexorablemente: o el Juez obtiene su sentencia por ciertas operaciones lógico-jurídicas que la Ciencia del Derecho le brinda, o el Juez *crea* una norma *ex post facto* para cada caso particular que se le presente. En el primer supuesto, la Ley por una parte y la Ciencia jurídica por otra, limitando al Juez garantizan la seguridad y certidumbre de los derechos al hacerlos *cognoscibles* por adelantado y velan... por la verdad jurídica como congruencia lógica. En el segundo supuesto, por el contrario, el Ordenamiento positivo no podría ser otra cosa que un mero polarizador de la atención del público destinado a disimular la arbitrariedad de los fallos bajo el velo de la ilusión legalista que produce la legislación». «No hay términos medios: Si la Ciencia jurídica resulta un fracaso como tal, el Derecho desaparece devorado por la arbitrariedad o la fuerza, porque sólo la Ciencia es apta para impersonalizar el conocimiento...».

Pero quizás el más convincente de los argumentos aducidos por el autor contra las concepciones positivistas es el siguiente: «Si la teoría normativista del Derecho fuera exacta y el Derecho quedara reducido a un conjunto de normas, el *cambio jurídico*, la sustitución de unas normas por otras sería incomprensible... «Si en las normas se agota el Derecho, ¿a qué mirar alguna vez fuera de las normas mismas». Sólo «si el Derecho es algo más que normas, puede tener sentido y ser incluso necesario cambiar las normas para hacer mejor el Derecho» (pág. 157).

En cuanto al segundo de los temas centrales de este libro —la concepción metodológica del Derecho—, para comprender mejor su significación conviene insertarla en su contexto histórico.

La teoría del método había venido siendo considerada —especialmente a partir de Husserl—, como en forzosa correlación con el objetivo científico. Según la clase de objetos que estudiara una Ciencia, así debería ser su método. Las diversas clases de objetos impondrían otras tantas formas de

aprehensión metódica y reafirmarían la necesidad de la especialización profesional de los investigadores.

Frente a este modo de ver ya consagrado, se mantiene en la presente obra un nuevo punto de vista [ya manifestado, por otra parte, en anteriores publicaciones del autor] (3). Aquí se sostiene que sin que importen las peculiaridades de los objetos (mejor dicho, sin que importen las clases de relaciones que se investiguen, pues la Ciencia estudia *relaciones*, no *objetos*), la mente humana tiene un único modo de acceder al conocimiento científico. Este, que se caracteriza por la aplicación del «principio de exclusión», se logra mediante conjeturas intuitivas, no sujetas a reglas «procesales», pero sí a comprobación ulterior, si no hay un primer impedimento lógico que las invalide y si soportan la prueba de estiroacción de lo superfluo (capítulos 3.^o y 4.^o).

Tales son las líneas maestras de esta producción (en hermosa edición de la Imprenta de la Universidad Central de Venezuela), en la que no sabe uno qué admirar más, si la riqueza de su contenido o la elegancia y justeza de la forma expositiva. Para completar esta visión esquemática de la misma (sin suplir su lectura, donde lo que cuentan son los detalles), concluiremos señalando su distribución de materias. Este tomo 1.^o (pues otro —acaso más interesante aún—, está anunciado), consta de tres partes distribuidas en los siguientes capítulos:

1.^a parte: «LA CIENCIA Y LA INVESTIGACION CIENTIFICA EN GENERAL».

1. *La ciencia y su caracterización.*
2. *La investigación científica.*
3. *El método y su concepto.*
4. *Las fases del método.*

2.^a parte: «LA INVESTIGACION JURIDICA EN PARTICULAR».

5. *¿Es posible la investigación científica en el Derecho?*
6. *Los temas de la investigación jurídica.*

3.^a parte: «SINTESIS PROPEDEUTICA».

7. *La investigación jurídica: resumen general.*

Lo avalan, además, numerosas *ejercitaciones prácticas*, temas para coloquio y rica bibliografía.

FRANCISCO LUCES GIL
Juez Municipal de Langreo

(3) Vid. su *Metodología del Derecho*, en la «Enciclopedia Proliber», y las publicaciones anteriores, citadas en la Nota 1.

NAVARRO VALLS, Rafael: «Divorcio: orden público y matrimonio canónico (Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio)». Editorial Montecorvo. Madrid, 1972; 270 págs.

Prologada por el Profesor Batlle, quien pone de relieve la dificultad e importancia práctica del tema tratado, la obra del Doctor en Derecho, Navarro Valls, se nos presenta con un título discreto que, quizás, pueda inducir a confusión sobre el objeto del estudio. Pudiera pensarse, en efecto, que la figura del divorcio vincular va a ser examinada exclusivamente desde el punto de vista limitado de la eficacia que merezcan surtir en España las sentencias extranjeras que lo dicten, cuando el objeto del estudio es mucho más amplio y completo. Puede afirmarse, en contra de esa primera impresión, después de la lectura atenta de la obra, que el autor estudia minuciosamente todos los problemas que el divorcio vincular plantea actualmente en el Derecho español. Problemas múltiples, extraordinariamente difíciles y que afectan a las más diversas ramas del Derecho: Derecho civil, canónico, procesal, internacional privado, concordatario... Todos estos aspectos tan distintos son rigurosamente tratados y desmenuzados, con referencias constantes al Derecho comparado. Es decir, la modestia del autor le ha inducido a no publicar su trabajo con un título más ambicioso, por ejemplo, «El divorcio vincular y el Derecho español», título que, sin embargo, merecía con creces la obra que vamos a reseñar.

Antes de ello, conviene también resaltar una cualidad, a mi juicio muy positiva, que preside toda la elaboración del estudio. Me refiero a la virtud de la prudencia. Virtud, en cierto modo hoy desprestigiada, pero cuyo verdadero valor se descubre en los momentos y materias difíciles. Y es que hay una cierta tendencia social innegable a tratar hoy día todas las cuestiones con excesivo afán polémico; se defienden con ardor las posiciones propias —lo que en sí es encomiable—, pero se rechazan con desprecio las opiniones contrarias; entre un inmovilismo a ultranza y un progresismo desbocado no se estiman admisibles las medias tintas. Parece como si esta tendencia social contagiara también la objetividad científica de las obras jurídicas, especialmente en materias de Derecho de familia y, sobre todo, de Derecho matrimonial. Por ello es tanto más de alabar el mérito del autor que, ante cuestión tan «explosiva» como es el divorcio vincular busca siempre el término medio más deseable en la realidad social y jurídica española.

Este propósito aparece patente en la breve introducción con que comienza el estudio. En ella el Doctor Navarro Valls, además de explicar el plan adoptado, pone de relieve la necesidad de conjugar dos imperativos en sí contradictorios, la idea de solidaridad internacional y la ineludible obligación de respetar los postulados básicos que informan el orden jurídico propio. La tarea es tanto más difícil cuanto que, como observa agudamente el autor, «el cerco de sistemas divorcistas a que está sometido nuestro ordenamiento jurídico y el previsible aumento de pretensiones de *exequatur* para las sentencias de divorcio pronunciadas en sus territorios, puede producir la fácil tentación de una *apertura* en el tema del reconocimiento de efectos de las mismas. En este punto no hay que olvidar la necesidad de buscar soluciones técnicamente precisas y previsoras de las consecuencias que una evolución

jurisprudencial de tal género podría producir». Y, como sigue diciendo: «El jurista, ante este problema, no puede adoptar más que una postura; la minuciosa valoración de los fines perseguidos por las construcciones jurisprudenciales y los medios técnicos utilizados, que le lleve a una reflexión ponderada de los problemas de *iure condito* y las metas a conseguir de *iure condendo*. Esta finalidad aflora a lo largo de los tres grandes capítulos en que está dividido el libro.

El capítulo primero, bajo el título «Sentencias extranjeras de divorcio vincular y procedimiento de *exequatur*», es de carácter eminentemente procesal e internacionalista. En él comienza el autor examinando los distintos grados de eficacia que, de acuerdo con las conclusiones de la doctrina, puede concederse a una sentencia extranjera dentro del territorio de otro Estado: efectos de mero hecho, según la teoría iniciada por Bartin; efectos, propiamente procesales, probatorios, de cosa juzgada y ejecutorios; la distinción entre la ejecución en sentido propio y el simple reconocimiento de la sentencia extranjera y los efectos reflejos y secundarios que, aun no admitidos por cualquier causa los efectos directos, pueda producir la sentencia extranjera en cuestiones derivadas o conexas con su objeto. En un breve pero sustancioso estudio de Derecho comparado se exponen las diversas soluciones al problema en cuanto al punto concreto de las sentencias de divorcio y en él es de destacar, por su extensión y proximidad a nuestro Derecho, el examen sobre el sistema italiano inmediatamente anterior a la famosa Ley Fortuna-Baslini de 1970, así como la reacción que se observa en Norteamérica frente a la facilidad y abuso de los llamados *divorcios migratorios* en ciertos Estados de la Unión. Una referencia a las soluciones propuestas en distintas Convenciones y Congresos internacionales (muy principalmente se examina la adoptada en el Proyecto de Convenio de La Haya de 1968) sirve de enlace para el estudio de la cuestión dentro de nuestro Derecho.

En él el problema se desdobra en dos vertientes: una, relativa a si la sentencia extranjera requerirá siempre en esta materia, para su eficacia directa, el procedimiento de *exequatur* regulado en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y otra en lo tocante a si cabrá otorgar efectos secundarios o reflejos a la sentencia extranjera de divorcio sin necesidad de ese control previo.

En orden a la primera cuestión, tras exponer el sistema de homologación tan peculiar de nuestra Ley Procesal y su inaplicabilidad a las sentencias canónicas extranjeras, de acuerdo con el Concordato, el artículo 82 del Código civil y la jurisprudencia, concluye el autor, en línea con la mayoría de la doctrina patria, afirmando la necesidad de que las sentencias extranjeras constitutivas de estado se sometan al procedimiento de *exequatur* en todos sus posibles efectos.

Pero si esto es así con respecto a los efectos directos de la sentencia extranjera de divorcio, queda en pie la segunda cuestión en cuanto a los posibles efectos reflejos y secundarios de la misma sentencia. Efectos secundarios pueden ser, por ejemplo, la alteración de los derechos de los padres respecto de los hijos, la desaparición de la incapacidad contractual de la mujer casada o la posibilidad de que ésta recupere su nacionalidad original. Como ejemplo de efecto reflejo puede citarse la atribución de la condi-

ción de hijo natural al nacido de padre soltero y mujer divorciada extranjera. En estos casos, como en muchos otros que podrían presentarse, Navarro Valls examina en este capítulo, no ya el problema sustantivo de si tales efectos deben ser reconocidos, sino sólo el aspecto procesal de si, para ello, será necesario el *exequatur*. Estudia especialmente la Resolución de 26 de marzo de 1951 que admitió la recuperación de la nacionalidad española por la mujer casada canónicamente en España con alemán y posteriormente divorciada en Alemania, incluyendo en el hoy reformado artículo 22 del Código el supuesto de divorcio vincular, y las críticas encontradas que suscitó esta Resolución en la doctrina. Recuerda que este criterio de la Dirección aparece refrendado en la Resolución de 23 de abril de 1970 en cuanto al ejemplo antes citado de efecto reflejo con relación a la filiación natural, y concluye afirmando, en principio, la necesidad procesal de seguir el camino del *exequatur* para toda posible producción de efectos de la sentencia extranjera.

No obstante ello, no deja de mostrar el autor su simpatía a la solución de las Resoluciones citada y reconoce que la falta de agilidad del procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la necesidad de pronunciar un sí o un no global a la sentencia extranjera, conduce a un *impasse*. Parece, en suma, que se muestra favorable a la posibilidad de prescindir del *exequatur* y al reconocimiento de efectos indirectos a la sentencia de divorcio, siempre que —cuestión que examina en el siguiente capítulo— el efecto atenuado de orden público apoye sustantivamente aquella conclusión.

El segundo capítulo de la obra lleva, en efecto, el título de «Orden público español y divorcio vincular», y es de extraordinario interés para nuestro Derecho por enfocar la cuestión de un modo completo, recogiendo las contribuciones doctrinales más modernas y todas las decisiones jurisprudenciales sobre el tema.

Comienza el capítulo con un acertado resumen de las conclusiones de la doctrina sobre el huidizo concepto del orden público, «una de las nociones más atormentadoras de la dogmática jurídica», en frase de Lariccia, que se recoge. Se exponen con la deseable claridad su origen, finalidad, necesidad y contenido, y con una mayor amplitud sus variadas características, entre las que cita el autor su indelimitación conceptual, pluriformismo (con especial referencia a la difícil distinción entre orden público, interno e internacional), su relatividad, configuración jurisprudencial, elasticidad, funcionalidad negativa, carácter metajurídico, expansividad y restrictividad. El reflejo legislativo tan variado de la figura y su construcción en la jurisprudencia española sirven de pórtico al examen de la indisolubilidad del matrimonio en España y a la conclusión tan reiterada en la jurisprudencia y en la doctrina del actual e indiscutido carácter de orden público del principio de la indisolubilidad matrimonial.

Ahora bien, la nota de elasticidad propia de la noción de orden público ha permitido, primero a la doctrina y luego a la propia jurisprudencia española, defender el llamado efecto atenuado del orden público en determinados supuestos. Es decir, el divorcio vincular puede tener cierta eficacia indirecta o refleja en materias a las que no alcance la excepción de orden público. Pues

bien, ¿hasta dónde debe y puede llegarse por esta vía? Esta es la cuestión crucial que examina minuciosa y rigurosamente Navarro Valls.

Parte el autor de la base de que los jueces nacionales nunca pueden declarar el divorcio vincular tanto respecto de matrimonios entre españoles, o entre español y extranjero, como entre extranjeros (supuesto este último más discutible, a mi juicio, aunque resuelto ya por la S. T. S. de 12 de marzo de 1970). También estima que las sentencias extranjeras de divorcio no pueden llegar a posibilitar el nuevo matrimonio de españoles divorciados en el extranjero, recordando la jurisprudencia francesa vacilante sobre la cuestión. Igual criterio sigue respecto del posible matrimonio en España de extranjeros divorciados, caso en el que, con la única excepción de la Resolución de 13 de octubre de 1930, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección de los Registros abonan la misma solución negativa, si bien no faltan en la doctrina opiniones aisladas discrepantes. Matiz distinto ofrece, por último, el supuesto de nuevas nupcias entre español y súbdito extranjero divorciado, supuesto en el que, si el divorcio ha recaído sobre matrimonio simplemente civil, la Resolución de 27 de junio de 1969 se muestra favorable a la posibilidad de un nuevo matrimonio civil; el autor parece compartir este criterio, no obstante las conclusiones contrarias defendidas por varias sentencias del Tribunal Supremo.

Pasa Navarro Valls a examinar los posibles efectos indirectos de las sentencias extranjeras que decretén el divorcio pleno, manejando siempre la última jurisprudencia sobre la materia. Esquemáticamente, los temas tratados, todos de enorme interés, se refieren a los siguientes puntos: filiación natural de hijos de divorciados, con referencia a las Resoluciones de 23 de abril y 7 de agosto de 1970; levantamiento de las limitaciones en la capacidad de obrar de la mujer casada; recuperación por ésta de su nacionalidad española originaria, citando la Resolución de 26 de marzo de 1951 y su reflejo incompleto en el nuevo artículo 25 del Código civil; posible y discutible delito de bigamia de los cónyuges divorciados; disolución de la sociedad de gananciales por causa del divorcio vincular, examinando detenidamente la importante Sentencia de 13 de marzo de 1969; existencia en España del estado civil de divorciado, con especial referencia a la legislación republicana y a la situación actual en el Sahara español, y, en fin, posibles efectos sucesorios del divorcio pleno, como en el caso contemplado en la Sentencia últimamente citada.

Como conclusión de este segundo capítulo, el autor encuentra acertada la progresiva jurisprudencia admitiendo la eficacia refleja de las sentencias extranjeras de divorcio, recalando que el camino sustantivo correcto para ello ha de encontrarse en la atenuación de una rigurosa incidencia del orden público y la vía procesal adecuada en la consideración de la decisión extranjera como mera cuestión de hecho.

El tercer capítulo, bajo el epígrafe «La indisolubilidad en el matrimonio canónico y la sentencia extranjera de divorcio», constituye, en rigor, un nuevo enfoque de la misma cuestión básica antes tratada, pero ahora bajo el prisma del Derecho canónico. En un primer apartado, se recoge la doctrina de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio y las excepciones a este principio. Quiero resaltar, por su interés, las referencias a la disolución del

matrimonio legítimo consumado en virtud del llamado privilegio petrino, tan poco y mal conocido todavía, y también el examen y refutación de algunas teorías de teólogos modernos, especialmente Bernhard, que entendiendo de modo diverso la consumación del matrimonio y exigiendo para ello una unión espiritual plena, llevarían a la conclusión de que, mientras tal unión total no existiera, el matrimonio rato y consumado de bautizados no tendría carácter absolutamente indisoluble.

El segundo apartado trata de los efectos civiles del matrimonio canónico. Tras unas indicaciones históricas, el estudio se centra en la interpretación del canon 1016 del *Codex*. Acepta, en general, el autor la opinión dominante que distingue entre los efectos inseparables que, por dinamar de manera espontánea de la misma naturaleza del matrimonio, deben ser de la competencia exclusiva de la Iglesia, y los llamados efectos secundarios, separables o meramente civiles que, por no ser rigurosamente esenciales, correspondería su regulación al Estado (por ejemplo: dote y donaciones nupciales, derechos sucesorios de los cónyuges, etc...). Ahora bien, la Iglesia, por aplicación del principio de tolerancia, ha consentido muchas veces en la autolimitación de su propia competencia respecto de la regulación y jurisdicción del matrimonio canónico. Cita Navarro Valls el ejemplo de múltiples Concordatos, deteniéndose especialmente en el estudio del artículo 34 del Concordato italiano de 1929, cuya interpretación unilateral ha dado pie a la nueva Ley de Divorcio de 1970, pretendiéndose que la misma no viola el Concordato ni el artículo 7 de la Constitución italiana. Las opiniones discrepantes de la doctrina, la interpretación oficial del Gobierno italiano y la igualmente oficial de la Santa Sede son expuestas minuciosamente y tienen verdadero interés periodístico. La cuestión se estudia seguidamente en el Derecho español histórico y actual. Respecto de éste se examinan las interpretaciones doctrinales sobre el Concordato de 1953 y los artículos 75 y 80 del Código civil, reformados por la Ley de 24 de abril de 1958, con las tesis del reenvío formal y material al ordenamiento canónico, así como la postura personal del autor con su teoría del reenvío mediato o personal. Los límites admitidos a la plena vigencia de las normas matrimoniales canónicas, como el matrimonio civil de los apóstatas y el supuesto del artículo 51 del Código (respecto del cual acoge la tesis de Lalaguna de la *ineficacia relativa*), se tratan especialmente desde el punto de vista de su posible justificación doctrinal en el campo del Derecho canónico. Esta fundamentación se encuentra en la sugestiva distinción propuesta por López Alarcón entre matrimonio canónico *in fieri*, que queda al margen de toda norma concordada, y matrimonio *in factu esse*, respecto del cual la Iglesia puede, por vía concordataria, dejar parte de su regulación a las normas estatales.

El libro termina con el estudio de las sentencias extranjeras de divorcio recaídas sobre matrimonio canónico. Desde este nuevo enfoque vuelve el autor a examinar la jurisprudencia antes citada en el capítulo segundo, debiendo resaltarse dos cuestiones: la relativa al reforzamiento que la excepción de orden público experimenta frente al divorcio de matrimonios canónicos, y la referente a la justificación doctrinal de los posibles efectos indirectos concedidos, aun en este caso, a las sentencias extranjeras, para la cual, en el

terreno canónico, acude a las ideas antes expuestas de López Alarcón y Lalaguna.

En síntesis, la obra del Dr. Navarro Valls constituye un magnífico balance de la situación actual de nuestro Derecho frente al divorcio vincular. Es un punto de partida de valor inestimable para reconsiderar la cuestión y ver con objetividad y prudencia hasta dónde puede llegar por el camino en cierto modo «aperturista» emprendido por la doctrina y la jurisprudencia. Dios quiera que todos los juristas españoles interesados en el Derecho de familia aprendamos de esta medida en el estudio y solución de los problemas tan vivos y acuciantes que, día a día, hemos de resolver.

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS.

RIGAUX, François: «*Les personnes*», tome I, «*Les relations familiales*». *Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain. Bruselas, 1971; 899 págs.*

Este Manual dedicado a las relaciones personales de Derecho de Familia se dirige a un doble público, según las palabras introductorias, a los estudiantes de la Facultad y a los juristas ya formados. Ambas categorías de lectores han de encontrar en el mismo cualidades muy estimables aunque, aparentemente, inconciliables; claridad expositiva, gran capacidad de síntesis, amplias referencias jurisprudenciales y un estilo directo, han de ser muy apreciadas por quienes frecuentan las aulas; el jurista profesional y el estudiioso en general se fijará con preferencia en la excelente información bibliográfica, en las abundantes referencias a materias conexas con el Derecho (especialmente la sociología) y, acaso en primer lugar, en la incitante invitación a la discrepancia con el autor en no pocas opiniones expuestas con novedad de enfoque y de solución, a veces muy alejadas de las clásicas o tradicionales.

Tres grandes partes, de desigual extensión, componen la obra; la primera (págs. 1-148), relativa a las nociones generales sobre la familia y el derecho de familia; la segunda —que es la más extensa (págs. 149-578)—, trata del matrimonio y de la sociedad conyugal; la última está dedicada a la filiación (págs. 579-804). Excelentes índices de textos legales, jurisprudencia, autores y materias completan la obra. En los lugares adecuados se inserta una cuidada selección bibliográfica en la que casi los únicos ausentes son los autores españoles.

La última parte de la obra parece la menos elaborada, ya que bajo el título genérico de la filiación se incluyen materias, como la de los alimentos legales, que tiene con aquélla escasa afinidad.

El Profesor Vieujean, al reseñar la obra en la *Revue trimestrielle de droit civil*, 71 (1972), págs. 205 y sigs., hace la observación de que el autor parece que coloca el Derecho al servicio de las ciencias sociales, especialmente en las páginas relativas al derecho de familia y al matrimonio. Por mi parte, debo añadir que también suscitan amplias reservas las concepciones

del autor sobre las relaciones entre Derecho y Moral, así como sus tolerantes concesiones al pluralismo de las costumbres sexuales.

Desde este lado de los Pirineos sorprende la ausencia total de referencias al Derecho y a la doctrina española sobre el derecho de familia. Si no yerro en la compulsa, la única obra española citada es no jurídica (se trata de una antigua traducción francesa del estudio de Marañón sobre la evolución de la sexualidad y de los estados intersexuales).

Situado en la línea sociológica de Carbonnier, este Manual de Rigaux es ampliamente tributario de las obras de Dölle y de Gernhuber, pero sin abandonar la inspiración de los grandes tratados de lengua francesa. El lector español encontrará amplia información sobre la jurisprudencia belga, que a veces, ofrece notables divergencias con la francesa.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

ROCA JUAN, Juan: «Sobre la nueva adopción». **Discurso inaugural del Curso 1971-72. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de La Laguna. La Laguna (Tenerife), 1971; 50 págs.**

En el amplísimo panorama de las instituciones civiles, el Derecho de familia es quizá la zona en que de modo más sensible se reflejan los cambios de las costumbres y de las condiciones de vida en una sociedad. La necesaria tarea de renovación legislativa, apremiada por la rapidez con que la conciencia social reacciona ante estos cambios, plantea generalmente a la jurisprudencia y a la doctrina científica una exigencia de clarificación de la obra legislativa para su justa aplicación a la realidad. De ahí el gran interés que tienen las primeras contribuciones que se realizan en esta circunstancia.

La lección pronunciada por el Profesor Roca Juan en la Universidad de La Laguna en la inauguración del Curso académico 1971-72, constituye, con la extensión breve y el buen decir que impone esta comprometida suerte del oficio universitario, una síntesis clara y constructiva sobre un tema de tan vivísima actualidad como la reforma de la adopción.

La obra se distribuye en tres apartados: I) Introducción; II) Revisión de los antecedentes; III) Estudio crítico de la reforma.

En la primera parte justifica el autor la oportunidad de una regulación de la adopción en el momento actual, destacando la importancia de la institución, tanto desde el punto de vista de los intereses personales que con ella se vienen a atender, como en su dimensión social.

En la segunda parte se hace un fino análisis de los antecedentes históricos, exponiéndose con claridad las diferentes circunstancias, tanto sociales como de política legislativa, que motivaron las diferentes reformas realizadas en esta materia. La primitiva redacción del Código, vigente durante sesenta y nueve años, es calificada por el autor de «carácter rígido, severo, poco generoso y de efectos insatisfactorios». Señala el importante cambio de orientación que representa la reforma de 24 de abril de 1958, «cuyos efectos, en principio prometedores, no fueran suficientes», como se demues-

tra a través de una cumplida referencia de datos estadísticos. La natural consecuencia del corto alcance de esta primera reforma es el nacimiento de un movimiento general de opinión que, desbordando el marco estrictamente jurídico, salta a los medios de comunicación social. Esta aspiración, tan viva y unánimemente sentida, y el ejemplo de las estimables experiencias que ofrecía el Derecho comparado, determinaron la promulgación de la nueva Ley de 4 de julio de 1970.

Al estudio de la nueva adopción en la Ley de 4 de julio de 1970 se dedica la tercera y más extensa parte del trabajo. Los cambios operados en las condiciones sociales proyectan su influjo sobre el fenómeno de la adopción. En este sentido, la nueva regulación legal «ha desechado en gran medida los viejos prejuicios que encadenaban al instituto, y ha dado un paso indudablemente trascendental». Con todo, el autor reconoce que la Ley de 1970 ofrece en su conjunto una cierta ambigüedad que puede plantear serios problemas de interpretación.

Destaca el Profesor Roca Juan como una de las innovaciones más significativas de la reforma, la justicia de conferir la posibilidad de adopción a las personas en estado de viudedad o soltería, así como la abolición de la llamada prohibición de descendientes, cuya consecuencia es ampliar el número de las personas que pueden adoptar plenamente, insertando a los hijos adoptivos en el ámbito único de la familia legítima. En esta misma línea, es comentado favorablemente el criterio permisivo de la nueva Ley en punto a la adopción de los hijos naturales reconocidos.

Particular interés ofrecen las consideraciones sobre el requisito de la edad para adoptar y ser adoptado. En la nueva Ley se rebaja la edad del adoptante a treinta años cumplidos. «En todo caso —dice el artículo 172—, el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes ha de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado». Esta exigencia, como es sabido, responde a la idea de que la atribución de la patria potestad al adoptante ha de apoyarse en la natural necesidad de que se requiera una mínima diferencia de edad con el adoptado, semejante a la que se da en la relación paternofilial biológica. En este punto, el autor advierte que «tal edad, y diferencia de edad, exigidas al adoptante, son más o menos arbitrarias, pues si ya no se prohíbe la adopción a quien tiene hijos legítimos, y el 'consuelo de matrimonios estériles' no es su finalidad objetiva, la edad mínima de treinta años no es todavía de desesperanza de tener hijos, y por otra parte, el fin protector y beneficioso para el adoptado puede ser querido por el adoptante antes de cumplir dicha edad».

En lo que concierne a los apellidos del adoptado en la adopción plena, la norma del artículo 178, a cuyo tenor «el adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes», encierra, en opinión del autor, posibles resultados desfavorables para el adoptado, ya que de su aplicación pueden derivarse efectos perjudiciales en el caso de que el adoptante fuere soltero y el adoptado hubiere venido ostentando los apellidos de sus padres legítimos. En tal caso, el cambio de apellidos motivaría el que el adoptado pueda aparecer como hijo natural reconocido. Para solventar este problema propone que este efecto de la

adopción plena se reserve sólo para la constituida por los cónyuges que vivan juntos y procedan de consumo.

Trata seguidamente de la naturaleza del acto de adopción. Considera que la reforma no ha contribuido a clarificar el problema pues, fácilmente, se observan las vacilaciones del legislador cuando califica a la adopción de «acto a la vez consensual y formal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo». Descripción que no es muy exacta, habida cuenta de que no se exige un acto —como se dice—, sino tres, con lo que sigue pendiente la vieja controversia en torno al valor constitutivo de la escritura.

El autor considera como novedad importante la nueva redacción del artículo 174, que regula las condiciones especiales para la adopción de menores abandonados, estableciendo un único concepto legal de «menor abandonado», y excluyendo el término «expósito», lo que permite evitar, en lo posible, cualquier apreciación arbitraria.

Alude finalmente a los derechos sucesorios del hijo adoptivo, conviniendo con la generalidad de la doctrina, en que el empleo por el legislador de la expresión «particularidades» en el artículo 179, parece querer velar el lenguaje para ocultar la imposición de limitaciones, limitaciones que, en definitiva, sólo consiguen que quede en un mero *desideratum* la pretendida equiparación entre los plenamente adoptados y los hijos legítimos.

Ante la alternativa de una referencia exhaustiva a todos los problemas de interpretación que suscita la Ley de 4 de julio de 1970 y el tratamiento profundo de las cuestiones de mayor actualidad, el autor ha preferido seguir esta segunda vía. Los aspectos de mayor importancia objetiva del texto reformado han sido tratados con hondura y rigor en una exposición diáfana. Al filo de su línea discursiva, el autor realiza una ponderada estimación de las opiniones ajenas. Son ya numerosos los estudios dedicados a la reciente reforma de la adopción en nuestro Derecho. El que comentamos tiene el singular mérito de ofrecer, con visión de relieve, un panorama de los problemas de más vivo interés en el conjunto de la reforma.

LUIS RODRÍGUEZ ENNES

SANCHEZ DE LA TORRE: «Introducción al Derecho». Madrid, 1971. Editorial Anaya. Un volumen de 198 págs.

La obra del profesor Sánchez de la Torre, sobre *Introducción al Derecho* creo que cumple verdaderamente con los propósitos que el autor se ha marcado respecto al haber tomado algunas de las perspectivas que se incluyen en los modos tradicionales de estudiar el Derecho desde la misma realidad humana, de la propia participación y de su personal circunstancia existencial. Su sinceridad por la elección del método fenomenológico para un examen y exposición científica de la realidad del Derecho, no suele ser frecuente en nuestros estudios jurídicos, tantas veces resultado de los com-

promisos políticos o de los grupos de presión social, lo que les impide llegar a una auténtica labor intelectual objetiva. Entre otras novedades de esta introducción al estudio del Derecho, destaca este descomprometido estudio para descubrir el misterio de la Justicia con la búsqueda amorosa de la verdad, tratando de superar cualquier experiencia «vulgar».

Sin embargo, el autor no es un iconoclasta, pues sabe mantener con respeto la tradición que los juristas han ido tejiendo a lo largo de la historia en los textos, legislaciones, códigos, jurisprudencia y doctrinas, además de adentrarse en la auténtica realidad del Derecho, de sus influencias políticas, culturales, religiosas y sociales. De aquí que sus propósitos preferentemente, traten de fijarse en una perspectiva intermedia entre el concepto técnico y las creencias socializadas acerca del Derecho.

Después de partir del examen de la «experiencia del Derecho», en su capítulo primero se refiere, en primer lugar, a la infracción, para seguir consecuentemente con la agresión, la denuncia, el proceso, el delito y la pena, la absolución, la inmunidad la satisfacción jurídica y la seguridad jurídica.

El capítulo segundo trata de «los asientos institucionales del orden jurídico» concretándose de modo gradual y piramidalmente, al partir de la persona individual, la familia, los grupos espontáneos, la escuela, el poblado, la empresa, la profesión, los sindicatos, el Estado y la organización internacional.

A continuación de este examen institucional del orden jurídico y de aquella «experiencia dinámica» de la actividad humana desde la perspectiva jurídica, el profesor Sánchez de la Torre añade otros dos capítulos propiamente referidos al fundamento normativo del Derecho: la Ley y el Derecho de Estado.

En el capítulo tercero, acerca de la Ley, se pregunta: ¿quién hace la Ley? A continuación trata de la clasificación de las leyes jurídicas atendiendo a caracteres específicos, la ley del individuo o contrato, la ley de la familia o normas jurídicas preestatales, la ley de los grupos espontáneos y asociativos (convención y estatutos), la ley de las transformaciones racionales de la sociedad (plan), la ley del poblado (privilegio, ordenanzas, fueros, bandos, etc.), la ley de la empresa (reglamentos de régimen interior), la ley de la profesión y de los sindicatos (estatutos y convenios) y la ley de la comunidad internacional (tratados, pactos, convenciones, declaraciones).

Para concluir, el capítulo cuarto trata del Derecho del Estado y expone las generalidades sobre la función jurídica del Estado, la ley del Juez (providencias, autos, sentencias), la ley del Gobierno (orden ministerial, decreto y decreto-ley) y la ley del Estado (en sentido estricto), explayándose sobre la significación de la legalidad estatal y sus atributos (generalidad, tendente al bien común, como ley de todo el mundo, su transacción permanente y en cuanto sanción suprema del Estado).

Por último, se dedica un epígrafe de conclusión sobre el tema fundamental del Derecho: la libertad humana y la realización de esa libertad mediante el Derecho que, en definitiva, es para el autor —como lo fue para

Santo Tomás—, una forma de la libertad de la vida social en cuanto ordena racional para el bienestar común asegurado por la autoridad pública.

Es evidente que los propósitos del autor de conseguir con su obra una visión global del Derecho, hacerla asequible al lector medio, de haber empleado un lenguaje y estilo claros, se cumplen completamente, además de llevarnos con profundidad a la reflexión y mejor estudio de nuestra Ciencia del Derecho.

JOSÉ BONET CORREA.

SAVATIER, René: «La communauté conjugale nouvelle en droit français. Analyse juridique et économique». Librairie Dalloz. París, 1970; 283 págs.

Obra dedicada a comentar la reforma introducida en Francia por la Ley de 13 de julio de 1965, que ha modificado profundamente los regímenes matrimoniales en el país vecino; en adelante «la communauté réduite aux acquêts» se ha convertido en el régimen legal, salvo pacto en contrario; con relación al régimen anterior se ha restringido considerablemente la noción de «acquêts», que quedan reducidas a las adquisiciones a título oneroso, con exclusión de los rendimientos del trabajo o del capital propio, que son bienes privativos, si bien con la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio; como además se concede a la mujer la administración y el goce de los bienes privativos, con ruptura de la unidad de gestión familiar, algunos autores hablan de que el nuevo régimen francés se aproxima a los sistemas de separación. Con todo, debe señalarse que el legislador ha exigido el consentimiento uxorio para los actos más importantes, y ello permite una comparación con la reforma de nuestro artículo 1.413.

El comentario del Doyen Savatier presenta las típicas características de todas sus obras: un estilo incisivo, directo y brillante, hace la lectura sumamente amena obligando a reflexionar útilmente al lector, incluso aun siendo extranjero; valgan de ejemplo, las páginas preliminares en que somete a aguda crítica los conceptos legales de «fruits», «revenus», «bénéfices» y «profit», poniendo de relieve el retraso del lenguaje jurídico-civil con relación a los conceptos económicos actuales.

La obra está dirigida a los Notarios principalmente, ya que «le contenu effectif du schéma général que la loi nouvelle offre à la vie conjugale ne se précisera que par l'intermédiaire du notariat». Después de examinar los principios rectores de la nueva comunidad conyugal, ofrece una visión de conjunto de la misma en comparación con la antigua, analizando la composición y características de las diversas masas de bienes matrimoniales. Se ocupa de las situaciones normales y anormales del matrimonio, para finalizar con los delicados problemas de la liquidación y división de la comunidad.

Cuando todavía no se ha planteado a fondo entre nosotros el tema de la reforma de nuestro régimen económico matrimonial, conviene seguir de cerca los resultados prácticos de las reformas extranjeras más semejantes a

nuestros hábitos. Recuerda H. Mazeaud que en 1963 el Instituto francés de la opinión pública, realizó una encuesta según la cual el régimen de separación de bienes «aparece contrario à la idea misma de matrimonio». ¿Cuántas investigaciones merecedoras de crédito se han realizado sobre el tema en España? La obra de Savatier la leerá con gusto todo jurista preocupado por los problemas del régimen económico matrimonial.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
José María CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

CANCELACIÓN PARCIAL DE HIPOTECA. NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN LA QUE EL ACREDOR HIPOTECARIO CANCELA PARCIAL Y UNILATERALMENTE UNA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS SIN ESTAR DISTRIBUIDA ENTRE ELLAS LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. (Resolución de 17 de marzo de 1969. *Boletín Oficial* de 7 de abril).

Hechos.—Don Mauricio y D. Rufino Cascajero Dombriz logran un préstamo mancomunado del Banco Hipotecario de España y en garantía de su devolución, constituyen hipoteca a favor del Banco en la forma que autoriza el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, sobre una finca que les pertenecía en el término de Fuencarral. Sobre dicha finca edifican tres casas, una de dos plantas y otras dos de una.

Con posterioridad al préstamo inicial el Banco les concede uno nuevo en iguales condiciones que el anterior, y en garantía del cual vuelven a hipotecar la primitiva finca en la forma autorizada por el artículo 217 del Reglamento Hipotecario.

Los deudores, don Rufino y don Mauricio, propietarios de la finca, otorgan sucesivamente tres escrituras que autoriza el mismo Notario (Don Francisco Núñez Lagos), en sucesivas fechas. Por la primera, segregan de la finca inicialmente descrita doscientos cuarenta metros cuadrados, de los que treinta y ocho con setenta y ocho decímetros, corresponden a terreno edificado y el resto a patio, los cuales vendieron a D. Manuel Furón Rivera. Por la segunda, vuelven a segregar de lo restante de la finca, ciento sesenta y cuatro metros con sesenta decímetros cuadrados, de los cuales, sesenta metros con sesenta y cinco decímetros corresponden a terreno edificado, que venden a D. Epifanio Romero López. Por la tercera, y en el resto de la finca que quedaba después de las segregaciones realizadas, los hermanos Cascajero Dombriz proceden a dividir la misma en dos independientes: una de 266 metros cuadrados, y otra de 80 metros cuadrados que se adjudican, respectivamente, Maunicio y Rufino, acordando en la cláusula tercera que el importe que se adeuda al Banco Hipotecario por la hipoteca que grava la finca matriz, se pagará a su vencimiento íntegramente por D. Mauricio. Todas estas operaciones tienen su reflejo registral y únicamente no consta en el mismo, por su carácter obligacional, el pacto del pago de la deuda por D. Mauricio.

Posteriormente se producen estos hechos. El Comité Ejecutivo del Banco Hipotecario, acuerda, a petición de los interesados, la liberación parcial de la hipoteca mediante la entrega de determinadas cantidades y consiente en las segregaciones realizadas. Ante el Notario D. Francisco Docavo, don

Mauricio vendió la casa que le había sido adjudicada a doña Pilar y don Joaquín González Herraiz. Ante el Notario D. Manuel González Enríquez, el representante del Banco Hipotecario de España, D. Fernando Gutiérrez Soto, otorga escritura de cancelación parcial de hipoteca, en la que, después de referirse al reintegro de cantidades y liquidaciones practicadas, dio su conformidad a las segregaciones y divisiones efectuadas por los hermanos Cascajero Dombriz y que la hipoteca subsistente gravitase con exclusividad sobre la casa que se adjudicó a D. Mauricio y que éste vendió a doña Pilar y D. Joaquín González Herraiz, solicitando del Sr. Registrador de la Propiedad número 7 de Madrid que inscribiese la cancelación parcial y el nuevo señalamiento de su volumen. La escritura de venta de D. Mauricio se otorga el día 2 de agosto de 1963 y la de cancelación parcial el 23 de abril de 1964.

Presentada la primera copia de la última escritura citada, el Registrador ejerció su función calificadora y determinó que suspendía la cancelación parcial porque el acreedor, por sí solo, no puede elegir qué fincas quedan liberadas y cuál sujeta al gravamen hipotecario, sin consentimiento del titular de la última. Recurrida la calificación por el Notario autorizante del título alegó en el recurso que el principio de indivisibilidad de la hipoteca está establecido en favor del acreedor, el cual puede renunciar por acuerdo con el deudor, no con los dueños de las fincas hipotecadas; que al igual que la cancelación de una hipoteca única puede producirse por el consentimiento del acreedor, con igual requisito podrá cancelarse cualquiera de las varias en que se haya dividido o transformado la original. Que los titulares de las fincas nuevas no pueden alegar perjuicio, puesto que sus fincas respondían inicialmente de todo el crédito; que cuando existe reducción del crédito o deuda sin distribución de la responsabilidad no es preciso el consentimiento del deudor, bastando simplemente el del acreedor. Cita en apoyo de su tesis las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945.

El Registrador, en su informe, alega que el documento en el cual D. Mauricio asume la totalidad de la deuda no fue presentado en tiempo y forma y que la finca que al mismo correspondió fue vendida a doña Pilar y a don Joaquín González Herraiz, los cuales deben ser considerados como «terceros poseedores». Que el caso no lo contempla la legislación hipotecaria y que las Resoluciones que cita no son de aplicación por no existir en ellas terceros interesados. Que si bien el acreedor puede repercutir sobre cada una de las fincas hipotecadas por la totalidad de la deuda, puede existir perjuicio de terceras personas por la unilateral decisión del acreedor que inicialmente concertó un préstamo mancomunado con dos personas, situación que para el acreedor no ha sufrido alteración al ser sustituido uno de ellos por otros dos terceros poseedores de fincas.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y por ello, el Notario se alza ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que si el supuesto no está regulado por la legislación hipotecaria huelga la exigencia del consentimiento entre acreedor y deudor; que no puede alegarse perjuicio de los terceros expuestos a la ejecución de la hipoteca por la totalidad de la deuda; que no debe invocarse la no solidaridad de la deuda, pues las relaciones internas entre los dueños de las dis-

tintas fincas no deben afectar a la posibilidad de cancelación por el acreedor y que la Resolución de 12 de junio de 1945 refuerza su argumentación precisamente sobre la base de la inexistencia de terceros.

Doctrina.—Ante todo ello, la Dirección General de los Registros dice que el «expediente plantea la cuestión de si puede el acreedor por sí solo cancelar parcialmente una hipoteca que recae —como consecuencia de diversas segregaciones y una división material practicada—, sobre varias fincas y elegir aquellas que han de quedar libres y aquellas otras sobre las que ha de quedar subsistiendo el gravamen, o bien si para realizar tal operación necesitará el consentimiento del deudor, tal como exige para distribuir la responsabilidad hipotecaria, el artículo 123 de la Ley Hipotecaria». Una de las características del derecho real de hipoteca la constituye su indivisibilidad en el caso de que la finca se divida o se realicen segregaciones en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.860 del Código civil y 122 de la Ley Hipotecaria.

Como una excepción al principio de indivisibilidad está la del artículo 123 de la Ley Hipotecaria que admite la divisibilidad del crédito hipotecario entre las varias fincas en que se haya dividido la primitiva, siempre que ello se haya realizado por acuerdo entre acreedor y deudor, pudiendo en ese caso exigir la cancelación parcial de cualquiera de ellas o cuando se esté en el caso del artículo 124 de la Ley Hipotecaria, cuando se hubiera pagado la parte de crédito correspondiente.

Se consideran inaplicables las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945, en las que los supuestos de hecho se refieren a diversas segregaciones en las que comparecen deudores y acreedores y no es el acreedor el que procede a cancelar unilateralmente el gravamen sobre todas las fincas creadas, excepto una, sin que hayan comparecido los dos deudores mancomunados, ni tampoco los actuales dueños de los inmuebles o terceros poseedores.

Si bien el supuesto no está contemplado en la legislación, guarda cierta analogía con el de la división del crédito hipotecario, «que exige acuerdo de acreedor y deudor, por lo que, en el caso de cancelación parcial de lo que resulta, indirectamente, una distribución del crédito hipotecario, se requerirá, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquéllas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada, sobre alguna finca, con evidente perjuicio del titular».

En vista de todos estos argumentos, la Dirección General confirma el Auto del Presidente de la Audiencia y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—El caso con el que se enfrenta la Dirección General de los Registros es nuevo y sin solución específica dentro de la legislación especial. La solución que al caso se da es producto del procedimiento analógico de aplicación, en cuya virtud, toda teoría de la división del crédito hipotecario con su exigencia del acuerdo entre acreedor y deudor

se proyecta sobre este peculiar caso de cancelación parcial, del que resulta en forma indirecta una distribución del crédito hipotecario.

Se hace preciso contemplar en el presente caso dos clases de intereses contrapuestos, que juegan en forma decisiva para la solución del mismo: los intereses de los deudores y el interés preferente del acreedor. O lo que viene a ser lo mismo, la regla general de la mancomunidad de la obligación garantizada, frente al principio excepcional de la solidaridad, y la indivisibilidad de la hipoteca en caso de ser una la finca hipotecada que luego se transforma en diferentes parcelas independientes.

Debemos diferenciar, por ello, dos casos claros que tienen tratamiento diverso. *a)* El supuesto de que se hipotequen diferentes fincas en garantía de un solo crédito. *b)* El caso en que hipotecándose una sola finca (o los casos asimilados), se produzca luego una división que escinda la primitiva en otras diferentes.

a) Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, no pudiéndose inscribir la hipoteca sin que se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Esta distribución puede hacerse en la misma escritura de hipoteca, en otro documento público o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas. La doctrina es conocida y viene establecida en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria y 216 del Reglamento.

Esta doctrina es un tributo al principio de especialidad y, si se quiere, a la regla general de mancomunidad de las obligaciones (arts. 1.137 y 1.138 del Código civil), que tiene ciertas excepciones como veremos en el caso siguiente. El efecto fundamental es el de la posibilidad de dirigirse contra cualquiera de los bienes hipotecados únicamente por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses y costas (art. 120 de la Ley Hipotecaria).

El dogma de la accesoria de la hipoteca en relación con el crédito, sufre aquí una cierta alteración en cuanto si bien, la distribución de responsabilidad no supone división del crédito, sí concreta su cifra de responsabilidad frente a un tercero, el cual aún adquiriendo el carácter de deudor solidario sólo responde de la cantidad por la que esté afecta la finca. Esto es, no hay división de crédito, pero es como si la hubiera, resplandeciendo su unidad en el caso de que si la hipoteca no alcanza a cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelación respecto de los titulares de derechos reales adquiridos después de inscrita la hipoteca (art. 121 de la Ley Hipotecaria).

b) Cuando se hipoteque una sola finca que luego se divida en otras diferentes; cuando se hipotequen varios derechos integrantes del dominio o participaciones proindiviso de una finca o derecho y cuando se constituye hipoteca por todos los diferentes propietarios de pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, no hace falta la distribución del crédito o de la responsabilidad, pudiendo el acreedor repetir «por la totalidad de la suma asegurada» contra cualquiera de las nuevas fincas o contra todas a la vez (arts. 123 L. H. y 217, 218 del R. H.). Es decir, estamos ante un caso de

hipoteca solidaria, surgida por el principio de indivisibilidad de la hipoteca y sobre la base de protección de los derechos del acreedor.

El dogma de la accesoriedad quiebra de nuevo y en el primer caso contemplado, la hipoteca se emancipa del crédito en su posible cualidad de mancomunado o solidario, para otorgar al acreedor la facultad ejecutiva de toda obligación solidaria: por la totalidad del crédito y contra cualquiera de las fincas o contra todas a la vez.

Toda la problemática de la Resolución reside en averiguar si esta facultad que al acreedor se le reconoce en el caso de que su deudor o deudores modifiquen la unidad material de la finca, segregándola, dividiéndola y creando terceros poseedores, lleva consigo la facultad de concretar unilateralmente la garantía hipotecaria en una determinada finca de las segregadas o divididas, cancelando la que afecta a las demás. Y además, si esa cancelación y concreción de responsabilidad supone, para solucionar el problema por analogía, un supuesto de distribución de responsabilidad.

El concepto de distribución no excluye la liberación, pues nada impone que el reparto de responsabilidad tenga que ser igualitario, y de hecho no será por el distinto valor de las fincas y por la diferente situación de deuda de los diferentes propietarios. Por eso, en principio, la solución analógica que la resolución ofrece, encaja en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria antes apuntado. Pero debemos precisar más, considerando que si bien para la distribución igualitaria o desigual de la responsabilidad se exige por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria el consentimiento del acreedor y del deudor (nunca de los terceros poseedores), para la cancelación parcial o total de la hipoteca, nunca se exige el consentimiento del deudor. Conforme al artículo 85 de la Ley Hipotecaria, sólo es preciso el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos. Claro que este consentimiento debe funcionar en correlación con el principio de especialidad provocando cancelaciones totales o parciales de gravámenes que afectan a fincas determinadas.

En el presente caso, el principio de especialidad se cumple dejando afectada cada nueva finca —formada por segregación o división de la primera mente hipotecada—, con la totalidad de la hipoteca, conforme disponen los artículos 46 y siguientes del Reglamento Hipotecario, y el sistema de arrastre de cargas que ordena el 51 del mismo texto legal. No se procede a una cancelación parcial, sino a cancelaciones totales de la hipoteca que afecta a tres de las fincas cuestionadas, dejando vigente la hipoteca en su totalidad sobre la cuarta. No puede alegarse perjuicio para el tercer poseedor de finca gravada con la totalidad de la hipoteca, pues éste, al hacer la adquisición, debió conocer la existencia de la hipoteca y tomar las medidas necesarias (retención o descuento), para cuando llegue el momento de la ejecución. Es decir, no se podría decir que existe una posible renuncia en perjuicio de tercero al amparo del artículo 4, 2, del Código civil.

Estimo que la posible razón de la doctrina sostenida por la resolución se basa en la redacción de la escritura que se presenta a inscripción y en la ausencia de valoración de las relaciones existentes entre los primitivos deudores y los actuales titulares hipotecarios. Como la primitiva finca ha quedado registralmente «cerrada» por haberse convertido en otras cuatro, ya no

puede operarse cancelando parcialmente la hipoteca que afectaba a la finca matriz, rectificando sucesivamente el «arrastre» de cargas de las demás fincas y, por ello, habrá de ir cancelando cada «arrastre» en forma independiente, como si se tratara de hipotecas diferentes, aunque sea una sola, que por la fuerza de la solidaridad afecta íntegramente a cada finca en particular.

De todas formas, se hace difícil pronunciarse por una u otra solución cuando la laguna legal deja el gran margen para la especulación doctrinal. No sucede así en otros Derechos extranjeros, donde el supuesto está previsto. Así, el B. G. B. alemán, en el parágrafo 1.132, dispone que «Si en garantía de un crédito existe una hipoteca sobre varias fincas, cada finca responde por todo el crédito. El acreedor puede intentar la satisfacción, a su voluntad, a costa de cada una de las fincas, en todo o en parte. El acreedor está autorizado para distribuir la cuantía del crédito sobre las fincas singulares, de manera que cada finca responda solamente por la suma asignada. A esta distribución le son aplicables los artículos 875, 876 y 878».

A falta de precepto especial aplicable cabría pensar en una regulación similar a la que se desprende del Derecho alemán, o bien en una posible regulación especial de la hipoteca cambiaria, donde el precio pendiente representado por letras de cambio, implicase una previa distribución del crédito o de la responsabilidad entre los diferentes pisos o fincas de un edificio, supuesto éste, de indudable frecuencia en la práctica, ya que los Bancos no suelen proceder a una división del crédito hipotecario, subsistiendo éste íntegro frente a cada piso. La hipoteca cambiaria, con su posibilidad de cancelación parcial de la hipoteca, solucionaría infinidad de problemas de esta laguna legal.

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. NO SON INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO UNAS CERTIFICACIONES REFERENTES A UNA SUPUESTA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA QUE NO REÚNE LAS CONDICIONES DE TAL, SIENDO MÁS BIEN UN PERMISO O AUTORIZACIÓN SIN CARÁCTER REAL. (Resolución de 18 de abril de 1969, Boletín Oficial de 9 de mayo.)

Hechos.—En el año 1911 y por una Real Orden de 29 de junio, se concede a D. Domingo Figueroa Pedrero un aprovechamiento consistente en instalar en la época veraniega y durante diez años, una galería y sesenta cestas móviles en un trozo de terreno de trescientos metros de longitud de la zona marítimo-terrestre de la playa denominada «la Costilla», de la villa de Rota. Posteriormente, por otra Real Orden de 13 de julio de 1923, se modifica la condición primera de las establecidas en la anterior disposición, considerando que la concesión se otorga sin plazo limitado, pero pudiendo también cesar sin indemnización, siempre que lo exija el interés público. El día 30 de mayo de 1967 se expedían por el Ingeniero Jefe de la Sección Primera de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, dos certificaciones de las propuestas de las mencionadas Reales Ordenes a efectos de transferencia de la referida concesión.

Se presentan ante el Registro de la Propiedad y el Registrador, después de ejercer su función calificadora, decide denegar la inscripción sobre la base de los siguientes defectos: 1.º) No estar incluida la concesión en los artículos 60 al 72 del Reglamento Hipotecario, no podérselle aplicar la regla general del artículo 31 del citado texto legal y carecer de trascendencia real inmobiliaria. 2.º) No tratarse de una verdadera concesión, sino de un *permiso* encajable en los artículos 35 y 36 de la Ley de Puertos, que concretado a instalaciones desmontables de carácter temporal-estacional, carece de la entidad inmobiliaria requerida para poder ser objeto de una inscripción hipotecaria y que no puede incluirse en las que se refiere el número 10 del artículo 331 del Código civil. 3.º) Alterarse institucionalmente el carácter propio de toda concesión en general, pues se realiza sin plazo limitado, cosa que corrobora el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado (15 de abril de 1964). 4.º) No ser título adecuado ni suficiente —en el aspecto formal—, las dos certificaciones presentadas, porque los términos en que se insertan las resoluciones en ellas reseñadas, más parecen una propuesta a S. M. que una auténtica disposición ministerial, no acompañándose los traslados de las dos disposiciones aludidas, ni documento alguno que permita conocer las circunstancias que, por exigencia de la regla 6.ª del artículo 9 y del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, y de la regla 10.ª del artículo 51 de su Reglamento, es necesario consignar en la inscripción qué se pretende; pues si se omitiese una sola de ellas, o se expresase con inexactitud, sería nulo el asiento practicado, según dispone el artículo 30 de la mencionada Ley y, en relación con él, el párrafo 2 del artículo 98 del mismo Reglamento. 5.º) No consignarse la medida superficial, ni los linderos del trozo de la zona marítimo-terrestre afectado por las instalaciones estacionales que se autorizan. 6.º) La indeterminación del derecho cuya registración se pretende, pues se habla de una concesión temporal de análoga explotación, otorgada anteriormente a favor de otra persona, e implícitamente sobre el mismo trozo de terreno de la zona marítimo terrestre, provocando con ello un derecho ambiguo e impreciso. 7.º) No consignarse la edad y el estado civil del adquirente, datos que sirven para apreciar la capacidad del concesionario y el carácter privativo o ganancial de su adquisición. 8.º) No consignarse la diligencia de legitimación y legalización de la firma del funcionario que suscribe. 9.º) No acompañarse el duplicado de cada una de las certificaciones. Los tres primeros defectos se consideran como insubsanables, siendo subsanables los seis restantes, no procediendo anotación, aunque se pidiere.

El recurrente se limita a atacar los tres primeros defectos alegados por el Registrador en su nota. Frente al primero dice que la amplitud de términos en que se expresa el artículo 31 del Reglamento Hipotecario no existe limitación para que la concesión cuestionada tenga acceso al Registro. Respecto al segundo se dice que el Registrador debe limitarse a inscribir los derechos que concretamente resulten de los documentos presentados, sin que se encuentre facultado para determinar el alcance de los mismos y que lo que se otorgó a favor del Sr. Figueroa Pedrero fue una concesión encuadrada entre las que regula la Ley de Puertos de 1880 entonces vigente, o lo que es lo mismo, un derecho a ocupar sin contradicción alguna y frente a todos, un tramo de la zona marítimo-terrestre para el uso propio de la misma en

tiempo de baños, sin que obste que se trate de instalaciones desmontables ni de que sea necesario el permiso administrativo a que quedó sometida la concesión. Por lo que se refiere al tercer defecto, se alega que la calificación registral debe concretarse al estado legal del otorgamiento del documento y no a los que posteriormente puedan producirse, por lo que la alegación de la Ley del Patrimonio del Estado sólo puede invocarse para considerar vigente la Ley de Puertos de 1880 y 1928, que en la tabla derogatoria sólo figuran en lo que respecta al artículo 2 de la primera, por lo que la temporalidad o permanencia de la concesión queda sujeta a dicha norma.

El Registrador de la Propiedad, que ya se había mostrado pródigo en la nota calificadora, aporta en su informe más argumentos. Entre ellos está el de la incongruencia entre la impugnación de los tres primeros defectos y la falta de ataque del resto, lo que supone no poder nunca hacer la inscripción mientras no se subsanen; falta de transcripción literal de las Reales Ordenes de 1911 y 1923, faltando la aprobación real; que mientras en la primera se establece una concesión, en la segunda sólo existe una prórroga; que aunque en el artículo 31 del Reglamento Hipotecario no existe el sistema del *numerus clausus*, ello no supone admitir todas aquellas que no tengan trascendencia real, debiendo ser verdaderos derechos reales administrativos y no situaciones de precario; que la concesión se hace dejando a salvo los derechos que sobre el mismo terreno pudiera tener otro concesionario anterior y que estos permisos cesarán sin derecho a indemnización siempre que lo exija el interés público, lo cual hace suponer, junto con la necesidad de la autorización anual del Gobernador de la Provincia, que no se trata de una verdadero derecho real oponible *erga omnes* y sí un simple permiso administrativo similar a los cientos de ellos que todos los años conceden las Jefaturas Regionales de Costas, dependientes de la Junta Central de Puertos, autorizando a los particulares para instalar en las playas casetas de baños para uso privado o industrial; que reiterada jurisprudencia afirma que la nota diferenciadora de los permisos y autorizaciones portuarios frente a las concesiones de igual índole, es la revocabilidad de las autorizaciones o permisos sin derecho a indemnización; que el artículo 42 de la Ley de Puertos se refiere a autorizaciones que pueden ser temporales o permanentes y no a las concesiones, y que la misma ley —aplicable por la fecha de las certificaciones—, exige que la concesión debe contener un plazo, mientras que para los permisos no se exige un plazo determinado, por lo que la concesión inicial de 1911 quedó convertida en el año 1923 en un simple permiso de aprovechamiento, temporal, libremente revocable y sin derecho a indemnización.

El Presidente de la Audiencia revoca los tres primeros defectos de la nota del Registrador en base de argumentos similares a los utilizados por el recurrente, y el funcionario que calificó entabla recurso ante la Dirección General, que revoca parcialmente el auto apelado, confirmando los dos primeros defectos registrales en la forma que veremos.

Doctrina.—El problema central que plantea el expediente es el de si puede tener acceso al Registro la denominada «concesión» o «autorización» para utilizar en una zona de la Playa de Rota el establecimiento de galería y casetas móviles con destino a baños, durante la temporada comprendida entre el 15 de junio y el 15 de octubre de cada año.

El sistema seguido por la legislación hipotecaria es admitir a registración las concesiones administrativas, siempre que tengan trascendencia real en base a la naturaleza de bienes inmuebles que a las mismas reconoce el artículo 334 del Código civil, regulando el Reglamento Hipotecario en forma especial, la inscripción de las aguas, minas y obras públicas, pero sin que ello quiera decir que la enumeración sea limitativa, pues deben admitirse a inscripción todas aquellas que por sus características y efectos, puedan ser consideradas como verdaderas concesiones administrativas.

La Ley de Puertos de 1880 no es muy precisa en su terminología, pero permite distinguir en ella varios términos con un contenido determinado, utilizándose el de «autorización» (arts. 38, 43, 44, 47, 51 y 53), con un sentido más amplio que el de concesión; empleándose el de «permiso» (artículos 39, 40 y 41), como la autorización de grado inferior y de carácter precario, pudiendo caducar sin derecho a indemnización; reservando el concepto de «concesión» para aquellas variantes de las autorizaciones (artículos 46, 48, 50, 52, 54, 55, 56, 57 y 58), que no tienen necesariamente un carácter precario, que se otorgan por tiempo fijo (art. 58), y que en caso de cesar antes de terminar éste, dan lugar a indemnización, si bien ésta consiste en el valor de las obras realizadas (art. 50); empleándose el término «licencia» en un solo caso (art. 51, 3.º), como sinónimo de «permiso» antes aludido.

A la luz de estos preceptos, se hace preciso diferenciar entre la Real Orden de 1911, que otorga al interesado una verdadera concesión o derecho a instalar una galería general y sesenta casetas móviles, durante la temporada de verano, por un plazo fijo (diez años), y con derecho a indemnización conforme al artículo 50 de la Ley de Puertos, y el acto administrativo posterior contenido en la Real Orden de 1923, que modifica los términos de la anterior, en cuanto que la autorización quedó sin plazo fijo y, lo que es más importante, sujeta no al sistema de indemnización, sino al de absoluta carencia de ésta, de conformidad con el artículo 41, de lo que se deduce que lo que empezó siendo una «concesión» pasó a ser, en virtud de posterior acto administrativo, a un simple «permiso» a título precario, sin sujeción a plazo y sin derecho a indemnización en caso de revocación de aquél.

Teniendo en cuenta que sólo deben acceder al Registro aquellas situaciones que supongan verdaderos derechos reales oponibles a terceros y que vinculen a la Administración durante un determinado plazo, pero no aquellas que puedan cesar en cualquier momento, sin derecho a indemnización, por decisión unilateral de la entidad concesionaria, situaciones calificadas de «permisos» por la Ley de Puertos, el interesado no goza de ningún derecho real, ni siquiera del subjetivo por carencia de obligatoriedad o vínculo obligatorio. No obstante, es preciso aclarar que el otorgamiento de una concesión sin sujeción a plazo no supone, por sí sólo, un defecto que impida la inscripción, ya que como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1966, en este caso puede considerarse como que su duración es de noventa y nueve años por aplicación del tope señalado en el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Por todo ello, confirma los dos primeros defectos de la nota del Registrador, y revoca parcialmente el auto apelado en cuanto a ellos.

Consideraciones críticas.

Debemos anticipar que la doctrina de la Dirección General en este caso es acertadísima, pues, penetrando en el campo administrativo de la Ley de Puertos, logra ofrecernos las tres posibles figuras que los actos de autorización de uso y aprovechamiento de terrenos del dominio público ofrecen al intérprete: la concesión, el permiso y la autorización. La concesión y el permiso no son más que variantes del concepto genérico de la autorización. La concesión se matiza por la existencia de un plazo (expreso o tácitamente marcado en los noventa y nueve años), y la posibilidad de una indemnización caso de que el plazo de caducidad se anticipe. Nada de esto sucede en el caso del permiso, al que se califica de situación de precario.

La concepción plana del Derecho de que nos habla García de Enterría (*Legislación delegada y control judicial*, Madrid, 1970, pág. 7), impide al «privativista» ver esa gran «tercera dimensión» del orden administrativo. Por eso, es necesario acudir a una precisión de conceptos que se aislen un poco de los tradicionalmente admitidos por nuestro núcleo central jurídico. Confieso sinceramente que se me hace muy cuesta arriba admitir la existencia de una «situación precaria» basada en un título, cuando civilmente entendemos que el «precario» era aquella situación de posesión de hecho o «posesión sin derecho para tenerla» (Sentencias de 5 de diciembre de 1934 y 26 de junio de 1947), y aquí se parte de la base de una Real Orden de 1911 que otorga una concesión, es decir, que crea un título, que luego se prorroga en su plazo eliminando la posibilidad de una indemnización. Realmente si estamos ante una situación de precario, no hacía falta negarle a la misma el carácter de trascendencia real, ya que podría bastar el artículo 5 de la Ley Hipotecaria que niega la inscripción a los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer. Debemos entender por título aquí, el concepto documental del mismo, ya que el precario puede existir aun estando contenido en una escritura pública, pues ésta no servirá más que como acto declarativo o para facilitar la prueba, llegado el momento, del concepto en que el precarista posee.

Aunque la visión administrativa discrepe de los tradicionales conceptos admitidos por el Derecho Privado, en materia de precario parece que coincide. Moreno Moncholí (*El precario*, Barcelona, 1951), y García Valcárcel (*Ambito del juicio de desahucio por precario*, R. D. Notarial, 1955, número 8, página 295), precisan que en el precario no existe vínculo obligatorio, pues no existe obligación en el concedente, que en cualquier momento puede revocar su liberalidad, ni en el precarista, que no se ha ligado a vínculo de clase alguna, pues no puede hacerlo donde no existe bilateralidad.

Estas notas parecen predicarse de una de las clases de autorización que la Ley de Puertos denomina «permisos», pues en ellos existe una situación de disfrute, sin sujeción a plazo, con posibilidad de revocación por la parte concedente y sin derecho a indemnización. Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, Tomo II, pág. 452), nos da también la misma clave al referirse, en general, a las autorizaciones administrativas sobre el uso especial del dominio público, las cuales tienen cuatro grandes rasgos: 1) Son auténticos actos de tolerancia para un uso especial del dominio, al «que el particular no podía alegar derecho alguno. 2) Se trata de actos uni-

laterales, aunque otorgados a petición del particular, mientras que la concesión admite la posibilidad de un carácter contractual. 3) Es acto revocable, lo que determina una situación de precario para el autorizado. 4) El otorgamiento de estos permisos puede someterse a la exención de una tasa.

Frente a estos permisos existe distintivamente la concesión, en la que el autor antes citado dice que surge el disfrute exclusivo de un bien de dominio público, en el que el acto puede calificarse de contractual, según la tesis de Villar Palasí (*Naturaleza y regulación de la concesión minera*, «Revista de Admon. Pública», número 1, 1950, pág. 92), y Entrena Cuesta (*El dominio público de los hidrocarburos*, «Rev. de Admon. Pública», número 29, 1959, página 356), y su naturaleza puede calificarse de real, admitiendo la posibilidad de los derechos reales administrativos a favor de particulares que producen la situación de *erga omnes* en que se encuentra el concesionario, por la posibilidad que tiene de perseguir su derecho frente a terceros. No otra cosa es la definición que diera Roca Sastre (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1946, Tomo II, pág. 712), «la concesión administrativa es un acto de la Administración en virtud del cual se crea sobre bienes de dominio público y a favor de un particular, un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o explotación exclusiva».

De lo cual se deduce que si concesión y permiso, aunque pertenezcan a la misma rama de las autorizaciones, se diferencian netamente, no es viable la inscripción del permiso al amparo del artículo 31 del Reglamento Hipotecario. Pero si la diferencia entre una y otra figura se hace depender únicamente de la revocabilidad y de la falta de indemnización, como parece apuntar también el Tribunal Supremo en diversas Sentencias de 13 de diciembre de 1950 y 13 de octubre de 1964, el permiso podría tener acceso al Registro como tantos otros actos revocables (piénsese en las donaciones, en los actos condicionales, en las ventas a retro, etc.), o bien por el cauce de los actos modificativos del dominio de que habla el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento, o por el criterio de analogía con la concesión.

Estimo que la razón diferenciadora entre una y otra figura está en la situación posesoria o de precario en que se sitúa al que se le concede el permiso y la razón, por tanto, de la denegación de la inscripción está más que en el no encaje del artículo 31 del Reglamento Hipotecario, en la aplicación del artículo 5 de la Ley Hipotecaria. Aparte de ello, el permiso en la forma en que se concedió, no respondía a lo que Garrido Falla (obra citada), llama otorgamiento de un derecho *ex novo* bajo el principio «sin perjuicio de terceros», que supone una doble limitación para la Administración: de una parte, impide conceder lo que ya estaba concedido, y de otra, impide a la Administración alterar las situaciones jurídicas civiles, para lo que carece de competencia.

Tanto en la nota del Registrador, como en las alegaciones del recurrente y la solución que la Dirección General da al caso, se utiliza por analogía el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado, unos para admitirlo y otros para rechazarlo. La situación a que hace referencia este artículo, en su poco acertada redacción, es la de bienes demaniales (quedan, por ello, marginados los bienes patrimoniales del Estado), en su doble cualidad de afectados a un servicio público o destinados a un uso público. Sobre ambas clases de

bienes parece que cabe o «una concesión o una autorización» (el artículo 127, precisa: *concesión y autorización*), aunque luego ambas figuras tienen el mismo trato, e incluso se otorga a las mismas el derecho de adquisición preferente a que se refiere el artículo 128. Aparte de que este artículo, por razones de aplicación en el tiempo, es de difícil incorporación al caso resuelto, no aporta grandes claridades al deslinde de las figuras que tanto la Ley de Puertos, como la doctrina y la misma Dirección General, nos brinda en este singular recurso gubernativo.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

A cargo de Manuel AMOROS GUARDIOLA, Juan CADARSO PALAU, Jesús DIEZ DEL COORRAL, Juan DOVAL MÁTEO, Gabriel GARCIA CANTERO, Angel LUCINI CASALES, José PERE RALVY, José POVEDA DIAZ, Ignacio SOLIS VILLA y Manuel TRENZADO KUIZ.

DERECHO CIVIL

I.—Parte general.

1. CAPACIDAD PROCESAL DE LA MUJER CASADA: *El artículo 60 del Código civil no niega a la mujer casada capacidad procesal, sino que simplemente la subordina a la autorización o licencia del marido.* (Sentencia de 7 de junio de 1971; no ha lugar.)

2. CULPA EXTRACONTRACTUAL: APRECIACIÓN: *Ha de prevalecer el criterio del Tribunal de instancia mientras no se demuestre que es equivocado o manifiestamente erróneo.*

CUESTIONES NUEVAS EN CASACIÓN: *No son admisibles.*

RENUNCIA A LA ACCIÓN: ALCANCE: HIJO ARAGONÉS MAYOR DE 14 AÑOS: *La renuncia a la acción que, con ocasión de las diligencias preparatorias motivadas por el accidente, hizo la esposa del fallecido, sólo comprende el derecho a mostrarse parte en el procedimiento penal, sin que por otra parte pueda afectar a los derechos propios de sus hijos, ya que no se hizo constar así, y aunque se hiciese sería inoperante, ya que existiendo dos hijos aragoneses mayores de 14 años, eran éstos, debidamente asistidos, quienes debían renunciar, y respecto del otro hijo menor de 14 años, se requería la concurrencia del padre que aún no había fallecido.*

CONTRATO DE SEGURO: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS OSCURAS: CONCEPTO DE «FAMILIARES DEL ASEGURADO»: *La cláusula que excluye de la cobertura del seguro a los familiares del asegurado, no puede estimarse que se refiere a un hermano del mismo, que vivía en distinto domicilio y era cabeza de otra familia sin que existiese entre ambos ningún nexo económico-familiar común, pues al ser el seguro un contrato de adhesión, la oscuridad de las cláusulas ha de imputarse a la empresa aseguradora, por lo que se impone la interpretación más favorable al asegurado.* (Sentencia de 23 de noviembre de 1970; desestimatoria.)

3. DELEGACIÓN PROVINCIAL DE SINDICATOS: PERSONALIDAD: *Tanto la Ley de Bases de la Organización Sindical de 6 de diciembre de 1940 como el*

Decreto de 28 de junio de 1965, sólo y exclusivamente reconocen personalidad propia a la Delegación Nacional, junto con los Sindicatos y Entidades Sindicales menores, no estando comprendidas entre éstos las Delegaciones Provinciales, que carecen de la personalidad jurídica necesaria para poder ser demandadas. (Sentencia de 9 de diciembre de 1970; no ha lugar.)

4. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Carecen de los requisitos exigidos por la Ley, para justificar el error de hecho los documentos que han sido examinados e interpretados por el Tribunal.*

INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: *La interpretación del contenido de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de instancia y debe, por ende, ser respetada en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado, con exégesis atentatorias a su letra y espíritu. (Sentencia de 20 de marzo de 1971; no ha lugar.)*

5. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: *La interpretación razonable del juzgador ha de ser mantenida, de no demostrarse su equivocación evidente o manifiesto error.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No son documentos auténticos a efectos de casación las manifestaciones hechas por los litigantes en sus escritos.*

«MUTATIO LIBELLI»: *Si la obligación cuyo cumplimiento pretende el actor no la fundamentó éste, en su demanda y réplica, en la existencia de convenio alguno entre las partes contendientes, sino en que su exigibilidad es una práctica normal, una costumbre con rango de Ley, no le es lícito cambiar después en el recurso de casación la tesis que mantuvo en la instancia, aduciendo que tal obligación se deriva de lo efectivamente convenido. (Sentencia de 3 de febrero de 1971; no ha lugar.)*

6. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN INJUSTICIA NOTORIA: *La interpretación del contrato es facultad privativa del Tribunal «a quo» siempre que la misma no resulte contraria a los principios de la sana lógica.*

IMPUGNACIÓN DE LAS APRECIACIONES DE HECHO DEL TRIBUNAL «A QUO» EN INJUSTICIA NOTORIA: *No puede prosperar la impugnación de la estimación de hecho efectuada por el Tribunal «a quo», reqlizada al amparo de la causa 3.ª, en lugar de la cuarta de injusticia notoria. (Sentencia de 26 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

7. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Debe prevalecer el criterio del Tribunal de instancia, salvo cuando se demuestre que infringe notoriamente las normas de hermenéutica o se evidencie su error al fijar los hechos en que la interpretación se apoya.*

SOCIEDAD: RENDICIÓN DE CUENTAS: *Está obligado a ello el socio que llevó la administración.* (Sentencia de 1 de marzo de 1971; desestimatoria.)

8. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: TÉRMINOS CLAROS: *Siendo claros los términos del contrato, y no dejando dudas sobre la intención de los contratantes, resulta improcedente toda investigación interpretativa que atienda a otras circunstancias, cuya concurrencia, por otra parte, no ha sido probada.*

CASACIÓN: APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: CAUCE PROCESAL ADECUADO: *La apreciación de las pruebas hechas por el Juzgador sólo puede impugnarse en el recurso por el cauce del número séptimo, y no del primero, del artículo 1.692 LEC.* (Sentencia de 19 de mayo de 1971; no ha lugar.)

9. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: DEFECTOS DEL RECURSO: *Se incide en una absoluta falta de claridad en el desarrollo del motivo en que se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba con base en la casi totalidad de la prueba documental practicada, pretendiendo el recurrente dar a los documentos que se interpretan un alcance distinto de aquel que realmente tienen y les dio el Tribunal de instancia.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *No es de aplicar el artículo 1.282, sino el párrafo 1.º del 1.281 del Código civil, cuando los términos del contrato son perfectamente claros y no dejan lugar a duda alguna en cuanto a la intención de las partes.* (Sentencia de 8 de junio de 1971; no ha lugar.)

10. CAUSA: INEXISTENCIA: RECURSO DE CASACIÓN: *La afirmación de inexistencia de causa que hace el Tribunal de instancia, sólo puede impugnarse por el cauce del artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hecho lo cual resulta aplicable el artículo 1.276 del Código civil.*

ACTOS PROPIOS: *Hay que citar los actos que, contra lo resuelto en la Sentencia recurrida, patenticen que la causa consignada en el documento es verdadera o bien que es otra real y lícita.*

ACCIÓN DE NULIDAD: PRESCRIPCIÓN: *El plazo de cuatro años establecido en el artículo 1.301 del Código civil, no es aplicable a los contratos en que no concurren los requisitos exigidos por el artículo 1.261 y, por tanto, a los negocios sin causa, que no producen efecto alguno.* (Sentencia de 15 de diciembre de 1970; desestimatoria.)

11. REQUISITOS DEL CONTRATO: EXISTENCIA: *Es cuestión sometida a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, solamente revisable al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no por el cauce del número 1.º.*

CUESTIÓN NUEVA: PRINCIPIOS GENERALES: *Existe cuestión nueva en casación si se ejerce una acción de nulidad por falsedad de firma y luego se*

alega en el recurso que la propuesta de venta contenida en el documento no fue aceptada antes de la muerte del oferente, violándose así el principio general «nemo debet inaudito damnari».

RECURSO DE CASACIÓN: *Hay que citar con precisión el párrafo del artículo que se supone vulnerado.*

INTERPRETACIÓN LITERAL: *Las frases «acciones que he vendido» y «precio que he recibido», denotan que lo concertado fue una auténtica compra-venta y no una mera promesa de venta.*

RESCISIÓN POR LESIÓN: *La desproporción entre el valor de las acciones y el precio, en tanto éste sea cierto, no es causa suficiente para invalidar el contrato.*

EFICACIA «POST MORTEM» DEL MANDATO: BUENA FE: *No habiéndose desvirtuado durante el pleito la ignorancia del mandatario, ni la buena fe del tercero que con él contrató, es indudable, dada la presunción del artículo 434 del Código civil, que concurren los requisitos para la aplicación del artículo 1.738 del mismo texto.*

PRESUNCIÓNES: *El artículo 1.253 del Código civil sólo es aplicable para censurar el enlace directo y preciso en las presunciones judiciales, no cuando el Tribunal se limitó a aplicar la presunción legal del artículo 1.277 y apreciar directamente otros medios de prueba.*

COMPRAVENTA DE VALORES MOBILIARIOS SIN INTERVENCIÓN DE FEDATARIO PÚBLICO: ALCANCE DEL DECRETO DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1936: *Hay que distinguir dos momentos, perfectamente diferenciados: uno, el de la celebración del contrato, cuya efectividad no depende de la intervención de funcionario alguno, y otro, el de su ejecución o transmisión, que si bien en un principio se produjo por la simple tradición, a partir del citado Decreto de 1936 exigió la intervención de dichos funcionarios, requisito esencial cuya falta la hace radicalmente nula, si bien dicha sanción, por su carácter excepcional, no se extiende a la del convenio que sirvió de antecedente a la transmisión, el cual sigue produciendo plenos efectos entre quienes lo suscribieron y sus herederos, que pueden compelirse recíprocamente a formalizarlo debidamente. (Sentencia de 4 de febrero de 1971; desestimatoria.)*

12. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: CASACIÓN: *Es reiterada doctrina de esta Sala la ineficacia de combatir los considerandos que no constituyen premisa obligada o antecedente necesario del fallo recurrido.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No lo es a efectos de casación uno, expedido por el Subsecretario de Industria, que no refleja mas que el*

párcer de la autoridad administrativa que lo suscribe, evacuando una consulta formulada por el recurrente y que no afirma expresamente la inexistencia o revocación de la autorización administrativa del contrato.

ACCIÓN DE ANULABILIDAD: ACTOS PROPIOS: *Al pretender el demandado la nulidad del contrato al cabo de ocho años de su parcial cumplimiento, incurre en una retorsión de actos propios vedada por el principio general de Derecho según el cual «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos».*

EXCEPCIÓN DE ANULABILIDAD: PRESCRIPCIÓN: *No cabe oponer dicha excepción cuando ha transcurrido el plazo de cuatro años señalado en el artículo 1.301 del Código civil.*

INCONGRUENCIA: CASACIÓN: *Si el Juzgador de instancia no se pronuncia sobre determinada cuestión, debiendo hacerlo, incurre en incongruencia negativa, vicio solamente revisable al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citando como infringido el artículo 359 del mismo cuerpo y con expresión del concepto en que lo haya sido, por lo que es inadecuado el cauce del número 2.º, que se refiere a la incongruencia mixta, es decir, aquella en que el fallo sustituye una de las pretensiones por otra que las partes no formularon.* (Sentencia de 15 de abril de 1971; desestimatoria.)

NOTA: Únicamente interesa aquí precisar la doctrina de la Sentencia en orden a la prescripción de la excepción de anulabilidad. De lo expuesto parece deducirse que el Tribunal Supremo acepta la prescriptibilidad de dicha excepción. En contra, la doctrina científica (VER CASTRO: *El negocio jurídico*. Reimpresión 1971, Madrid, págs. 509 y sigs.), e incluso nuestro más alto Tribunal en ocasiones (Sentencia de 24 de marzo de 1956), vienen sosteniendo la tesis de la no caducidad. ¿Existe contradicción? Creemos que no; la posibilidad de oponer la excepción pasados los cuatro años se defiende únicamente respecto de aquellos contratos que aún no han sido consumados, y precisamente frente a la acción que se dirija a pedir su cumplimiento, negándole así todo alcance restitutorio. El supuesto de la Sentencia es otro muy distinto: el contrato, de ejecución sucesiva, venía siendo cumplido durante ocho años, por lo que la afirmación escueta de los considerandos hay que relacionarla con el conflicto concreto que se resuelve, y únicamente para esas circunstancias, y con esas limitaciones, cabe dar valor a la doctrina en ella contenida.

13. ACCIÓN PARA EXIGIR EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS DERIVADOS DE CULPA EXTRACONTRACTUAL: TÉRMINO INICIAL DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *Según el artículo 1.969 del Código civil, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, precepto que una reiterada doctrina jurisprudencial viene interpretando en el sentido de que se refiere de manera notoria a la posibilidad legal de hacerlo, por lo que sólo deben ser tenidas en cuenta las condiciones o circunstancias personales del titular del derecho, cuando la Ley así lo determine o prefije como excepción, condiciones o circunstancias personales*

que en el caso actual, por mandato del artículo 1.968, número segundo, vienen exclusivamente referidas al de haber tenido noticias del daño el que lo sufrió, y no al conocimiento por el agraviado de quién era o podía ser el responsable del daño producido. (Sentencia de 22 de marzo de 1971; *ha lugar.*)

NOTA: Con fecha 6 de junio de 1969, el Sr. X demandó ante el Juzgado de 1.^a Instancia de C., a los señores A, B y C y a la Sociedad Y, exigiéndoles la indemnización de los daños —grietas y resquebrajamientos ciertos y comprobados—, causados en la finca de su propiedad como consecuencia de los trabajos de cimentación llevados a cabo en la finca contigua por la Sociedad ..., por cuenta de los otros demandados A, B y C, propietarios del terreno los dos primeros y arquitecto director de la obra el último, respectivamente,

Dichos trabajos dieron comienzo en el mes de noviembre de 1966 y concluyeron en el de mayo de 1967, en cuyo intervalo el actor hizo reiteradas protestas y gestiones particulares a fin de hacer cesar los trabajos de cimentación aludidos y obtener la reparación de daños causados, sin éxito, por lo que en noviembre de 1967, el actor demandó en juicio de conciliación a los señores A y B y a la Sociedad Y. Celebrado éste sin avenencia en febrero de 1968, el actor entabló seguidamente *sólo contra los señores A y B* demanda en juicio ordinario, que fue desestimada por el Juzgado, por entender, de acuerdo con la tesis de los demandados, que los daños no les eran imputables a ellos sino a la Sociedad Y, constructora de las obras de cimentación.

Frente a la nueva demanda —la mencionada al comienzo de ésta Nota—, el Juzgado acoge la excepción de cosa juzgada aducida por los señores A y B, a quienes absuelve; asimismo absuelve al Sr. C, por haber asumido su papel técnico con posterioridad a las repetidas obras de cimentación en las que nada tuvo que ver. Y en cambio, condena a la Sociedad Y a la indemnización pretendida.

Apelada la sentencia por la Sociedad, es confirmada por la Audiencia y, recurrida, el Tribunal Supremo casa el fallo de la instancia acogiendo la tesis de la prescripción invocada por la recurrente y añadiendo al razonamiento recogido en el anterior extracto, la idea de que aunque se entendiera que el término para contar el plazo de prescripción de un año de la acción ejercitada, hubiera que hacerlo depender del conocimiento del verdadero responsable —tesis del actor, recurrido—, la consecuencia, en el caso concreto, sería la misma, toda vez que, como lo demuestra el primer acto de conciliación, ya desde el mes de noviembre de 1967, el actor supo o debió saber quién era el obligado a reparar el daño, por lo que, al interponerse la demanda en junio de 1979, habría transcurrido más de un año, plazo de prescripción de dicha acción. (A. L. C.)

14. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No puede acreditarse por medio del estado de cuenta corriente existente entre los dos litigantes, aportado por xerocopia o fotocopia a las actuaciones, por tratarse del documento sobre que versó la discusión en el pleito y que fue objeto de análisis e interpretación en la sentencia recurrida.*

PRUEBA: REGLAS DE VALORACIÓN DE ESCRITOS PRIVADOS Y LIBROS DE LOS COMERCIANTES: *Los preceptos del artículo 1.228 del Código civil y 48, número 1.^o, del de Comercio, deben ser apreciados con gran cautela y prudencia por los Juzgadores (sentencias de 21 de junio de 1945 y 30 de noviembre de 1965), y no impiden a éstos resolver las contiendas sometidas*

a su conocimiento, a la vista del resultado que arroje la totalidad de los elementos probatorios existentes en el pleito. (Sentencia de 13 de mayo de 1971; no ha lugar.)

II.—Derechos reales.

1. ACCIÓN DE DESLINDE: *Al declararse probado que las inscripciones registradas vigentes de los inmuebles de ambos litigantes se limitan a expresar que el Norte de uno de ellos linda con el Sur del otro, sin indicar puntos de referencia, es indudable que la línea divisoria entre los dos no puede establecerse de acuerdo con sus respectivos títulos, como de forma preferente dispone el artículo 385 del Código civil, sino conforme a lo prescrito en el artículo 387, que es de ineludible observancia para la solución de aquellos casos, como el presente, en que no aparezcan datos determinados que sirvan de base fija e invariable para lograr la práctica del deslinde.*

DOBLE INMATRICULACIÓN: *Por hallarse inscritas ambas fincas en el Registro de la Propiedad correspondiente y ser la cabida de las mismas superior a la consignada en dicha oficina inmobiliaria, existiría una doble inmatrículación sobre el terreno discutido, que impediría a uno de sus titulares ampararse frente al otro en la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, obligando a los Tribunales a decidir la pugna o colisión entre aquéllos, de acuerdo con las prevenciones contenidas en el Derecho civil.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: CERTIFICACIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD; DEFECTO EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO: *Las certificaciones del Registro de la Propiedad referentes a la titularidad e inscripciones de las fincas de ambos litigantes y de los contratos rescindidos en ellas no pueden surtir el efecto pretendido por la parte recurrente de justificar el error de hecho en la apreciación de la prueba atribuida al Juzgado de Instancia, porque aquellos documentos han sido analizados e interpretados por el Tribunal «a quo», y únicamente podrían dar lugar, en cuanto a las deducciones que de ellos resulten, a un recurso de casación amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de algunos de los artículos contenidos en el capítulo IV del Título II, Libro IV del Código civil. Aparte de que tales documentos por sí mismos no demuestran de forma evidente la equivocación que se dice padece por la Sala sentenciadora. (Sentencia de 30 de noviembre de 1968; no ha lugar.)*

2. MONTES COMUNALES EN GALICIA: VECINAD: Por ministerio de la Ley (1), la titularidad de estos montes vecinales en mano común va inherente a la condición de vecino integrante en cada momento del grupo comunitario

(1) Cfr. Ley de 27 de julio de 1968 y Reglamento de 26 de febrero de 1970.

de que se trate; y claro está que este carácter de vecino, constitutivo de un «status» complejo de derecho administrativo y civil, es un hecho independiente de la voluntad de los demás vecinos, que no pueden crearla, ni extinguirla, ni modificarla, porque es de orden público, y a los efectos estrictamente civiles, está regulada por el artículo 15 del Código civil.

PRUEBA DE LA VECINDAD CIVIL: *Lo que han hecho los demandados no ha sido una enajenación sino un puro y simple reconocimiento de un hecho, la vecindad, probada no sólo por este reconocimiento, sino por otras pruebas tales como el padrón de vecinos, la testifical, y otros actos demostrativos, como el hallarse viviendo con casa abierta y varias edificaciones anexas a ella desde hace varios años, las gestiones por escrito en defensa de los intereses locales con el carácter de vecino, etc. (Sentencia de 17 de febrero de 1971: no ha lugar.)*

3. NULIDAD DE PATENTES: COMIENZO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS: Al resolver la Sentencia de instancia la excepción de prescripción, alegada por la demandada y recurrente, de conformidad a lo preceptuado en el número 2.º del artículo 1.968 del Código civil, determinando como «dies a quo» del término del año por cuyo transcurso prescriben, entre otras, las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trate en el artículo 1.902, el de la fecha en que quedó firme la sentencia que declaró la nulidad de la patente inscrita a favor de aquélla —lo que es conforme a doctrina sentada por esta Sala, según la cual, la iniciación de plazo de prescripción, en caso como el contemplado, no comienza hasta que reciba sentencia firme de nulidad del registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial (patentes, marcas, nombre comerciales y otros), para cuya declaración, si bien se establece un procedimiento especial, no se determina plazo alguno en que deba interponerse— es obvio que en forma alguna puede decirse haya ocurrido en la violación de los artículos 1968, número 2.º y 1969 del Código civil.

REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL O AQUILIANA: Sentados como supuestos fácticos en la sentencia recurrida, no combatidos en el recurso y por ello invariables en su resolución, los de que al haber fabricado la entidad demandada estufas con dispositivos de seguridad de ambiente, al amparo de patentes que careciendo de novedad estaban comprendidos en la registrada, con anterioridad, a favor del actor (ello no obstante el requerimiento por su titular para que no las fabricase), por lo que fueron declaradas nulas, implicando la transgresión de un deber de conducta generador de un daño, que se hace consistir en el canon que le venían abonando las otras industriales que utilizaban dicho dispositivo y, por tanto, «cumplidos los requisitos que señala el artículo 1.902 del Código civil» para hacer surgir la responsabilidad derivada de la culpa extracontractual o aquiliana: acción culposa, daño ocasionado, y relación de causa a efecto, es incuestionable que al concluir la sentencia condenando a la parte demandada al abono a la actora de la indemnización de los daños producidos por el concepto de lucro carente, cuya determinación deja para ejecución

de sentencia fijando las bases para su liquidación, se estuvo correctamente a lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1970; no ha lugar.)

NOTA: La Sociedad Anónima F. ..., de nacionalidad francesa, es titular registral en España de una determinada patente de invención en torno a la cual ha mantenido varios litigios con otra Sociedad Anónima I. H. ..., española, que obtuvo la inscripción de otras patentes invocando ciertas novedades con relación a la francesa, pese a lo cual y como consecuencia de los referidos litigios fueron anuladas. La Sociedad española I. H. ha venido fabricando una serie de aparatos dotados con el dispositivo de seguridad amparado por la patente francesa y, por ello, la Sociedad F. ..., titular de la misma, previo requerimiento notarial, desatendido, a fin de que I. H. deje de fabricar aparatos con el dispositivo de referencia, y antes de transcurrir un año desde el día en que se declaró la nulidad, demanda en juicio a la Sociedad española reclamando, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad resultante de multiplicar el número de aparatos dotados de tan repetido dispositivo por la suma de «xi» pesetas por aparato que otras Sociedades españolas satisfacen a la francesa por la licencia de fabricación, relegándose el cálculo exacto de la indemnización a la fase de ejecución de sentencia.

La tesis de la Sociedad actora prospera tanto en primera instancia como en apelación y, por ello la demandada interpone recurso de casación por infracción de Ley alegando, por un lado, violación de los artículos 1.968, 2.^º y 1.969 del Código civil, por haber rechazado el Tribunal de Instancia la excepción de prescripción y, por otra parte, aplicación indebida del artículo 1.902 del Código civil, al haber apreciado culpa de la recurrente desechar su buena fe que pretendía apoyar en las patentes inscritas, luego anuladas. El Tribunal Supremo rechaza la argumentación y confirma el fallo recurrido en virtud de la doctrina extractada.

4. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: SENTENCIA CONDENANDO A CERRAR HUECOS: INCUMPLIMIENTO: EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *El Auto recurrido no proveyó en contradicción con la sentencia objeto de ejecución, toda vez que el demandado no había llevado a efecto las obras que estaba obligado a realizar según la referida ejecutoria; el empleo de hormigón translúcido, en materia de servidumbre, debe acomodarse a las circunstancias de hecho que en el caso concurren, conforme a las sostenidas de 17 de febrero de 1968 y 20 de mayo de 1969, y en el presente caso permanecen inéditas al no haber promovido el demandado el incidente correspondiente. (Sentencia de 24 de mayo de 1971; no ha lugar.)*

COMENTARIO: Es una lástima que por tratarse de un recurso de casación en ejecución de sentencia quedaba poco margen para resolver cuestiones de fondo en materia de tanta actualidad como es la utilización de materiales translúcidos en edificios gravados con servidumbres de luces y vistas. La sentencia de 17 de febrero de 1968 ha declarado que los avances en la técnica de la construcción permiten en la actualidad la edificación de fachadas o paredes con material más o menos translúcido, dejando el paso de la luz pero con la misión propia de toda pared, cual es la de cerrar el edificio; y que estas técnicas modernas al no poderse equiparar a la apertura de ventanas ni de huecos no están comprendidas en los términos literales de los artículos 581 y 582 del Código civil, ni tampoco en su espíritu, por lo que este progreso constituye una laguna legal. Por su parte, la sentencia de 20 de mayo de 1969, declara que no es admisible que la única finalidad del artículo 583 del Código civil sea la de proteger a los propietarios o poseedores de un

fundo de la indiscreta inspección ajena, pues también cuenta la seguridad del mismo y su utilización libre y el respeto a los derechos dominicales.

5. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 38, PÁRRAFO 2.º DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Las acciones de nulidad y anulación del contrato de compraventa de un inmueble en escritura pública merecen la calificación de «contradicotorias del dominio» de los inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad al tiempo de formularse la demanda a nombre de las que ante este Tribunal han comparecido como recurridas, por lo que el ejercicio de las mismas se halla sujeto a lo establecido en el párrafo segundo, artículo 38 de la Ley Hipotecaria.*

En aquellos supuestos en que, no obstante hallarse comprendidos en la previsión del párrafo segundo, artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no se hubiere pedido en el juicio declarativo o no se hubiere ordenado en la sentencia que puso término al mismo la cancelación de la inscripción correspondiente al título tachado de nulo, podrá decretarse y practicarse dicha cancelación en la fase de ejecución de la sentencia firme.

El artículo 38, párrafo segundo es aplicable únicamente a aquellas pretensiones cuyo reflejo registral haya de ser, conforme a la Ley Hipotecaria, la cancelación de la inscripción del derecho en litigio, no siendo aplicable, por el contrario, a la hipótesis de que esa inscripción haya de quedar subsistente a pesar del éxito de la pretensión. La declaración de que los bienes vendidos se hallan afectos a la viudedad foral argonesa, lejos de llevar aparejada la cancelación de la inscripción del título transmisor, no habrá de producir otra consecuencia en el orden registral que un nuevo asiento que proclame la existencia y pertenencia del usufructo vitalicio.

Entre el número 3.º del artículo 79 y el artículo 38, párrafo segundo existe íntima correlación, hasta el punto de que el primero, al estatuir que podrá pedirse la cancelación total de las inscripciones cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho, constituye precisamente el fundamento legal de la pretensión de cancelación que, conforme al segundo precepto, debe acumularse necesariamente a la nulidad del título respectivo. Y aunque es verdad que el citado artículo 79, apartado 3.º no exige que se pida la cancelación cuando se solicita dicha declaración de nulidad del título, también lo es con arreglo a la interpretación sistemática de la ley, puede llegar a afirmarse esa exigencia cuando se de el caso previsto en el artículo 38, párrafo segundo. (Sentencia de 22 de diciembre de 1970; *ha lugar*.)

NOTA: Aunque el Tribunal Supremo apoya su interpretación en otras decisiones jurisprudenciales anteriores, resultan sorprendentes en verdad algunas de las afirmaciones contenidas en la presente sentencia. Si no se pide en la demanda la cancelación de la inscripción contradictoria con la nulidad del título que se solicita, ¿cómo podrá ordenarla el Juzgado? ¿Quid del principio de justicia rogada? Y sobre todo, ¿cómo se puede dar curso procesal a la demanda interpuesta si no se entabla, *previamente o a la vez*, demanda de nulidad o cancelación del asiento respectivo? Tan amplia interpretación de la exigencia contenida en el artículo 38, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, viene a desvirtuar su propia finalidad normativa.

6. DOBLE VENTA DE INMUEBLES: EL REQUISITO DE LA BUENA FE: *Acreditada la inexistencia de buena fe en el segundo comprador, y siendo este requisito*

sine qua non para que entre en juego lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil, al no haberlo declarado así la sentencia recurrida ha incidido en la violación del citado precepto.

ARRENDAMIENTO URBANO SUJETO A LA LEGISLACIÓN ESPECIAL: FORMA DE EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO POR EL ARRENDATARIO; ERROR DE DERECHO: *El derecho de retracto para adquirir la finca arrendada de que gozaba el arrendatario ha de ser ejercitado frente al comprador y en las condiciones marcadas por la ley, sin que por tanto sea lícito hacerlo efectivo mediante una segunda compraventa, por precio inferior y sin que sea parte aquél ni pueda por tanto oponerse a su real existencia ejercitando las oportunas excepciones.*

La creencia de tener ese derecho de adquisición preferente que se ejercita frente al vendedor mediante una segunda venta, después de haberse vendido ya la misma casa en documento privado, evidencia la existencia de un error de derecho en el segundo comprador que en forma alguna puede ser base de la buena fe judicialmente declarada por prohibirlo expresamente el artículo 2.º del Código civil y la jurisprudencia que lo interpreta. (Sentencia de 31 de diciembre de 1969; ha lugar.)

7. DOBLE VENTA DE INMUEBLE: VALOR DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL: *Como quiera que la segunda venta se elevó a escritura pública y se inscribió en el Registro de la Propiedad, mientras que la primera sólo se había hecho en documento privado, es evidente que el párrafo final del artículo 1.473 del Código civil, no es aplicable por su propio contenido, que es solo efectivo cuando no haya inscripción registral a favor de alguno de los compradores.*

DEFECTO FORMAL EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO: *La acumulación en un motivo del recurso por el cauce procesal del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de dos conceptos de infracción, los de violación y aplicación indebida a los preceptos que cita, así como el acumular en otro motivo los conceptos de violación e interpretación errónea de las normas invocadas a más de no expresarse el ordinal del artículo 1.692 en que se apoya, son actuaciones que van todas ellas en contra de lo taxativamente ordenado en el artículo 1.720 de la Ley de ritos, y dado el carácter eminentemente formal del presente recurso extraordinario, le hace incurrir en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729 de tan repetida Ley, que se convierte en desestimación en el estado actual del proceso, conforme a la constante y reiterada doctrina jurisprudencial.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: *Carece de viabilidad este motivo del recurso cuando se invoca solamente el artículo 1.280 del Código civil que, por no contener reglas de valoración de pruebas, no puede servir de soporte al error de derecho que se aduce. (Sentencia de 27 de noviembre de 1970; no ha lugar.)*

8. COMPRA DE FINCA FORMADA POR AGRUPACIÓN CUANDO ÉSTA NO SE HA INSCRITO: PROTECCIÓN DEL COMPRADOR CONFORME AL ARTÍCULO 34 DE LA LEY

HIPOTECARIA: *Según se deduce de los artículos 44 y 45 del Reglamento Hipotecario, las fincas a agrupar no sólo han de estar inmatriculadas sino también inscritas a nombre de la persona o personas que realizan la agrupación, hasta tal punto que resulta inexcusable practicar la previa inmatriculación de la finca que no lo esté como trámite previo para que la agrupación se inscriba. Y como en este caso faltaba la inscripción del título intermedio respecto de una de las fincas agrupadas, el vendedor no tenía facultades según el Registro para verificar la transmisión, por falta de previa inscripción a su favor de la finca agrupada que vendía, y el comprador no tenía la cualidad de «tercero hipotecario» para resultar protegido según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.*

ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA: MOMENTO EN QUE EL VENDEDOR HA DE TENER FACULTADES PARA TRANSMITIR SEGÚN EL REGISTRO: *Es doctrina reiterada de este Tribunal en numerosas sentencias (1) que a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria hay que aludir no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que originó la inscripción, para decidir el momento en que el vendedor ha de aparecer con facultades para transmitir su derecho según el Registro.*

DERECHO FORAL CATALÁN: PLAZO DE USUCAPIÓN DE INMUEBLES: *No cabe derivar la propiedad del actor respecto a la finca sobre la base de la usucapión con más de 10 años sin interrupción del trato sucesivo de que vinieron disfrutando los anteriores titulares hasta llegar a aquél, por cuanto ha de tenerse muy presente a este respecto el precepo imperativo del artículo 342 de la compilación del Derecho especial de Cataluña, que no admite otra prescripción que la de treinta años.*

RECURSO DE CASACIÓN, LEGITIMACIÓN ACTIVA: EL DEMANDADO A EFECTOS DE SANEAMIENTO POR EVICCIÓN: *Constituye un principio general en materia procesal el de que están plenamente legitimados para interponer el recurso todos aquellos que fuesen parte en el procedimiento de instancia. El vendedor citado de evicción que comparece en el pleito adquiere el carácter de demandado con los derechos y obligaciones inherentes a tal carácter, y le afectan las pretensiones de la demanda, por lo que si citado de evicción el vendedor de una cosa viene al pleito a defender los derechos del comprador, es evidente que la resolución que ponga término a la cuestión planteada ha de influir en la situación respectiva de los litigantes en el juicio que se entable, afectando directamente a sus derechos y al modo de ejercitálos, por todo lo cual le corresponde la facultad de ampararse en los recursos que la ley establece. (Sentencia de 12 de noviembre de 1976; ha lugar.)*

9. ARTÍCULO 34 L. H.: VALORACIÓN PROCESAL DE LA BUENA FE: *El tema de la buena fe del tercero es una cuestión de hecho que, por tanto, sólo*

(1) Vid. Las de 26 de febrero de 1949, a 24 de abril de 1962 y 22 de noviembre de 1963, referidas en la Sentencia que ahora publicamos.

puede suscitarse por el cauce del número 7.º y no por el del número 1º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: Sólo se comete cuando se vulnera un precepto legal no reconociendo a una prueba la eficacia que la ley le concede, y esto no puede ocurrir cuando se denuncia la infracción del artículo 1.253 del Código civil, porque este artículo no contiene norma alguna de valoración de prueba. (Sentencia de 12 de diciembre de 1970; no ha lugar.)

10. ARTÍCULO 95 L. H.: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE BIENES PARAERNALES CUANDO SE ASEVERA PERO NO SE PRUEBA ESTA CUALIDAD: SU EFICACIA: *Las indicaciones hechas en los libros de los Registros de la Propiedad sobre el carácter ganancial de los bienes comprados por mujeres casadas, cuando en las respectivas escrituras los maridos aseveren que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad de aquéllas, sin acreditar este extremo, no atribuyen la propiedad a una personalidad jurídica formada por los dos cónyuges, ni hacen otra cosa que reflejar las manifestaciones por ellos autenticadas. Hasta tal punto es así, que este supuesto constituye el contenido del artículo 95 R. H. (1), en el que se establece con perfecta claridad que en semejantes casos la inscripción se practicará a nombre del adquirente, haciendo constar dicha circunstancia pero sin que el asiento prejuzgue la naturaleza ganancial o privativa de lo inscrito; y si esta puede ser justificada con posterioridad, determinando la atribución del bien o derecho real, sin que por ello ha cambiado su naturaleza, y sin precisar cancelación del asiento, ya que aquel precepto hipotecario no exige otra cosa que el dato conste por nota marginal, dicha norma reglamentaria lleva en sí una llamada de atención sobre el carácter ambiguo del título adquisitivo.*

ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL: PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD: *Las presunciones «juris tantum» constituyen medio de prueba indirecto de carácter supletorio, por estar apoyadas en apariencias, y no deben desplegar plena eficacia cuando los hechos inciertos estuviesen demostrados por otros medios de prueba directos; en consecuencia, no cabe reputar ganancial la finca si se acredita por los medios probatorios que era de la propiedad de la actora, criterio que resulta reconocido en el expresado artículo 1.407 del Código civil.* (Sentencia de 30 de abril de 1970; no ha lugar.)

11. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SU EFICACIA: PRIORIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRAL: *Aunque la anotación preventiva de embargo implica la*

(1) Según 95, 2.º, R. H., cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente, sin acreditarlo, se practicará la inscripción a nombre de éste y se hará constar dicha circunstancia, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes.

Ni siquiera a los efectos del principio de legitimación registral —artículo 38 L. H.—, ni de la fe pública del Registro —artículo 34—, podrá reputarse exacto el contenido del asiento en orden a la calidad privativa o ganancial del inmueble litigioso en estos casos.

constitución de un derecho real de realización de valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria, y viene a ser como una hipoteca judicial, sin embargo, sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado; consiguientemente, el favorecido por la anotación no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos, ni atribuya por sí sólo rango preferente al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes.

En armonía con estos principios de nuestra legislación hipotecaria, esta Sala ha venido proclamando con reiteración que la anotación preventiva de embargo no altera la situación jurídica existente respecto a los créditos ya contraídos por el deudor embargado y, con mayor razón en cuanto a los actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado, y sólo atribuye preferencia sobre las obligaciones contraídas o las enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación (1). (Sentencia de 14 de diciembre de 1968; no ha lugar.)

12. DERECHO DE RETORNO ARRENDATARIO: CÓMPUTO DE PLAZOS LEGALES:
No cabe establecer una adecuada identidad entre el plazo explícito y fijo establecido en el párrafo segundo del artículo 78 de la LAU (1), y el implícito o indeterminado del párrafo 1.º de su artículo 81 (2), ya que en éste

(1) Vid. sentencias de 7 de marzo de 1896, 28 de enero de 1903, 2 de marzo de 1910, 21 de febrero de 1912, 5 de julio de 1917, 31 de octubre de 1928, 22 de marzo de 1943 y 29 de noviembre de 1962, reseñadas en el texto de la Sentencia de que ahora se da noticia. Según la última Sentencia de 1962, el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto de que si se solicita anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad y se consigue tal anotación, no lesiona los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada, ni produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos otorgados con anterioridad, aunque no estén inscritos, según los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

(1) Para que proceda la causa segunda de excepción, a la prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio, serán necesario:

2.º Que autorizada que sea por el Gobernador Civil la demolición y con un año de antelación por lo menos al día en que proyecte iniciarla, lo notifique en forma fehaciente a todos los arrendatarios del inmueble, bien lo sean de vivienda o de local de negocio, insertando copia literal de la mencionada autorización del Gobernador y la expresión de la fecha en que han de ser iniciadas las respectivas obras.

(2) Los inquilinos y arrendatarios que deseen instalarse en el inmueble reedificado, antes de desalojar el que vaya a derruirse, suscribirán con el arrendador documento que detalle la extensión superficial de las viviendas o locales de negocio que ocupen, su renta, el número de unas y de otras que

no se fija el momento inicial del cómputo, ni se marca su duración, exigiendo sólo que el documento se suscriba antes de desalojar el inmueble que se vaya a derruir. La antinomia que pueda ser apreciada al efectuar la conjunta interpretación o aplicación de tales preceptos sólo puede disiparse armonizándolos en el sentido de que, si bien el plazo de un año establecido en el párrafo segundo del artículo 78, obliga plenamente al arrendatario quien, una vez transcurrido, no podrá exigir del arrendador la suscripción del documento formalizador del retorno, quedando expedito el derecho del segundo a instar la resolución del contrato de arriendo, en cambio el mismo arrendador, una vez transcurrido tal plazo, puede acceder y consentir en que tal documento se formalice; y siempre que ello ocurra antes del abandono del edificio a derruir por el inquilino o arrendatario, el derecho de retorno quedará establecido dentro de la normativa que le rige en la ley especial.

EFICACIA FRENTE A TERCEROS: *Poniendo en relación el texto del artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (3) —que tiene el carácter de «jus cogens» como la casi totalidad de las disposiciones dictadas en materia arrendaticia, dada la finalidad social que persiguen—, con el principio general que se establece en el artículo 1.258 del Código civil, la buena fe impondrá que el vendedor de una finca sujeta al retorno ponga en conocimiento del comprador la existencia de ese derecho y que éste deba indagar lo pertinente al caso, si su adquisición lo es de una finca reedificada.*

ARTÍCULO 15 R. H.: BUENA FE: *El rigor del artículo 15 R. H. —cuando dispone que sin la anotación en el Registro de la Propiedad del derecho de retorno, no perjudicará a terceros el expresado derecho—, como el de gran parte de los que establece el ordenamiento hipotecario, se ha de mitigar con los dictados que impone el respeto debido a la buena fe, obligando a que el silencio del Registro no prevalezca contra el conocimiento cumplido que la parte afectada tenga de las limitaciones o condicionamientos inherentes a una determinada adquisición.*

ARTÍCULO 15 R. H.: IRRETROACTIVIDAD: *Prescindiendo de los problemas que pudieran plantearse por el rango de este artículo reglamentario, reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, y su eficacia modificativa respecto al texto del artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que ya estaba en vigor al publicarse la disposición reglamentaria, es obvio que ésta, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 3.º del Código civil, no podrá tener efecto retroactivo, ni por ende, limitar o modelar el derecho de retorno que, desde dos años antes, existía a favor de los hoy demandantes en el pleito. (Sentencia de 20 de marzo de 1970; no ha lugar.)*

existen en el inmueble y un domicilio para oír las notificaciones que les haga el arrendador.

(3) El cumplimiento de las obligaciones a que, conforme a este capítulo, queda sometido el derecho de negar la prórroga del contrato de arrendamiento de viviendas y locales de negocio por la segunda excepción que se establece, será obligatorio aun en el caso de que cambie la persona del titular que hubiere comenzado a ejercitarlo.

III.—Obligaciones.

1. **CONTRATO DE SUMINISTRO: RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL Y UNILATERAL:** *La falta de pago de dos suministros es motivo suficiente para dicha resolución, por lo que la negativa a seguir realizando otras entregas no implica incumplimiento del suministrador.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: *Es distinta de la derivada del incumplimiento de los contratos.* (Sentencia de 27 de noviembre de 1970; desestimatoria.)

2. **ASUNCIÓN DE DEUDA: CONSENTIMIENTO DEL ACREDOR:** *El consentimiento del acreedor que el artículo 1.205 del Código civil exige para que tenga lugar la asunción de deuda, resulta al menos de modo tácito de la circunstancia de que dicho acreedor, conociendo la sustitución del deudor primitivo, continúa consintiéndola sin hacer oposición alguna, tanto al contestar las cartas que le dirigió el nuevo deudor como durante las relaciones que subsiguieron.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *La denuncia del error de hecho no trata de que entre en juego el criterio de esta Sala como superior jerárquico, sino simplemente de corregir las palmarias equivocaciones del Juzgador de instancia y, en consecuencia, si la valoración o estimación de la prueba que se hizo en la instancia se presenta simplemente como dudosa, pero no como evidentemente equivocada, la denuncia del error de hecho, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede prevalecer.* (Sentencia de 21 de octubre de 1971; no ha lugar.)

3. **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: NOTAS:** *El contrato administrativo se caracteriza por la intervención de un ente de carácter público, por tener por objeto la satisfacción de necesidades de interés general, por la rigurosidad de la forma, por la onerosidad inherente y por la sumisión a la jurisdicción especial contencioso-administrativa.*

VENTA DE TERRENOS PARA URBANIZAR: *La enajenación que hizo el Ayuntamiento de unos terrenos para que el adquirente los urbanizase con arreglo a un plan, para su posterior reventa no abusiva, tiende a la satisfacción de una necesidad pública, por lo que las cuestiones con ella relacionadas son de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con el artículo 222 de la Ley del Suelo.*

CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN: RECURSO DE CASACIÓN: *El recurso de casación por infracción de ley es aplicable únicamente a los verdaderos conflictos de jurisdicción, entre los que se encuentran los originados entre las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa, por lo que no es aplicable a estos supuestos el artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que contra las sentencias de las Audiencias que resuelvan cuestiones de competencia sólo cabrá la casación por quebrantamiento de forma.* (Sentencia de 16 de diciembre de 1970; estimatoria.)

4. ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No lo son, a efectos de casación, unas simples cartas particulares.*

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: PRUEBA: *No es suficiente la declaración de un solo testigo, ni la negativa de la contraparte a recibir la prestación, siendo también improcedente la pretensión de que se acrediten los defectos y se fije su cuantía en diligencia para mejor proveer o en ejecución de sentencia, en cuanto que la misión de los Tribunales no es la de suplir la inactividad de las partes.*

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO: *No procede si se acredita la concesión de un nuevo término para realizar la prestación.* (Sentencia de 25 de marzo de 1971; desestimatoria.)

NOTA: Hay que matizar la doctrina de la presente Sentencia en el sentido de que lo que no es posible es que el hecho mismo del incumplimiento se patentice en período de ejecución de sentencia, pero creemos que nada impide relegar a dicha fase la determinación exacta de su alcance, a efectos de fijar la cuantía de la correspondiente indemnización.

5. CONTRATO DE OBRA: PAGO DEL PRECIO: *Desde el momento en que el edificio quedó terminado con arreglo al proyecto, disponiéndose por el dueño de algunos de los pisos para vender a terceros, se produce una situación que obliga al promotor de las obras a cumplir con su obligación de pago; siendo obvio que, por virtud del artículo 1.599 del Código civil, y no existiendo pacto en contrario, el precio de la obra debe pagarse al hacerse la entrega, si bien el dueño no puede negarse al pago, dilatando la aprobación de la misma, y en su consecuencia, tenía que aceptarla con bajo reserva de vicios o rechazarla por no ajustarse a lo convenido.* (Sentencia de 30 de abril de 1971; no ha lugar.)

6. CONTRATO DE OBRA: REALIZACIÓN A SATISFACCIÓN DEL PROPIETARIO: ARTÍCULO 1.598 DEL CÓDIGO CIVIL: *Carece de aplicación este artículo cuando el contrato no establece en ninguno de sus párrafos esta reserva del propietario, ni es posible establecerla por carecer el contratista de libertad de acción, base de toda responsabilidad, al haber tenido que hacer sus trabajos bajo la dirección del topógrafo de los propietarios; ni puede, en último término, ser invocado, cuando lo que se discute es el precio justo de los trabajos y no la aceptación del resultado de tales trabajos.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: ARTÍCULO 1.281 DEL CÓDIGO CIVIL: *Este artículo sólo entra en juego cuando los términos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, y no basta, ni puede ser invocado como infringido, cuando hay que investigar la verdadera voluntad de las partes, que no aparece de los términos literales del contrato.*

INCONGRUENCIA: *Es reiterada la doctrina de que no existe incongruencia cuando se otorga menos de lo pedido, lo que en todo caso no podría ser recurrido por el demandado, porque nadie puede recurrir contra lo que le favorece.* (Sentencia de 1 de abril de 1971; no ha lugar.)

7. CONTRATO DE OBRA: PRECIO: *En el contrato de arrendamiento de obra existe el requisito del precio cierto, aunque no se fije de antemano, por cuanto puede inferirse por tasación pericial, conforme al coste de los materiales y de la mano de obra.*

INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: FACULTAD DE LOS ÓRGANOS DE INSTANCIA: *La interpretación de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de instancia y debe, por ende, ser respetada en casación, mientras resulte lógica y no desorbitada con exégesis atentatorias a la letra y espíritu de las declaraciones de voluntad, aun cuando cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud.* (Sentencia de 25 de marzo de 1971; no ha lugar.)

8. CONTRATO DE OBRA: OBRAS FUERA DE PRESUPUESTO: AUTORIZACIÓN DEL PROPIETARIO: *El artículo 1.593 del Código civil, si bien exige autorización del propietario cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obras, puede aquélla acreditarse mediante cualquiera de las pruebas reconocidas en derecho, sin que sea necesario que el consentimiento del propietario conste por escrito.*

PRUEBA: ARTÍCULO 1.253 DEL CÓDIGO CIVIL: *Este artículo afecta realmente a un juicio lógico y no contiene, en sí, norma alguna valorativa de prueba.*

CASACIÓN: PRESUNCIÓNES: *La falta de enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, sólo puede ser atacada por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no por el número 7.º; siendo, por otra parte, constante la doctrina según la cual la estimación de las presunciones corresponde, en general, al Tribunal de instancia, sin que quepa desvirtuar el criterio del juzgador por una mera y distinta apreciación del impugnante.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: FACULTAD DE LOS ÓRGANOS DE INSTANCIA: *La interpretación de los contratos es, en principio, facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer aun cuando cupiere alguna duda sobre su absoluta exactitud, siempre que aquélla fuere racional.* (Sentencia de 13 de marzo de 1971; no ha lugar.)

9. ARBITRAJE DE EQUIDAD: CÓMPUTO DEL PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO: INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL: *Para determinar si el laudo está dictado dentro del plazo, hay que atender a la estipulación de la escritura de compromiso en la que se dice que el plazo de cuatro meses, fijado para emitir el laudo, empezará a contarse desde el día siguiente al de la aceptación por el árbitro que sea notificado últimamente, sin que se tenga en cuenta la nota puesta por el Notario de que dicho plazo empieza a contarse el mismo día de la aceptación.* (Sentencia de 27 de septiembre de 1971; no ha lugar.)

10. MULTA COMO INDEMNIZACIÓN POR DEMORA: CLÁUSULA ARBITRAL; NO OPOSICIÓN AL ORDEN PÚBLICO: *La cláusula contenida en un compromiso arbitral, en cuya virtud, «la parte que no se conforme con el laudo y formule contra el mismo recurso de nulidad o cualquier otro, deberá satisfacer a la otra, siempre que no se dé lugar a dicho recurso, la cantidad de 500.000 pesetas en concepto de indemnización por la demora a que haya dado lugar el simple planteamiento del recurso», no va contra el orden público, pues no implica una traba o limitación de la facultad de pedir justicia a los Tribunales, como lo prueba el derogado artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que no aparece como vigente en la legislación sobre arbitrajes de Derecho privado; pero no se puede pretender que tal cláusula, si se adopta, sea contraria al orden público y mucho menos en casos como el presente, en que la multa no se estipula «para poder ser oido», sino que se requiere «que no se dé lugar a dicho recurso».* (Sentencia de 19 de octubre de 1971; no ha lugar.)

COMENTARIO: No parece argumento decisivamente convincente para calificar a una cláusula contractual, de contraria o no al orden público, su coincidencia con una norma derogada, pues es claro que el orden público puede cambiar por voluntad del legislador, y que lo contrario sería coartar indebidamente las facultades del mismo. La consideración precedente no trata de impugnar el acierto de la sentencia anotada en la solución del caso.

11. ARBITRAJE: EXTRALIMITACIÓN DEL LAUDO: *Fijadas al árbitro en la formalización judicial del compromiso como cuestiones a resolver «todas las derivadas del contrato», pudiendo el árbitro «condenar en costas a cada una de las partes», es patente que no existe extralimitación alguna en el laudo que declara resuelto el contrato y condena a una de las partes a todos los gastos y costas, judiciales y extrajudiciales.* (Sentencia de 2 de febrero de 1971; no ha lugar.)

12. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: REMISIÓN A JUICIO ARBITRAL DE CONTIENDA INICIADA JUDICIALMENTE: *La decisión judicial sobre la procedencia o improcedencia de que una contienda, planteada «ab initio» judicialmente, sea remitida al juicio arbitral por voluntad de todos los interesados, si tienen aptitud legal para contraer este compromiso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lleva como consecuencia un problema de competencia que no puede combatirse en casación en los juicios de cuantía inferior a trescientas mil pesetas.* (Sentencia de 21 de diciembre de 1971; no ha lugar.)

13. RESPONSABILIDAD CIVIL «EX DELICTO»: *Los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil son inaplicables a los supuestos de responsabilidad civil, directa o subsidiaria, nacida del delito.*

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL PADRE: *El artículo 20 del Código penal sólo establece para el supuesto de que el delito haya sido cometido por un menor de diecisésis años o por un enajenado o sordomudo que por dicha causa hubiesen sido declarados exentos de responsabilidad penal.*

REPETICIÓN POR EL ASEGURADOR: *Sólo puede hacerse contra el causante del daño o contra el asegurado por causas derivadas del propio contrato.* (Sentencia de 12 de junio de 1970; desestimatoria.)

NOTA: Un hijo del asegurado, sin permiso de conducir y con diecinueve años de edad, atropella a dos personas. Es procesado y condenado, absolviéndose al padre como responsable subsidiario, por demostrarse que el menor actuó sin su conocimiento, dependencia, ni en su beneficio. La aseguradora repite contra el padre en vía civil. El Juzgado estima la demanda, la Audiencia Territorial revoca la sentencia y el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación.

14. CULPA EXTRACONTRACTUAL: ACCIDENTE DEBIDO A FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD: *Si bien el accidente ocurrió en una máquina fabricada en el extranjero, procede declarar la responsabilidad civil del jefe de mantenimiento, y de la empresa, por haberse acreditado que, con anterioridad, se produjo otro accidente en condiciones similares al de autos, sin que se adoptasen entonces medidas precisas para evitar los sucesivos, pese a que la parte recurrente conocía perfectamente los detalles de la máquina, al haber fabricado alguna copiando las extranjeras.*

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *Dado que los derechos emanados del contrato de trabajo y el accidente laboral, quedaron solventados y cumplidos mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes, y que la pretensión dilucidada en el presente proceso se hace deducir de la supuesta culpa o negligencia del patrón al no adoptar medidas suficientemente eficientes para evitar el accidente al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, es evidente la competencia de la jurisdicción ordinaria para entender en el asunto.* (Sentencia de 2 de octubre de 1971; no ha lugar.)

15. CULPA EXTRACONTRACTUAL: RUINA DE UN EDIFICIO POR REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES MINERAS: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *La acción ejercitada no es la de reparación de los daños sufridos en el año 1963 por el simple agrietamiento de las casas de su propiedad, sino la de indemnización de los daños y perjuicios experimentados a causa de la pérdida total de esos inmuebles, originada por la ruina de los mismos; y como no se trata de una reclamación de «daños continuados» en sentido estricto, ni de «daños permanentes» o de «efectos permanentes» de un acto instantáneo, sino de la petición de indemnización por un resultado «nuevo», la ruina total, determinante de unos daños y perjuicios que no eran conocidos en su plenitud en el año 1963, ni consta que entonces fueran previsibles, aunque tal resultado fuese la consecuencia de una serie distinta de actos sucesivos que progresivamente causaron la ruina aludida, por lo cual está mal aplicada la prescripción de la acción.* (Sentencia de 26 de octubre de 1971; ha lugar.)

NOTA: Se trata de una resolución plenamente acertada, ya que delimita con precisión el *dies a quo* del plazo prescriptivo de la acción ejercitada.

IV.—Arrendamientos.

1. PÉRDIDA DE LA COSA ARRENDADA: PRESUNCIÓN DE CULPA DEL ARRENDATARIO: *El artículo 1.563 del Código civil establece una presunción «iuris tantum» de culpabilidad del arrendatario en los casos de pérdida o deterioro de la cosa arrendada, por lo que éste ha de probar que no medió negligencia por su parte.*

PÉRDIDA DE LA COSA: CASO FORTUITO: *Es doctrina de esta Sala que no todo incendio es debido a caso fortuito y que no basta para asignarle tal carácter el que se ignoren sus causas.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: CONFESIÓN JUDICIAL: *Cuando se hace una apreciación en conjunto de la prueba practicada, no es lícito impugnar el juicio así formado aduciendo únicamente algún elemento en particular, no siendo admisible, por otra parte, que la confesión judicial tenga preferencia sobre otros medios de prueba.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No lo es a efectos de casación, una sentencia de la Magistratura del Trabajo recibida en un procedimiento en el que no fue parte el recurrido.* (Sentencia de 10 de marzo de 1971; desestimatoria.)

2. ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS FABRILES O INDUSTRIALES QUE DEBEN CELEBRARSE EN SUBASTA PÚBLICA JUDICIAL: EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA: *La sanción del incumplimiento de la norma del artículo 1.022 de la Ley de Enjuicamiento Civil sobre celebración en subasta pública judicial de determinados contratos de arrendamiento, es la nulidad radical del acto realizado.*

DOCTRINA LEGAL A EFECTOS DE CASACIÓN: *No puede servir de base a un motivo de casación la infracción de doctrina legal con cita de una sola sentencia, puesto que la doctrina legal la constituyen dos o más sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.* (Sentencia de 3 de julio de 1971; no ha lugar.)

3. ARRIENDO DE COSAS: OBJETO DEL DESAHUCIO EN EL MISMO: *En el arrendamiento de cosas, distinto del de obras y servicios, no puede hablarse de la actividad humana como objeto del desahucio, sino de los instrumentos para desarrollarla.*

ARRIENDO DE INDUSTRIA Y ARRIENDO DE LOCAL: DISTINCIÓN: *La diferencia entre el arriendo de industria y el de local estriba en que, además del local y otros elementos que en el mismo puedan existir, se transmite una organización que, aunque en el momento de arrendar se halle inactiva, sea susceptible de funcionar inmediatamente a falta de meras formalidades administrativas; el que en el contrato se autorice al arrendatario al cambio de una*

actividad, sustituyéndola por otra afín, no puede tener influencia en la calificación del contrato.

IMPUGNACIÓN DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No cabe que el recurrente desarticule la prueba limitándose únicamente a uno de los medios y prescindiendo de la testifical.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN CASACIÓN: *La interpretación del contenido obligacional de los negocios jurídicos y demás declaraciones de voluntad, es función primordial de las Salas de instancia, y a su discernimiento debe estarse en casación mientras no resulte arbitrario, violento o fuera de toda exégesis racional.* (Sentencia de 20 de octubre de 1971; no ha lugar.)

4. ARRENDAMIENTOS DE DEPÓSITOS, ALMACENES, ESCRITORIOS U OFICINAS: TRASPASO DEL ARRIENDO: *El arrendatario de locales destinados a depósitos, almacenes, escritorios u oficinas de los apartados 2.º y 3.º del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no tiene derecho de traspaso, por lo que solamente se puede realizar licitamente la cesión del contrato con el consentimiento del arrendador o de su representante, dotado, en su caso, de poder bastante, incurriendo, si lo efectúa sin dicho consentimiento, llámeselo el contrato, cesión, o traspaso, en la causa de resolución 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CAUCE DEL DEBATE SOBRE EFICACIA DE LA ACTUACIÓN DE UN MANDATARIO: *La cuestión relativa a la suficiencia o insuficiencia del poder en cuya virtud obró la persona autorizante del traspaso, no puede ser ventilada por el cauce de la causa cuarta de injusticia notoria —error de hecho—.* (Sentencia de 30 de octubre de 1971; no ha lugar.)

5. UNIDAD O PLURALIDAD DE CONTRATO ARRENDATARIO: *La doctrina de la Sala I del Tribunal Supremo hace depender la unidad de contrato no ya de la existencia de un solo documento, sino también de la unidad objetiva, aun existiendo varios que se unifiquen en cuanto al goce y disfrute del que resulta único objeto del arrendamiento sin posible división, de no alterar la condición y el destino para el que fue arrendado.*

TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITOS: PRECONTRATO DEJADO SIN EFECTO: DEMORA EN LA REALIZACIÓN DEL TRASPASO: *No afecta a la validez del traspaso el que con anterioridad a la notificación de la intención de traspasar hubiera un precontrato de traspaso con un tercero, con entrega de éstas, que se dejó ulteriormente sin efecto. Tampoco afecta a la validez el que realizada la notificación previa en diciembre de 1967, se demorara hasta julio de 1969 el otorgamiento del traspaso, por causa de la interposición de un pleito por el arrendador sobre resolución de contrato.* (Sentencia de 7 de octubre de 1971; no ha lugar.)

6. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: UNIDAD O PLURALIDAD DE ARRENDAMIENTO: *Si no existe un solo contrato sino dos, es incongruente la sentencia*

que declare resuelto uno de los dos contratos desestimando la demanda respecto al otro, ya que, al proceder de tal modo, no concede menos de lo pedido, sino que otorga cosa distinta de la solicitada; no es dable sustituir la pretensión indivisible de resolución contractual deducida en la demanda por otra que el actor no formuló. (Sentencia de 26 de mayo de 1971; no ha lugar.)

7. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR NECESIDAD DE VIVIENDA: MATRIMONIO COMO CAUSA DE NECESIDAD: *Aunque el artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, refiriéndose al matrimonio como causa de necesidad, usa en tiempo presente la palabra contraer, refiriéndose al matrimonio, sería absurda la interpretación literal en este caso, pues la necesidad surge desde el momento en que el matrimonio, de manera formal, pretende contraerse, aunque no se haya celebrado todavía, siendo más de tener en cuenta este criterio cuando el matrimonio aparece celebrado durante el trámite del proceso.* (Sentencia de 6 de octubre de 1971; no ha lugar.)

NOTA: El aceptado criterio de esta sentencia aparece ya en anteriores resoluciones de la propia Sala, desde la de 20 de octubre de 1953.

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CIERRE DE LOCAL: INEXISTENCIA: *No puede con justicia sentarse el hecho de que el establecimiento (situado a la vera del carrito y abierto siempre), esté cerrado, en sentido legal, mostrando una actividad nula o extendida a quehacer distinto a la venta de objetos como los reseñados, pues si se hace así es pensando en la costumbre infantil que la hace más fácil, por lo que la operación tiene como punto de apoyo el local y no se aleja del mismo más que en ocasiones en que así convenga para el mayor éxito de la demanda.* (Sentencia de 6 de abril de 1971; ha lugar.)

9. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CIERRE DE LOCAL: EJERCICIO DE ACTIVIDADES RESIDUALES: *Declarado probado que el fin o destino principal convenido respecto al uso del local, ha dejado de realizarse en el mismo local, aunque en él se ejerza una actividad comercial meramente residual; procede la denegación de prórroga por cierre; no obsta a la resolución el que en el contrato se hubiere autorizado por el arrendador el uso del local con carácter accesorio. (respecto al principal de ejercicio de industria); para consultorio médico.* (Sentencia de 11 de octubre de 1971; no ha lugar.)

10. RESOLUCIÓN POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: UTILIZACIÓN PARA ACTIVIDAD LIMITADA: *Probado el cierre o desocupación del local arrendado, cuyo uso ha quedado limitado a simples trabajos manuales secundarios, habiendo sido trasladado el establecimiento fabril y mercantil a un edificio aislado, quedando el arrendado incomunicado con el público y dando con ello lugar a una desvalorización del local, procede la denegación de prórroga arrendaticia.*

ABUSO DE DERECHO: *No cabe oponer a la denegación de prórroga por cierre, la doctrina del abuso de derecho, si, lejos de aparecer que la finalidad*

del actor fuera la de perjudicar al demandado, aparece que frente al perjuicio patrimonial, para el propietario, por la desocupación o cierre del local arrendado, sólo se opone la utilización de éste por el arrendatario con carácter secundario, dado el traslado de la actividad fabril o mercantil a otro lugar.

PERSONALIDAD: ACCIÓN: LEGITIMACIÓN: ACTOS PROPIOS: *No hay que confundir la personalidad con la acción, o conforme a la expresión más moderna, con la legitimación, cuya diferenciación ha señalado la constante doctrina jurisprudencial —Sentencias de 10 de marzo de 1948 y 11 de febrero de 1953—, afectando la legitimación al fondo del asunto y dando lugar en caso de faltar la del actor, a la desestimación de la demanda. Debe estimarse reconocida por la demanda la personalidad de la actora si la primera consignó anteriormente las rentas adeudadas a favor del presente demandante, sin que a ello obste el que la consignación se hiciera en un juicio de deshació por falta de pago.* (Sentencia de 7 de mayo de 1971; no ha lugar.)

11. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO PARA REEDIFICAR: PLAZO DE DESALOJO Y DE SUSCRIPCIÓN DE DOCUMENTO DE RETORNO: *El local arrendado ha de ser desalojado por el arrendatario dentro del plazo de un año siguiente a la notificación fehaciente a aquél de la resolución gubernativa autorizando la demolición del local, entendiéndose que dentro de ese año ha de llevarse a cabo la suscripción del documento de retorno, a no ser que por voluntad del arrendador se autorice a que ello tenga lugar transcurrido el referido plazo. Si el local arrendado se desaloja dos días después del fin del plazo de un año señalado por la ley, el propietario puede instar la resolución del arriendo.* (Sentencia de 25 de octubre de 1971; no ha lugar.)

12. DERECHO DE RETORNO: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *Si los demandantes formulan sus pretensiones de reedificación y retorno en concepto de arrendatarios de los locales de negocio y viviendas que existían en el inmueble, que fue objeto de la autorización gubernativa de demolición, y más concretamente, como titulares del derecho de retorno, el llamado a decidir de la pretensión, independientemente de que la misma esté o no fundada y del carácter administrativo del expediente previo en que se concedió la autorización de demolición, no puede ser otro que un órgano de la administración de justicia.* (Sentencia de 7 de junio de 1971; no ha lugar.)

13. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CAUSAS: LIMITACIÓN: *Las causas de resolución son sólo las del artículo 114 de la Ley, y la falta del cumplimiento por el arrendatario de una propuesta no aceptada llanamente por la propiedad, no puede vincularse para determinar la resolución del contrato.* (Sentencia de 22 de junio de 1971; no ha lugar.)

14. SUBARRIENDO: REQUISITOS: *Si bien es cierto que las figuras jurídicas del subarriendo o traspaso, por la clandestinidad con que suelen celebrarse, son susceptibles de acreditarse por vía de presunción, como lo puede ser la*

introducción de un extraño en el inmueble objeto del arriendo, no lo es menos que para que tal efecto se produzca, es imprescindible que la presencia de dicho tercero vaya acompañada de la transferencia a su nombre del goce o disfrute del local, por significar ello un presupuesto indispensable para la consumación de este tipo de convenciones. (Sentencia de 30 de octubre de 1971; no ha lugar.)

15. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Desde el momento en que una hija del fallecido titular arrendatario, en la sociedad de responsabilidad limitada que entre las cuatro hijas habían constituido, admitió mediante la escritura de 21 de abril de 1966 a nuevos socios, la aplicación, en sentido contrario, del artículo 31, 1, de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos obliga a repudiar traspaso a esa admisión de nuevos socios. (Sentencia de 6 de febrero de 1971; no ha lugar.)*

16. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIOS: LÍMITES DE LA AUTORIZACIÓN IMPLÍCITA PARA REALIZAR LAS NECESARIAS OBRAS DE ADAPTACIÓN DEL LOCAL AL DESTINO CONVENIDO: *Si bien es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente que la suscripción de un contrato de arrendamiento de local de negocio lleva implícita la autorización del dueño del inmueble para que el arrendatario pueda ejecutar las obras necesarias a fin de adaptar el local al destino convenido, no lo es menos que semejante consentimiento no se extiende a todo el periodo de vigencia de la relación obligacional concertada, sino tan sólo a las llevadas a efecto al tiempo de la instalación del negocio de que se trate y no a las posteriores, que pueden obedecer a simple conveniencia del titular del arriendo o a su deseo de ampliar la industria anteriormente establecida, y como en el supuesto aquí discutido, el demandado, varios meses después de esa fecha, construyó dentro de la nave industrial alquilada, con obra de mampostería empotrada en la pared, y sin el consentimiento del otro litigante, un departamento dedicado a despacho, es evidente que, de acuerdo con el criterio sustentado por la sentencia de 7 de junio de 1963, incurrió en la causa de resolución prevista en el número 7.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Sentencia de 29 de mayo de 1971; ha lugar).*

DERECHO PROCESAL

1. COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *Tratándose de una acción personal, al no haber sumisión expresa de las partes, hay que atenerse al domicilio del demandado. (Sentencia de 17 de marzo de 1971; competencia.)*

2. COMPETENCIA: CLÁUSULA DE SUMISIÓN INEFICAZ: *La cláusula de sumisión a más de un Juzgado al mismo tiempo, carece de eficacia, puesto que con ella los interesados no designan, con toda precisión, el Juez o Tribunal a quien se someten, conforme al artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

UNIDAD DE ACTUACIONES: *El demandado fue condenado a satisfacer el importe de una letra anterior, a las que sirven como base a esta reclamación y derivada de las mismas operaciones mercantiles, por lo que rige la declaración jurisprudencial, según la cual el resto de las actuaciones practicadas ante la Justicia, debe seguir la misma línea de las operaciones desde el principio.* (Sentencia de 9 de marzo de 1971; competencia.)

3. COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *Versando la presente cuestión sobre una acción personal de resolución de contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de entregar la cosa objeto del negocio, a falta de sumisión expresa o tácita de las partes litigantes, el Juez competente para conocer de aquel juicio lo será, conforme a lo dispuesto en el artículo 62, regla primera, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la jurisprudencia constante de esta Sala, el del lugar en que debería haberse cumplido la iniciada obligación de entrega.* (Sentencia de 4 de diciembre de 1970; competencia.)

4. COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *Con arreglo a la regla primera del artículo 62 de la Ley procesal, fuera de los casos de sumisión expresa, en los juicios en que ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y la de pagar el precio de la cosa vendida debe cumplirse, según el artículo 1.500 del Código civil en relación con el 50 del Código de comercio, en el lugar fijado en el contrato o, en su defecto, en el que se hizo entrega de aquélla, al no haber en los autos elementos bastantes para poder asegurar que las partes pactaran, aunque fuese tácitamente, que el pago de las mercancías habría de efectuarse en Madrid o en Valladolid, ni que la entrega de todos los géneros vendidos se realizase en el último lugar, como tampoco puede jugar la presunción de entrega en el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento mercantil, ya que no consta con certeza donde tenga la vendedora el centro de sus operaciones comerciales, por todo lo cual debe aplicarse el fuero subsidiario del domicilio del demandado, al que se remite la mencionada regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* (Sentencia de 4 de octubre de 1971; competencia.)

5. COMPETENCIA: FUERO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO: *Al negar el demandado por completo la realidad del alegado contrato de compraventa mercantil cuya efectividad se pretende, que, por otra parte, tampoco se deduce con claridad de los documentos aportados por el demandante al contestar al requerimiento de inhibición, deberá prevalecer el fuero del domicilio del demandado.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1971; competencia.)

6. COMPETENCIA: *No se entabla la cuestión de competencia entre el Juzgado de Nájera, domicilio del actor, y el de Mataró, que lo es del demandado, sino que es suscitada por el Juzgado número 13 de Barcelona, en cuyo caso no son de aplicar las normas regidoras de la competencia en favor del domicilio del demandado, y excluido, por tanto, el Juzgado de Mataró ha de prevalecer la competencia del domicilio del actor, de conformidad al número 1.º del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* (Sentencia de 4 de mayo de 1971; competencia.)

7. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *Ejercitándose por el actor, vecino de Brieves, perteneciente al partido judicial de Luarca, una acción personal en reclamación de cantidad, resto de precio de la venta de unos postes de castaño, al demandado, vecino de Casades Carballedo, partido judicial de Chantada, apareciendo de la documental aportada, que en la expresada cantidad se incluyen tanto el importe de los postes como los gastos por el transporte de éstos, hay que dar como cierto que la mercancía viajaba por cuenta y riesgo del comprador, y por tanto, como entregada en el establecimiento del vendedor, lugar este donde aquél debía cumplir su obligación de pago, y como ello no afecta, el que para mera facilidad de realizarlo, se girasen unas letras de cambio domiciliadas en el que lo era del comprador, pues no modifica la esencia del contrato, según reiteradísima doctrina de esta Sala, procede decidir la cuestión de competencia planteada en favor del Juzgado de Luarca.* (Sentencia de 9 de octubre de 1971; competencia.)

8. COMPETENCIA: MERCANCÍA A PORTE DEBIDO: *Remitida a porte debido la mercancía, cuyo precio es objeto de reclamación, que provocó la competencia, y no existiendo sumisión expresa ni tácita, la competencia corresponde, según lo previsto en el número 1.º del artículo 62 de la Ley rutuaria civil, con relación con los 1.171 y 1.500 del Código civil y 50 del de comercio, al lugar del cumplimiento de la obligación, que es en el que está enclavado el establecimiento del vendedor, pues, salvo pacto en contrario, los géneros de comercio se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor, y al Juez de este lugar corresponde el conocimiento de la demanda reclamando el precio, según reiterada doctrina de esta Sala.* (Sentencia de 11 de enero de 1971; competencia.)

9. COMPETENCIA: *Viajando la mercancía, por cuenta y riesgo del comprador, al haber sido cargados a éste los gastos de facturación, hay que considerar como lugar del cumplimiento de la obligación el domicilio del vendedor, que fue donde efectivamente se entregó la mercancía; por lo cual, a falta de sumisión expresa, y por imperativo de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 62 de la Ley de Enjuncamiento Civil, al tratarse del ejercicio de acciones personales, la jurisdicción de este lugar ha de ser la competente para conocer el proceso que ha motivado esta cuestión de competencia.* (Sentencias de 22 y 24 de septiembre de 1971; competencia.)

10. COMPETENCIA: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *Tratándose de acciones acumuladas de la misma naturaleza, y sin que ninguna de ellas merezca la consideración de principal, es competente el Juzgado del lugar en que deban cumplirse el mayor número de obligaciones reclamadas o que alcancen mayor entidad económica.* (Sentencia de 28 de diciembre de 1970; competencia.)

11. COMPETENCIA: FASE DE EJECUCIÓN: *Acreditado en autos que la cuestión de competencia fue promovida cuando en el juicio de ejecución había sido dictada ya sentencia de remate, que adquirió firmeza con mucha anterioridad al Auto que dio origen al requerimiento de inhibición, es evidente que,*

a tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está mal formulada. (Sentencia de 25 de abril de 1971; competencia.)

12. COMPETENCIA: CUESTIÓN MAL FORMADA: *Se detallan en el artículo 88 de la Ley procesal civil, los documentos que el Juez o Tribunal que haya declarado haber lugar a requerir de inhibición, ha de acompañar al oficio de requerimiento, con la finalidad de facilitar al Juez o Tribunal requerido los necesarios elementos de juicio para resolver respecto a la inhibición promovida; al dejar de remitirse, por el Juzgado Municipal, el testimonio del escrito a virtud del cual fue solicitada la inhibición, esta omisión necesariamente ha de originar, de conformidad con el precepto mencionado, la nulidad de dicho acto y de los posteriores, y que haya de declararse mal formada la cuestión de competencia. (Sentencia de 23 de septiembre de 1971; competencia.)*

13. COMPETENCIA: PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS EN JUICIOS VERBALES: *Para decidir cuestiones de competencia entre Juzgados Municipales y Comarcas, cuando se trate de juicios verbales, pueden presentarse los documentos aun después de recibido el oficio inhibitorio, doctrina subsistente aún en las modificaciones establecidas por la Ley de 23 de julio de 1966, dada la actual redacción del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que no exige la presentación de documentos con el escrito inicial del proceso.*

ACCIÓN PERSONAL: *Se ejercita una acción personal en reclamación de deuda, por lo que hay que partir de que el caso está comprendido en la regla primera del artículo 62 de la Ley procesal civil, y toda vez que no existe constancia del lugar en que debe cumplirse la obligación reclamada, cualquiera que sea el negocio jurídico de que proceda, a falta de pacto al respecto, debe estimarse preferente el fuero del domicilio del demandado. (Sentencia de 10 de diciembre de 1970; competencia.)*

14. CASACIÓN: ADMISIÓN DEL RECURSO: SUFICIENCIA DEL PODER: *El poder con que comparece a sostener este recurso, el Procurador de la S. A., está otorgado por el Administrador de dicha Sociedad para representarla en pleitos y seguir recursos ordinarios y extraordinarios como el de casación y como en el mismo documento consta, que la expresada Sociedad «será regida por un administrador que ostentará todas las facultades de representación sin limitación alguna y que podrá conferir poderes con la extensión que estime pertinente a favor de empleados o de terceras personas», Administrador al que corresponde o se atribuye, conforme al artículo 29 de los Estatutos, entre otras facultades la de: «a) Representar a la Sociedad en juicio y fuera de él, por lo cual ostentará de modo permanente la representación de la Sociedad», es incuestionable que dicho poder es suficiente a los efectos de sostener la casación.*

RESOLUCIÓN IMPUGNADA: *Teniendo tan sólo carácter definitivo, las resoluciones pronunciadas en actos de jurisdicción voluntaria, a tenor de lo dis-*

puesto en el número 4.º del artículo 1.690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando lo establezca la ley, no lo ha de tener la recurrida, pues ajustándose la tramitación de la solicitud a que se refiere el artículo 57 L. S. A., a las normas que regulan los relativos a negocios de comercio —artículos 2.109 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, con carácter general dispone el artículo 2.116 de la citada Ley procesal que contra las resoluciones dictadas en segunda instancia no habrá recurso alguno, quedando a salvo el derecho de los interesados para que lo ejerzan en el juicio que corresponda. (Sentencia de 26 de febrero de 1971; no ha lugar.)

15. EXCEPCIÓN DE LITIS PENDENCIA: *Para que pueda ser válidamente aplicada requiere, imprescindiblemente, que exista una identidad sustancial entre dos litigios que afecte, tanto a las cosas, como a las personas, cuanto a las causas.*

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: *No puede basarse en preceptos estrictamente procesales.* (Sentencia de 10 de mayo de 1971; no ha lugar.)

16. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DOCUMENTOS DE PRUEBA PRESENTADOS FUERA DE PLAZO: *Los documentos no fueron presentados en la secretaría de la Sala el día 11 del mes de febrero, cuando ya con fecha 3 había sido celebrada la vista, y con fecha 9 se había dictado sentencia, por todo lo cual es patente que el Tribunal sentenciador no pudo tener en cuenta los documentos, ni tal circunstancia cabe equipararla a denegación de práctica de prueba.* (Sentencia de 9 de octubre de 1971.)

NOTA: Se trata de unas comisiones rogatorias, aceptadas como prueba en segunda instancia y entregadas a la Sala transcurrido el término extraordinario concedido para la práctica de dicha prueba.

17. PRUEBA: IMPUGNACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO: NECESIDAD DE COTEJO: *Está bien hecha la impugnación aunque no se precise ni se refiere a la autenticidad o a la exactitud, por lo que no habiendo mediado cotejo, queda fallida la prueba.* (Sentencia de 13 de febrero de 1971; desestimatoria.)

18. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: *Para que el hecho nuevo a que se refiere el número tercero del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda originar el recibimiento a prueba en la segunda instancia, es necesario no sólo que se exponga con la debida claridad y precisión para que la Sala forme juicio acertado sobre su procedencia, sino que se haya producido independientemente de la voluntad de la parte que lo alega.* (Sentencia de 3 de marzo de 1971; no ha lugar.)

19. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: RECIBIMIENTO A PRUEBA EN LA SEGUNDA INSTANCIA: *A tenor del número 2.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo podrá otorgarse el recibimiento a prueba en la segunda instancia cuando por cualquier causa no imputable al que la solicitare, no*

hubiera podido hacerse en la primera instancia toda o parte de la que hubier propuesto; y no se da este supuesto cuando la prueba pericial que la parte propuso en segunda instancia no la habia solicitado en la primera. (Sentencia de 31 de marzo de 1971; no ha lugar.)

20. RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIÓN DEL RECURSO: MENOR CUANTÍA: *De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.964 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal no se dará contra las resoluciones judiciales dictadas por las Audiencias en los juicios de menor cuantía, cuyo contenido económico no exceda de 300.000 pesetas, situación en la que se encuentra el que es objeto del presente recurso, por estimarse el valor de lo reclamado en 78.500, según se hace constar en el fundamento de derecho primero del escrito de demanda, con el que manifiesta su conformidad el correlativo del de la contestación, lo que le hace incidir en el vicio de inadmisión señalado en el número tres del artículo 1.729 del propio cuerpo legal y en la consiguiente causa de desestimación en el estado actual de las actuaciones, según constante jurisprudencia de esta Sala, sin que por ello proceda entrar en el análisis de los distintos motivos aducidos por el recurrente. (Sentencia de 2 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

21. CASACIÓN: RESOLUCIÓN NO DEFINITIVA: *La resolución recurrida, auto en que se da lugar a la excepción dilatoria de litis pendencia, no puede estimarse como definitiva, para que contra ella quepa recurso de casación, según el artículo 1.690, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reiterada doctrina de esta Sala, pues habiendo resuelto un incidente, éste no hace imposible la continuación de la cuestión litigiosa planteada, como requiere el artículo 1.690 citado, y si el recurrente tiene posibilidad de tramitar el pleito, la resolución de la excepción no puede tener el carácter de definitiva, por lo que en armonía con el apartado tercero del artículo 1.729 de la citada Ley, el recurso no era admisible, y como las causas de inadmisión, en este trámite se convierten en causas de desestimación, no se puede entrar en el estudio de los motivos del recurso. (Sentencia de 18 de enero de 1971; no ha lugar.)*

22. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: FALTA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN: *Por pugnar con la claridad que requiere la técnica rigorista de la casación, establecida en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultan inviables tanto el motivo en que se aduzcan como infringidos preceptos diversos en relación con supuestos diferentes, como aquel en que se aplican a unos mismos preceptos conceptos tan distintos como el de violación, que se refiere a la norma jurídica, y el de aplicación indebida, que se atiene a los hechos, conceptos que se excluyen entre sí, porque cuando la norma es desconocida, no se puede decir que ha sido aplicada. (Sentencia de 12 de junio de 1971; no ha lugar.)*

23. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Según lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el escrito interponiendo el re-*

curso de casación se ha de citar con precisión y claridad, no sólo la ley o doctrina legal que se crea infringida, sino el concepto en que lo haya sido, o sea, si la infracción ha consistido en violación, interpretación errónea o aplicación indebida, sin cuyo requisito el recurso es inadmisible, conforme a lo que determina el párrafo cuarto del artículo 1.729 de la propia Ley procesal. (Sentencia de 4 de febrero de 1971; no ha lugar.)

24. CASACIÓN: INADMISIÓN DEL RECURSO: *La técnica de la casación origina un rigorismo procesal que es consecuencia de la finalidad que caracteriza el interés público que preside dicho recurso extraordinario, rigor que determina que las partes litigantes han de desarrollar su actividad de manera tal, en lo concerniente a la utilización del recurso, que sean cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 1.720, complementado por el 1.729, ambos de la Ley procesal civil, cuya inobservancia ha de producir, necesariamente, la inadmisión del recurso.* (Sentencia de 10 de febrero de 1971; no ha lugar.)

25. RECURSO DE CASACIÓN: FALTA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN DEL RECURSO: *Basándose los dos motivos del recurso en la infracción del artículo 1.543 del Código civil, el primero, y del artículo 455 de este cuerpo, el segundo, y olvidando consignar en cada uno de ellos el «concepto» en el que estima cometida aquella o aquellas infracciones que con tal confusión e imprecisión denuncia, incurre, por todo ello, en un defecto de carácter, dentro de la técnica del recurso, suficiente para, de acuerdo con el número cuarto del artículo 1.729 de la Ley rituaria civil, declarar la inadmisión del recurso, dada la falta de claridad y precisión que en el mismo concurre, y todo ello, con las consecuencias derivadas del artículo 1.728 de la propia Ley citada.* (Sentencia de 19 de octubre de 1971; no ha lugar.)

26. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Es impróspero el motivo en que se cita un precepto legal como infringido, sin señalar el concepto en que lo haya sido, el cual sería indispensable conforme a los artículos 1.720 y número 4.º del 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

APLICACIÓN INDEBIDA: *No cabe alegar el vicio de aplicación indebida referido a un precepto que no ha sido citado en la sentencia recurrida.*

CUESTIÓN NUEVA: *Al no haber opuesto el recurrente dentro de la instancia la excepción de caducidad de la acción, su invocación en el recurso constituye una cuestión nueva.* (Sentencia de 16 de octubre de 1971; no ha lugar.)

27. RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIÓN DEL RECURSO: CUESTIÓN NUEVA: *El primero de los fallos formulados en el artículo 1.728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dictará en los casos comprendidos en el artículo siguiente, entre los que se encuentra el señalado con el número 5, que dice «cuando la ley o doctrina citadas, se refiera a cuestiones no debatidas en el pleito»; se provee aquí a la «cuestión nueva» que no es otra que la planteada, por alguna de las partes, fuera del período expositivo del juicio, cuestión re-*

chazable, puesto que se plantea en forma que impide toda discusión a la parte contraria, faltando así a lo que es materia del proceso, que no es otra cosa, que la posibilidad de discutir, en igualdad de terreno, todas y cada una de las cuestiones que, en la litis, se planteen o susciten. (Sentencia de 22 de octubre de 1971; no ha lugar.)

NOTA: El recurso se basa en la falta de litisconsorcio pasivo necesario, cuestión que no había sido planteada en la primera instancia.

28. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DEL RECURSO: *En la formalización de los recursos de casación, este Tribunal, viene diciendo con insistencia, que cada infracción ha de denunciarse precisamente al amparo del motivo que privativamente le conviene y que esté señalado en el número de alguno de los preceptos que regulan el recurso, y ello porque tratándose de «numérus clausus» no puede extenderse a otras situaciones por interpretación analógica.* (Sentencia de 5 de octubre de 1971; no ha lugar.)

NOTA: La parte recurrente funda su recurso en el número cinco del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (por denegación de cualquier diligencia de prueba admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión), alegando que la Audiencia Territorial ha infringido el artículo 5 del texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor (de 21 de marzo de 1968); alegando que según dicho precepto, ya no es necesario el depósito de la cantidad reclamada en el fondo de garantía como trámite previo a la apelación, lo que no constituye en modo alguno una diligencia de prueba.

29. CASACIÓN: ACUMULACIÓN DE MOTIVOS: *Se produce al invocar conjuntamente los números 1.^º y 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que se vulnera lo dispuesto en el párrafo 2.^º del artículo 1.720 de la misma Ley, haciéndose impróspero el motivo.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL: *La prueba pericial es de la libre apreciación de los juzgadores de instancia, y no puede servir de base al recurso de casación.* (Sentencia de 12 de marzo de 1971; no ha lugar.)

30. CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: *En la letra y espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señala como uno de los medios que dan lugar al recurso de casación, la violación o desconocimiento de un precepto que valore un medio de prueba legal, de tal modo, que si al extinguir la prueba, el Tribunal de instancia desconoce la eficacia de aquel medio probatorio, infringe la ley, derivándose de ese precepto sustantivo el requisito formal o procesal de citar, concreta y singularmente, de modo directo, la norma de valor infringida, puesto que si la especialidad del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley rutuaria civil, consiste en que la ley violada es precepto referente a la prueba legal, o lo que es igual, valorada de antemano por la ley —que ésta es la esencia del error de derecho—, se hace indudable que ha de exigirse como necesario o inexcusable la cita del precepto legal que se crea infringido, y así lo exige también la reiterada doctrina de este Tribunal.* (Sentencia de 18 de marzo de 1971; no ha lugar.)

31. **ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS:** *Según reiterada doctrina de esta Sala (1), no cabe combatir en casación la eficacia de una prueba determinada cuando se aprecia en combinación con otros medios probatorios. Las escrituras públicas de compra y certificaciones registrales que se acompañan, si bien tienen la autenticidad externa derivada de su calidad de documentos públicos, carecen de la autosuficiencia necesaria para acreditar lo contrario a lo afirmado por la Sala sentenciadora, que apreció la identificación de la finca y la determinación de su situación y linderos como resultado conjunto de las pruebas documentales pericial y de reconocimiento judicial.*

DEFECTO FORMAL EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO: *El artículo 1.214 del Código civil, cuya infracción se alega, es un precepto que, por su carácter general, no es idóneo para basar en su supuesta vulneración un recurso de casación por infracción de ley, ya que no se refiere a la apreciación en concreto de ningún medio probatorio determinado, ni regula la eficacia de cada uno de los elementos de prueba enumerados en el artículo 1.225 del Código civil.* (Sentencia de 12 de abril de 1971; no ha lugar.)

32. **CASACIÓN: PRUEBA: ERROR DE DERECHO:** *Para acreditarlo es absolutamente necesario citar preceptos valorativos de medios probatorios, y no lo es el artículo 1.504 del Código civil invocado por el recurrente.* (Sentencia de 3 de julio de 1971; no ha lugar.)

33. **CASACIÓN: PRUEBA TESTIFICAL:** *Dicho medio de prueba es insuficiente, por sí solo, para fundamentar un recurso de casación.*

RECURSO DE CASACIÓN: FALTA DE CLARIDAD: *Se incurre en dicho defecto al citarse bajo un mismo cauce y sin la precisión debida, normas referentes a la Sociedad, a la interpretación de los contratos y a la prueba de presunciones.*

«ACTIO PRO SOCIO»: CARGA DE LA PRUEBA: *Incumbe al actor demostrar la existencia del contrato de sociedad.* (Sentencia de 17 de abril de 1971; desestimatoria.)

34. **RECONOCIMIENTO JUDICIAL: CASACIÓN:** *La fuerza probatoria del reconocimiento judicial queda subordinada al criterio del juzgador —de instancia— no pudiendo ser combatido —en casación—, salvo que la conclusión a que llegara el juzgador no obedeciera a las exterioridades de la cosa inspeccionada o apreciada por juez distinto del que la practicó, o no aparecieran, en la correspondiente diligencia, con perfecta claridad, los detalles y circunstancias de la cosa que fué objeto de inspección.* (Sentencia de 11 de octubre de 1971; no ha lugar.)

(1) Cfr. Sentencias de 4 de julio de 1941, 23 de enero de 1942 y 1 de febrero de 1947.

35. PRUEBA: VALOR DE INFORME DE ARQUITECTO: *Aun careciendo del valor de prueba pericial el informe del arquitecto, llevado a los autos sin intervención de las partes y sin observación de los requisitos exigidos para la práctica de dicha prueba, sin embargo, si ostenta el valor que respecto de la prueba testifical establecen los artículos 1.248 del Código civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto dicho informe ha sido ratificado y explicado por su autor al prestar declaración como testigo.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Los artículos 610, 611, 612, 613 y 615 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se invocan como violados, carecen de naturaleza sustantiva, pues se refieren a la procedencia y modo de llevar a efecto la prueba de peritos, no siendo, por tanto, invocables como fundamento en un recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal. (Sentencia de 15 de abril de 1971; no ha lugar.)*

36. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No puede alegarse en base a documentos que han sido objeto de valoración por el juzgador, lo que les desposee del carácter de auténticos a los fines del recurso de casación.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *El motivo en que, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la falta de aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.156 y 1.195 del Código civil y la violación del principio jurídico del enriquecimiento injusto, incurre en la infracción de lo ordenado en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al acumular en el mismo motivo fundamentos distintos, que deben comprenderse en párrafos separados y numerados. (Sentencia de 27 de mayo de 1971; no ha lugar.)*

37. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Alegando el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de hecho en la apreciación de la prueba, trata el recurrente de evidenciarlo del subjetivista análisis de la prueba pericial, que para mejor proveer fue practicada en autos, sin invocar documento o acto auténtico alguno, cual requiere el mencionado número, como única forma de la que puede patentizarse y que imposibilita, por tanto, extenderlo a otro medio probatorio. (Sentencia de 18 de enero de 1971; no ha lugar.)*

38. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *El error de hecho en la apreciación de la prueba que autoriza como motivo de casación el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de resultar de un documento o acto auténtico que de modo patente y claro, sin necesidad de interpretación ni razonamiento alguno, con su sola lectura lo ponga de manifiesto. (Sentencia de 17 de diciembre de 1970; no ha lugar.)*

39. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: CONFESIÓN JUDICIAL: *La confesión judicial no puede computarse como documento o acto auténtico a efectos de casación. (Sentencia de 5 de diciembre de 1970; desestimatoria.)*

40. CASACIÓN: ERROR DE HECHO; CERTIFICACIONES DE OBRAS EXPEDIDAS POR EL ARQUITECTO: *No tienen la categoría de documentos auténticos a los fines de casación.* (Sentencia de 15 de marzo de 1971; no ha lugar.)

41. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA; PRECEPTOS INFRINGIDOS: *Para que pueda prosperar esta clase de recursos no basta con citar los números del artículo 1.693 de la Ley de trámites, sino que precisa señalar también el precepto que se estima infringido.*

PREPARACIÓN DEL RECURSO: *No consta en forma fehaciente que el hoy recurrente hiciera durante la segunda instancia la protesta que exige el número 4.º del artículo 1.752 de la Ley procesal civil, y si bien para los efectos de procedimiento puede estimarse reclamada la falta de legitimación en primera instancia por medio de excepción que fue opuesta por la parte demandada ahora recurrente, es lo cierto que no habiendoapelado éste de dicho particular, ni habiéndose adherido a la apelación formulada por la parte actora, ni reproducido en segunda instancia la reclamación en la forma exigida en los artículos 1.858, o en su caso, en el 893, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, carece el recurso de la preparación necesaria, sin que quepa aducir sentencia favorable en la primera instancia, porque ya la doctrina jurisprudencial sienta, a este respecto, que aun en este caso, se hace necesaria la petición de subsanación por si fuere revocable la misma.* (Sentencia de 15 de octubre de 1971; no ha lugar.)

42. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA; MOTIVOS: «NUMERUS CLASUS»: *Una reiterada y conocida doctrina de esta Sala ha sostenido constantemente que los motivos de casación útiles para ser invocados como causantes del quebrantamiento de forma, son los expresamente destinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1.693, no pudiendo ser ampliados por razón de analogía ni «a contrario sensu».* (Sentencia de 27 de febrero de 1971; no ha lugar.)

43. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: LEY DEROGADA: *Debe ser desestimado el recurso de injusticia notoria que se apoya en preceptos de una ley derogada, cual es la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955.* (Sentencia de 26 de junio de 1971; no ha lugar.)

44. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: RIGORISMO FORMAL: *Dado el rigorismo formal y técnico del recurso de injusticia notoria, ha de desestimarse el motivo que se limita a denunciar, por la vía del número 3.º del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la «infracción del artículo 62, número 3.º, de la misma Ley y doctrina jurisprudencial», omitiendo el concepto por el cual se estima cometida, pues no basta el genérico de «infracción», lo que supone quebranto de la claridad y precisión que proclaman los artículos 136 «in fine» de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* (Sentencia de 10 de febrero de 1971; no ha lugar.)

45. INJUSTICIA NOTORIA: DESESTIMACIÓN POR IMPRECISIÓN: *La cita en bloque de un artículo con doce apartados supone falta de claridad y precisión que hace desestimable el recurso así planteado.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1971; no ha lugar.)

46. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS DEL RECURSO: *De acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con el 150 de la misma Ley, y los 1.720 y 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incide en causa de inadmisión el motivo en que se acusan interpretación errónea y aplicación indebida de los mismos preceptos, pues se trata de conceptos de infracción antagónicos; corriendo igual suerte el motivo en que no se expresa concepto alguno de infracción, así como también aquel en que se invocan conjuntamente los números 3.^º y 4.^º del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.* (Sentencia de 25 de junio de 1971; no ha lugar.)

47. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CAUSA CUARTA: *Por la causa 4.^a de injusticia notoria sólo puede alegarse manifiesto error en la apreciación de la prueba, y no infracción de precepto y de doctrina legal.* (Sentencia de 7 de junio de 1971; no ha lugar.)

48. INJUSTICIA NOTORIA: SUBSANACIÓN DE DEFECTOS PROCESALES: *La subsanación de defectos procesales, debe pedirse en el curso del juicio en que se produjo, haciendo uso, al efecto, de los medios ordinarios de reparación, pero no cabe admitir que se intente en un posterior juicio declarativo.*

INADECUACIÓN DEL CAUCE PROCESAL: *Se sigue el procedimiento establecido por la Ley de Arrendamientos Urbanos para una pretensión que debe estar excluida de dicho procedimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 151 de la propia Ley, consideración ésta que por ser de orden público, puede ser apreciada de oficio.* (Sentencia de 11 de mayo de 1971; no ha lugar.)

NOTA: El propietario de un local de negocio subarrendado interpuso demanda de resolución de contrato por falta de pago de la renta sin haber exigido previamente al subarrendatario el pago directo de la renta. La demanda fue aceptada, y con posterioridad, el arrendatario interpone demanda en juicio declarativo pidiendo se declare la nulidad de la sentencia del Juzgado Municipal alegando, entre otras cosas, que el artículo 1.579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no admite más pruebas que la confesión judicial, o el documento o recibo en que conste haberse verificado el pago de la renta. Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia y rechazado el recurso de apelación por la Audiencia Territorial, interpone recurso de injusticia notoria.

49. RECURSO DE REVISIÓN: DEPÓSITO INSUFICIENTE: *La cuantía litigiosa ha sido estimada en 102.000 pesetas, lo que supone que conforme a lo que determina el artículo 1.799 de la Ley procesal civil, para que pueda tenerse por interpuesto el recurso de revisión, es indispensable que en el escrito en que se solicite, se acompañe por el recurrente, no declarado pobre, documento justificativo de haber constituido depósito de 5.000 pesetas; como el recibo, que se acompaña al efecto, acusa el depósito solamente de 1.500 pesetas,*

ello por sí solo es causa de desestimación sin necesidad de entrar en el fondo del asunto. (Sentencia de 28 de septiembre de 1971; no ha lugar.)

V. Familia.

1. NEGOCIO EXPLOTADO EN COMÚN: OBLIGATORIEDAD DE LO PACTADO: *El convenio por el cual se dividen por mitad los beneficios líquidos obtenidos en la explotación común de un negocio, es perfectamente lícito, surtiendo plenos efectos, independientemente de que se le califique o no de Sociedad.*

CONSENTIMIENTO UXORIO: *No es preciso si el marido se limita a asociar a un tercero en el uso y explotación de bienes inmuebles gananciales.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El cauce del artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil es apto exclusivamente para combatir las declaraciones fácticas de la Sentencia recurrida, no para impugnar la interpretación de documentos obrantes en autos. (Sentencia de 24 de octubre de 1970; desestimatoria.)*

2. RECURSO DE CASACIÓN: NO PROcede CONTRA RESOLUCIONES PROVISIONALES: *Con arreglo a los artículos 1.689 y 1.729, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede el recurso de casación contra un auto no definitivo dictado por el Juzgado, que reglamenta las visitas del padre a los hijos, en tanto no se establezca régimen distinto en las diligencias de ejecución de sentencia canónica de separación de los cónyuges.*

RECURSO DE CASACIÓN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: EJECUCIÓN A EFECTOS CIVILES DE SENTENCIAS CANÓNICAS: *Esta última no supone ejecución propiamente dicha de resoluciones judiciales, puesto que la actividad de los Tribunales civiles no se limita a ejecutar en sentido estricto, sino que, conforme al artículo 82 del Código civil, resuelve con jurisdicción propia, con autonomía de criterio y de procedimiento respecto de la resolución canónica, por lo cual no es aquí aplicable el remedio extraordinario establecido para los supuestos de ejecución de sentencias en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 4 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

3. ALIMENTOS PROVISIONALES: NECESIDAD DEL ALIMENTISTA: *Su existencia es una cuestión de hecho, sometida a la libre apreciación del Juzgador de instancia.*

DERECHO DE ALIMENTOS: PRESCRIPCIÓN: *Debe distinguirse entre el derecho mismo, cuya naturaleza familiar le hace imprescriptible, y las concretas pensiones alimenticias ya devengadas a las que sí afecta el plazo de cinco años establecido por el artículo 1.966 del Código civil. (Sentencia de 7 de octubre de 1970; desestimatoria.)*

VI. Sucesiones.

1. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Según reiterada doctrina jurisprudencial, los preceptos de carácter estrictamente procesal cuya infracción se invoca, son insuficientes por sí solos para tener acceso a la casación por infracción de Ley o de doctrina legal.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Las simples cuestiones de hecho sólo pueden ser válidamente impugnadas por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, demostrando que el juzgador incurrió en manifiesto error en la apreciación probatoria.*

INCONGRUENCIA: DEFECTO DEL RECURSO: *La alegación de que se otorgó más de lo pedido —«ultra petitorum»—, sólo puede tener viabilidad procesal por el cauce del número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

INCONGRUENCIA POR EXCESO: DEUDA DE ALIMENTOS: *No puede haber incongruencia por exceso en cuanto a la fijación del «quantum» de la pensión, puesto que, según jurisprudencia reiterada y uniforme, la fijación de su cuantía no es recurrible en casación, por ser mera cuestión fáctica que el Juzgador de instancia ha de examinar y decidir libremente, aparte de que el hecho de fijar la fecha de inicio de la pensión desde la interposición de la demanda no implica una concesión que exceda de lo pedido en este caso.*

MODO TESTAMENTARIO: *La institución de heredero hecha por la testadora a favor de un sobrino con la obligación de «mantener a sus padres mientras vivan, sanos o enfermos, siempre que trabajen y le ayuden en el negocio de panadería y comercio de la testadora, mientras puedan», constituye, según la conclusión —sin duda acertada— de la sentencia recurrida, una institución de heredero con cláusula modal.*

INSTITUCIÓN MODAL: *Es una carga o gravamen impuesto por el testador al heredero con fuerza vinculante, de cuyo cumplimiento no depende la efectividad de la institución, pero cuya no realización faculta a su exigencia si no en los mismos términos ordenados —caso de ser posible—, sí al menos en otros similares, en virtud de lo preceptuado en el artículo 798 del Código civil; a tener en cuenta analógicamente.*

2. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: TESTAMENTO OLÓGRAFO: *No es documento auténtico al efecto pretendido el mismo testamento que ha sido tenido en cuenta e interpretado por el Juzgador; si lo que se impugna es la interpretación del testamento, el tema constituye una cuestión jurídica que sólo cabe censurar en casación por el cauce del número 1.º, y no del número 7.º, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *Es doctrina de esta Sala que es facultad del Juzgador de instancia interpretar las cláusulas testamentarias dudosas, fijando su verdadero sentido conforme al examen de las circunstancias del caso, y tal interpretación y criterio debe prevalecer sobre el propio del recurrente, a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equívocado; por contradecir, evidentemente, la voluntad del testador.*

USUFRUCTO CON FACULTAD LIMITADA DE DISPONER: *Ante la cláusula del testamento por la que el testador lega a su esposa el usufructo del tercio de su herencia, con facultad de disponer si, después de haber agotado su haber ganancial, le fuese necesario para sus necesidades personales, las ventas realizadas por la viuda entran en los límites marcados por el testador cuando, según afirma el Juzgador y no se ha contradicho por la vía adecuada, la viuda se encontraba en estado de necesidad y sólo le restaban, como porción de gananciales, treinta y ocho pensiones forales prácticamente sin valor. (Sentencia de 14 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

3. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: DEFECTOS DEL RECURSO: *La interpretación llevada a cabo por el Tribunal «a quo» sólo podía haber sido impugnada con validez demostrando alguna infracción de las reglas que, para la hermenéutica de los actos testamentarios, contiene el Código en el artículo 675, sin que, en caso contrario, se pueda alegar vulneración de los preceptos jurídicos aplicado como mera consecuencia de aquella interpretación. (Sentencia de 9 de junio de 1971; no ha lugar.)*

4. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *Según reiterada doctrina de esta Sala, corresponde al Juzgador de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su interpretación en casación, en tanto no se patentice que ha vulnerado, al fijar el sentido de la declaración, las normas del Código civil relativas a la interpretación de actos de última voluntad. (Sentencia de 23 de septiembre de 1971; no ha lugar.)*

NOTA: La cláusula discutida en este pleito era la siguiente: «Declara la testadora que dentro de la cuota hereditaria correspondiente a su hija C., deberá incluirse una porción de terreno propiedad de la testadora, sita en Esplugas de Llobregat, con frente a la calle de Quintana en cuanto a una profundidad de treinta metros desde el rasante de dicha calle, con las edificaciones en la misma existentes. Dentro de las cuotas hereditarias correspondientes a R. y M., se comprenderá el resto de dicha finca por mitad entre ambos, de forma que la porción del fondo corresponda a M., y la inmediata a C., a R. Caso de que dichas porciones correspondientes a M. y a R., no fueran suficientes, según las normas municipales, para construirse una vivienda en cada una de dichas parcelas, C. deberá cederles de la parte posterior de la suya el terreno necesario a tal objeto sin que, en ningún caso, venga obligada a ceder la parte que en la actualidad está ocupada por las edificaciones existentes. Deberá asimismo C. constituir servidumbre de paso a través de su finca a favor de sus hermanos... En ningún caso y a pesar de quedar instituidos herederos por partes iguales, aunque el valor de lo asignado a C., en virtud de lo indicado en relación a la expresada finca fuese superior al valor de la tercera parte del caudal hereditario, deberá ésta reintegrar a sus hermanos del exceso o diferencia, en su caso, como prelegado a su favor».

Los demandantes, y recurrentes, los hermanos M. y R., basándose en que las normas municipales en Esplugas de Llobregat exigían para edificar la existencia de siete metros de fachada a la calle de Quintana y que la voluntad esencial de la testadora era que los tres hermanos pudieran construirse una vivienda en la finca referida pretendían que la división del terreno se ajustase a tal exigencia de la normas municipales.

Esta tesis no prospera en ninguna de las instancias ni en casación, destacando la sentencia del Tribunal Supremo que la testadora había previsto la constitución de una servidumbre de pasq, que la cesión de terreno, fuera, en su caso, sólo de la parte posterior y, sobre todo, que en ningún caso vendría obligada C. a ceder la parte que en la actualidad está ocupada por las edificaciones existentes, la cuales, según el reconocimiento judicial efectuado, cubrían todo el terreno de la finca adyacente a la calle de Quintana.

5. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *La interpretación de las disposiciones testamentarias está sometida a los preceptos generales de la interpretación de los negocios jurídicos, pues si el Código trató separadamente la interpretación de los contratos (art. 1.281 y siguientes), y de los testamentos (art. 675), no obstante, con el conjunto de esos distintos preceptos es posible construir la doctrina general; y siendo privativa del Tribunal de instancia la interpretación de toda clase de negocios jurídicos, y respetable si no es absurda, arbitraria o falta de lógica, se impone respetar la interpretación hecha por la sentencia recurrida.*

HEREDAMIENTO PREVENTIVO: *La expresión de los capítulos matrimoniales de que el heredamiento preventivo quedaría sin efecto respecto de aquel de los futuros consortes que fallezca con testamento u otra válida designación de heredero, no supuso revocación sino prevención para el caso de que no hubiera testamento o éste resultara ineficaz o inválido. Los artículos 89 y 90 de la Compilación catalana declaran irrevocable el heredamiento preventivo, y como éste es el caso producido, sin impugnación eficaz en el recurso, y la interpretación se hace según las normas del razonar humano, se impone respetarla.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: *Sin perjuicio de la fe que en cuanto a la intervención notarial pueda tener el acta de requerimiento acompañada, las manifestaciones de las partes contenidas en ella no están provistas de tal carácter probatorio, y de ellas nada ha podido estimar probado la sentencia, pues tales manifestaciones sólo son confesión extrajudicial, y conjugadas con las demás pruebas no provocaron el error de derecho que se alega.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La misma acta notarial de requerimiento sólo significa que había discusión sobre la propiedad de la maquinaria y sobre la de las fincas, pero no dice de manera irrefutable que la actora conociera la posible inexactitud registral, lo cual puede ser una deducción o presunción, pero no puede servir para amparar el error de hecho, que requiere la contradicción evidente entre el dicho de la Sala y lo que el documento manifiesta. (Sentencia de 30 de abril de 1971; no ha lugar.)*

6. CATALUÑA: INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *Cuando el texto de la*

cláusula interpretada no sea tan claro y expresivo que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito o intención del testador, la jurisprudencia ha concedido notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, siempre que el sentido descubierto tenga una expresión cuando menos incompleta en el documento.

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: Corresponde a los Tribunales de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo su criterio prevalecer siempre que no se demuestre de modo claro y manifiesto el error de aquéllos en términos que contrarien la voluntad del testador.

FIDEICOMISO DE RESIDUO: SUS CLASES: Puede adoptar dos modalidades: 1) En el supuesto de que el testador faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste («si aliquid supererit»), si queda algo. 2) En la hipótesis de que el consorte restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél («de eo quod supere-rit»).

FIDEICOMISO DE RESIDUO Y SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO EN CATALUÑA: Declarado por el Tribunal «a quo» que las pocas limitaciones impuestas al fiduciario no justifican la calificación intentada de fideicomiso de residuo o de obligación restitutoria de clase alguna, puesto que, por el contrario, representan la transmisión plena del dominio, con alguna modalidad familiar para supuestos de residuo patrimonial, ha de prevalecer esta interpretación sobre la particular del recurrente, que ha quedado privada de la indispensable base «de facto» y que, además, subsumiría el caso en la sustitución preventiva de residuo, prevista por primera vez en la Compilación e inaplicable a la sucesión, tanto por la fecha del testamento como por la del fallecimiento.

DISPOSICIÓN «MORTIS CAUSA» DEL FIDUCIARIO: Facultado el heredero para disponer de los bienes en favor de sus descendientes en la proporción que hubiese determinado expresamente en su testamento, hay que entender que hubo disposición expresa, excluyente de la distribución igualitaria prevista en su defecto por la fideicomitente, cuando aquél en su testamento instituyó heredero universal a un hijo y ordenó un legado a favor del nieto, en pago total de sus derechos legitimarios en la herencia materna y, en lo que exceda, como donación «mortis causa».

RECLAMACIÓN DE LA LEGÍTIMA: ACTOS PROPIOS: En la escritura de entrega del legado, el hoy actor aceptó éste, dándose por completo satisfecho del mismo y de sus derechos legitimarios paternos, por lo que, aun siendo bienes de procedencia materna, puede el aceptante mayor de edad darse por pagado con ellos, y tales actos propios le imposibilitan ahora toda reclamación sobre tal legítima. (Sentencia de 25 mayo de 1971; no ha lugar.)

NOTA: La cláusula discutida del testamento, otorgado en 1934, era la siguiente: «Instituyo heredero universal a mi esposo, el cual podrá disponer libremente por actos inter vivos y a título oneroso de todos los bienes que heredase de mí, realizando toda clase de enajenaciones y, en especial, venderlos y gravarlos. Aquellos de los cuales al ocurrir su fallecimiento no hubiese dispuesto en la forma expresada, pasará a sus libres voluntades a mis hijos P. y B., en la proporción que mi esposo hubiese dispuesto expresamente en su testamento y si no, por partes iguales; y si alguno o ambos hubiesen fallecido dejando hijos a éstos en su representación». En una cláusula anterior la testadora legaba a sus hijos lo que por legítima les correspondiera.

Frente a aquella cláusula todo el problema estribaba en averiguar si el esposo de la testadora, en el testamento bajo el que falleció, había o no dispuesto expresamente de los bienes de la testadora en alguna proporción, puesto que se había limitado a instituir heredero al hijo B., y a ordenar un legado en favor del actor, hijo de P., en pago total de sus derechos legítimos en su herencia. En esta situación, el recurrente estimaba que no había habido disposición expresa de los bienes fideicomitidos y que, por tanto, según la previsión testamentaria, deberían repartirse por mitad entre él y su tío B. Prospera, sin embargo, la interpretación contraria, para lo cual hubo de ser decisivo el hecho de que en la escritura de entrega del legado el actor se comprometió a no reclamar nada más.

Siendo tal circunstancia la cuestión planteada, no pasan de ser meros *obiter dicta* las declaraciones de la Sentencia sobre la naturaleza y clases del fideicomiso de residuo, sobre la sustitución preventiva de residuo y otras referencias, que no hemos transcrita, de la doctrina científica, de la Dirección General de los Registros y del propio Tribunal Supremo sobre esas instituciones.

7. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: DEFECTOS DEL RECURSO: *No puede prosperar el motivo que acusa la infracción de los artículos 675 y 1.281 del Código civil, puesto que no se expresa en él, contraviniendo doctrina jurisprudencial constante y uniforme, el párrafo de aquellos artículos que se estima infringido.*

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: ACTOS PROPIOS: *Al coincidir de un modo casi literal la interpretación dada por el Juzgador de instancia a la cláusula discutida del testamento, con la expresamente aceptada por la recurrente en el instrumento público de 2 de mayo de 1960, no es posible ahora, y menos a instancia de dicha señora, vinculada por sus actos propios, calificarla de absurda, ilógica o inverosímil, como sería preciso para que no prevaleciera en casación aquella exégesis.*

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: ESCRITURA COMPLEMENTARIA DE PARTICIÓN DE HERENCIA: *El Notario ante quien se otorgó el acto de última voluntad, es el mismo que autorizó el documento de 1960 y, por consiguiente, conocía la verdadera intención de la testadora y, además, no habiéndose solicitado en el proceso la nulidad de dicho documento, la decisión que, en definitiva habría de pronunciarse sería la misma adoptada por el Tribunal «a quo». (Sentencia de 12 de junio de 1971; no ha lugar.)*

NOTA: La cláusula discutida del testamento disponía —no sabemos si literalmente—, que los bienes que se adjudicaseen a los hijos de la testadora en pago del tercio de libre disposición, los llevasen sólo en usufructo para

que pasasen en pleno dominio a sus descendientes de primer grado, o sea, nietos de la testadora, y si al fallecimiento de sus hijos no dejases descendientes de primer grado, esos bienes pasarían en pleno dominio a monjas de clausura o hermanitas de los pobres, dentro de la provincia.

Fallecida la testadora, los dos hijos, L. y E., en la escritura de partición de herencia se adjudicaron, en pago de sus derechos sobre el tercio libre, bienes en usufructo con sujeción a lo especialmente establecido en la cláusula testamentaria reseñada. En el año 1958 fallece L., sobreviviéndole su viuda y una única hija.

En esta situación, la hermana de L., E., actora en este pleito, pretendía que los bienes adjudicados en usufructo a L., pasasen también en usufructo a ella misma, pues entendía que la atribución del pleno dominio a la nieta estaba condicionada, no sólo a sobrevivir a su padre L., sino también a sobrevivir a la actora E., puesto que, en otro caso, el dominio de los bienes usufructuados habría de pasar a las citadas Comunidades de religiosas.

Desde luego, que esta interpretación de la cláusula no parece muy lógica y no prosperó, en efecto, en ninguna instancia ni en la casación. Con tal interpretación se llega a la consecuencia de hacer nacer un acrecimiento en el usufructo a favor de la hermana sobreviviente E., que no aparece de tenor alguno del propio testamento. Mucho más lógico es entender que la atribución del pleno dominio está subordinada, para cada estirpe, a la contingencia de la muerte de *cada uno* de los hijos, es decir, que hay dos llamamientos paralelos e independientes en usufructo y en el dominio, y no un llamamiento conjunto subordinado a una condición única.

Esta segunda interpretación, que conduce a estimar que los bienes usufructuados por L. han de adjudicarse en propiedad a la nieta, fue precisamente la que, de común acuerdo, todos los interesados acogieron en una escritura pública complementaria y aclaratoria de la de partición de la herencia de la testadora, otorgada, incluso, después del fallecimiento de L. La sentencia, con perfecto criterio, entiende que la actora no puede contravenir sus propios actos.

Ahora bien, y aunque sea halagador para el prestigio científico del Notariado, no parece convincente el argumento que añade esta sentencia —agregado, por otra parte, a mayor abundamiento—, en el sentido de que, puesto que el Notario que autorizó la escritura complementaria era el mismo que autorizó el testamento discutido, dicho fedatario debía conocer la verdadera intención de la testadora. No creemos que esta doctrina sea susceptible de ampliación general a todos los supuestos: constituiría un privilegio demasiado peligroso.

8. TESTAMENTO OLÓGRAFO EN CATALUÑA: INSTITUCIÓN DE HEREDEROS: *Es nulo el testamento que no contiene institución de heredero, sin que su falta pueda ser suplida por el nombramiento de albaceas, cuando éstos son sólo particulares.*

CONVERSIÓN DE TESTAMENTO NULO EN CODICILLO: DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS DEL FALLO: *Hay tal contradicción en el fallo que luego de declarar que el testamento nulo es válido como codicilo —lo que había sido pedido en reconvenCIÓN por el Abogado del Estado—, agrega más tarde que se desestima la reconvenCIÓN formulada por la Abogacía del Estado.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1971; estimatoria de uno de los recursos.)

9. CATALUÑA: CUARTA MARITAL: *La determinación hecha por el Tribunal de instancia de la cuantía del patrimonio de la recurrente, ateniéndose al reconocimiento de las partes y a las pruebas pericial y documental, al no haber sido combatida eficazmente, ha de ser aceptada en su totalidad.*

CUARTA MARITAL: *Por esta misma razón ha de aceptarse la conclusión del Tribunal «a quo» que niega derecho a la cuarta marital, vista la suficiencia de medios económicos de la recurrente en relación con los módulos establecidos en el artículo 147 de la Compilación, puesto que no basta la alegación de interpretación errónea de tal artículo, cuando la interpretación que se impugna se ha realizado por la Sentencia en torno, no al artículo 147, sino al 151 de la Compilación.* (Sentencia de 14 de octubre de 1971; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas