

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVI
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMLXXIII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIBA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JOSÉ ANTONIO DORAL: <i>Titularidad y patrimonio hereditario</i>	393
VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA: <i>El usufructo universal de viudedad, su configuración especial en Galicia</i>	483
RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: <i>Las obligaciones divisibles e indivisibles</i>	507

Estudios de Derecho extranjero

JORGE A. CARRANZA: <i>El dolo-vicio de la voluntad en el Derecho civil argentino.</i>	585
---	-----

Bibliografía

Libros 615

Libros recibidos por R.—ALVAREZ VIGARAY, Rafael: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, por José Bonet Correa; DE PEREDA MATEOS, Alberto: *Los servicios comunes de la Seguridad Social*, por Juan A. Sagardoy Bengoechea. *El Seguro Privado en España*, por M. Angeles Calzada Conde.

Revistas

A cargo de Antonio M. Morales Moreno 625

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

por José María Chico Ortiz 633

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas 657

* *La constitución tácita de servidumbre en la partición hereditaria*, por José Bonet Correa.

II. Sentencias anotadas. 667

1. *Servidumbre de luces y vistas. Subsistencia de la servidumbre en base a los signos aparentes*, por José Bonet Correa.
2. *Servidumbre de luces y vistas en base al artículo 541. No ha lugar por falta de presupuestos necesarios*, por José Bonet Correa.

III. Sentencias 669

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 XXVI
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMLXXIII

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

Titularidad y patrimonio hereditario

JOSE ANTONIO DORAL

Profesor de Derecho civil en la
Universidad de Navarra

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Fijación de los hechos problemáticos: 1. La idea clásica de la continuidad de la personalidad. 2. Su influencia doctrinal y jurisprudencial. 3. Posición jurídica del heredero.—III. Funciones típicas del Derecho sucesorio: 1. La transmisión y conservación de relaciones jurídicas. 2. La asunción de responsabilidades morales. 3. Los derechos de la personalidad pretérita. 4. El sello familiar en las sucesiones.—IV. El entorno social de la titularidad: 1. Generalización de corruptelas. 2. ¿Cambio de función o de naturaleza? 3. La unidad temporal del fenómeno sucesorio.—V. Elenco de principios: 1. Principios sucesorios dependientes de principios familiares: a) El principio de remanencia: el brocardo antes pagar que heredar. b) El principio de igualdad. c) El principio de retroactividad. 2. Principios sucesorios dependientes de principios patrimoniales: a) El principio de autonomía. b) El principio de conservación. c) El principio de subrogación real. d) El principio de libertad del dominio. 3. Remedios de carácter genérico o universal: a) Los actos propios. b) La buena fe: “falsa causa, falsa demonstratio”. c) El enriquecimiento injusto. d) El valor de la apariencia.—VI. Las grandes categorías: 1. Distinciones doctrinarias. 2. Influencias exteriores.—VII. El lenguaje sucesorio: 1. Conceptos de significado vacío. 2. Conceptos de significado variable. 3. Conceptos de significado plural.—VIII. La normatividad y su lógica interna: 1. Decantación del sustrato normativo. 2. Un caso paradigmático: la línea fronteriza entre actos *inter vivos* y *mortis causa*. 3. La lógica jurisprudencial. 4. ¿Desplazamiento de la base para analogía?—IX. Autocrítica depuradora: 1. En la doctrina. 2. En la jurisprudencia.—X. Los puntos clave de la parte general: 1. La formación y el contenido del título de heredero: a) Título de heredero y cualidad de heredero. b) Equivocidad del término título: a') Vertiente personal. b') Vertiente patrimonial: titular y adquirente. c) Titularidad plural. d) El tema de las acciones. e) Expectativas reales de adquisición: titulares futuros. 2. El doble proceso de concentración y dispersión: a) La fase de concentración. b) La fase de dispersión. 3. La configuración del patrimonio hereditario: a) El aglutinante familiar. b) Características de los bienes. c) Conexión patrimonio-personalidad.—XI. Conclusión: El sentido de la continuidad sucesoria: 1. La vertiente moral. 2. El nuevo reto de la doctrina. 3. La conservación del patrimonio. 4. El acceso a la titularidad.

I. PLANTEAMIENTO

El heredero, indiscutiblemente, es el protagonista del Derecho de sucesiones.

Esta su condición eminente cualifica también de modo decisivo su papel en la dinámica jurídica de la sociedad. De ahí que según la concepción que se tenga, de una parte, del carácter específico de las funciones a desarrollar por el heredero, y, de otra, de la sociedad en cuyo escenario debe moverse dependa, nada menos, que el concepto mismo del heredero: su titularidad, su alcance, su contenido.

La dogmática tradicional nos ofrece un concepto que la moderna doctrina comienza a someter a una crítica severa. A mi entender, la crítica arranca de la misma raíz; porque el heredero, ni es continuador de la personalidad del causante, ni su función se reduce a la de un simple adquirente de bienes; y, a su vez, las interrelaciones sociales en que se mueve hoy el heredero desbordan por completo el pacífico cuadro patrimonial y familiar que sirvió para su originaria configuración jurídica.

Hace ya tiempo que pretendía yo exponer dónde se sitúan, a mi juicio, las fronteras de ambas concepciones —la recibida y la que se está gestando— y cuál puede ser su proyección futura. En el fondo, estos diversos enfoques giran en torno a un núcleo jurídico fundamental que, como se verá a lo largo de este trabajo, está constituido por la idea de titularidad y la de patrimonio hereditario.

Las páginas de un prólogo escrito por Núñez Lagos (1) veinte años atrás, en 1951, contienen una advertencia y señalan un vacío: “Buena falta le hace al Derecho sucesorio que se ocupen de él. Fuera de algunos escritos de autores catalanes —Martí Miralles el primero—, el Derecho sucesorio es la cenicienta, cuando no el ludibrio de los juristas españoles. Está sin hacer. Y no ciertamente porque en la práctica cotidiana haya dejado de vivir con intensidad para convertirse en algo pretérito, si no en fósil, como le ha acontecido a buena parte del Derecho de familia (dotes, hipotecas legales, etc.). El Derecho sucesorio está todos los días presente en la mesa del jurista práctico, juez o abogado, notario o registrador”. En nuestro Código civil, añade, es el libro más endeble, a pesar de que la Comisión de Codificación le dedicó mayor cuidado y esmero que al libro de las Obligaciones y Contratos”. Pero, fallaba, dice, el modelo, el Código Napoleón, porque el sistema sucesorio de este Código obedecía a principios y tradiciones divergentes de las españolas”.

Esas aseveraciones, tan sugerentes como apremiantes ¿han quedado desatendidas?

(1) R. NÚÑEZ LAGOS, *El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil*, en “RGLJ” 189 (1951), 385 ss. Prólogo al libro de M. Armero, *Testamentos y Particiones*, tomo primero (Madrid, 1951).

No deja de sorprender la coincidencia de que en la inauguración del curso de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, alrededor del tema desarrollado —“Inquietud en el mundo de los Juristas”— se haya puesto como ejemplo especial de una situación general de crisis, referida al Derecho civil, la rama sucesoria. Pero, en cambio, ahora, veinte años después de aquellos reproches, se califica de anacronismo legal” lo que está acaeciendo; y, en consecuencia, conversión de la materia sucesoria “en algo pretérito, si no en fósil”.

Con su habitual penetración, Condomines, uno de esos “juristas prácticos” a que alude Núñez Lagos, cifra esa “aguda y tangible crisis” en la remoción de los puntos fundamentales que dieron vida al régimen jurídico de las sucesiones, los “supuestos demográficos, antropológicos, sociales o de organización familiar en que el Derecho sucesorio se ha basado” (2).

Si hiciéramos ahora recuento de las partidas *señaladas*, componiendo con ellas el balance del Derecho sucesorio, el saldo resultaría altamente deficitario:

- 1.º El descuido de los juristas españoles.
- 2.º La regulación de esta parte del Derecho civil de espaldas a los principios y tradiciones españolas.
- 3.º La superación de las normatividad vigente por la dinámica social de nuestra época.

Indudablemente el Derecho sucesorio es campo propicio a la reflexión y a la valoración crítica del fenómeno jurídico en su conjunto. De ahí que en el tiempo presente, mientras más sonoridad adquieren las voces divulgadoras de la crisis del Derecho, la materia sucesoria haya logrado centrar la atención de la doctrina.

Se han ocupado de ella los autores con extensión y calidad (3),

(2) Vid. F. DE A. CONDOMINES, *Crisis del Derecho sucesorio*, en “ADC”, 23 (1971), 702.

(3) Las obras de carácter general aparecidas en estos últimos años ponen a nuestro alcance un abundante material bibliográfico acerca del Derecho de sucesiones. Son cuantiosas las monografías en torno a temas sucesorios y hasta se podría afirmar que especialmente en este campo la doctrina científica ha asumido la función de “corregir, ordenar y depurar” la jurisprudencia. Se ha cumplido, en buena medida, esa indicación del profesor D’Ors de que “todo aquello que es notoriamente contradictorio, todas las impurezas que pueden afectar a las infinitas sentencias deben ser eliminadas”, cfr. A. D’Ors, de la “*prudentia juris*” a la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en “J” (1947), 76.

Precisamente con ocasión de un tema sucesorio (el régimen de abintestato en los Derechos forales), el Tribunal Supremo emite un juicio sobre su propia Jurisprudencia. La S. 1 de julio de 1958 advierte, con energía, que es “ineludible” mantener y “obligado” acatar la doctrina jurisprudencial, lo que no quiere decir que sea absolutamente inalterable: “es ineludible mantenerla y obligado acatarla en tanto las circunstancias del vivir, un inequívico error, o una disposición legislativa, aconsejen o impongan la precedente rectificación”.

pero sigue siendo válida la afirmación de que el Derecho sucesorio, aunque no lo sea ahora por "cenicienta" ni "ludibrio" de los juristas españoles, "está sin hacer".

La lectura detenida del reciente libro de los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (4) me confirma, con horizontes ahora más despejados, en la necesidad de trazar la panorámica de ese nuevo Derecho sucesorio que, sin prescindir de sus componentes históricos, entroncando por el contrario con principios cuya trayectoria quedó bruscamente interrumpida, nos permita, a partir de la dinamicidad de estos principios, afrontar los problemas que la realidad actual ofrece.

Esto requiere señalar cuáles son aquellos principios que por su inspiración creadora llevan consigo suficiente energía para alumbrar las soluciones de los problemas actuales (5).

De ahí el interés de acertar con el método a seguir. Precisamente la encrucijada en que se encuentra nuestro Derecho sucesorio es, a mi entender, el resultado de las tensiones a que se han visto sometidas la realidad social de una parte, y de otra, la tradición jurídica, como consecuencia de una doble y paradójica recepción: la legislativa, de corte francés, y la científica, de cuño germánico.

Por eso, los presupuestos críticos del Derecho sucesorio han de replantearse a partir de esas tensiones operantes y contrastando los problemas reales con las soluciones de que son susceptibles, en lo que consiste propiamente la tarea de la ciencia jurídica.

Este trabajo pretende poner de relieve cuál es a mi juicio el sentido actual de la continuidad sucesoria y en qué medida el aglutinan-

¿En qué medida la mutabilidad de las "circunstancias del vivir" actual imponen esa rectificación?

¿Cuáles han de ser los criterios rectores para la solución de esos problemas a que da lugar el brusco mudar de la materia a que se aplican?

(4) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones* (Barcelona, 1971).

Por tratarse de un libro escrito con seriedad científica, sin ningún deseo de originalidad, que recoge y se elabora contando con la doctrina civil actual, su valor es inapreciable para revisar los presupuestos críticos del Derecho de sucesiones. Precisamente por ser un libro actual de Derecho civil no se reduce a un archivo de opiniones ajenas, y cuenta de modo persistente con la referencia normativa de la jurisprudencia, sin tomar la cómoda postura de apoyarse en ella antes de centrar los "problemas" que se han resuelto, y de exponer la solución y la manera de enfrentarse con la realidad. Este estudio crítico de la doctrina jurisprudencial comprende más de 900 sentencias distribuidas a lo largo de sus páginas. En prensa ya este trabajo aparece el tomo segundo, que cierra el tratado del *Derecho de Sucesiones* (Barcelona, 1973). Este libro esparce el pensamiento de sus autores por toda la problemática del fenómeno sucesorio, y contrasta las tesis mantenidas con las soluciones aceptadas o propuestas en materias tan angulosas como la legítima y las reservas.

(5) Con acierto y vivacidad señala Condomines algunos aspectos de lo que, sin duda alguna, pueden ser punto de partida para trabajos "profundos y enjundiosos que pueden alumbrar los eminentes juristas de España", cfr. F. A. CONDOMINES, ob. cit., pág. 710.

te familiar de una parte y de otra la específica configuración del patrimonio hereditario son ingredientes constitutivos de la formación y contenido del título de heredero.

II. FIJACION DE LOS HECHOS PROBLEMATICOS

1. *La idea clásica de la continuidad de la personalidad*

La muerte limita el área de la vida como un hecho inevitable. Señala la frontera de lo que constituye el impulso y la operatividad humanas.

Aunque con la muerte desaparece un titular algo queda que bien puede calificarse como su entorno vital; cabría decir que permanece la realización del sujeto, su trazado social.

Esto nos obliga a plantear la cuestión de cómo ha de tutelarse esa realidad que permanece y cómo haya de verificarse el cambio de titular.

La expresión que más ingenuamente confirma este realismo es la tradicional: el heredero continúa la personalidad del causante. Pero es indudable que ese pensamiento encierra algo más que una pura descripción, en cuanto que sintentiza la razón de interdependencia entre el entorno vital del causante y del heredero, lo que permite anudar en el tiempo el trasunto de deberes morales, derechos de la personalidad, relaciones jurídicas, etc.

¿Cuáles son las implicaciones principales que lleva en sí la formulación clásica y por qué razones la doctrina moderna ha puesto sobre ella la tacha de inautenticidad?

2. *Su influencia doctrinal y jurisprudencial*

Por fin, decía Valverde, luego de exponer la mecánica de los diferentes grupos de relaciones, el hombre desaparece con la muerte, su existencia es limitada, pero el tejido de relaciones jurídicas que ha mantenido en vida no puede en absoluto desaparecer; su patrimonio no se disuelve, y, en cierto modo, la vida jurídica continúa porque no se pueden extinguir con la muerte las relaciones jurídicas, ya que es menester continuar la personalidad jurídica del difunto al existir derechos y deberes que se transmiten por la muerte. Todos estos momentos y relaciones forman el derecho de sucesión *mortis causa*, que sirve de complemento a los demás" (6).

Elijo esta descripción del Derecho sucesorio, hecha por uno de nuestros tratadistas clásicos (7), por su simplicidad y, a la vez, por ser

(6) Cfr. C. VALVERDE Y VALVERDE, I. *Parte General*, 3.^a ed. (Valladolid, 1925), 70.

(7) La originalidad indudable que supuso la obra de Valverde, quien introduce la corriente sociológica con el matiz imperante en su tiempo, en la actualidad es objeto de apreciaciones diversas. Se censura la sistemática

expresiva de un modo de pensar que hoy se denota como insuficiente. La insuficiencia deriva de que para dar fijeza al hecho problemático que representa en la vida social la muerte de una persona axiomatiza una expresión cualificada con una significado propio. Para explicar unas consecuencias jurídicas a que da lugar el cambio de titular se acude a la imagen de que “continúa la personalidad jurídica del difunto”, expresión cargada de un específico sentido que adquiere rango de proposición apriorística.

En realidad, lo que en esa proposición se expone es, simplemente, que al asumir un patrimonio el sucesor universal sustituye otra personalidad con la suya propia. No es la personalidad del causante lo que el sucesor hereda, afirman Lacruz y Sancho Rebullida, pero sí —en parte— su esfera estrictamente personal. Dentro de esta esfera personalísima hay que señalar, dicen, la misión de tutela que compete al heredero sobre los bienes extra-patrimoniales del causante; la muerte extingue la personalidad, pero quedan los que podrían llamarse “derechos de la personalidad pretérita” (8).

A esa doble misión del heredero, en la esfera personalísima del causante y en la gestión del patrimonio hereditario se refería, sin duda, aunque de manera hiperbólica la clásica expresión aplicada a los herederos: “continuadores de la personalidad jurídica del difunto”.

Una de las conquistas del Derecho civil de nuestros días es, entiendo, el desvelamiento de formas de tutela y de protección de auténticos derechos de la personalidad, incluso, como se ve, “de la personalidad pretérita”, enmascarados antes en formulaciones dogmáticas.

Pero la vieja imagen “continuadores de la personalidad” es familiar, no obstante, a la jurisprudencia. Usa de ella a guisa de comodín para fines diversos, especialmente:

1.º Para referirse a la “personalidad” en sentido procesal, Sentencias 11 de noviembre de 1965, 14 de junio de 1968, 17 de marzo de 1969.

2.º Para fundamentar o excluir una posición procesal; así, los herederos son “parte en el proceso” cuando se trata de demandar la nulidad de los contratos celebrados por el causante (a través de todos los herederos “subsiste”, dice en uno de sus considerandos la

como “totalmente desacertada”, vid. M. MASA ORTIZ, *Del distinto valor de las inscripciones en el Registro Civil*, en “RCDI”, 26 (1950), 444. De él dice Castro, que “amigo de novedades” es quien primero postula y defiende en la doctrina española la recepción del término negocio jurídico y su concepto. Vid. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, V. X del Tratado práctico y crítico de Derecho civil (Madrid, 1971), 21. Refiriéndose al acrecimiento, dice González Palomino que Valverde, “no contento con presentarlo bien disecado en una exposición de “tipo único”, lo considera injusto y pronostica su desaparición del Derecho civil futuro. Ambas afirmaciones, puestas completamente al revés, son del todo exactas”. Cfr. S. GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, en “AAMM”, II (1950) 517.

(8) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, pág. 24.

Sentencia 17 de junio de 1971, la “personalidad patrimonial del causante”); en cambio, los legitimarios son “terceros interesados” porque no les alcanza la obligación de “estar y pasar” por las declaraciones del causante cuando resultan afectados sus derechos (“en tal supuesto” su condición jurídica no es la de “continuadores de la personalidad jurídica del “de cuius”, Sentencia. 12 de abril de 1944)..

3.º Por tratarse de un recurso fácil, para explicar la posesión civilísima (9). La Sentencia 25 de enero de 1936 llega a basar la adquisición hereditaria de la posesión en el “principio jurídico” de que los herederos son continuadores de la personalidad patrimonial del difunto (10).

4.º Para extender a los herederos la doctrina de los actos propios, “en cuanto que continuadores de la personalidad del causante”. Aspecto este de singular influencia en el régimen del patrimonio familiar, respecto de las relaciones entre las masas patrimoniales, confesión extrajudicial, reconocimiento de pertenencia privativa del dinero empleado para una adquisición con ánimo de excluirla de la presunción del artículo 1.407 del Código civil; Sentencias 2 de febrero de 1951, 28 de octubre de 1965, 10 de diciembre de 1969: “Los herederos incluso los legítimos, han de pasar por los actos realizados por su causante reconociendo el carácter de los bienes en cuanto no perjudique la legítima que en su caso les corresponde como herederos forzosos”.

Esa proposición apriorística a la que se atribuye el carácter radical de los principios jurídicos ha servido por tanto de cañamazo adecuado para cubrir de manera tosca intereses de la más diversa índole, entre ellos derechos de la personalidad. Como intereses precisos que entran en juego, señala la Sentencia 8 de julio de 1940, la garantía, seguridad, independencia y certeza de la voluntad privada que se trata de favorecer.

Pero el hecho problemático a que alude es también en la vertiente patrimonial una constante que permanece en el tiempo y en el espacio; sólo varía su formulación. Por eso, en último término, la

(9) El “principio jurídico” de que los herederos son continuadores de la personalidad patrimonial del causante, dice en uno de sus considerandos la S. 3 de junio de 1947, no tuvo en el Derecho romano la trascendencia de conceder a aquellos de pleno derecho la posesión de las cosas específicas que formen parte de la herencia: a esa doctrina se opone el Derecho patrio, puesto que el artículo 440 del C. c. no se inspira en el Derecho romano, sino en el artículo 724 del Código civil francés y responde a la idea germánica de la posesión. La necesidad de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales no afecta al carácter hereditario de los bienes. La liquidación no constituye obstáculo legal para que los bienes conocidamente hereditarios estén en posesión de aquel a quien la ley se lo confiere de pleno derecho.

(10) Vid. sobre el tema, R. ROCA SASTRE, *La adquisición hereditaria de la posesión*, en “RGII”, 193 (1961), 337; A. CRISTÓBAL MONTES, *La transmisión hereditaria de la posesión en Derecho comparado*, en “RDP”, 52 (1968), 1037, y, recientemente, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, 2.ª ed. (Barcelona, 1971), 86.

crisis de la formulación es periférica a ese hecho con relevancia jurídica que es la muerte. Podrá decirse que la personalidad se extingue con la muerte, que pensar en que aquella continúa después del fallecimiento es un residuo histórico que entra a formar parte de la "mitología", más no por eso puede ignorarse que la muerte es, respecto de la persona, un hecho trascendente y, en consecuencia, un hecho con alto relieve social y jurídico, la *conditio juris* del fenómeno sucesorio (11).

Este problema, que es permanente en el tiempo y en el espacio, puede recibir diversas soluciones. "La sucesión *mortis causa* existe por necesidad en cualquier sistema jurídico que atribuya a los individuos cierto poderío sobre las cosas materiales y la facultad de anudar relaciones entre sí". Entiendo que, en efecto, es esta la explícita y descarnada manifestación de un hecho natural cargado de relevancia jurídica.

La vieja idea en su primera representación, sirvió para justificar de modo razonable que el patrimonio conservara su indivisibilidad durante el cambio antes de la efectiva liquidación. Con la misma idea ahora se vislumbra algo en que entonces no se reparaba con nuestra atención.

Recientemente Blondel se apoya en esa configuración tradicional, continuadores de la personalidad del causante, como más cómoda para explicar la transmisión *mortis causa* de derechos extrapatrimoniales y de los que llama derechos patrimoniales de carácter personal (12).

Y autores tan significados como Mazeaud confirman que esa concepción sigue expresando la realidad: el principio de la continuación de la persona guarda hoy, dice, un alto valor moral y social, al traducir en el plano de los bienes la solidaridad que debe existir entre los miembros de una misma familia (13).

En el Derecho histórico de Castilla era ya conocido este punto de vista, que hoy destaca la doctrina como descubrimiento de que allí había una verdad insospechada. Como es sabido, los derechos inherentes a la dote (tácita estipulación e hipoteca) pasan tanto a los hijos como a los extraños de la mujer; en cambio, el "privilegio de prelación", relativo a ésta solamente, —una forma histórica de derecho patrimonial de carácter personal— no se transfiere a los herederos extraños, sino sólo a los hijos de aquel matrimonio. La razón que,

(11) "El acabamiento físico de la persona crea un vacío, dice Hernández Gil, en el orden físico. No se da tal vacío en el orden jurídico y sociológico. Podríamos decir que así como desde el punto de vista religioso se dota a la muerte de un sentido trascendente, así también desde el punto de vista jurídico. La muerte trasciende jurídicamente, y el problema ante el que nos encontramos es precisamente el de esa trascendencia." Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, *Leciones de Derecho Sucesorio* (Madrid, 1971), 13.

(12) Cfr. P. BLONDEL, *La transmission a cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des patrimoniaux a caractère personnel* (París, 1969), 37.

(13) Cfr. Henri et León y Jean MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, V. 4.º n. 1208, París (1963), 946.

para explicar la diferencia de trato en uno otro caso, da Antonio Gómez, comentando la Ley 52 de Toro, es “por la identidad de personas que se estima tener (los hijos) con los padres” (14).

Cabe advertir que aquella *identidad de personas* no se limitaba a la vertiente patrimonial, sino que primariamente revela una circunstancia familiar.

3. Posición jurídica del heredero

Exigencia de continuidad y destino de un patrimonio que queda sin titular justifican y forman, de ese modo, la vertiente individual y social que delimita la posición jurídica del heredero. Por ese motivo, el heredero, en ningún caso, incluso el beneficiario, verdadero dueño de los bienes relictos, puede, sin incurrir en responsabilidad o perjudicar la persistencia del beneficio, imprimir un destino “arbitrario” a esos bienes (15).

III. FUNCIONES TÍPICAS DEL DERECHO SUCESORIO

1. La transmisión y conservación de relaciones jurídicas

La exigencia de continuidad presenta, dicen Lacruz y Sancho, tres aspectos según se refiera a los derechos, a las obligaciones o a la posesión: “la extinción de los derechos y la posesión sería fuente de grave desorden social, determinando una carrera para la ocupación de las cosas *núllius* o son poseedor actual”. Y la extinción de las obligaciones produciría una situación peor que el concurso y la quiebra “pues en ellos, aparte la posible garantía que puede representar un deudor desgraciado pero activo, dispuesto a pagar honradamente cuanto pueda, quedan algunos bienes para responder de las deudas, que en todo caso no se han extinguido, mientras que la extinción de las obligaciones por muerte del obligado, destruiría las bases del crédito y haría imposible el tráfico. Así, a fin de que la relación de crédito y deuda pueda continuar su vida normal, se sustituye al deu-

(14) Cfr. *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro* (Madrid, MDCCCLXXV), 292.

(15) Cfr. J. L. LACRUZ y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., págs. 11, 21, 125. A veces la misma ley fija el destino del patrimonio, que, como en el caso de la reserva común, queda “individualizado, separado y afecto a un fin”. Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 154, y al reservista se le impone entonces un “deber de gestión” tendente a asegurar aquel fin.

En los supuestos de repudiación, el destino del patrimonio requiere una nueva determinación: “el repudiante” se aparta por completo del negocio hereditario y deja por su parte la herencia desierta, sin determinación ni alusión siquiera al destino que haya de dársele”, S. 7 de abril de 1959. Por eso, no hay repudiación si hay “señalamiento” de un destino al patrimonio, además del que le corresponde como patrimonio afectado, vg. cesión de derechos hereditarios o legítimos en favor de la madre por respeto y atención a ella, supuesto a que se refiere dicha sentencia.

dor difunto por el heredero, e incluso, si los acreedores no tienen confianza en él, la ley consiente en concretar la garantía que ofrece el patrimonio hereditario mediante la separación de bienes" (16).

En el mismo sentido afirma Puig Brutau que el Derecho de sucesiones ha de tener en cuenta que la sociedad moderna, fundada en el crédito, no podría subsistir si las deudas se extinguieran al fallecer el deudor (17)

Tenemos así fijado el hecho jurídico y planteada su problemática, el escenario donde entra en juego una gama diversa de intereses concretos: (18) la voluntad del causante, sus acreedores, garantizados antes con la solvencia del patrimonio ahora relicto, y los acreedores del heredero, que pueden resultar perjudicados por un destino arbitrario de sus bienes o, simplemente, porque el patrimonio que se una al de su deudor cuenta con un pasivo superior al activo.

Pero el fenómeno sucesorio no se reduce a una transmisión de bienes, a un reparto de la riqueza, sino que es portador de formas concretas de protección de los derechos no sólo patrimoniales, sino también de derechos de la "personalidad pretérita"; de medios de garantía, de continuidad de relaciones jurídicas, y cumplimiento de deberes morales.

2. La asunción de responsabilidades morales

Al englobar todas estas partidas en expresiones sin matices se dificulta la verdadera comprensión del fenómeno hereditario.

Así se explica que con frecuencia la jurisprudencia se vea forzada a calificar de modo inadecuado actos jurídicos en formulaciones que permiten entrever algo que forma parte los deberes morales. En Sentencia 8 de enero de 1949, por ejemplo, estira el concepto de "cuasicontratos atípicos" para cubrir el interés que se estima justo de remunerar *post mortem* las prestaciones de alimentos y servicios de asistencia hechos en vida al causante por un tercero no obligado legalmente a ello.

Como indica el profesor Fuenmayor, el Derecho "que ha de tener en cuenta uno de los principios fundamentales, el principio de se-

(16) J. L. LACRUZ BERRIJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 21.

(17) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, pág. 9.

(18) La jurisprudencia recoge el término "terceros interesados" para calificar la titularidad de los legitimarios, a quienes no alcanza la obligación de "estar y pasar" por las declaraciones del causante cuando resultan afectados sus derechos: "porque en este caso los que les corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga, sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos y, en tal supuesto, su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de unos continuadores de la personalidad jurídica del "de cuyus", sino que se asimila en este aspecto, a la de los terceros interesados en la impugnación". S. 12 de abril 1944. Se trataba de un contrato de compraventa simulada, concertada con el propósito de privar de los derechos legitimarios a un hijo por la suelta vendedora.

guridad, ha de ser fiel a otro fundamental principio: el respeto a la personalidad que no puede forzarse exigiendo que se cumpla mediante coacción un deber puramente moral, pasa, en estos casos, de la "indiferencia" a la "consagración", por dos conductos:

- a) el cumplimiento voluntario por parte del deudor moral;
- b) la prueba de la causa por el adquirente. Y éste, en resumen, se queda con lo que era suyo según la moral, y lo es también desde ahora según el derecho, que legitima la adquisición al estimar justa su causa, causa subjetiva (19).

El deseo de que continúen las circunstancias congregadas en torno al causante suele motivar cláusulas de frecuente inclusión en los testamentos y no siempre resultan dichas cláusulas fáciles de calificar. Son cláusulas de convivencia que aseguran a sus allegados la "compañía, cuidado y asistencia", Sentencia 18 de diciembre de 1953; que permiten la continuidad de esfuerzos: "siempre que trabajen y le ayuden en el negocio mientras puedan", Sentencia 9 de julio de 1971, o garantizan la cooperación como, "satisfacer a la viuda una pensión vitalicia", Sentencia 28 de septiembre de 1956, "vivir juntas poseyendo, usufructando todo su haber en comunidad". Sentencia 28 de mayo de 1969 (20). Es en ese ámbito donde cobran sentido las disposiciones.

3. Los derechos de la personalidad pretérita

Entre los caracteres que la doctrina asigna a los derechos de la personalidad suelen señalarse: que pertenecen a todas las personas físicas, que no figuran en el patrimonio de su titular, en cuanto que no son susceptibles de una evaluación pecuniaria porque su fin primordial es asegurar la protección de intereses morales, que son indisponibles y que en principio, al ser inherentes a la persona acaban con la muerte del titular (21). Diferente por su fin de la "sucesión al patrimonio", dice Kayser (22) es la "sucesión moral"; difiere ésta de aquélla por su organización al tratarse de deberes de los miembros de la familia hacia el difunto. En este tipo de sucesión pesa mucho la *confianza* que tenga el testador en el heredero o en quien ejecute

(19) Cfr. A. DE FUENMAYOR CHAMPIN, *El cumplimiento post mortem de las obligaciones naturales*, en "AAMN", 10 (1958), 28.

(20) La idea de convivencia o dependencia familiar, uno de los ingredientes del virir, es fuente de un amplio repertorio de posibilidades de protección que se arbitran por cauces convencionales o legales. En esa idea se basan también las prestaciones de protección familiar, Decreto 24 de noviembre de 1966 y Orden 28 de diciembre de 1966, artículo 6.º, Reglamento de Prestaciones de la Seguridad Social. Decreto 23 de diciembre de 1966, artículo 129, Ley de Seguridad Social, texto articulado de 2 de abril de 1966, artículo 160, y las pensiones de orfandad, Decreto 23 de diciembre de 1966, artículo 36.

(21) Con la muerte, dice Castán, acaba el derecho al secreto, pero es susceptible de transmisión a los herederos. Cfr. J. M. CASTÁN, *El derecho al secreto de correspondencia familiar*, en "ADC", 13 (1960), 34.

(22) Cfr. P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, Aspects Theoriques et pratiques*, en "Rev. Trim. de Droit Civil", 70 (1971), 500.

su voluntad. En mérito a la confianza depositada, el testador manifiesta el ejercicio de auténticos derechos de la personalidad, en relación con cartas íntimas; designa con libertad la persona que después de su muerte ejercerá los derechos de la personalidad, porque le inspira más confianza, herederos "reservatarios de la herencia moral", etcétera (23).

Su delación, dice este autor, no se funda en un deber de familia del difunto, sino sobre la probable interpretación de su voluntad. Puede explicarse, afirma, por el principio de la continuidad de la persona del difunto. Esto permite que aunque el designado renuncie a la herencia conserve la cualidad en lo que concierne a los derechos de la personalidad de aquél (24).

4. *El sello familiar en las sucesiones*

Advertía Manresa, autor tan cualificado como intérprete del Código civil, esa íntima relación que existe entre la familia y las sucesiones. Al comentar la Resolución 21 de junio de 1906, relativa a la liquidación de los bienes gananciales de dos o más matrimonios contraidos por una misma persona a que deben concurrir los interesados en las distintas sociedades resultantes de cada uno de ellos, artículo 1.431, y a tal objeto admitirse toda clase de pruebas en defecto de inventarios y, caso de duda, dividir proporcionalmente las ganancias, afirma Manresa que es esta una demostración palpable de "la forzosa y recíproca relación o enlace que en tales casos existe para fijar el haber de las diversas sucesiones causadas por las personas que constituyeron diversas sociedades", Demuestra lo mismo, dice, el artículo 1.423, cuando señala el interés que en la liquidación de ambas sociedades tienen los herederos de los respectivos cónyuges, y su derecho, por tanto, para intervenir en ella (25).

Una de las constantes de nuestra época es precisamente la de despejar el cerco legal, mediante subterfugios convencionales, por vericuetos, tratando de fijar las bases que permitan la continuación por los herederos y el cónyuge del patrimonio común, evitando de ese modo las consecuencias a que da lugar la división del caudal. Es en este punto sensible la reacción frente a los temores del legislador, más respetuoso con las prevenciones francesas que con la genuina inspiración castellana. Ahora la jurisprudencia ha de afirmar explícitamente que el pacto de continuación de los gananciales no es

(23) Sobre los objetos con valor especial que trasciende del económico, Vid. SIMÓ V. L. SANTONJA, *Los recuerdos de familia*, en RDP (1960), 955.

(24) Acerca de su naturaleza extra-patrimonial, Vid. J. M. GROSSEN, *La protection de la personnalité en Droit privé* (Quelques problèmes actuels). Referate und Mitteilungen, 1 (Lichtenhahn, Basel (1960) 7, con amplia bibliografía sobre el tema, pág. 117, y F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil* (Madrid, 1972), 8.

(25) Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo 9, 3.^a ed. (Madrid, 1919), 777.

pacto prohibido, Sentencia 12 de noviembre de 1958, cuando nuestra tradición jurídica lo reconocía incluso implícitamente. En el Febrero Novísimamente redactado, relata Tapia cómo una presunción basada en la frecuencia de su empleo que “se entiende renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal”, la sociedad continuada con el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto (26).

Esa aproximación del régimen del patrimonio familiar y el sucesorio ha introducido en el Derecho común soluciones procedentes de los sistemas forales.

Se califican hoy como “frecuentísimos” los supuestos de transmisión gratuita de bienes en beneficio de los hijos, con reserva de usufructo en favor de los cónyuges que garantice la decorosa sobrevivencia de los mismos. Pacto este que entraña una aparente liberalidad *inter-vivos* entre los esposos, que soslaya la prohibición del artículo 1.344 del Código civil porque en vida no hay enriquecimiento patrimonial (27).

Son frecuentes las adquisiciones con pacto de sobrevivencia, que revisten modalidades múltiples; así como las cláusulas de reserva, cuya función se liga a los pactos en materia de alimentos; está generalizado el seguro de vida concertado por ambos esposos con cargo a los bienes comunes y a favor privativo del cónyuge sobreviviente, es decir, un seguro para caso de muerte (28); la compraventa por mitades indivisas en pacto de sobrevivencia que son expresión concreta de lo que llama Vallet de Goytisoló la “elasticidad del Derecho vivido” que “llena mejor el cometido perseguido que las rigideces de las normas legales” (29).

Recientemente, con referencia a Cataluña, la Sentencia 23 de febrero de 1971 en un supuesto de adquisiciones pro indiviso de un inmueble y bajo el pacto especial de sobrevivencia entre cónyuges declara el Supremo que estas compras deben tener una más rigurosa defensa procesal en favor de la mujer que dentro del Derecho co-

(26) Cfr. E. DE TAPIA, *Febrero*. Novísimamente redactado, tomo 1 (Madrid, 1845), 83. Sobre la cuestión, Vid. J. ROURA ROSICH, *Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios*, en AAMN, 13 (1962), 91. Sobre las formas más frecuentes de transmisión del patrimonio urbano y sus inconvenientes, Vid. E. MENÉNDEZ VALDÉS, en RDN, 64 (1969), 394.

(27) Cfr. E. CASASÚS HOMET, *Actos dispositivos con reserva de usufructo que favorece al cónyuge del disponente*, en RDN, 51 (1966), 186. La S. 7 de junio de 1960 se plantea la cuestión de si es donación *mortis causa* la transmisión del usufructo reservado por el donante hasta el fallecimiento del último de los esposos en favor del cónyuge sobreviviente. El problema de fondo es la posibilidad revocatoria. Sobre una posible fórmula que trate de paliar la prohibición del 1.334 del C. c. Vid. “Boletín del Colegio Notarial de Granada”, 1960, pág. 525.

(28) Vid. S. 22 de diciembre de 1944 y el comentario de J. NART, *Contratos a favor de terceros*, en AAMN, V, pág. 462 y CALVO SORIANO, *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia*, en RDP, 1952, pág. 380.

(29) Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia*, en RDP, 28 (1944), pág. 712.

mún, en virtud de lo dispuesto en los artículos 61 y 62 de la Compilación catalana.

En el sistema del Código civil se interfiere el temor a las donaciones indirectas a favor del beneficiario.

Por eso es preciso atender su verdadera finalidad. El usufructo a favor de ambos cónyuges simultánea o sucesivamente, muy frecuente en el medio rural, trata, por ejemplo, de proveer a las necesidades de subsistencia de los esposos, especialmente en la vejez, o del que sobrevive a la muerte del que procuraba con su trabajo los recursos ordinarios para la familia.

El temor infundado a una donación entre cónyuges, dice García Bernardo, ha desviado en algunos casos la práctica notarial, que en vez de acudir al usufructo sucesivo o al cusufructo, muy justos, si son gananciales ha preferido el arriesgado usufructo sobre la vida del marido usufructuario (usufructo ganancial), ruinoso negocio, dice para el matrimonio si fallece prematuramente (30).

Esta intercomunicación entre familia y sucesiones que la práctica tiende a estrechar, da lugar, por la diversidad de tantos obstáculos legales, que han de salvarse, a pleitos. Entre esos obstáculos figura el temor a los pactos sucesorios. El artículo 1.271 del Código civil, cuya inspiración recuerda la Sentencia de 12 de diciembre de 1958, responde a oponerse al dogma de que la voluntad *mortis causa* es esencialmente ambulatoria, “no impide que el dueño de los bienes disponga de ellos a los efectos de su explotación en la forma que estime conveniente a sus intereses”. En el caso concreto el otorgante creó una empresa mercantil cuyo carácter familiar trató de que perdurase a su fallecimiento (31).

Afirma de modo tajante Scaevola, al comentar la Sentencia 23 de octubre de 1886, que califica de “importantísima”, que “el testador no pacta, ejecuta libremente su designio”. Pero este criterio rígido admite matices cuando el designio es justamente un designio familiar. Al menos es preciso buscar en estos casos cuáles son sus límites y sus correctivos.

IV. EL ENTORNO SOCIAL DE LA TITULARIDAD

Me refiero aquí a esos “supuestos demográficos, antropológicos, sociales, o de organización social” a que alude Condomines, pero no quisiera limitarme a describir sus manifestaciones externas (32).

El simple intento de hacer un elenco descriptivo de dichos supuestos carecería, al objeto de este trabajo, de importancia, ante la

(30) Cfr. A. GARCÍA BERNARDO, *Usufructo sucesivo de cónyuges y cusufructo*, en RDN, 55-58 (1967), 60.

(31) Con relación al pacto celebrado entre los herederos de mantener la indivisión en espera de formalizar un contrato de sociedad, Vid. S. 9 de julio de 1940.

constatación de que, por acelerado que sea el ritmo vital de la sociedad de nuestro tiempo, aquél no impone a la temporalidad del Derecho un condicionamiento desplazante. En este sentido las instituciones jurídicas son de suyo intemporales. Sólo así se explica su permanente vaivén; el hecho de que figuras históricamente “archivadas” cobren de nuevo ímpetu vital, como ha ocurrido con la reaparición de ciertas formas de censos en el Derecho inglés, inspiradoras ahora de soluciones técnico jurídicas en tema de urbanismo.

Condomines, al denunciar el anacronismo del Derecho sucesorio, alude a una prohibición que “resulta inadecuada en nuestros días”, la contenida en el artículo 1.271 de nuestro Código civil respecto de los pactos sobre herencia futura (33); pactos de tanto vigor constituyente en épocas pasadas (23) y cuya riqueza entronaba con la histórica justificación socio-económica, hoy casi desusada, de las capitulaciones matrimoniales, a que se añadía el aglutinante familiar del *ius sanguinis*.

Los glosadores (35) fundaban el principio general de que no se puede renunciar mediante pacto a la sucesión de una persona viviente, en que no es posible perder “*nisi delinquendo*” los derechos que competen por *ius sanguinis* (36).

1. Generalización de corruptelas

Pero al permanecer algunas de sus funciones, en la práctica se generalizan, como se ha visto, corruptelas cuyos resultados se obtienen sorteando las prohibiciones legales (37), no pocas veces mediante

(32) La razón está—dice Puig Brutau—en que el Derecho de sucesiones en gran parte se ha derivado de una economía rural. Vid. J. PUIG BRUTAU, *El testamento del empresario*, en RDP, 44 (1960), 848. El asentamiento principalmente rural de la sociedad en que se elaboraron las disposiciones legales en vigor, se troca hoy en un asentamiento de principal contextura urbana. Cabría decir, no sin cierta ironía, que los destinatarios de muchas de estas normas se muestran perplejos cuando al fenómeno sucesorio se superpone el fenómeno inmigratorio, lo que da lugar a un desplazamiento de los núcleos en que se produce el efectivo conflicto de intereses.

(33) Cfr. F. A. CONDOMINES, ob. cit., pág. 710.

(34) El acto *mortis causa*, dice Vismara, ha estado siempre conexo con toda la organización social de un pueblo; en particular en las instituciones familiares y con el ordenamiento de la propiedad privada. Por la particular fisonomía, Roma conoce como acto normal de disposición a causa de muerte el testamento, otros pueblos no tenían sino una serie de pactos y convenciones sucesorias. Cfr. SEGRES, *Ricerche di diritto ereditario romano* (Roma, 1920), 20.

(35) Las razones invocadas para prohibirlos eran éstas:

a) “quia liberam testandi facultatem impediunt”.

b) “quia haereditas, successio, a jure publico dependens, non pactus sed datur”.

c) “Contra bonos mores videtur quod ultima voluntas non fit ambulatoria usque ad mortem”.

(36) Vid. sobre la cuestión, G. VISMARA, *I patti successori nella dottrina di Paolo di Castro*, en S.D.H.I., 36 (1970), 267 ss.

(37) Con ocasión de la venta simulada de quien se propone hacer una disposición para después de la muerte, advierte el profesor de Castro que “la

eslabones de la cadena simulatoria que permite alcanzar una protección indirecta de intereses que no gozan aisladamente de tutela.

Además de que su importancia sería relativa, hacer un recuento lineal de instituciones "fossilizadas", que recobran formas nuevas, conducto apto, tanto para crear impresiones publicitarias como legítimos deseos y afanados propósitos de *jure condendo*, puede también avocar a una pérdida de sensibilidad jurídica: un fósil no es sólo algo desplazado, sino, sobre todo, sin vida propia, lo que no ocurre con las instituciones jurídicas cuya vida contiene un algo *a se* que no queda a merced del mero transcurso del tiempo ni de su vigencia social "aquí y ahora" sin que eso signifique atribuirles una supuesta supratemporalidad, en el sentido de ahistóricas (37 bis). Por eso mismo "revitalizar" las instituciones jurídicas no significa desnaturalizarlas, sino, acaso, basta con cambiar su función, con corregir sus frenos o sus límites.

2. *¿Cambio de función o de naturaleza?*

Recojo algunas muestras concretas del Derecho sucesorio en que se plantea esta cuestión con las certeras apreciaciones de los profesores Lacruz y Sancho Rebullida. Ante las nuevas concepciones sociales, y al no ser precisa la institución de heredero, la sustitución ha perdido la función que tenía en el Derecho romano, donde su uso era frecuente. Pero en la actualidad la sustitución se usa en la práctica como un medio de introducir el derecho de representación en la sucesión testada, a modo de equivalente (38). Ha cambiado por tanto de función, pero como instituto jurídico permanece con otra justificación práctica, si bien con las debidas correcciones, como la de tratarse de delaciones simultáneas, no sucesivas. Los redactores del Código civil español no intentaron "vencer la inercia" de la regulación histórica y en él, el derecho de representación es propia del

práctica generalizada de esta corruptela implica una llamada de atención al legislador, para la reforma de la legislación fiscal en materia de donaciones; contraria, incluso, dice, al bien común, al dificultar las donaciones en vida que favorecerían la distribución más rápida de la riqueza, la independización de los hijos y los matrimonios de los jóvenes, hoy tan dificultado. Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pág. 354.

(37 bis) Entre las características del Derecho positivo el profesor De Castro alude a su eficacia social. El Fuero Juzgo, dice, un proyecto de Ley, cualquier libro de Derecho civil, por ejemplo, tratan o contienen material jurídico (son de Derecho), pero no son (aquí y ahora) Derecho positivo. Cfr. F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho Civil*, 5.^a ed. (Madrid, 1970), 14. ¿Dentro del Derecho positivo no hay también simples *materias* jurídicas? ¿Cómo calificar esos preceptos contenidos en el Código civil que son hoy desde el punto de vista de su eficacia social "letra muerta"?

(38) La S. 11 de febrero de 1943 traduce técnicamente por "sustitución" el verdadero sentido del término "representación" que emplea en una cláusula del testamento el otorgante... "si alguno de los sobrinos fallecen dejando hijos éstos heredarán en su representación". El testador, dice de uno de los considerandos, "quiso establecer una sustitución vulgar por medio de estos llamamientos sustitutos del heredero instituido".

ab intestato, Sentencia 5 de julio de 1966. La naturaleza tradicional de la llamada "representación sucesoria", al faltar la mención de tal derecho, se acomoda a los preceptos de la sucesión intestada. Pero, como los mismos principios de justicia imponen la representación en la sucesión por testamento, se busca ese resultado mediante la sustitución vulgar tácita, si hay base suficiente.

De la Cámara, con ocasión de la Sentencia 6 de diciembre de 1952, en un trabajo sobre el Derecho de representación en la sucesión testada, formula esta regla: "Siempre que el testador haya instituido a todos sus sucesores legales de un mismo rango, o a un grupo de ellos, sin discrepar de la regulación establecida por el legislador para el *ab intestato*, podrá acudir a las normas de éste a fin de interpretar y completar la disposición testamentaria en aquello en que la misma resulte oscura o insuficiente" (39).

En las recientes Compilaciones, vg. Aragón, artículo 141, se establece la representación en la sucesión testada, a la vez que en la intestada, y con iguales límites (40). Y el artículo 675 del Código civil "expresión recopilada de preceptos tradicionales del Derecho patrio", permite su reconocimiento si corresponde a la voluntad del testador, Sentencia 11 febrero 1943.

En suma, como puede advertirse, el "anacronismo" del Código no empece la prosecución de un resultado que se estima justo, aunque haya que estirar para conseguirlo la función de otras instituciones, mediante la virtual operancia de un mismo principio de justicia. Es ese mismo principio, que se toma en consideración como inspirador de la reforma ya introducida por la doctrina y la legislación el que opera en otros sistemas sucesorios españoles. De ese modo los principios son factores reales de formación del Derecho. La "inercia de la Historia", cabe por eso afirmar, no es paralizante cuando la virtualidad propia de la institución contiene un principio cuyo dinamismo sobrepasa el obstáculo de cualquier formal y atenuadora recepción legal. En el caso concreto, el respeto a la libertad dispositiva.

Veamos otro supuesto más ceñido a una efectiva transformación social. La organización familiar "autoritaria" ha desaparecido y, con ella, el ambiente histórico en que se gestaban las sustituciones pupilares. De ahí la discusión acerca de si el testamento es o no extensivo a todo el patrimonio del sustituido; los profesores Lacruz y Sancho, se

(39) Cfr. M. DE LA CÁMARA, *El Derecho de representación en la herencia testada y preterición de herederos forzosos*, en R.D.N., 7 (1955), 8 ss. Sobre la cuestión, Vid. también L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *La representación en el Derecho sucesorio* (Pamplona, 1966), 138.

(40) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBUDILLA, ob. cit., página 80. La representación hereditaria es, quizá, el punto sobre el que más han cuestionado los foralistas navarros. Vid. R. AIZPÚN TUERO, *La representación sucesoria en el Derecho Civil de Navarra* (Pamplona, 1957) y FRAUCA LLANAS, *La representación sucesoria en el Derecho navarro* (Zaragoza, 1956). En la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, el derecho de representación procede tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, Ley 309.

inclinan por la tesis restrictiva: cuando una hipótesis entraña problemas cuyo planteamiento —no la solución— resulta irracional, se ha de buscar, siendo posible, otra con más lógica interna. Y así, en nuestro caso: “al apartarse el Código civil del Derecho histórico y facultar para sustituir a cualquier ascendiente eligiendo sustituto entre cualquiera (y también al prescindir de la obligación de instituir al sustituido) el Código civil demuestra haber abandonado la institución tradicional, que por su propia naturaleza no podría confiarse a la vez por entero a varias personas en concurrencia sino en casos muy excepcionales y con cautelas que ahora no existen” (41).

(41) Cfr. J. L. LACRUZ y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 682. A mi juicio, no es la “institución” la que se abandona, sino la “solución” tradicional. El sistema sucesorio francés estima peligrosas las sustituciones amparando tímidamente algunos supuestos, sin que estas prevenciones se deban siempre a ponderadas consideraciones prácticas. Pero en ocasiones la sustitución es el único cauce posible para lograr la permanencia de un negocio o empresa explotado en común cuando a la vez existe voluntad de mantenerlo en el ámbito de una familia. En torno a esta cuestión relativa al alcance del artículo 774. Vid. S. 28 de septiembre de 1956:

Por testamento ológrafo el causante había instituido heredero a su hermano y socio, a quien da y lega todos sus bienes presentes y futuros, entre ellos un negocio que explotaron en común (de aduanas), con la sola excepción de la casa que habita, la que atribuye en propiedad a su esposa “con todo lo que hubiera en la casa el día del fallecimiento” imponiéndole ciertas limitaciones, legados de alimentos y para el supuesto de que no aceptara nombrar sustituto vulgar suyo a su esposa. El heredero falleció antes que el testador quien muere tiempo después. El problema debatido es el de si nombrado sustituto para uno solo de los tres casos previstos en dicho precepto puede entenderse que tal sustitución se da también en los demás sin otorgar nueva disposición testamentaria. El Supremo mantiene la tesis, ya antes defendida en la Res. 25 de enero de 1916, de que el testador que prevee un caso no quiere hacer extensiva su previsión a los demás; presunción que “no es caprichosa y arbitraria”, sino homenaje al principio de que la voluntad del causante es la ley suprema de la herencia. Es también esa la solución que preconizaba Traviesas: si el testador señala una causa concreta de la sustitución, las demás causas quedan excluidas. M. M. TRAVIESAS, *Sustituciones hereditarias*, en RDP, 14 (1927), 404. Tal principio prevalece sobre el invocado en la controversia por el recurrente, según el cual donde existe la misma razón, idéntica debe ser la regla jurídica aplicable; son muchas las razones por las cuales quien instituye segundo heredero para el caso de pre-moriencia del primer instituido, puede no querer que se extienda la institución al caso de no aceptación de herencia y mucho menos a los de incapacidad o indignidad.

Los principios de la lógica aplicados al Derecho tienen, como puede verse, un sentido instrumental. La “lógica interna” puede desechar una solución cuando ésta resulta “irracional”, o cuando su empleo contradice otros principios jurídicos que se estiman prevalentes, sin ser por su carácter fundamental “arbitrarios o caprichosos”. Por eso la expresión de casos puede ser *ad exemplum* y estamos ante un problema de interpretación.

El Derecho, dice Puig Brutau, sólo de manera subordinada, ha de ser considerado como un engarce lógico de palabras, expresiones y conceptos; en su auténtica realidad consiste en un repertorio de soluciones prácticas para fenómenos reales, para conflictos de intereses que brotan de la convivencia social. *Fundamentos de Derecho Civil*, III, 2.^a ed. Vol. I (Barcelona, 1971), 117.

Esta es, a mi juicio, la importancia de penetrar en el examen del entorno histórico de las instituciones civiles, en cuanto que permite una interpretación liberada de artificios o adherencias residuales; en la medida en que explica el porqué de ciertas precauciones, acaso útiles en otros tiempos e innecesarias para cubrir esa misma finalidad en otro momento.

Otro ejemplo; la idea de que el acrecimiento es origen de una vocación solidaria, conduce a dar mayor fuerza persuasiva a la "formulación" del porqué de ese efecto —el derecho de acrecer— que a la norma que lo ordena, siendo así que el llamamiento solidario no es esencial, afirman Lacruz y Sancho, en el acrecimiento; ocurre que, como la vocación conjunta supone con más frecuencia la voluntad del testador de que hereden todos y cada uno de los llamados con preferencia a cualquier otro heredero, el legislador dicta una norma fundándose en "datos estadísticos". Esta norma no es, propiamente, interpretativa, "porque el intérprete nada puede hacer ante una vocación solidaria, mientras que el testador en el propio testamento no haya dispuesto de otra manera". Norma, por tanto, "no interpretativa, sino dispositiva" (42).

La frecuencia de una praxis reiterada en el tiempo, contribuye a desdibujar los contornos de hecho, respecto de los problemas de Derecho. El llamamiento conjunto es una cuestión de hecho, mientras que el alcance de la norma legal, ciertamente influida por aquella praxis, es un problema de Derecho (43).

(42) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 86. Dicha norma, art. 983, fundada en "datos estadísticos", a mi entender, se advierte con claridad al analizar la problemática a que dio lugar en el Derecho histórico esa institución, tan inmediatamente unida, al menos de hecho, a la particular entidad del objeto; su divisibilidad, su efectiva composición, su funcionalidad de algún modo eran determinantes de las reglas de hermenéutica, del porqué del llamamiento al todo de la herencia o de la cosa legada. Vid. J. GONZÁLEZ ACEVEDO, P. GÓMEZ DE LA SERNA, C. ALVAREZ, M. ALONSO MARTÍNEZ, *Consulta*, en RGLJ, XXXIV (1868), 294. En esa consideración al objeto radica su finalidad práctica y económica, impedir al excesivo fraccionamiento de la propiedad. Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho sucesorio*, página 132. No debe olvidarse en su justificación la ventaja práctica que significa la subrogación en las cargas impuestas sobre la cuota vacante.

(43) La afirmación de que el acrecimiento es un resultado del llamamiento solidario, vocación solidaria (de todos al todo), consecuencia, en expresión de González Palomino, casi física, del llamamiento o institución solidaria, ha servido como punto de partida para la debida interpretación de las normas reguladoras. González Palomino planteó la cuestión en estos términos: hay llamamiento solidario y acrecimiento, cuando a la totalidad de la herencia o del legado son llamados varios. La distribución (partes) es una consecuencia necesaria y exclusiva del concurso. Vid. J. GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, en AAMN, II (1950), 518. Este enfoque permitía aclarar múltiples cuestiones que quedaban sumidas en la oscuridad en las exposiciones que este autor califica "de tipo único", aligerando a la vez el "atormentado esfuerzo" de la construcción de la figura con requisitos supuestos, la "imaginaria" porción vacante y conjunción de llamamientos. En efecto, la idea de llamamientos simultáneos, de todos al todo, resuelve muchos problemas y enlaza con el criterio tradicional an-

Y así no es lo mismo, Sentencia 30 de junio de 1928, “interpretar un testamento o un contrato que definir la relación jurídica por ellos engendrada, pues lo primero tiende a fijar el verdadero sentido o alcance del texto de sus cláusulas con relación a la voluntad de los otorgantes, por lo que constituye una mera cuestión de hecho, cual es la realidad del acto jurídico tal y conforme las pruebas lo han plasmado en la conciencia del juzgador, siendo por ello de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de instancia, mientras que lo segundo entraña un verdadero problema de Derecho, consistente en determinar la conformidad o disconformidad existente entre el acto contractual o disposición testamentaria, y la norma legal a cuyo cumplimiento no pueden sustraerse el otorgante u otorgantes; y como esta relación, puramente de Derecho, tiene su realidad en el orden jurídico, es materia de la casación” (44).

terior al Código civil: “cuando el testador llama a la universalidad de la herencia o al legado de una misma cosa, a dos o más personas, establece entre ellas una conjunción, una solidaridad que sólo puede cesar cuando las mismas concurren a la percepción de la herencia o de la cosa legada, creándose entonces la necesidad de la división por la imposibilidad de ejecutar de otro modo la disposición testamentaria”. Vid. la respuesta a la consulta hecha por los autores anteriormente referidos, pág. 291. En expresión de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida se trata de “un solo llamamiento de contenido variable”; llamamiento eventual en el contenido “a partir de un mínimo, el de concurrencia”.

La “norma”, a que estos autores aluden, recuerda, a mi entender, a una de estas normas que de modo implícito albergan una presunción; el hecho indicio o base sería la vocación conjunta del que se deriva el *hecho presunto* (acrecimiento) de no mediar un *hecho obstativo* (la especial designación de partes).

El artículo 983 del Código civil no sería en tal caso tanto un criterio de interpretación como de limitación de pruebas del hecho obstativo. Por eso, el acrecimiento es, en principio, “forzoso”, consecuencia “casi física” del llamamiento. Es, en tal sentido, expresiva la imagen que para explicar el fenómeno emplea Baldo: “cuando se cierra uno de los ojos la pupila del otro se dilata”. Por más que “no se trata de que el concurrente adquiera más, sino que el no concurrente no adquiere nada”. Este criterio se refleja en las Partidas, 6.^a, Ley 14, tít. 3.^o, que expresa que cada heredero tiene a su favor una vocación por la totalidad de la herencia, sólo limitada por la coexistencia de otros herederos. Pero en sentido amplio es el aumento de los restantes llamados sin especial designación de partes.

Beltrán de Heredia rechaza la opinión de que el acrecimiento sea un derecho subjetivo en base a ese criterio, generalmente admitido, de que es efecto de la vocación solidaria que se produce “ex lege”, Cfr. P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *El Derecho de acrecer* (Madrid, 1956), 56.

(44) Acerca de la interpretación del testamento ante la peculiar naturaleza y estructura del acto de última voluntad. Vid. J. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento* (Barcelona, 1958), 33 ss. Vid. además, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Dicamen sobre donación obligacional de bienes usufructuados con facultad para disponer entre vivos* (Barcelona, 1967), 13. En fecha más reciente, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 85. La jurisprudencia emplea en ocasiones el término “negocio hereditario”, S. 7 de abril de 1953. Sin duda “estirando” el molde negocial, ya que no son aplicables, vg. a la renuncia abdicativa, supuesto al que se refiere dicha sentencia, la doctrina de los “contratos”, como de modo también generalizador indica la Res. 3 de agosto 1944, acaso a la aceptación, etc. Pero, sin duda, son aplicables principios

3. La unidad temporal del fenómeno sucesorio

La referencia histórica, resulta asimismo imprescindible para desliar los principios respecto de los supuestos originarios, agruparles o separarles; en suma, para la tarea de clasificar. Una buena clasificación, dicen Lacruz y Sancho, sobre ser unívoca, ha de aproximar lo jurídicamente semejante y regulado por el mayor número de preceptos comunes, separándolos de lo desigual y lejano” (45).

A su vez, la acogida legal no impide la reiteración de los supuestos aludidos en la norma por cauces distintos a los previstos por el legislador. En este extremo, la influencia del fisco, por ejemplo, resulta decisiva. De hecho, la proliferación de actos simulados está en función directa de la presión fiscal. Del mismo modo, la corrección de determinadas medidas legales, suele atemperarse por impulsos sociales, que imprimen una nueva pauta a institutos antes de inusual aplicación. Así ocurre con la cesión de derechos hereditarios, que es, como advierte Martín Radó, frecuente en regiones con fuerte corriente migratoria lo que impulsa a corregir la disciplina del Código civil respecto al pago de la legítima; a enajenación de la herencia se troca ahora en instrumento jurídico cuya observancia adquiere realce merced a la emigración; unas veces el heredero no mejorado cede sus derechos hereditarios al que lo está, para, con su producto, emigrar, y otras son los herederos residentes fuera de España los que venden sus derechos al que se ha quedado al cuidado de la herencia y de la casa matriz (46).

de los contratos y obligaciones, tales como la responsabilidad patrimonial, el de *relatividad del contrato a la partición*, que, sin tenerlos en cuenta, se desfiguran los centros neurálgicos del fenómeno sucesorio. En el análisis de la tradición jurídica española y la combinación de estos principios con otros propios del Derecho de sucesiones basa sus tesis Peña Bernaldo de Quirós, de que se mantiene la autonomía del patrimonio hereditario, aunque el heredero pierda el beneficio de inventario y que la concepción patrimonialista del Código permite que las deudas sigan enteras y conectadas con el patrimonio hereditario en el que están “invisceradas”, a lo largo de todas las vicisitudes de la titularidad (acencia, aceptación pura o beneficio de inventario, partición). Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante* (Madrid, 1967), 333. Las consecuencias a que da lugar esa interpretación global o conjunta de los diversos principios en juego trae consigo una de las innovaciones más importantes de las experimentadas en los últimos años en la dogmática tradicional en torno al problema de las deudas de la herencia.

(45) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 320.

(46) Creemos, dice este autor, que la interpretación debe conducir, ante todo, a no hacer de los artículos piezas fósiles de museo, sino instrumentos para la vida práctica. Vid. A. de la Esperanza MARTÍNEZ RADIO, *Para una posible interpretación funcional del artículo 788 del Código Civil*, en Estudios de Derecho privado, I (Madrid, 1962), 286. Vid. Sobre la problemática actual de la venta de la herencia, R. ROCA SASTRE, *Problemas de la venta de la herencia*, en A. A. M. N., VII (1953), 668, que califica como figura “de tipo híbrido sucesorio-contractual”, donde “hay concentrada la mayor cantidad proporcional de problemas y cuestiones”, pág. 697. Vid. también, A. GULLON BALLESTEROS, *La venta de la herencia*, en RGLJ, 38 (1959), 359, que defiende el carácter aleatorio, puesto que el comprador puede ver disminuido su patri-

En suma, la dinámica social opera en el transfondo del Derecho, pero “su tiempo” no sirve como medida inexorable del entorno temporal de las instituciones jurídicas. Son magnitudes distintas. Una institución jurídica puede resultar en un momento dado desusada en su contexto social, mientras que su desenvolvimiento jurídico apunta las bases de una profunda germinación, de un enriquecimiento suscitado en su interior. Por eso no tienen por qué coincidir las apreciaciones de la sociología jurídica y de la Ciencia del Derecho. Sólo así se explica que reanudar una tradición jurídica, históricamente cortada, pueda resultar “lo progresivo” desde el punto de vista social.

A este extremo se refiere, en tema de filiación, la Sentencia 21 de noviembre de 1934 que señala como progresiva la “nueva concepción que, inspirada en el principio de veracidad, entronca con la tradición jurídica española frente a la corriente legislativa y doctrinal iniciada en Francia y propagada a la generalidad de los países” (47).

monio comprado por circunstancias que surjan con posterioridad (aparición de nuevas cargas, legado, etc.).

(47) La filiación en el Código civil carece hoy de conexión real con los principios fundamentales del ordenamiento. El artículo 52 del Reglamento del Registro Civil contiene el principio de igualdad jurídica entre los hijos, principio, valga la expresión, constituyente y, en esa medida de grado superior al Código civil, carente en la materia de justificación general. En consonancia con dicho principio se introduce en Derecho del trabajo el llamado *principio de dependencia económica*, que permite ampliar la gama de los beneficios a los descendientes ilegítimos. El artículo 7.º, apartado 3.º de la Ley 24/1972 de 21 de junio incluye los hijos ilegítimos, aunque no estén comprendidos en el apartado A del número 1 del artículo 167 de la Ley de Seguridad Social, y puedan causar la asignación mensual de protección a la familia por hijos. En reiteradas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se confirman prestaciones causadas por accidentes de trabajo, por muerte y supervivencia a los hijos ilegítimos. Requisito necesario para percibir pensión es la prueba de la relación paterna, pero, a tal efecto, “los artículos 140 y 141 del Código, reguladores respectivamente del ejercicio del derecho a los alimentos y de la prohibición de investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurren la calidad de naturales, no establecen normas valorativas de determinados medios de convicción, como excepción a la libre apreciación de estos que impera en nuestra Ley de Enjuiciamiento”, S. 9 de julio de 1970, Sala de lo Social.

La convivencia con manifiesta dependencia económica, consecuente a la realidad del núcleo familiar de hecho establecido durante toda la vida de los menores, impone que se ampare a quienes reúnen los expresados requisitos, S. 23 de febrero de 1970.

Por su parte, la jurisprudencia civil, S. 1 de junio de 1969, con relación a una hija del testador nacida antes del fallecimiento de éste, aunque su condición como natural fue reconocida por sentencia firme posterior a su testamento y fallecimiento declara la preterición, por haber sido omitida como heredera; la razón que fundamenta el fallo —*ratio decidendi*— es que sus derechos “arrancan de la generación”, no pudiendo aceptarse que los efectos de tal declaración hayan de referirse sólo a la posteridad de la sentencia.

La cualidad legal subjetiva de heredero forzoso tiene su raíz y trae su origen de la persona y no de la entidad patrimonial. Por esa consideración el Supremo en otro supuesto de preterición de hijo natural, S. 22 de mayo de 1910 declara que no es admisible la teoría de que lo mismo el reconocimiento que el ejercicio de tal derecho hayan de ser revocados y perder su eficacia cuando no

Seguir el rastro de la tradición jurídica, nada tiene que ver con una propensión instalada en un quietismo social. Tampoco la constante renovación de la vida social consigo la ineluctable petrificación del Derecho. No tanto varían los principios cuanto las aplicaciones concretas de que son susceptibles.

V. ELENCO DE PRINCIPIOS

En los últimos años se insiste en la substantividad del lenguaje jurídico, subrayando la distinción entre el lenguaje del Derecho (lenguaje legal) (48) y el lenguaje de los juristas (49). El jurista, se ha dicho, construye con palabras como el albañil lo hace con ladrillos (50). Pero, sin menoscabo del destacado lugar que en la Ciencia del Derecho, y, de modo especial en la Lógica jurídica, ocupa la semántica, entiendo que, si se quiere construir sobre cimientos sólidos, ha de partirse de los principios jurídicos. De la construcción jurídica, las palabras componen más bien el artesonado, mientras que los principios, constituyen la cimentación, o siguiendo la metáfora, los principios son la "argamasa" que da solidez y confiere el especial significado al lenguaje jurídico (51).

existe, por la causa que sea, acervo de bienes materiales, sobre el cual deban hacerse efectivas las normas reguladoras de la sucesión.

(48) Con frecuencia el legislador utiliza términos jurídicos en sentido impropio: quizá, por eso, como advierte Camy, instituciones cuyo fondo es idéntico se expresan en diferente terminología. Así ocurre, a su juicio, entre la sustitución vulgar y representación. Vid. B. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, III (Pamplona, 1970), 169.

(49) El científico, decía Windscheid, refiriéndose a la polémica en torno al concepto de negocio jurídico, está autorizado para construir este concepto como crea oportuno, con tal que no se ponga en contradicción con el lenguaje. Desde la 6.^a ed. de *Lehrbuch*, f. 59, nota 1. Cit. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 22.

(50) E. RODRÍGUEZ AGUILERA, *El lenguaje jurídico* (Barcelona, 1969), 9.

(51) Advierte el profesor De Castro que las reglas imperativas se consideran destinadas a favorecer lo que se entiende por mejor organización social y no se pueden interpretar como establecimiento de caprichosas estructuras formales o como restos de anacrónicos formalismos. La persecución del fraude, dice, se ha centrado en nuestro Derecho, precisamente en el reconocimiento del carácter sustantivo de las normas imperativas en general, y en la necesidad de mantener su vigencia frente a las nuevas invenciones imaginadas para esquivar su aplicación. Cfr. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 456. La diferencia entre una solución "inventada" mediante rodeos y una "solución" "jurídica" estriba, a mi entender, precisamente en que al elegir la norma aplicable se eludan o no los principios jurídicos que incorpora su verdadero *ratio* y que permiten plegar en cada caso lo que tiene de formalismo a la realidad social a que se pretende aplicar. Es expresiva en tal sentido la argumentación —*obiter dicta*— de la S. 22 de junio de 1948, que explica la evolución "dentro del propio Derecho", con motivo del testamento ológrafo en territorios forales: "esta evolución que trata de aproximar la norma, con su rigidez, generalidad, permanencia y abstracción, a las exigencias sociales que cambian y se modifican, no ha de entenderse estancada, sino que debe tenerse muy en cuenta para la interpretación actual de los textos, en consonancia con las ideas, nece-

Uno de los aciertos del Tratado acerca del Derecho de Sucesiones, de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, que le presta, a mi juicio, solidez y consistencia, es, precisamente, el estar elaborando tomando en consideración los principios; y es esa también la línea de la moderna doctrina española; pero tal actitud metodológica obliga a hacer un elenco de los principios sucesorios, en torno a los que se agrupan las instituciones y reglas. Con el consiguiente esfuerzo que supone indagar "ad casum" su particular vigencia, su recepción jurisprudencial, sus desvíos y su proyección jurídica.

1. Principios sucesorios dependientes de principios familiares

Entre los típicamente sucesorios suelen señalarse dos que, más que principios, son reglas jurídicas, y carecen hoy de vigencia, la regla *semel heres, semper heres* y la antigua cautela *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, "que era más bien una práctica testamentaria" (52). La constatación de su pérdida de

sidades, intereses y medios de vida, huyendo del severo rigorismo en servicio del ideal e intereses de la Comunidad..."

No obstante, qué duda cabe de que existen en el Código imperativos legales con difícil justificación, como la prohibición del testamento mancomunado entre cónyuges, que contrasta tanto con las legislaciones forales como con el antiguo Derecho Castellano. Vid. A. CELAYA, *El testamento mancomunado*, en "Estudios de Deusto" XVIII (1969), 175. El artículo 669 del C. c., que contiene la prohibición, es copia literal del 968 del Código de Napoleón. Lo poco razonable de dicha disposición legal se presta a tergiversar la verdadera voluntad del testador. Es, indica Celaya, "como si para constituir una sociedad, cada socio tuviese que otorgar su propia escritura".

El Tribunal Supremo, por fidelidad al texto legal, rechaza la calificación como mancomunado aun cuando los testamentos se otorguen el mismo día y existiera coincidencia de disposiciones; "se trata de actos separados y personalísimos", S. 5 de octubre 1970.

(52) Como manifestación del valor educativo de la jurisprudencia romana, se impuso una práctica testamentaria, dice Puig Brutau (al glosar una explicación de Schulz), que se resumió en aquella regla *nemo pro parte*. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. V. I (Barcelona, 1961). 160. Acerca de "los principios romanos" de la necesidad de la institución de heredero, de su universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada y su posterior atenuación o derogación en el Derecho histórico Castellano y en el Código civil, Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio* (Madrid, 1955), 117 ss. Sobre la derogación de esta regla en relación con el derecho de acrecer, Vid. S. 13 de marzo de 1868, número 69. Jurisprudencia Civil, publicada por los Directores de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 18 (Madrid, 1868), 266. La jurisprudencia S. 20 de febrero de 1952, 23 de mayo de 1955, cree ver en la *ratio juris* del artículo 997 (la irrevocabilidad de la aceptación) una aplicación del principio *semel heres, semper heres*. Puig Brutau advierte, no sin fundamento, una supervivencia "racional" de la regla romana *semel heres, semper heres* en el hecho de que "cuando se llega a determinar el remanente líquido de la herencia, el que ha sido heredero ya no puede dejar de serlo por la poderosa razón de que ya no hay motivo, necesidad ni posibilidad de repetir la liquidación", y eso, incluso si el causante ha llamado a varios de manera sucesiva. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V, II, página 455.

vigencia tiene importancia especialmente al examinar las modalidades accesorias en la disposición *mortis causa*. En el Derecho actual, la regla *semel heres, semper heres*, no tiene ya vigencia, y, por tanto, el Código civil admite la condición y el término resolutorios: así resulta de los artículos 791, 793, 805 y 790, y, en el mismo sentido lo confirma también la jurisprudencia, Sentencia 17 de mayo de 1966 (53).

Pero los principios jurídicos no tienen un juego independiente, sino que están conexos con otros que articulan en su conjunto el ordenamiento jurídico.

De aquí que en este trabajo hagamos una sistematización que tienda a destacar su intercomunicación con otros cuya sede suele adscribirse a la familia o a las relaciones de carácter patrimonial.

Es preciso hacer notar que la doctrina propende a encuadrar también en el marco de los principios jurídicos lo que son remedios de carácter general. Así ocurre con el reenvío genérico a una idea inspiradora del ordenamiento jurídico en su conjunto, la buena fe, que es versión moderna de la "excepción", ese medio "ordinario" de oposición a la ley, tan característico del Derecho romano.

a) *El principio de remanencia: el brocardo antes pagar que heredar.*

Entre los principios tradicionales, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida conceden singular relieve, lo que es natural dada la impronta que marca la personalidad histórica de nuestro sistema sucesorio como ha puesto de relieve Peña Bernaldo de Quirós, al principio formulado con el brocardo castellano "antes pagar que heredar"; principio tan riguroso que "si no hay remanente no herencia".

Un concepto, dicen, que precisa ulterior aclaración es el que, deducido de las Partidas y la doctrina de nuestros clásicos, pasa a la

(53) La obligación impuesta a los herederos de vivir juntos, poseyendo y usufructuando todo su haber en comunidad, da lugar en la práctica a problemas de interpretación en torno al carácter condicional o modal de la disposición. La fijación del contenido y alcance de este tipo de cláusulas requiere analizar la finalidad que se pretende. Con frecuencia se trata de asegurar prestaciones de asistencia. Vid. sobre esta cuestión la S. 28 de mayo de 1969. En los últimos años la temática del modo ha dado lugar a una abundante bibliografía. Vid. V. TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil* (Madrid, 1967); LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento*, en "ADC", 19 (1966), 575. Bien puede decirse que la doctrina no es pacífica en relación a los problemas fundamentales a que da lugar el modo en Derecho de sucesiones; si el beneficiario del modo tiene o acción directa para exigir el cumplimiento de la prestación en que consiste; la diferencia entre el modo y el legado; las consecuencias a que da lugar su incumplimiento. Acerca de la susceptibilidad de configurar la atribución de la explotación agrícola en virtud del artículo 1.056 como una disposición modal. Vid. E. FOSAR VENLLOCH, *Más sobre el artículo 1.056 del Código Civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar*, en "RCDI", 47 (1971), 232 ss.

jurisprudencia posterior al Código civil, (art. 1.082 del Código civil recogido también, en su vertiente procesal, por el art. 1.093 de la L. E. C.). Sobre todo hasta los años veinte, numerosas sentencias del Tribunal Supremo definen la herencia como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante después de sacar del caudal de la sucesión las deudas y mandas dejadas por él, Sentencia 5 de diciembre 1941. Con la consecuencia de que, si no existe remanente, se dice que “no hay herencia” (54).

De ese modo se reconstruye en su totalidad el brocardo histórico: “Que es primero pagar que heredar, y que no hay herencia hasta que las deudas estén satisfechas” (55).

Advierten Lacruz y Sancho que ello no podría tomarse al pie de la letra, puesto que esa concepción de la herencia excluiría las deudas (*etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*). Pero lo que se quiere destacar es la afección del patrimonio herencial al pago de las deudas del causante y luego de los legados; en suma, que el acreedor conserva la antigua garantía patrimonial, “siquiera en manos de otra persona física, que sustituye al antiguo deudor de un modo sólo relativo, es decir, sin novación, y manteniendo los mismos medios de pago (56).

Tales obligaciones pasan al heredero inmutadas; el nuevo titular no sucede en éstas por causa de los bienes, sino independiente de ellos y “porque el Derecho positivo ha organizado en tal modo la persistencia de las responsabilidades del causante: por eso, aunque la parte sustancial de los bienes se distribuya en legados, sigue siendo el heredero el sujeto clave de la satisfacción de las obligaciones relictas. Es lo que se desprende de los artículos 659 y 661 del Código civil. La sustitución o sucesión de las deudas no parece, por tanto, que se realice por el hecho de constituir éstas, junto con los bienes,

(54) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, Ob. cit., página 480.

(55) Vid. E. DE TAPIA, *Febrero Novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*, 3.^a ed. L. VI (Valencia, 1837), 123. Vid., además, R. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Procedimientos Judiciales*, II (1848), III. La S. 5 de noviembre de 1920, señala como “principio general de Derecho”, sancionado por nuestra legislación, a partir de las leyes de Partida y constantemente aplicado por nuestro Tribunal, que la herencia de una persona la constituye el remanente de sus bienes después de satisfechas sus deudas y obligaciones.

(56) El heredero, advierte Peña Bernaldo de Quirós, sucede en la titularidad del patrimonio hereditario y deviene deudor *en cuanto que* nuevo titular del patrimonio relicto al que las deudas afectan. Las deudas del causante siguen conectadas con el patrimonio hereditario, que no se confunde con el patrimonio personal del heredero, lo que estaría en contradicción con las normas imperativas que regulan el patrimonio (artículos 1.911, 1.912, 1.925 del C. c.), y supondría admitir un efecto novatorio o modificativo por la simple voluntad del nuevo obligado, que es el heredero, y para lo que no hay base legal (artículos 1.205 y 1.257 C. c.). Para una exposición sucinta de los puntos fundamentales de las tesis sostenidas por este autor, Vid. F. J. ROVIRA JAÉN, *En torno a las deudas de la herencia*, en “RCDJ”, 45 (1969), 1587.

una cosa universal. Lo que no excluye, antes por el contrario, confirma, la interrelación entre bienes y deudas.

Esos principios, el principio histórico “antes pagar que heredar” y su plasmación jurisprudencial “no hay herencia sino en el residuo”, aceptados por nuestra doctrina hasta después de la Codificación “vienen a indicar que la herencia, a efectos de las responsabilidades del causante, conserva su cohesión mientras tales responsabilidades persisten”, y ello aunque haya aceptación pura y simple, incluso tras la partición, si no concurren los acreedores del causante en el oportuno procedimiento, artículo 405 del Código civil (57).

De ahí también que en la práctica tradicional española aparezcan los juicios *ab intestato* y de testamentaría como procedimientos, no de mera división de la herencia, sino de intervención y liquidación del patrimonio hereditario en beneficio de acreedores y legatarios. Gómez de la Serna y Montalbán fundan ya, con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, tales juicios en el principio de justicia según el cual “en tanta herencia en cuanto están cubiertas las obligaciones pecuniarias del finado” (58).

(57) La cohesión de los bienes relictos permite que los acreedores del causante sigan teniendo sobre tales bienes el derecho que les concedía en vida de éste el artículo 1.911 C. c. sobre su patrimonio sujeto al principio de responsabilidad universal. La tesis de la *universitas* es una “deficiente explicación del fenómeno sucesorio”, pero lleva consigo una intuición, la de que los acreedores del causante tienen un derecho sobre tales bienes, lo que no impide que sean acreedores del heredero y no del *decurius*.

(58) Peña Bernaldo de Quirós, ha planteado el verdadero “mollo de la cuestión en estos términos: ¿a consecuencia de la sucesión pasan las deudas al patrimonio del heredero de manera que el patrimonio del causante deja de ser “centro de responsabilidad”? De ser así, parece lógica la postura que defiende la “responsabilidad *ultra vires*, la doctrina de la confusión de patrimonios y la tesis dominante de que el heredero “representa” a la persona del difunto; en cambio, si a consecuencia de la sucesión las deudas no cambian de patrimonio, sino que es el patrimonio el que cambia de titular, parece lógico decidirse en pro de la responsabilidad *intra vires*, y afirmar la persistencia de la autonomía patrimonial. Desde este enfoque se llega, ciertamente, a resultados más justos, sobre todo respecto de los acreedores del causante. De este modo se sitúan como principales focos de atención para la doctrina moderna, las tres grandes cuestiones: el problema de las deudas del causante, la responsabilidad del heredero y el alcance de la confusión de patrimonios. Pero el planteamiento actual difiere de la dogmática tradicional, surgida como explicaciones diversas a un mismo interrogante, ¿por qué pasan las deudas? ¿Cuál es la causa? Se denotan así como mal planteadas las corrientes doctrinales que tratan de resolver un problema inexistente; concebir la figura del heredero a través de la tesis de la sucesión en el plano familiar y personal con distintas versiones (continuidad de la personalidad del causante, continuador de la personalidad patrimonial, representación, personificación de la herencia); mediante la sucesión en el patrimonio, la doctrina de la *universitas* con la consecuencia automática de la responsabilidad *ultra vires* o la explicación, por último, en base a la sucesión en los bienes, se sitúan en el plano dogmático en el “cielo de los conceptos”. En el plano de lo real, la única exégesis suficiente será la que explicité debidamente los distintos aspectos de la sucesión entendida como un “cambio de titular” de un patrimonio que sigue siendo “centro de responsabilidad”. La verdadera cuestión se

Este mismo principio de justicia impone un orden de preferencia que, conforme al Derecho tradicional y de acuerdo con el vigente tiene el acreedor de la herencia respecto de los legatarios, *nemo liberatis nisi liberatus*, que le legitima para interponer recurso de terceraía de mejor derecho mientras los bienes están en poder del heredero; prelación que rige, incluso, frente a los legados de cosa cierta y determinada, a pesar de que el legatario adquiriera directamente; así se deduce del artículo 1.029 del Código civil —del que resulta, en favor de los acreedores, una especie de acción revocatoria y del 1.027 del Código civil, que coloca al legado, incluso de cosa específica y determinada, en la posición jurídica del beneficiario de una liberalidad condicionada por esa preferencia de acreedores y legitimarios.

A mi juicio dicho principio, antes pagar que heredar, es expresión concreta tanto del ensamblaje entre el Derecho de familia y sucesiones como de la plasmación jurídica de auténticos deberes morales que reclaman un cauce para su cumplimiento.

En el comentario a la Ley 30 de Toro, Alvarez Posadilla explica el porqué de este principio: “antes de saberse cuál es la legítima dice, se ha de pagar a los acreedores, porque sólo es caudal lo que reste deducidas primero las deudas”. Dicha Ley es correctora del Derecho común que antepone las expensas funerarias a los acreedores y es correctora con razón: “¿por qué ha de querer que se haga de cuenta de los acreedores? ¿podrá el testador y el testamentario en justicia disponer a favor del fausto funeral, o del alma a cuenta de los acreedores? Claro está que no” (59).

Por lo que se refiere a la conexión con el régimen de bienes del matrimonio cabe establecer un paralelo entre el principio sucesorio “si hay deudas no hay herencia” con el aforismo, empleado por la doctrina clásica, “si no hay sobrante no hay ganancias” (59 bis).

reduce a delimitar el alcance de ambos presupuestos del fenómeno sucesorio. En torno a las deudas de la herencia, Cfr. M. ALBALADEJO, *La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición*, en “ADC”, 20 (1967), 481, y el nuevo planteamiento de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, pág. 355.

(59) El argumento, aunque referido a un supuesto concreto, es contundente; “el testador cuando muere no tiene más que lo que resulta del caudal deducidos los débitos, con que de nada más podrá disponer, ni el testamentario por más facultades que el testador le haya dado, ni los clérigos, sacristanes, cereros y otros interesados deberán ser de mejor derecho, más que sobre los bienes verdaderos de la herencia; y supuesto de que tienen obligación a enterrar a los muertos sin interés siendo pobres, ¿qué razón habrá para que al que lo es, o en realidad no tiene más que dos, v. gra., le entierren con más ostentación de la debida a su caudal a cuenta de los acreedores? ¿Qué podrá aprovechar a aquella alma los sufragios hechos, no a cuenta de su caudal, sino del de el prójimo, contra su voluntad?”. Cfr. J. ALVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las leyes de Toro* (Madrid, MDCCXCVI), en la Imprenta de la Viuda de Ibarra, pág. 188.

(59 bis) “Hasta la liquidación no hay ganancias”, S. 28 de enero de 1898, y “sólo después de liquidar podrá averiguarse si hay remanente”, S. 27 de mayo de 1905. La idea de remanente recoge así el principio tradicional *Bona*

Es, desde luego, natural, dice Manresa, que no se hable de ganancias mientras no se haya devuelto a cada socio íntegramente su capital, y no se hayan pagado todas las deudas: pero ¿por qué es preferente el reintegro del capital de la mujer aun al cumplimiento de las obligaciones de la Sociedad? ¿por qué el marido ha de quedar relegado a un último término, expuesto a perder el total caudal que aportó, mientras su mujer lo recibe íntegro? ¿no es esto una desigualdad injusta o irritante? (60). La razón *de lege data* no es otra que la de haber configurado la posición jurídica de la mujer respecto de su patrimonio privativo como un acreedor del dominio con derecho preferente; a la mujer corresponde el primer crédito en el tiempo, *prior tempore potior jure*. En último término, en ambos supuestos ocupan lugar preferente los acreedores. Cuestión distinta es la de si tal criterio resulta o no adecuado en la actualidad ante el nuevo principio de equiparación jurídica, principio que reclama una protección del patrimonio del hogar más bien que establecer formas discriminatorias de tutela de intereses individualmente considerados. Y este es, insisto, el enlace con el espíritu, no la forma, de la histórica "familia castellana": "si el marido se fuese empobreciendo, puede la mujer pedir la dote, aún durante el matrimonio, no para enajenarla, sino para mantener su casa y familia: o solicitar se ponga en secuesro para que su producto se aplique al propio destino" (61).

b) *El principio de igualdad*

Especial interés ofrece el principio de proporcionalidad en la partición, recogido también por la jurisprudencia con esta formulación: "lo que interesa en las particiones es observar la debida proporcionalidad", Sentencias 24 de noviembre de 1960 y 25 de febrero de 1969. Dicho principio cobra realce para valorar el cálculo de la lesión, que se hace en relación al valor total del lote mismo, a la proporción respecto del total partible.

Como "principio de igualdad" se recoge en Sentencia 2 de octubre de 1964.

non sunt nisi deducto aere alieno. En este sentido, se emplea como cláusula usual en los formularios notariales: "... cumplido e pagado, de todo lo remaneciente establezco e de dexo por mi heredero...". Nota de Carta de testamento. L. CUESTA GUTIÉRREZ, *Formulario notarial castellano del siglo XV* (Madrid, 1948), 163.

(60) Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, 725..

(61) Cfr. *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro* (Madrid, 1785), Imprenta: D. Joseph Doblado, pág. 284. En la actualidad ha de inclinarse por la salvaguarda de los intereses familiares que resultan en ocasiones torpemente dificultados. Así ocurre en casos de separación convencional. Debería facultarse a la mujer para aceptar por sí misma a beneficio de inventario que salvaguarda totalmente los intereses de la sociedad de gananciales. Cfr. J. OGAYAR AYLLÓN, *Separación de hecho de los cónyuges*, en "RGLJ", 65 (1972), 148. La redacción del artículo 995 del C. c. impide esa interpretación.

También aquí se advierte una temática paralela a la del régimen de bienes del matrimonio. Manresa pone de relieve ese enlace, como ya se dijo anteriormente, con motivo de la liquidación de los bienes gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona (62).

En caso de duda se establece, artículo 1.431 del Código civil, que para determinar el capital de cada sociedad se dividan proporcionalmente los gananciales.

De las dos formas en que puede presentarse la igualdad, matemática o de proporcionalidad, a Manresa le parecía más justa la segunda como criterio ordinario de liquidación de la sociedad de gananciales. El remanente líquido de los bienes gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos, artículo 1.426: “¿no sería preferible, dice, acortar las distancias, huir de exageraciones, dar a la mujer más derechos durante la unión y menos después de disuelta la comunidad”? (63).

Como “principio jurídico” “a la vez que aritmético”, recoge la jurisprudencia la regla según la que a la suma de todos los coherederos corresponde íntegramente la titularidad sobre el patrimonio hereditario y sobre las cosas que lo integran, Sentencias 30 de abril 1935, 15 de marzo de 1947, 19 noviembre de 1956, 23 de octubre de 1957, 17 de marzo de 1966, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

Con carácter auxiliar, el principio de *unanimidad* preside junto con el de igualdad el régimen de la partición contractual. Este principio da lugar a inconvenientes tanto por la posibilidad de dilaciones y gastos que puede ocasionar un heredero rebelde o caprichoso, advierte Roca, como porque al llevar implícito un *ius prohibendi* individual de los partícipes, acaso, razonablemente disidentes, puede dificultar la finalidad misma que se pretende, “el efecto multiplicador de la libertad de los coherederos de crear situaciones jurídicas de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que pueden válidamente atacarlas, Sentencia 21 de octubre de 1958.

Al principio de unanimidad en la partición sancionado por el artículo 1.059, se refiere, en fechas más recientes, la Resolución 6 de febrero de 1907, con motivo de la necesaria presencia del cónyuge viudo en las operaciones de liquidación de una herencia. De dicho principio se derivan consecuencias en orden al Registro; la Resolución 14 de mayo de 1903 confirma la no inscripción de una escritura en que no intervenía el viudo ni se le adjudicaba su cuota usufructuaria y la Resolución 12 de junio de 1930 desautoriza también la práctica en virtud de la que se realice la partición sin su concurso ni representación.

(62) Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, IX, pág. 777.

(63) Cfr. J. M. MANRESA, ob. cit., pág. 727.

c) *El principio de retroactividad*

Otro principio del Derecho sucesorio entre los que articulan nuestro sistema, es el principio de retroactividad de la aceptación al momento de la muerte de la persona a quien se hereda, artículo 989 del Código civil.

En el Derecho español la herencia se adquiere por la aceptación. La “animada” discusión entre las soluciones romanistas y germanista, es —dicen Lacruz y Sancho— de escasa importancia práctica” (64).

Como principio general es aplicable a la aceptación y repudiación de los legados; aunque no existe disposición legal expresa es aplicable por analogía la norma, artículo 989, que contiene dicho principio.

Su enlace con el régimen patrimonial de la familia se advierte en la posesión civilísima respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales. A este problema concreto se refiere la Sentencia 3 de junio de 1947. La liquidación de la sociedad de gananciales no puede constituir, afirma, obstáculo legal para que los bienes conocidamente hereditarios estén, mientras llegue el momento de tal liquidación, en la posesión de aquel a quién la ley se la confiera de pleno derecho, artículos 885, 660, 661 y 911 del Código civil.

El Tribunal Supremo en Sentencia 14 de junio de 1963 se basa en este principio para apoyar en él la “presunción lógica” de que al momento de aceptar la herencia con expresa declaración de que conocían el testamento aceptaron también el testamento y la doctrina de los actos propios impide que prosperen las causas de impugnación que ahora alegan.

2. *Principios sucesorios dependientes de principios patrimoniales*

a) *El principio de autonomía*

No sin fundamento pudo calificarse este principio, aunque hace particular relación a la materia de contratos, como “uno de los más fecundos y de los más trascendentales de nuestro Derecho histórico”. En la Comisión del Senado que era, en expresión de Silvela, a la vez comisión “confrontadora” (de la sujeción del Código a las Bases) y Comisión “crítica” del naciente cuerpo legal, el disputado señor Fabré elogiaba la inclusión de dicho principio en estos términos: habiéndose recogido en este Código, aunque con expresión y formas distintas; ese “fecundísimo principio, entiendo yo que no proceden las acusaciones que se le dirigen, suponiendo que en materia de contratos no es susceptible de ser aplicado a las necesidades modernas” (65).

Pero el principio espiritualista tiene también múltiples manifestaciones en el Derecho sucesorio (66).

(64) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 264.

(65) Cfr. *Debates sobre el Código Civil*, en “Revista de los Tribunales, XIX (Madrid, 1889), 414.

En el testamento, dice el profesor De Castro, juegan dos principios que parecen llevar a conclusiones contrarias. El testamento se concibe como un poder del testador para regular su sucesión, artículo 667, a su propio arbitrio (dentro de los límites legales); de aquí que se le considere tan unido a la propia persona, que se califique de "mentis nostrae" y de "voluntatis nostrae". Mas también es negocio solemne ("solemniter factum"), y por ello será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en la ley (art. 687) (67).

Conforme a este principio ha de interpretarse el artículo 675 del Código civil, y, también, aquellos otros en que, como el artículo 783. 1.º del Código civil, requieren constancia formal de modo suficientemente claro. Ante esta exigencia de expresividad del Código civil difícil de matizar, dirá Castán, un excesivo rigor formal resultaría absurdo dentro de los principios espiritualistas que el Código civil, y, en general, el Derecho moderno sustentan en orden a la forma de las declaraciones de voluntad. Afirma Jordano Barea que la sustitución fideicomisaria puede resultar establecida no sólo *apertis verbis*, a pesar de la dicción de los artículos 783 y 785, 1.º del Código civil, sino también *re ipsa*, dentro de la normal interpretación de la voluntad del testador. Estamos en presencia de una *quaestio voluntatis*. Estos preceptos, dice, han abolido las sustituciones sobre-

(66) En cuanto a los principios generales sobre interpretación de cláusulas testamentarias, Vid. SS. 23 de octubre de 1925, 8 de julio de 1940, 21 de mayo de 1942, 11 de febrero de 1943, 6 de marzo de 1944, 1 de junio de 1946.

(67) Doble carácter del testamento, que se busca armonizar en el Código, diciendo que, en caso de duda sobre el sentido de lo declarado, "se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento" (art. 675). El valor preferente de la voluntad respecto al tenor de la declaración, dice De Castro, no se pone en duda, y hasta admiten aquí el poder soberano de la voluntad y la interpretación subjetiva, o psicológica, los más extremos defensores de la teoría declaracionista. Cfr. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 86.

Entre los principios testamentarios figura el de la ilimitada revocabilidad del testamento, que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable también a los territorios forales, S. 10 de mayo 1898 y 27 de febrero de 1914. En mérito a dicho principios, el artículo 737 dispone que se tengan por no puestas las cláusulas derogatorias y "ad cautelam"; cláusula que no figura en las Compilaciones de Derecho especial de Cataluña y de Baleares, disp. trans. 3.ª Comp. Cat.; disp. final 2.ª y disp. trans. Comp. Bal.

La revocabilidad, consecuencia inmediata de la regla "ambulatoria est voluntas hominis usque ad supremum vitae exitum", recogida en el artículo 737 del Código civil, se declara como principio general por la jurisprudencia, S. 18 de diciembre de 1958.

La desaparición de esas cláusulas *ad cautelam* produjo desconocimiento, y quizá influyeron más que razones dogmáticas motivaciones prácticas por la "facilidad de falsificar". Desaparece así lo que no sin ironía calificaba Silvela de "candado de letras", cuya combinación queda en la memoria del testador "y ya nadie absolutamente más que aquel o a quien haya confiado dicha combinación, puede abrir el testamento; nadie más que el puede derogarla". Cfr. Debates, ob. cit., pág. 446. Se conservan en Derecho Catalán.

entendidas, pero no la normal interpretación de la voluntad del testador”.

En la duda entre dos posibles soluciones, hay que seguir la más acorde con el sentido general de nuestro Derecho sucesorio, tan favorable a la voluntad del causante que el principio “voluntas spectanda” es orientador de la interpretación testamentaria (68). Así, por ejemplo, la palabra “segundo grado” que emplea el artículo 781 puede entenderse referida a grados de *parentesco* (Manresa, Sánchez Román) o de *llamamiento*, criterio este por el que se inclinan Lacruz y Sancho; los antecedentes de las Partidas y las Leyes de Toro y en el artículo 629 del Proyecto 1.851, deciden que *grado* equivale a *llamamiento*. Cuestión distinta es la de cómo han de contarse los llamamientos, si debe incluirse o el fiduciario (69).

Aunque de modo incidental, la Sentencia 9 de diciembre de 1970 se refiere también al término grado en sentido de llamamiento, tal como se recoge en la Ley 5, Título 33, Partida 7 y la Sentencia 4 de enero de 1889 (70).

De esta suerte se combinan el principio general “*in dubio semper contra fideicommissum*”, que hace que, caso de duda, prevalezca el criterio más favorable a la libertad de los bienes, a la vez que se flexibiliza su carácter absoluto con el principio espiritualista, “que enlaza el sistema civil tradicional y actual”. Al principio espiritualista se refiere la Sentencia 16 de octubre de 1940, en torno al legado de parte alcuota.

En definitiva, la voluntad se mueve en un entorno de hechos y de situaciones, familiares y sociales, su manifestación como libertad dispositiva se abre pero tanto en los umbrales de la ley como en una atmósfera de usos y costumbres, y la naturaleza de las cosas le impone correcciones.

b) *El principio de conservación*

Tiene en el Derecho sucesorio un ámbito específico el principio de conservación; sus manifestaciones más concretas se plasman en la conservación de la disposición *mortis causa* y en la partición (71), Sentencias 5 de mayo de 1920, 17 de abril de 1933, 17 de abril de

(68) Cfr. J. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, pág. 17.

(69) J. L. LACRUZ y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 618. J. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, págs. 143 y 144.

(70) La referida S. 9 de diciembre de 1970 se basa en la valoración, que estima correcta, del que en el caso concreto resulta facilitado por tratarse de un testamento abierto. El notario traduce en términos jurídicos la voluntad del causante y rechaza la calificación de fideicomiso de residuo a un usufructo con facultad de disposición caso de necesidad, que aparece claro en el tenor literal.

(71) El artículo 1.284, en cuanto expresión de un principio general de conservación, común a toda categoría de negocios, opera también, dice Jordano Barea, en el campo de los actos de última voluntad, donde tiene una específica razón de ser por la imposibilidad de renovación del testamento, tras la muerte del testador y, la norma del artículo 1.284 puede, por tanto, ser

1943, 30 de abril de 1958, etc., que añade al fundamento tradicional —la indivisión de los bienes que la herencia comprende es incompatible con la función asignada a la propiedad, por lo que la provisionalidad no ha de mantenerse—, uno de base psicológica, aceptación tácita, por cultivar los bienes adjudicados.

El Tribunal Supremo ha aplicado, expresa o implícitamente, el artículo 1.284 del Código civil, coherente con el principio de conservación de la disposición *mortis causa*. “En la duda sobre el contenido de una disposición testamentaria, indica la Sentencia 26 de junio de 1951, debe preferirse la interpretación que le permita producir efecto”.

En último extremo se trata de una expresión concreta de la regla tradicional, *testador praesumitur se conformare cum dispositione iuris* (72), de la que se deriva el axioma *latet enim sunt verba interpretanda, ut actus sustineatur*, por lo que “si non valet iure testamenti, valet iure codicillorum, vel donacionis causa mortis”.

Este mismo principio ha de aplicarse también en la interpretación del grado de ineficacia a que se refiere el artículo 1.081 del Código civil, “la partición hecha en uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula”. Es discutible, dicen Lacruz y Sancho Rebullida, la clase de invalidez, que no precisa el texto legal. Siguiendo el principio de conservación de la partición, tan caro a nuestra jurisprudencia, y a falta de ulterior especificación en la ley, cabría inclinarse por la nulidad relativa, conservando su vigor, como partición parcial, las adjudicaciones a los coherederos reales, mientras estos no la impugnen y calificar, en cambio, como nulas de pleno derecho las hechas al heredero aparente. Es la solución más simple y económica (73). Pese

aplicada analógicamente a los testamentos, cuya disciplina está inspirada en el principio de conservación. Cfr. J. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, pág. 67.

En la actualidad el problema de la amenaza que para la conservación de la empresa mercantil puede significar la división y liquidación, pone de relieve la insuficiencia de las soluciones del Código pensadas para una economía agraria. Pero por tratarse de un principio más general ha de tomarse en consideración a la hora de la aplicación concreta de estas normas. Sobre este tema. Vid. J. PUIG BRUTAU, *El testamento del empresario*, en R. D. P., 44 (1960), 846. Sobre la cuestión, en fecha más reciente, *La transmissio mortis causa de l'empresa mercantil en el Dret Catala*, en B. J. C., IV (1971), 783. Acerca de la atribución integral de la explotación agraria familiar como principio general de Derecho y su alcance. Vid. E. FOSAR BENLLOCH, *Más sobre el artículo 1.056, 2 del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de Derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar*, pág. 271.

(72) En las disposiciones o actos expresados con palabras de sentido indefinido, cuando concurre la misma razón, se han de entender comprendidos todos los actos a los cuales pueden tener aplicación tales palabras: *indefinita aequipollet universalit, quando subest eadem ratio omnium sub indefinita comprehensorum*. Vid. M. MIRALLES, *Significado y alcance de la palabra “coherederos”*, en R. D. P., 20 (1933), 33.

(73) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob cit., página 261.

al antecedente de García Goyena, la mayor parte de los autores se pronuncian por la nulidad absoluta de toda la partición.

La jurisprudencia señala como "principio de doctrina" que no puede instarse la nulidad sin demandar a los interesados en su validez, Sentencia 18 de diciembre de 1958. otra manifestación concreta del referido principio de conservación.

El principio de conservación de las disposiciones, expresivo de la regla general *magis valeat quam pereat*, concuerda con el de *favor negotii, favor matrimonii*, etc. y hoy se extiende incluso al que ha sido llamado principio de conservación de la empresa; en sede de testamentos está subordinado al principio *voluntas spectanda* (74).

Semejante al *favor testamenti*, el *favor donationis* permite que las donaciones de padres a hijos en el Derecho histórico se convaliden sólo *post mortem donatoris*. Del mismo modo en Derecho romano vulgar en virtud de un criterio de extensión de la eficacia (*favor donationis*) se termina configurándoles como típicas donaciones *mortis causa* revocables en vida y confirmadas por el hecho de no revocación (75).

c) *El principio de subrogación real*

El principio de subrogación real tiene en el ámbito sucesorio su particular zona de influencia; sometida la herencia a un régimen especial de administración, uso, disposición, se aplica dicho principio (76). El negocio de enajenación de la herencia, vg. transfiere el activo hereditario, tal como se halla, y queda obligado el transmitente a suplir los bienes o frutos confundidos, enajenados o consumidos, sin que se anulen sus actos válidos frente a terceros. Es decir, opera también la subrogación real: "el precio adquirido en lugar de la cosa debe transmitirse, y así todo lo que sustituye a objetos hereditarios que han desaparecido, aunque posiblemente no ha de irse más allá, y no ha de entenderse que lo adquirido con el precio se subroga en lugar del precio invertido" (77).

(74) J. JORDANO BAREA, *La interpretación del testamento*, pág. 69.

(75) Cfr. F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, en AHDE, 38 (1968), 147.

(76) Resulta innecesaria la base conceptual de la *universitas* para explicar la aplicación de dicho principio, precisamente por no ser exclusivo de la sucesión; entendida como *universitas iuris* la doctrina fundaba la exactitud de dicha construcción precisamente por ser aplicable el principio de subrogación. La subrogación real existe, se dice, en la *herencia reivindicada*, por ser la herencia *universitas*; existe en la situación de herencia vendida, porque también aquí la herencia vendida funciona como *universitas*, y después de la partición, a pesar de que esta "extingue el proceso sucesorio", en el caso de sustitución fideicomisaria se aplica el principio de la subrogación real, porque en todo lo que se refiere a la devolución de la herencia a los fideicomisarios ésta es considerada como *universitas*. Cfr. J. E. GONA SALCEDO, *La universitas como posible objeto de derecho*, en Estudios de Derecho privado, bajo la dirección de A. de la E. Martínez Radio (Madrid, 1962), 311.

(77) J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 303.

El principio de subrogación real se aplica asimismo a la sustitución fideicomisaria, respecto de los elementos resultantes de un cambio o mutación sufridos por necesidad en los bienes fideicomitidos (dinero o crédito obtenido por vía de indemnización por causa de expropiación forzosa, seguro, responsabilidad, redención de censos, pago de créditos, etc.) (78).

Jerónimo López entiende que se da la subrogación real si se llama a suceder al fideicomisario en el residuo, y no se autoriza expresamente al fiduciario para disponer (79).

Las Sentencias de 10 de julio de 1947 y 10 de julio de 1954 rechazan la subrogación real. En realidad depende de la voluntad del testador, que habrá de averiguarse a través de todas las circunstancias que concurren en el caso.

Recogen el principio de subrogación real la Resolución 13 de enero de 1965 y la Resolución 2 de marzo de 1956, entendiendo que ésta, más que premisa que sirve para autorizar el acto dispositivo—sujetándola también a la condicionalidad de la posible supervivencia— de nuevos descendientes, funciona como resultado al que se llega a través del cambio o fluctuación operada. Como puede advertirse, la gama y amplitud de todos estos principios operantes es amplia. Su formulación y adecuación requiere un estudio profundo de cada una de las reglas o instituciones en que intervienen.

d) *El principio de libertad del dominio*

Entre estos principios podemos señalar, el principio histórico de la *libertad del dominio*, que permite comparar servidumbres y prohibiciones de disponer (80). El Código civil enfoca, dicen Lacruz y

(78) A. GUILLÓN BALLESTEROS cree que ese principio es el que inspira el artículo 1.533, *La venta de la herencia*, en RGLJ, 38 (1959), 633. El principio de la subrogación real permite combinar la posición jurídica del heredero aparente en relación con los terceros adquirentes de buena fe y la del heredero real. De este modo se coordinan en la práctica el principio de responsabilidad y el de confianza con el carácter de negocio unilateral no recepticio del testamento, principal motivación del principio *voluntas spectanda*, Cfr. J. JORDANO BAREA, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en ADC (1950), 668. La autorresponsabilidad del disponente y la confianza que en ella fundó justificadamente el beneficiario constituyen, en cambio, principios interpretativos de los pactos sucesorios. Acerca de la subrogación real por voluntad del fiduciario. Vid. L. PUIG FERRIOL, *El heredero fiduciario* (Barcelona, 1965), 222.

(79) Cfr. J. LÓPEZ LÓPEZ, *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español*, en ADC, VIII (1955), 789.

(80) Este principio impone, quizá, un reparo a la sugerente opinión del profesor López Jacoíste en torno a si la obligación de abonar en metálico por el mejorado a los demás interesados constituye una "obligación, propter rem" que se concreta como una afección en la cosa o explotación agrícola atribuida al mejorado. Esa particularidad de "imponer un hacer positivo" permite a la norma, artículos 829, 1.056, 2.º, una funcionalidad de que, a mi juicio, ahora carece, pero, no obstante, una interpretación teleológica actualizada así lo aconseja. La duda que puede ofrecer esa interpretación es la de si al añadir a la función típica de las normas una función de garantía casi

Sancho el tema de las prohibiciones testamentarias de disponer exclusivamente desde el punto de vista de la limitación de las vinculaciones, artículo 785, 2.º. No obstante, “la doctrina actual, y en cierta medida la jurisprudencia (referente casi toda a Cataluña), sobre la base del Derecho histórico, del principio de la libertad del dominio, e incluso (Albadalejo) de la analogía con la regulación de las servidumbres (que sólo se mantienen en cuanto sirven a una real necesidad) considera subsistente un cierto requisito causal, exigiendo que la prohibición se funde en un interés legítimo” (81).

Cabe afirmar, haciéndose eco de la voz autorizada de la jurisprudencia que el progreso del Derecho sucesorio “trata de aproximar la norma, con su rigidez, generalidad, permanencia y abstracción, a las exigencias sociales que cambian y se modifican”, Sentencia 22 de junio de 1948; pero esta adopción ha de responder a una trayectoria permanente, la evolución dentro del propio Derecho.

Evolución imposible de captar sin penetrar en los principios que la impulsan; en esos principios portadores, diría mejor, de una constituyente onda expansiva.

De aquí que esa profundización rechace cualquier forma de dogmatismo cerrado; el vigor científico cede en la medida en que las “opiniones” coarten o de algún modo aprisionen su fuerza expansiva y su progresivo perfeccionamiento. Los principios jurídicos captan con mayor sensibilidad el eco mismo que resuena ante el clamor incesante del común sentimiento de justicia.

3. Remedios de carácter genérico o universal

Ciertamente, construir con principios jurídicos enriquece la panorámica y pone de relieve la desdichada “provincialización” del Derecho, tan justamente denunciada en otro tiempo por Carnelutti (82).

Veamos ahora remedios de carácter genérico o universal que suelen incluirse también, sin duda de modo traslaticio, entre los principios generales. Su común denominador consiste en excepcionar la rigurosa aplicación de la ley para evitar que se consolide un *injustum*: es decir, la corrección de la ley para sonseguir el *ius*.

Los principios jurídicos constituyen el verdadero fundamento en la genuina expresión de Azón: *habet qualibet scientia principia et radices, super quibus regulariter constitutum fundamentum*” (83).

real, dichas obligaciones, que es complemento indispensable de *jure condemnado*, no las desnaturaliza de *lege lata*. Vid. J. J. LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada* (Madrid, 1961), 219.

(81) Ob. cit., pág. 599.

(82) Cfr. F. CARNELUTTI, *Natura giuridica dell'ipoteca*, en Riv. dir. proc. civ., 16 (1939), 3.

(83) AZZONE, *Summa Institutionum, Proemium*, 11.º, 2 (Venetiis, 1584), c. 1.043.

a) *Los actos propios*

La jurisprudencia ha aplicado como elemento interpretativo el principio *venire contra factum proprium* (83 bis), valorando la conducta o el comportamiento del heredero, Sentencias 20 de febrero de 1943, 30 de junio de 1947, 8 de marzo de 1956 y Sentencia 14 de junio de 1963 como elemento de prueba extrínseca. En cambio, la Sentencia 23 de mayo de 1970, en una declaración, quizá excesivamente general, afirma que el principio de la inalterabilidad de los actos propios, aunque reúne esencialmente trascendencia en materia contractual, carece de ella en materia sucesoria, en la que domina el principio de la revocabilidad de las cláusulas testamentarias, principio, que, como norma general, actúa salvo que una norma especial y concreta la derogue (84). Afirmación que, a mi juicio, resulta forzada por acomodarse al supuesto de hecho: contrapone la sucesión testada la contractual, entendiéndose esta última como una excepción al principio de revocabilidad del testamento; en cualquier caso es esta una configuración jurídica inexacta de los pactos sucesorios.

b) *La buena fe: "falsa causa, falsa demonstratio"*

Al ser el testamento modelo de los actos de disposición *mortis causa* es natural que le sea extensible la doctrina de la buena fe, como inspiradora de la doctrina del *favor negotii* (84 bis).

Los principios *falsa causa, falsa demonstratio non nocet*, permitirían mitigar la rigidez en supuestos vg. de no precisar indicación del año, mes y día en el testamento ológrafo, que la jurisprudencia, sin admitir salvedad o excepción alguna, califica de carencia de una condición esencial para su validez, Sentencia 11 de abril de 1945 (85).

c) *El enriquecimiento injusto*

La invocación, por *analogía juris*, de los principios que rigen el enriquecimiento injusto, que el Código civil aplica al pago de lo indebido, permitiría moderar las consecuencias de la prescripción de

(83 bis) Acerca de los actos propios, Vid. L. DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los actos propios* (Barcelona, 1963) y J. PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Comparado*. La doctrina de los actos propios, en ADC, IV (1951), 1552. Sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en relación con la tesis del heredero como continuador de la personalidad del causante, Vid. S. 24 de marzo de 1971.

(84) No se aplica la doctrina de los actos propios para los legitimarios en actos perjudiciales: sus derechos están sustraídos a la disposición del testador. S. 12 de abril de 1944.

(84 bis) Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español (Barcelona, 1965), 143.

(85) La jurisprudencia—ya aludida—recoge como "principio de doctrina" el de que no puede decretarse la nulidad de un acto o contrato sin demandar a cuantos puedan estar interesados en la validez, "principio de aplicación a los actos u obligaciones de carácter unilateral por imperio del artículo 1.254 del Código civil" S. 18 de diciembre de 1958.

las acciones sucesorias, Aún aceptando, dicen Lacruz y Sancho Rebullida “contra la opinión que me parece más probable, la tesis de la usucapibilidad independiente, siempre parece posible reclamar al *possessor hereditatis* el caudal relicto no en cuanto poseedor, sino por acción personal, conforme a los principios que rigen el enriquecimiento injusto invocados por *analogia juris*. A ella ya no podrá oponer aquél la usucapición, y sí sólo la prescripción de quince años, o la de la concreta acción de Derecho de sucesiones que sirve de fundamento a la demanda, o bien siendo de buena fe el límite de su enriquecimiento” (86).

d) *El valor de la apariencia*

En cambio, la aplicación del principio general de *protección a la apariencia jurídica* tiene un régimen peculiar. Un problema que ha tenido eco en la doctrina y la legislación ha sido el de las enajenaciones de bienes relictos realizadas por el heredero aparente. Algún autor considera que son válidas precisamente por ser obra de un titular aparente, como consecuencia de un *principio general de protección a la apariencia jurídica* (siendo el adquirente de buena fe). Pero los diversos casos de apariencia tienen predispuesto cada uno su propio régimen en la ley, y a él habrá de atenerse quien adquiere de un supuesto sucesor (87).

VI. LAS GRANDES CATEGORIAS

La particular permanencia de los principios jurídicos lleva consigo una exigencia de historicidad y de objetivación, una vivencia social; por eso son susceptibles de explícita captación. Pero ocurre que, con frecuencia, se confunde esa virtualidad permanente con su especial formulación histórica; la forma absorbe al fondo, su inmanencia se entiende como exclusiva y excluyente de la trascendencia, de su influjo organizador.

De ahí que resulte imprescindible en todo trabajo de construcción jurídica excluir aquellas formulaciones a las que en un momento dado sólo corresponde su portada, una cobertura formal, cuando ya no se pliegan a la realidad y a la fuerza vital de los principios jurídicos a que acaso antes aludían. Esas formulaciones, incluso vacías de con-

(86) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 315.

(87) Cfr. J. JORDANO BAREA, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en ADC, III (1950), 668. El tema del heredero aparente enlaza de modo directo con principios hipotecarios, entre ellos, el trato sucesivo, y requiere combinar la doble finalidad de no interrumpir el tráfico jurídico de los inmuebles y garantizar en lo posible los derechos del heredero real. Vid. R. 9 de marzo de 1945. Vid. además A. HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho sucesorio*, pág. 216.

tenido, fuera del cuadro social en que se cobijaron originariamente conservan la fuerza y el vigor de lo ritual en el Derecho: son palabras que dictan normas, que tienen un mágico cariz vinculante. Son, en último término, formulaciones dogmáticas (88). Percibir su carácter dogmático facilita su comprensión y permite su empleo como concepto, sin otorgarles mayor valor que el instrumental (89).

(88) Pero esto no nos ha de llevar al extremo opuesto, adoptar una posición de desinterés ante la construcción jurídica. Estas construcciones llevadas a cabo con seriedad científica facilitan la tarea del intérprete. A eso se refiere la S. 13 de febrero de 1943 lamentándose uno de los considerandos de que la dogmática de las disposiciones en el residuo “no acusa todavía perfiles lo suficientemente precisos para levantar construcciones absolutamente seguras”. Esta sentencia parte, para intentar una sistematización de la materia, de un elenco de “proposiciones razonables y ajustadas al sentido de la doctrina y de nuestro ordenamiento positivo”.

(89) Así ocurre en el Derecho sucesorio con la “creencia básica” de que el heredero se coloca en el lugar del causante y adquiere el conjunto de sus bienes, derechos y obligaciones. ¿Cómo pueden conciliarse un dogma y una necesidad práctica? ¿el dogma de la *successio in ius* y la necesidad de una liquidación del patrimonio relicto?; “Hasta qué punto semejante creencia, dice Puig Brutau, merece ser considerada como un dogma o sólo representa un criterio aproximado o una regla con muchas excepciones ocupa la cuestión capital de la parte general del Derecho de sucesiones: “si el heredero se coloca en lugar del causante o si la adquisición de la herencia implica todo un proceso de liquidación patrimonial”. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V. I, pág. 390. Esta apreciación no resulta exagerada. Por eso, al tratar de las deudas de la herencia se dan cita las “directrices cardinales” del sistema sucesorio. Vid. M. DE LA PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, pág. 159. Afirma este autor, “se subvierten muchas de las ideas tenidas como cardinales de nuestro sistema sucesorio”. Por admitir las soluciones dadas a estos problemas a la luz de la *successio* romana y su recepción francesa, saltando los siglos de nuestro Derecho intermedio, la concepción hasta ahora dominante, sistematizada por este autor, era la siguiente: a) La sucesión implica una sustitución, en cada deuda, de la persona del deudor; b) la responsabilidad “ultra vires” del heredero es la consecuencia natural de la sucesión, regla general que se evita excepcionalmente a través de la aceptación a beneficio de inventario; c) lo que implica, como regla general, la confusión del patrimonio hereditario y el patrimonio personal del causante. Persiste, por excepción, el patrimonio hereditario del causante en los casos del beneficio de inventario, de la proindivisión y del beneficio de separación.

A esta triple recepción de soluciones conceptuales cabría añadir la que, a mi juicio, es nuclear, una concepción no realista de la idea de patrimonio y de titularidad. De ahí que se haya desplazado el verdadero centro de responsabilidad. Al despojar a la noción de patrimonio de su anterior configuración abstracta, de su concepción unilateralmente subjetiva y objetiva, cobra realce su verdadero significado, aquello que tiene de instrumental y la razón de ser de la afección de bienes a fines, la comunidad de fines entre patrimonio y personalidad. Vid. A. DE COSSIO Y CORRAL, *La teoría del patrimonio*, en *Estudios de Derecho Público y Privado*, ofrecidos al profesor Serrano y Serrano, I (Valladolid, 1965), 154.

De aquí que la contestación a la pregunta formulada por Peña acerca de si cambian las deudas de patrimonio —en cuyo caso el patrimonio del causante deja de ser centro de responsabilidad— o si lo que cambia es el titular del patrimonio, lleva consigo una previa postura sobre cómo ha de entenderse la vinculación patrimonio-titularidad.

1. Distinciones doctrinarias.

En definitiva, la calidad de un trabajo científico, con utilidad práctica, se muestra en que proyecta sobre los problemas la luz clarificante de los principios sin enmascararlos bajo formulismos opacos carentes de luminosidad propia.

Así ha ocurrido en la dogmática del Derecho sucesorio, donde esta actitud de ocultamiento se advierte hoy sin salida, como expresión de una crisis insalvable. Dicen a este respecto Lacruz y Sancho Rebullida "La ilimitación de la responsabilidad del heredero se atribuye, por algunos autores, a la continuación de la persona del causante por aquél, que le obliga a responder con todos los bienes; por otros, a la confusión de patrimonios, que tiene la misma eficacia. Para los más, la causa es la ley, que atribuye las deudas al heredero y le hace responsable con todos sus bienes, sin consideración a su voluntad y sin necesidad de guardar las formas requeridas para la transmisión de deudas a título particular. Procede así por motivos de política jurídica, que no tiene mucho que ver con la falsa idea de la continuación de la personalidad, y sí con las necesidades del tráfico y las concepciones sociales, según las imaginó el legislador, con criterio hoy muy discutido" (90). Contra lo que ocurría en el Derecho romano clásico, y siguiendo el sistema de las Partidas (6,6,10), el Código

(90) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 161. El sistema angloamericano, que considera a los sucesores como meros destinatarios del remanente de la herencia, por lo que los bienes del fallecido pasan a un ejecutor con misión de liquidar el patrimonio relicto, se ha propuesto en Francia como sistema adecuado para la atribución de bienes hereditarios al "hijo adulterino". A tal efecto se confiere a un tercero el poder exclusivo e irrevocable de representarle. La constitución de este representante legal que la E. M. del proyecto de ley sobre filiación comparaba a un *trustees* es una "garantía" a que la ley subordina la eficacia del anticipo de herencia a través del pacto sucesorio. Vid. G. CORNU, *La naissance et la grâce* (à propos du projet de loi sur la filiation, en Rec. Dalloz, XXIV (1971), 172 La contradicción entre estipulaciones usuales y el mito del pacto es, en la jurisprudencia francesa, especialmente acusada. Savatier abrigaba la esperanza de que se provocase una reforma legal que sacara de la historia de la prohibición de los pactos sobre sucesión futura todo el "desdichado capítulo de la ofensiva emprendida contra cláusulas útiles y equitativas que el uso había introducido en los contratos de matrimonio y en los pactos de sociedad", Vid. las diversas formas empleadas en la práctica y la presunción desfavorable de la *Cour* con una reiterada tendencia calificada por este autor de "ostracista"; sobre promesa de venta y pacto de sucesión futura, S. 11 de enero de 1933, en *Revue*, LV (1960), 141, 692, con un comentario comparativo con la jurisprudencia belga. Acerca del pacto de continuación, que este autor califica, siguiendo a Capitant, de "clásicas estipulaciones a término, cuyo término incierto es la fecha de la muerte del asociado", *Revue*, 54 (1956), 160. Acerca de la cesión de acciones bajo condición de muerte del cedente, *Revue* (1962), 234; sobre una cláusula de retrocesión y su configuración como pacto sucesorio, *Revue*, 41 (1963), 581.

Como puede advertirse la súbita revitalización del pacto sucesorio en tema de "filiación natural", "adulterina", ha de representar una brusca conmoción en el Derecho francés, donde la regla prohibitiva sirve de pauta incluso a la validez de la transmisión de derechos actuales y eventuales.

civil hace responder ilimitadamente al heredero, también por los legados.

Solución que, advierten estos autores, es criticable, porque en efecto, los legados no son verdaderas deudas, puesto que el difunto no las ha contraído en vida; "son gravámenes que surgen al tiempo de la muerte del testador, dispuestos por éste en beneficio de otras personas, y constituyen una liberalidad".

Por eso, en principio parece que la liberalidad debería disminuir el patrimonio del donante y no el de sus sucesores, de manera que éstos se limitasen a responder con los bienes recibidos, ya que fallan aquí las razones de tutela del crédito y de los derechos anteriormente adquiridos por los terceros que justificaban la solución contraria en tema de obligaciones del *decurjus*. Si el testador no deja bienes, no puede legar lo que no posee" (91).

Otro de los dogmas, admitido en el Derecho de sucesiones, es el de la naturaleza meramente declarativa de la partición, que "finge que los bienes proceden directamente del causante prescindiendo de la real existencia de la comunidad hereditaria. De llevarlo a su último extremo los Códigos latinos, que admiten esa formulación dogmática, deberían prescindir de la garantía de los lotes para asegurar la efectiva igualdad o proporcionalidad". Bien se comprende, dicen Lacruz y Sancho que la veneración de los dogmas y ficciones no podrá llegar hasta este punto" (92).

Pero esa solución, forzosa y trepidante dentro del sistema sucesorio francés, responde a su peculiar concepción de la herencia. Se trata, en último término, de garantizar una suma al hijo adulterino en la herencia del autor y la calificación de "heredero" no cuadra con el juego normal de fenómeno sucesorio. No existe en Derecho francés, como en el sistema español del Código civil, en la formulación de Peña, la posibilidad de atribuir a los acreedores *poderes* especiales de intervención en la liquidación de la herencia, en su doble vertiente sustantiva, esto es, impedir la entrega de los bienes hereditarios a los herederos mientras no se paguen las deudas (art. 1.082 C. c. y 1.093 L. E. C.) y procesal, es decir, facultar a los acreedores para que promuevan el juicio de testamentaría. De ahí la necesidad de instaurar el *pacto sucesorio*, como garantía de la institución de heredero y la propuesta de una representación legal, recibida como inspiración, del *trustee* anglosajón. El artículo 762 de la *Réforme du Droit de la filiation*, ley de 3 de enero de 1972 permite al autor de un hijo "natural" concebido durante el matrimonio hacerle en vida una atribución suficiente de bienes "*enréglement anticipé de sus droits successoraux*".

(91) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 161.

(92) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 252. Sobre la finalidad específica del "contrato" de partición de herencia (poner término a la comunidad entre coherederos, practicar la liquidación y lograr que cada interesado obtenga aquello a que tiene derecho), Vid. Res. 30 de octubre de 1943.

2. Influencias exteriores

Ha de ser cautelosa preocupación la de no llevar las cosas a “formulismos sin contenido” (93). Así, por ejemplo, al interpretar el artículo 983, 2.º afirma Lacruz que “pretender establecer diferencia entre la cláusula en que un testador deja la mitad de sus bienes a Juan y la mitad a Pedro, aquélla en que deja herederos a Pedro y a Juan por mitad, es llevar las cosas a un “formulismo sin contenido” y conduciría, además, a una contradicción interna en el artículo 983, 2.º, pues la frase “por mitad o por parte iguales”, no sólo designa parte alícuota, sino que la fija numéricamente, y la fija así porque no hay otro procedimiento de fijarla”.

La concepción “pseudosubstancialista” propia de nuestro Derecho codificado, que, como advierte Puig Brutau, concibe el traslado de las cosas y de los derechos en un sólo momento (94), que ya es entorpecedora en el campo contractual, dificulta también la recta inteligencia del fenómeno sucesorio. Una de sus manifestaciones es la concepción de la sucesión en el patrimonio, que, como afirman Lacruz y Sancho Rebullida, “cosifica lo que no es sino un concepto de relación” (95). Se sucede, dicen estos autores, en las cosas y en los derechos: “cuando la sucesión es a título universal, entran en ella las deudas, y bienes y obligaciones conservan entre sí y frente a

(93) En la S. 8 de febrero de 1968 declara el Tribunal Supremo que toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse y otorga a esta máxima el contenido de “principio general”. Sin duda los principios de la lógica interna puede desechar una solución que resulta irracional o si su empleo contradice otros principios que resultan prevalentes. Con frecuencia el Tribunal Supremo se refiere a las reglas de la lógica imprescindibles para el razonar jurídico, pero consciente de que el Derecho no es sólo un “saber para la vida”, sino también una “forma de vida”. Las “reglas del criterio humano” a que alude el artículo 1.253 del C. c. no son otras que las de la lógica, S. 6 de abril de 1911, la “recta razón” equivale a “criterio racional”. S. 30 de septiembre de 1926, a las reglas de la “sana crítica racional” se refiere la S. 13 de mayo de 1890.

(94) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, II, II, Contratos en particular (Barcelona, 1956), 187.

(95) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 44. A esta “cosificación” que, como se advierte, dada la insistencia de la doctrina moderna, es tema propicio al estudio de todas sus manifestaciones en los diversos ámbitos del Derecho civil, se refiere también recientemente Vallet de Goytisolo al analizar “los problemas que suscitan los cocientes”, el tema sugestivo de la fungibilidad y comunicabilidad entre cuotas. La herencia, dice, no se halla dividida en compartimentos estancos: no hay en la realidad división en tres tercios. El tercio de legítima no es un compartimento estanco, es un *nomen juris*, un orden puramente contable y nada más que contable. Esto es, no hay compartimentos estancos, pero sí límites cuantitativos a la disponibilidad. La cosificación de las cuotas convirtiéndolas en compartimentos estancos es una visión conceptual de la realidad jurídica que da lugar a pseudos problemas. Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Aspecto cuantitativo de las legítimas*, en ADC, 24 (1971), 117. Y lo más grave, cabría añadir, es que estos pseudos problemas distraen del verdaderamente fundamental la incidencia en la organización patrimonial de la familia o del matrimonio.

los sujetos y objetos externos a ellos, la misma posición relativa que tenían en la titularidad del causante; empero que el conjunto de bienes y deudas, en su intervención, se apellide “patrimonio”, no borra la individualidad de cada uno de sus elementos: se sigue sucediendo en bienes y deudas singulares, siquiera conservando interna o externamente, en manos del nuevo titular, su antigua vinculación. Es en ésta, en la que necesariamente se sucede, y no en la cosa vinculada...”. De aquí la característica fundamental de la sucesión: “lo característico de la sucesión universal es la necesaria asunción, por el sucesor, de las obligaciones relictas con su garantía, y el posible aislamiento de todo ello frente a los bienes y deudas del heredero (con la consiguiente dualidad, más o menos acusada, de patrimonios en manos de un mismo titular), lo cual sólo puede explicarse o describirse mediante la fórmula “sucesión en el patrimonio” previa advertencia de que así no sucede en *algo distinto* de los bienes, que lo integran, sino de otro modo (96).

Con expresión de la jurisprudencia, Sentencia 10 de enero de 1929, al interpretar el artículo 668 del Código civil, hay que alejarse de “distinciones doctrinarias, a veces de puro nombre”, y quedarse con lo que “de acuerdo con la realidad y la justicia, se acomode a la verdad y a las leyes”.

Es forma frecuente de establecer distinguos doctrinarios, que a nada conducen, el trasplante de concepciones extrañas a los supuestos propios de que parte nuestro Derecho, porque se importa acaso la formulación desnuda del principio al que corresponde. Así suele ocurrir con el “excesivo apego a la doctrina francesa”. La interpretación dominante considera que en el Código civil la responsabilidad del heredero es ilimitada, aunque limitable: que la regla general es la situación no beneficiaria y la excepción el beneficio de inventario. Interpretación nacida, sostiene Peña, de un apego excesivo a la doctrina francesa, que considera la responsabilidad *ultra vires* consecuencia natural de la sucesión sobre la base de la identidad de persona entre el difunto y el sucesor universal que goza de la *saisine* (97).

La solución francesa y la española no coinciden ante el problema idéntico: la necesidad de deslindar las responsabilidades *ultra vires* y lo que puede ser mero incidente de la liquidación. Piensan, en cambio, Lacruz y Sancho Rebullida que la responsabilidad *ultra vires* parece un efecto (retardado) de la sucesión y no un mero incidente de la liquidación, (lo cual no ocurre cuando la aceptación se hace con exclusión definitiva del beneficio de inventario (98).

(96) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 44.

(97) Vid. sobre la cuestión, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., página 159.

(98) Existen casos, observa con acierto Díez Picazo, en que las deudas del causante pesan de alguna manera sobre el legatario, si el testador les impone el pago de alguna de las deudas como carga o condición, 858 C. c. si

También el verdadero carácter de la donación *mortis causa* resulta obscurecido porque “entre la doctrina clásica y el Código civil se interponen la influencia francesa y el temor a los pactos sobre la sucesión futura” (99).

En general, la doctrina entiende que la donación es inter vivos si el donante *condiciona* la entrega a una determinada fecha o suceso, vg. la muerte del donante, que no por ello deja de ser inter vivos, Sentencias 28 de enero de 1898, 13 de junio de 1900 (100). 1900 (100) y sí opera la *transmisión real*, con la puesta a disposición del donatario, Sentencia 27 abril 1972.

Una cláusula (corriente en Mallorca) es la que dispone que “sea valedera de presente y efectiva luego de ocurrida la muerte del donante”, Resolución 24 de noviembre de 1925. En tal caso no hay condición; como donación es válida de presente, ¿qué tipo de *efectividad* es esa que trata de alcanzarse ya desde ahora, pero con vistas a la muerte?

¿Dónde radica la diferencia entre donación intervivos y *mortis causa*? Por lo común la jurisprudencia atiende al *momento* en que ha de comenzar su eficacia, Sentencia 27 de marzo de 1957. Pero la verdadera diferencia estriba en si la muerte figura como causa o como condición (101). A mi juicio, la donación *mortis causa* tiende a anticipar un *señalamiento* de bienes, con desvío de los fines generales del patrimonio sucesorio; a afectar unos bienes ya desde su otorgamiento, adscribiéndolos a una función específica respecto de los bienes constitutivos de la herencia.

VII. EL LENGUAJE SUCESORIO

Destacar la importancia de la semántica en el Derecho no es una conquista de la actual Ciencia del Derecho. Pero qué duda cabe de

_____ toda la herencia se distribuye en legados, artículo 891, en el artículo 1.029, caso de herencia beneficiaria si aparecen después de pagados los legados otros acreedores. Vid. L. Díez PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil, IV, Derecho de sucesiones*, pág. 345.

(99) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 322. Sobre este tema tengo un trabajo pendiente de publicación que aparecerá próximamente.

(100) Se trata de una donación simple con entrega *post mortem*.

(101) Recoge una fórmula típica la R. 19 de mayo de 1917 “el que de ellos sobreviva adquiera la mitad de dicha finca correspondiente al premuerto, en términos que el sobreviviente queda dueño de la totalidad”. Sobre la distinción de ambos tipos de donaciones, Vid. S. 8 de julio de 1943; es *mortis causa* la que se hace por causa de muerte o peligro mortal sin intención de perder el donante la cosa ni su libre disposición en caso de vivir, como sucede con las disposiciones testamentarias. Una fórmula histórica castellana podría ser esta: “Doña María, viuda de Gil el Pato, da al Cabildo de los clérigos de Cuéllar unas casas *post mortem*, obligándose a entregar cincuenta maravedis anualmente, a condición de que los clérigos celebren cada año un aniversario por Gil el Pato y por ella”. 24 de abril de 1371, núm. 86, *Colección diplomática de Cuéllar*, A. UBIETO, Segovia, 1961.

que, en los últimos años, el cultivo de la lógica jurídica ha puesto de relieve la necesidad de explorar en los confines del lenguaje del Derecho para captar el peculiar significado que asumen las palabras (102).

Quizá el escenario del Derecho sucesorio ofrezca en este extremo una riqueza singular por tratarse de una zona del Derecho civil colindante con otras parcelas de que es complemento, especialmente con el patrimonio familiar. Y, sobre todo, por ser su técnica particular tan proclive al entronque histórico de sus instituciones más características (103).

1. *Conceptos de significado vacío*

Hay conceptos que son elementos simples del lenguaje (104), aptos para permitir expresiones sobre los hechos o sobre las normas, pero provistos de una consistencia propia. Son conceptos que podemos llamar de significado vacío. No tienen de suyo un legítimo significado.

Así ocurre con el término "disposiciones de última voluntad", empleado en el artículo 620 Código civil, que puede aplicarse como contrapuesto a actos inter vivos, o designar instituciones tan dispares como donaciones *mortis causa*, legados, fideicomisos, pactos sucesorios.

La vacuidad intrínseca al término disposiciones de última voluntad se alcanza mejor desde aquellos sistemas abiertos donde, como ocurre en Navarra, las liberalidades, en sus diversas formas y modalidades, siguen una línea de continuidad que permite enlazar sistemáticamente las donaciones y sucesiones. Con mayor propiedad en estos sistemas se emplea el término disposiciones *mortis causa* o disposiciones sucesorias.

Lo que con el nombre de legado, dicen Lacruz y Sancho, regula el Código civil, en los artículos 858 y siguientes, es el producto Justiniano de la fusión de dos instituciones clásicas romanas —legado y fideicomiso—. El Código civil no lo define. Pero el empleo del término legado se usa con mayor propiedad aplicado al favorecido

(102) La dificultad semántica ocasiona con frecuencia una "confusión babélica". El Profesor de Castro recuerda, recientemente, la originada con el vocablo negocio jurídico. Vid. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 22. Ciertamente, un ejemplo claro de cómo unas mismas palabras y expresiones pueden servir para expresar reglas diferentes, es el artículo 464 del C. c. Pocos preceptos cabe hallar que sean más significativos. Los conceptos de "posesión", "bienes muebles", "adquisición", "buena fe" y "título", dice Puig Brutau, han sumado todo su contenido problemático para formar una regla que carece de sentido si intentamos desligarla de la trayectoria histórica que nos lo ha proporcionado. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, 2.^a ed., pág. 123. En el ámbito del Derecho de sucesiones cabría decir lo mismo de muchos preceptos, entre otros. art. 1.056.

(103) La jurisprudencia toma en consideración el "lenguaje inteligible que aparezca como expresión de un pensamiento homogéneo y manifestación de una voluntad eficaz en Derecho". S. 8 de julio de 1940.

(104) Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico* (Milán, 1959), 4.

que tenga una pretensión autónoma e independiente para reclamar lo atribuido (105).

2. Conceptos de significado variable

Por la dificultad semántica de los significados que llevan consigo una carga histórica, se mezclan a veces conceptos distintos expresados con términos análogos. En concreto, “el artículo 660 del Código al establecer que se llama heredero al sucesor a título universal, y legatario al que sucede a título particular, pone en relación dos series de conceptos fundamentales para el Derecho sucesorio: de una parte, los de sucesión universal y particular, y de otra, los de heredero y legatario (106). La tesis de la *universitas* engloba una concepción ficta de lo que estos autores designan como *cohesión* en los bienes relictos (107). La *universitas* explica la cohesión de los bienes relictos como un *prius* de la sucesión, como un presupuesto, no como consecuencia, es decir, como *posterius*. La unificación entre bienes y deudas tiene el carácter de “consecuencia y no de presupuesto”. La ley unifica limitadamente y en determinados supuestos las relaciones patrimoniales que forman parte de la herencia, en servicio de la seguridad del tráfico, de los acreedores, del causante, y del ordenado disfrute de los bienes indivisos por los propios herederos”.

Otras veces con el mismo término se significan instituciones distintas. Son términos polifacéticos. Así sucede con el término “comunidad, que lleva consigo una tendencia a identificar el patrimonio de la comunidad con el causante, identificación frecuente en la jurisprudencia, Sentencia 21 de mayo de 1968, por no distinguir entre los tipos de titularidad plural”, la cotitularidad de los herederos en cuanto tales, y la correspondiente a los diversos partícipes por cuotas en el caudal relicto no destinado especialmente (108).

3. Conceptos de significado plural

El legislador utiliza también términos como “expreso” y “tácito” con pluralidad de sentidos, (arts. 463, 476, 901, 905, 1.090, 1.100,

(105) Cfr. J. L. LACRUZ y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 548. Es necesario, afirma Díez Picazo, para averiguar el verdadero concepto del legado partir de los antecedentes históricos de la institución. Cfr. L. DÍAZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV Sucesiones, pág. 324.

(106) Cfr. ob. cit., pág. 19.

(107) El concepto de *universitas* como unidad orgánica ha quedado ya trasnochado. *Universitas* alude con mayor propiedad a una categoría lógica, apta para explicar esa consideración unitaria del patrimonio del causante. Vid. L. FERRANDIS VILLELA, *La comunidad hereditaria*, y L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV, pág. 520.

(108) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 181. A esta cuestión nos referimos más adelante. Pero como puede advertirse en éste también un problema de lenguaje jurídico. Indica De Castro que “al decirse titularidad se alude muchas veces a las que no resultan de un Derecho subjetivo”. Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho Civil* (Madrid, 1970), 127. Sobre el empleo de los términos técnicos para “distinguir y designar las normas”. Vid. este autor, oc., pág. 125.

1.153, 1.169, 1.588, 1.610, 1.755, 1.767, 1.768, 1.827). El término “expreso” puede entenderse como sinónimo de efectivamente, específicamente, de modo explícito, verdaderamente. Y por “tácito” lo presunto o conjetural. Así, se dice, es mejora tácita la del artículo 1.056, 2.º. El Código civil, afirma Roca, bloquea toda posibilidad de inducir conjeturalmente un sistema de mejoras fundadas en la voluntad presunta del testador. Pero no exige que la voluntad de mejora se manifieste de un modo formalista, empleando la palabra “sacramental” mejora (109).

El término “herencia forzosa”, de tanto realce en el Derecho sucesorio, es asimismo susceptible de dos significados; como cuota de bienes del caudal relicto “consideración demasiado unilateral” y como un “derecho a bienes del patrimonio del causante en proporción determinada, pero que no ha de ser forzosamente satisfecho, por título de herencia, ni aún por sucesión, que tampoco se calcula exclusivamente sobre el caudal relicto” (110).

La doctrina moderna ha profundizado en los significados jurídicos de otros términos acaso procedentes del campo de la economía como la idea de explotación (111), conjunto patrimonial que constituye una unidad orgánica. En Sentencia 7 de abril de 1945 se otorga a la palabra “industria” el significado jurídico de “unidad patrimonial”. La Sentencia 16 de marzo de 1948 trata de incorporar como concepto jurídico la noción de empresa. En cambio, el término titularidad, de tanta raigambre jurídica y consecuencias prácticas, requiere aun acotar sus verdaderos perfiles, sus matices cuando la titularidad recae sobre la empresa (112).

Los profesores Lacruz y Sancho plantean en este orden un problema de gran interés para la exégesis del artículos 1.056, 2.º: si se permite o no considerar como empresa individual el paquete de acciones mayoritario o total que representa la titularidad de la empresa. Para que dicho precepto sirva hoy a su finalidad inicial se precisa, dicen, una interpretación más amplia.

Son muchas las palabras del lenguaje jurídico susceptibles de

(109) Para una exposición de los términos “expreso”, “tácito”, “presunto”, Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Notas para la interpretación del artículo 783, 1.º y 785, 1.º, del Código Civil*, en “ADC” (1961), 56, y *la mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, en “AAMM”, VII (1954), 5; en torno al problema acerca de si la “revocación tácita” es una forma de revocación o una de las formas de ineficacia genérica. Vid. F. PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento* (Barcelona, 1964), 190.

(110) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 91. “La expresión *herederos forzosos* ha de considerarse una impropiedad de lenguaje”, o. c. II, pág. 19.

(111) Cfr. J. J. LÓPEZ JACOISTE, *La idea de explotación en el Derecho Civil actual*, en “RDP”, 44 (1964), 351.

(112) Sobre el significado y alcance de la palabra “coherederos”, Vid. J. MARTÍ MIRALLES, oc. pág. 33.

nuevos significados y de matices más acomodados a la finalidad que pretenden. No trato de hacer un recuento exhaustivo, sino connotar su trascendencia científica (113).

Entre otras muchas, vg. la distinción de términos que suelen elegirse como análogos a pesar de que no significan el mismo concepto, como "iliquidez" e "insolvencia", de tanto relieve en el análisis del pago de las deudas: Si hay simplemente iliquidez y no insolvencia, el heredero acreedor puede hacerse pago de su crédito, y oponerse ese pago a los acreedores que se presenten luego, precisamente porque no debe ser de peor condición que ellos" (114).

A veces el significado preciso permite una interpretación más acomodada a las exigencias actuales, como sucede con la palabra "expresos" del artículo 785 referida no a personas, sino a llamamientos, la significación de las palabras "segundo grado" como limitación de la temporalidad de las sustituciones fideicomisarias. (115).

(113) Basta pensar en los diversos significados de que es susceptible el término "grado" que recoge el artículo 781, y, que la doctrina admite según sea su concepción acerca de la sustitución fideicomisaria; grado puede entenderse como *llamamiento*, lo que implica que se puede nombrar un solo fideicomisario puesto que el primer llamamiento a favor del fiduciario ya se ha dado; puede entenderse también por grado el *llamamiento de sustitución*, en cuya virtud sólo se computan los nombramientos de fideicomisario, opinión más común que sigue la S. 23 de junio de 1940; grado significa también *generación*, lo que permite un número indeterminado de llamamientos que no exceda de la segunda generación. Vid. sobre la cuestión, J. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, pág. 787.

Otras veces son las mismas reglas de la gramática quienes permiten una u otra significación; la famosa "coma", en las oraciones de relativo a que se refiere, interpretando el artículo 781 del C. c., Jerónimo López en torno al fideicomiso de residuo; el empleo del plural en lugar del singular "las mismas partes" del artículo 779, que da a entender, dicen Lacruz y Sancho Rebullida, que la expresión apunta al numerador olvidando el denominador, etc.

Como regla general es válida la que indica Puig Brutau; para fijar la verdadera inteligencia de las frases que tienen una significación definida en las leyes hay que atender al sentido legal y no al vulgar, Vid. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, pág. 487. Criterio éste recibido por la jurisprudencia, S. 28 de junio de 1947.

En cambio, las palabras o cláusulas empleadas en las disposiciones testamentarias son "el medio, el cuerpo con que adquiere realidad visible" la verdadera voluntad del testador, y en ellas ha de buscarse la "fijación del sentido" que el testador quiso darlas, S. 25 de mayo de 1971.

Al uso de la palabra "podrá" que emplea el artículo 905, se refiere la S. 6 de febrero de 1966: "término potestativo y no imperativo", siendo principio de la incumbencia judicial la apreciación de las razones y circunstancias en que el albacea funda su petición de próroga.

(114) J. L. LACRUZ y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 177. Otras veces ocurre al revés; instituciones cuyo fondo es idéntico emplean diversa terminología; acerca de los términos "sustitución vulgar" y "representación" y su afinidad institucional, Vid. CAMY, *Contador-partidor y personas a quienes válidamente puede adjudicar bienes*, en "RDP", 52 (1968), 311.

(115) M. DE LA CAMARA, *Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, en "RDP", 42 (1958), 637.

Las alusiones a lo que el Código civil llama *bienes futuros*, artículos 2.º, 1.271, 1.º, 1.315, pueden asumir un significado más exacto, “bienes que una persona deja a su muerte, con independencia de si existen o no en su patrimonio en cualquier momento” (116), que resulta más útil para enfocar el problema de la línea divisoria entre el acto *inter vivos* y el *mortis causa*, a que más adelante se hará referencia (117).

A veces son frases estereotipadas a que tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia han prestado su atención, como la establecida en una añeja cláusula de estilo: “en el remanente de sus bienes”, que da lugar a un problema de calificación, ¿atribuye la cualidad de heredero? Esa frase reproduce una frecuente, aunque incorrecta, fórmula notarial y responde, dice la Resolución 29 de noviembre de 1956, “más a un concepto económico de la herencia que al jurídico imperante en nuestra legislación”. (arts. 659 y 661 Código civil. Ordinariamente se emplea con la finalidad de que se respeten las disposiciones a título singular establecidas previamente en el mismo testamento, pero no es ese, como se ha visto, su recto significado histórico.

Entre tantas interpretaciones sobre el sentido de los términos destaca la que emplea el artículo 675 del Código civil: “tenor del testamento”, a que alude, se refiere al conjunto de disposiciones útiles para aclarar el sentido de la cláusula dudosa, atendidas las circunstancias que tuvo el testador para ordenar su última voluntad (118).

(116) J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 323.

(117) El término *prelegado* es también susceptible de significados diversos que se cargan de contenido histórico. Sobre el significado romano del *praelegare*, Vid. N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano* (Milán, 1968). Pone de relieve la concepción justiniana de legado extensible a toda disposición testamentaria a título particular que sea a cargo de la herencia. Los clásicos empleaban el término *praelegare* como disponer en cualquier forma a favor de personas no herederos. En orden al prelegado, la S. 5 de mayo de 1965 se inclina por su validez, interpretando el artículo 675 del C. c. en el sentido más favorable a la voluntad real del causante. En el testamento deja un prelegado e instituye heredera a una hija natural del testador, cuya inscripción en el Registro se anula, lo que plantea la controversia acerca de la “inexistencia” jurídica del título por el que es llamado al faltar la identidad. El Supremo confiere realce al nombramiento: “conocida por los nombres que se la designa” y la afirmación de paternidad “el testador la reconoció como hija”, reconocimiento confesión, al que, añadiendo la interpretación favorable a la voluntad real, hace prevalecer sobre la impugnación del título jurídico, aun despojado del título legitimador al anularse la inscripción. Frente al formalismo, la decisión recoge dos principios, la autonomía de la voluntad y el favor de la prole apoyada en la afirmación del hecho natural de la generación a pesar de no coincidir con la validez del título de estado.

(118) Es función del Tribunal Sentenciador fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias y esa interpretación sólo puede ser combatida con éxito en casación cuando se patentiza de modo manifiesto el error cometido en la sentencia, debiendo prevalecer el criterio del Tribunal *a quo* frente al recurrente, si no aparece haber sido contrariada de modo evidente la voluntad del testador, S.S. 11 de junio de 1964, 18 de diciembre de 1965.

VIII. LA NORMATIVIDAD Y SU LOGICA INTERNA

La tarea del verdadero intérprete no se reduce a señalar los preceptos aplicables. Entre otras razones porque, afirma Puig Brutau, la pregunta acerca de cuál sea el Derecho vigente no puede contestarse sin tener en cuenta los Tribunales (119).

El transcurso del tiempo nos ha hecho olvidar aquella imagen tan pintoresca de Silvela de lo que hoy se entiende como "jurisprudencia correctora": "para las deficiencias, omisiones y vaguedades del Código va a ser preciso buscar una buena ama montañesa, y esta buena ama montañesa serán los Tribunales de justicia ("Revista de los Tribunales", XIX, 1889, 446).

Es preciso, por otra parte, determinar tanto el lugar y la efectiva vigencia que dentro del sistema ocupan las normas, como, lo que Núñez Lagos designa con acierto, "la lógica de su dinámica", que reclama una concreta valoración crítica (120).

Considero como más destacables estos tres aspectos que dan luz en torno a esa particular actitud ante la normatividad que permite fijar en nuestro tiempo el Derecho en vigor: la decantación del sustrato normativo, la penetración de la línea fronteriza entre los actos *inter vivos* y *mortis causa*, que permite determinar cuáles son los principios extensibles, y el análisis de la lógica jurisprudencial en la materia.

1. *Decantación del sustrato normativo*

En el Derecho de sucesiones, Lacruz y Sancho, de cada precepto suelen ofrecer alguna particularidad que tiene relevancia dentro del conjunto normativo. Así, son frecuentes cautelas como esta, al tratar de explicar el porqué de la antinomia 759-799, (121):

(119) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, en "RJC", 60 (1953), 40 ss. En este trabajo sale al paso de la "falsa teoría", que en gran parte inspira la actuación de nuestra práctica, de creer que los Códigos civiles contienen soluciones para todos los problemas objeto de discusión ante los Tribunales.

(120) Ha de rechazarse cualquier interpretación que dé lugar al absurdo. S. 7 de diciembre de 1970. Basta el carácter de posible heredero legítimo para poder ejercer acciones de nulidad de testamento, sin que obste la existencia de otras personas con derecho preferente. S. 7 de diciembre de 1970, y no es preciso justificar la cualidad de heredero para la transmisión de los perjuicios materiales y morales. S. 17 de febrero de 1956. Argumentación rechazada por absurdo legal: la negativa de alimentos a un hijo mayor de edad que accidentalmente los necesitase constituye causa legal de desheredación y el rompimiento absoluto por toda la vida de la relación paterno filial desentendiéndose desde la infancia no sólo de la obligación de alimentarle, sino también de las de acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas si no había sido "expósito" (Vid. arts. 756 y 854), no sería causa de desheredación, S. 3 de diciembre de 1946.

(121) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ha puesto de relieve que el llamado Anteproyecto de Código Civil explica cómo no existe tal contradic-

el "imperativo de la Ley de Bases, señalando como guía del legislador al Derecho histórico y al Proyecto del 51; el hecho de que tras el Proyecto del 84 no se introdujeron modificaciones especiales; y que, en cambio, las modificaciones de estilo de última hora fueron precipitadas y no muy afortunadas. En tal circunstancia se concibe perfectamente el error del legislador aquí, y no hay motivo para canonizarlo, sobre todo si hay que desnudar a un santo para vestir a otro" (122).

ción. Cfr. *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, en Centenario de la Ley del Notariado. Estudio preliminar, pág. 49. El Anteproyecto, dice, aporta luces nuevas sobre la antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil. Los textos correspondientes no están en contradicción. Y los antecedentes invocados en el Anteproyecto deben ser tenidos en cuenta para la interpretación de los mismos.

(122) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 494. Esta manera de proceder puede decirse que es común a la doctrina moderna española. Se advierte, al cabo de los años de vigencia del Código civil el entorpecimiento que en la evolución de nuestro Derecho de sucesiones significa la incorporación de un sustrato normativo recibido de nuestra tradición jurídica, cuya línea evolutiva se alcanza con claridad, y otro que procede de una recepción extranjera, cuyos desenvolvimientos se entrecruzan aprisionando la fuerza creadora de sus respectivos principios expansivos. Refiriéndose al problema de cuáles son los negocios jurídicos de derecho patrimonial que la mujer casada puede realizar por sí sola en la administración de bienes gananciales, afirma De la Cámara que el artículo 995, en tema de adquisición de herencia, "se aparta de la solución de la Ley 54 de Toro" sin razones suficientes que justifiquen el abandono de la tradición; deviene por eso éste un "precepto oscuro" que plantea una serie de cuestiones, entre otras la de justificar por qué se exige la licencia en todo caso. Si la aceptación a beneficio de inventario salvaguarda los intereses de la sociedad de gananciales y por tanto del marido, hubiera sido razonable aceptar sin licencia a beneficio de inventario. Cfr. M. DE LA CÁMARA, *Capacidad patrimonial de la mujer casada*, en "Estudios en honor del profesor Castán", VI, págs. 147 ss. Hay normas que introducen, a través de un intermediario, preceptos romanos. El artículo 885 del C. c. nos ha transmitido, indica Díez Picazo, a través del Código Napoleón una norma procedente del Derecho romano, donde el legatario no podía tomar posesión de la cosa legada sin consentimiento del heredero, a quien corresponde la posesión de derecho de los bienes hereditarios (art. 440), Vid. L. Díez PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV, pág. 340.

En la sesión 20 de marzo de 1889 en el Congreso de los Diputados, el señor Maluquer Viladot se tomó la molestia de transcribir los artículos que procedían del Código Napoleón "un total de más de doscientos cincuenta artículos copiados del Código de Napoleón". Cfr. *Diario de las sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados. Legislatura de 1888-1889*, t. IV (Madrid, 1889), 1976. Entre estos artículos figuran el tratado de la representación, que es "casi literal", todo lo referente al "orden de suceder en la línea recta descendente" "es copia", etc. Por eso, ofrece verdadero interés estudiar cómo ha sido la interpretación y la aplicación de estos preceptos en el país de origen y en la doctrina y jurisprudencia española. Sobre este tema tengo un trabajo en elaboración que arroja mucha luz a la hora de explicar el porqué de las ambigüedades y contradicciones de la doctrina. En último término cabe hoy advertir las consecuencias perturbadoras de adaptar, en expresión del profesor De Castro, el propio Derecho a sistemas extraños a costa de forzar la interpretación de las leyes y vio-

Advertir la particular influencia o procedencia de las disposiciones legales, el dato histórico, resulta imprescindible para su debida interpretación; los antecedentes inmediatos del artículo 886 “sin precedente en el Derecho español (no lo es Part. 6, 4, 8, que algunos señalan como tal) son los artículos 1.810 Código civil portugués y 1.854 Código civil italiano, copiados aquí casi a la letra” (123); los errores de transcripción, art. 755: “bajo forma de contrato oneroso”. Es éste, dicen Lacruz y Sancho, un error derivado de la reproducción literal del artículo 760 del Código civil italiano, correspondiente al 911 del Código Napoleón, que consideraba conjuntamente la incapacidad de recibir por testamento y por donación. Referido a una sucesión *mortis causa*, no es fácil concebir el caso de un negocio unilateral y de última voluntad, como el testamento que pueda ocultarse bajo la forma de un contrato oneroso” (124).

Tanto la interpretación lógica como los razonamientos de lógica jurídica (125) develan la armonía interna de las soluciones, permiten dar realce a lo que tiene de efectiva aportación cada sentencia, de distinguirse con seriedad científica el orden del razonar, *obiter dicta*, y la verdadera *ratio decidendi*.

Con frecuencia nos encontramos en la doctrina con exclamaciones como estas, que recojo del libro de Lacruz y Sancho: “importante Sentencia”, 20 de marzo de 1967 (126), (respecto de la institución y sustitución); “intuición muy defendible” (la diversa eficacia a efectos de la usucapion de un título universal, Sentencia 12 de abril de 1951) (127); la singularidad de que la jurisprudencia mantiene en vigor artículos ya derogados (128); “explicando magistralmente este punto de vista” (partición *inter vivos* del art. 1.056, Sentencia 6 de marzo de 1945) (129); explicitando líneas jurisprudenciales “no

lentar el sentido de las instituciones fundamentales, Cfr. F. DE CASTRO, *Negocio Jurídico*, pág. 29.

(123) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 489.

(124) Ob. cit., pág. 111. Entiendo que la doctrina con frecuencia adopta una visión monolítica de la Historia, confundiendo la idea de progreso con el condicionamiento de hechos irrepetibles. La Historia juega de dos modos distintos, como *límite* es un “a partir de”, esto es, el último eslabón de hechos irreversibles, pero juega también como *tensión*, en cuanto que es proceso vital y en esta medida no opera “a saltos”. En la vertiente histórica particular del fenómeno sucesorio la apertura de la sucesión es un hecho irrepetible, en cambio, la dinámica de todo el proceso se mueve por la tensión a que está sujeta la continuidad de un patrimonio.

(125) Acerca de las diferencias entre interpretación lógica y razonamientos de lógica jurídica, Vid. ULRICH KLUG, *Juristische logik*, 2.^a ed. (Berlín, 1958), 146.

(126) J. L. LA CRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 685.

(127) Ob. cit., pág. 314.

(128) Ob. cit., pág. 301.

(129) Ob. cit., pág. 276.

defendibles”, pese a su uniformidad” (como la asimilación entre el fideicomiso de residuo y disposición condicional) (130).

2. *Un caso paradigmático: la línea fronteriza entre actos inter vivos y mortis causa*

Especial interés ofrece la perspectiva que este tema abre para una manera de adentrarse en el estudio del Derecho sucesorio, situar el centro de atención en torno a la zona fronteriza entre los actos *inter vivos* y *mortis causa* (131).

Nuestro Código civil carece de una teoría de los actos, que ha ido elaborándose mediante la doctrina y la jurisprudencia. “El Código civil regula con normas distintas los negocios jurídicos de atribución patrimonial *inter vivos* y los *mortis causa*: aquéllos, relativos a movimientos de valores en vida de las partes, y éstos, a la suerte de las relaciones patrimoniales de una persona natural después de su muerte”. En sus especies más vulgares, la separación de unos y otros es evidente: la venta o el arrendamiento, frente a la institución de heredero o el legado. Sin embargo, hay variedades en las que la distinción resulta más difícil: la atribución por medio de mandato *post mortem* o contrato en favor de tercero; la compraventa con pacto de sobrevivencia; el seguro de vida; la donación para después de la muerte del donante en sus diversas modalidades...” (132).

Importa entonces mucho señalar con cuidado los exactos caracteres de ambas clases de negocios, a fin de discernir la última diferencia entre unos y otros y delimitar su frontera (133). Como advierte

(130) Ob. cit., pág. 647.

(131) Compilación del Derecho civil foral de Navarra, el libro segundo presenta como “formas conjuntas por un mismo fin” donaciones y sucesiones, pactos o contratos sucesorios y testamento. “La asociación de donaciones y sucesiones es profundamente genuina en el Derecho Civil de Navarra, el cual presenta una riquísima gama de formas y modalidades de liberalidad, desde la donación *inter vivos* al más solemne testamento, pasando por las capitulaciones matrimoniales, pactos sucesorios, testamentos de hermandad, etc., sin verdadera solución de continuidad. De este modo se resuelve con toda naturalidad un antiguo problema sistemático que abrumaba a juristas y legisladores de otros Derechos”. Cfr. Prólogo a la Recopilación privada del Derecho privado foral de Navarra, redactada por J. García Granero, J. J. Nagore, J. Aizpún, A. D’Ors, J. J. López Jacoiste, J. Arregui Gil.

La calificación *inter-vivos*, dice Jordano Barea, se refiere al plano de los sujetos y al modo de ser de los efectos del acto con relación a los mismos sujetos; la calificación *mortis causa* se refiere, en cambio, al elemento objetivo-funcional del acto (causa-función de éste), Cfr. J. JORDANO BAREA, *Teoría general del testamento*, en “Estudios de Derecho público y privado” ofrecidos al profesor doctor don Ignacio Serrano y Serrano, I. “Estudios de Derecho civil”, Valladolid (1965), 433.

(132) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 319.

(133) El análisis histórico de las Instituciones permite observar cómo institutos que actualmente son típicamente sucesorios responden a un proceso de desarrollo que conduce desde actos *inter-vivos* a *mortis causa*, alterándose la forma pero no la función. Ejemplo claro de estas mutaciones es en Roma

Puig Brutau, un mismo interés puede quedar calificado diversamente y, a través de la calificación puede recibir una protección jurídica de características peculiares en cada caso (134).

Pero aparte ya de ese deslinde es también inaplazable la necesidad de estudiar la intercomunicación entre ambas clases de negocios, cuya relevancia advierte con especial interés la doctrina moderna. De esta toma de conciencia han de surgir nuevos criterios interpretativos que articulen los límites de la autonomía de voluntad con la coherencia de lo que puede llamarse “armonía sistemática” (135).

De tal cuestión se hace eco la Sentencia 3 de abril de 1965: a diferencia —afirma— de lo que ocurre con los negocios jurídicos *inter vivos*, en que al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios aunque tenga también un punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real, exacta, o, al menos, probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores...

Entre tantas implicaciones prácticas cabe señalar:

a) La diferencia de trato, en tema de rescisión por lesión, artículo 1.293 y 1.074, entre la partición y los demás negocios jurídicos “está justificada por la ausencia de espíritu de especulación, e, incluso, la necesidad de partir pidiéndolo cualquier coheredero. Todavía cabe añadir que en los contartos, generalmente, las partes manejan bienes o intereses propios, por lo que no es fácil que se produzca lesión inadvertida; por el contrario, en la partición de herencia, se manejan bienes ajenos (del causante) cuyo conocimiento menos directo, personal, y por tanto, exacto, justifica también el trato desigual en esta materia. Pero, junto a la admisión de este remedio, la limitación en la cuantía de la lesión, responde al *principio de conservación*, el cual se manifiesta también en la subsidiariedad de la acción” (136). Como ya se ha dicho, los artículos 1.069 a 1.080 del Código civil consagran el principio de conservación en la partición; (137).

la evolución de la *mancipatio familiae* que asume la función de testamento. El mecanismo de la *mancipatio*, acto patrimonial por excelencia, se presta a tal adaptación por su finalidad concreta, lograr una transferencia del patrimonio para la época de la propia muerte. El adquirente no era heredero, si bien, dice Gaii (2.103) “heredem locum optinebat”.

(134) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, “Contratos”, página 652.

(135) Esos preceptos que vierten normas de Derecho necesario fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad negocial y cuya actual formulación es jurisprudencial, Vid. A. CALVO SORIANO, *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia*, página 387.

(136) Cfr. J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, Ob. cit., página 261.

(137) Hace notar Palá Mediano que ese principio referido a la conserva-

b) "El testamento ológrafo, no tiene ordinariamente en el tráfico valor idéntico a un documento privado, mientras no sea adverado y protocolizado, vale menos: luego deviene documento público: caduco sin protocolizar, vale, salvo —pienso— si todos los interesados (en este y en otros testamentos, herederos *abintestato*) reconocen su validez, y, entonces, lo que vale es el contrato, y el testamento sólo como una especie de causa" (138). La intuición es, a mi juicio, rica en consecuencia, ya que pone de relieve cómo en el entramado causal cuenta menos la adscripción de la causa a un tipo determinado que la voluntad y la finalidad práctica pretendida.

c) Más aún, un acto *mortis causa* tipo, como puede serlo el testamento, da lugar, o mejor, puede albergar negocios o actos *inter-vivos* como el reconocimiento de un hijo natural. Tal reconocimiento es, en todo caso, un negocio o acto *inter-vivos*, pues no atribuye *mortis causa* el patrimonio o el cuidado de las relaciones personales del causante (además, la muerte no actúa en él como condición, ni pierde su validez aún cuando el testamento se revoque, art. 741). Su inclusión en el acto *mortis causa*, se permite por evidentes razones de conveniencia" (139). Ahora bien, el testamento no es título constitutivo del estado de hijo natural, por eso sólo vale como reconocimiento en vida si se acompaña de las formalidades del hecho en escritura pública (140).

ción y permanencia de la organización y fines de los negocios sociales rechaza la aplicación de conceptos de la dogmática tradicional. Cfr. F. PALÁ MEDIANO, *Los problemas de la sucesión en los derechos de socio*.

(138) Ob. cit., pág. 418. La S. de 28 de junio de 1948 declara que el testamento ológrafo como forma válida de testar en los territorios de Derecho foral, es expresión de "una línea interpretativa de adaptación de los textos a las exigencias sociales y al perfeccionamiento de los conceptos", línea evolutiva que recuerda, y la sentencia referida lo compara a la que conduce en Roma desde "el rígido formulismo del "jus civile" al Derecho creado por el pretor.

(139) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 357.

(140) El reconocimiento de hijos naturales en forma de testamento es frecuente en la práctica. Su mayor riesgo, como indica Beltrán de Heredia, es el de amparar un fraude a la ley. Vid. el comentario a la S. 22 de diciembre de 1964 de J. BELTRÁN DE HEREDIA, *El reconocimiento de hijo natural en testamento*, en "RDP" (1965), 184. Tal reconocimiento no puede ser considerado como acto de última voluntad. Por ser acto peculiar del Derecho de familia es incompatible, dice, con la eficacia "post mortem" del testamento y si la intención no es testar sino reconocer sería tanto como apropiarse de una forma de instrumentación reservada para los específicos negocios jurídicos *mortis causa*. El reconocimiento hecho de esta manera, con forma de testamento, es, en cuanto tal ineficaz, con sanción de nulidad por ir contra los artículos 131 y 133 del C. c.

Pero el tema ofrece gran complejidad. En Res. 27 de diciembre de 1965 se plantea el problema de si puede inscribirse el reconocimiento de filiación sólo incidental, muy frecuente en los testamentos que puede injertarse en una cláusula a efectos del artículo 187 RRC, declarando bajo su responsabilidad la capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción del reconocido. La cuestión estriba en el modo en que haya de interpretarse, si ha de ser o no literalista esa declaración. Vid. Díez DEL CORRAL Y RIVAS, *Reconocimiento incidental*, en ADC, 21 (1968), 577.

d') El adecuado deslinde entre atribuciones *inter-vivos* y *mortis causa* permite a la vez aproximar lo jurídicamente semejante y regulado por el mayor número de preceptos comunes. Especial interés ofrecen los negocios *mortis causa* con estructura y eficacia de *inter-vivos*, así como la recíproca influencia del régimen jurídico del Derecho de obligaciones respecto del sucesorio.

Entre esos preceptos comunes hemos de incluir los principios extensibles a unos y otros.

1) El principio de mancomunidad es igualmente aplicable a las relaciones sucesorias. La responsabilidad prevista en el artículo 1.071 se aproxima a la solidaria al poner a cargo de los restantes coherederos la falta de cumplimiento de uno de ellos (artículo 1.145 frente al 1.139), pero no hay aquí propia solidaridad, cuya característica esencial —dice Pío Cabanillas— no es la responsabilidad por insolvencia, sino la existencia de una pretensión por el crédito total, que puede dirigirse contra cualquiera de los deudores. En nuestro caso, una posible solidaridad de los coherederos choca con el artículo 1.137 y con el propio texto del 1.071 (141).

2) El principio de buena fe es asimismo relevante: “del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, artículo 1.258, aplicable a las condicionales y, por ende, a las disposiciones a causa de muerte, artículo 791, se deduce que queda incumplida la condición cuando su realización se procura contra la buena fe (142).

3) Pero al lado de una directa aplicación, los principios comunes permiten el *juego de la analogía*.

Así ocurre, tal vez, en orden al artículo 798, 2.º, que suscita la duda de si se refiere a la condición o al modo, y si, de no referirse a la condición, es aplicable por analogía el 1.119 (143).

¿Hata qué punto supone el artículo 884 una excepción a la regla

A la misma temática responde la S. 20 de enero de 1967, ante un reconocimiento hecho en testamento cuya nulidad se solicita por falta de existencia de filiación biológica. El Tribunal Supremo considera que el reconecedor puede atacarlo por estar legitimado para ello, artículo 138 del C. c.: “dado el perjuicio material y moral que tal negocio jurídico puede causarle”, sin que rija por tanto el principio de los actos propios. En la otra vertiente, la influencia de actos no testamentarios en el testamento, ofrece interés la S. 5 de marzo de 1965; el testador deja un prelegado e instituye heredero a una hija natural. Al anularse con posterioridad la inscripción se plantea el problema de la nulidad de la institución. La sentencia opta por la negativa, basándose en la voluntad real del testador. Sobre un supuesto análogo, S. 14 de marzo de 1964.

(141) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 254. Peña Bernaldo de Quirós entiende por aplicación directa o analogía del artículo 1.071 que el coheredero “que paga el entero paga una deuda de la cual todos los coherederos todavía responden frente al acreedor”. El pago resulta en beneficio de todos y por lo tanto “la insolvencia del, entre ellos, primeramente obligado debe repercutirse entre todos”. Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, pág. 347.

(142) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 487.

(143) Sobre la cuestión, LACRUZ y SANCHO, pág. 594.

del 1.095? Depende de la interpretación que se da a este último precepto. Las obligaciones pecuniarias sólo producen interés cuando el deudor se constituye en mora (o en los otros casos del art. 1.100); es de suponer —ello se discute en la doctrina— que ocurre lo mismo en tema de legados, y en relación con los de cualquier clase (144).

Siendo igual el tratamiento legislativo del modo en las liberalidades *mortis causa* e *inter-vivos*, es de creer que también se aplican los artículos 619 y 622 a la institución o legados modales (145).

3. La lógica jurisprudencial

Principio axiomático para la jurisprudencia es que el testamento es la ley suprema. Sentencia 27 de enero de 1899.

Como el Derecho sucesorio toma como base los negocios testamentarios cabe aplicar por analogía a este “modelo de los actos de disposición *mortis causa*” normas ubicadas en la disciplina de los contratos.

En ciertos aspectos la situación del heredero respecto del objeto legado es semejante, dicen Lacruz y Sancho Rebullida, a la del depositario con relación a la cosa mueble depositada: parecen aplicables aquí los artículos 1.767 y 1.770. Las ventajas obtenidas por el heredero empleando el objeto legado sin dañarlo, sólo pueden reclamarse cuando se den los presupuestos de la acción de enriquecimiento.

En el tema de impensas y gastos del gravado en la cosa legada o por causa de ella, parece también aplicable, por *analogía juris*, el 1.779 del Código civil, complementado por los artículos 453 y siguientes. En suma, pues, todas las impensas resultantes de una ad-

(144) Ob. cit., pág. 560.

(145) Ob. cit., pág. 587. Las opiniones a este respecto son dispares. En todo caso la voluntad del testador es árbitro de esa actividad que el modo implica. S. 18 de diciembre de 1965. Por eso, la institución modal, en forma de carga real o mera obligación personal, ha de estar bien formulada. A la necesidad de evitar cláusulas modales con defectuosa redacción, se refiere la S. 18 de diciembre de 1953. Este tipo de cláusulas están generalizadas en la forma de obligaciones de “vivir juntos”, de “asistencia” y “alimentos”. Vid. S. 28 de mayo de 1969. Los términos “acompañe, cuide y asista”, denotan una cláusula modal. S. 18 de diciembre de 1953; “mantener a sus padres mientras vivan sanos o enfermos, siempre que trabajen y le ayuden en el negocio”. S. 9 de julio de 1971. A veces la institución resulta como una forma de resarcir el pago de alimentos prestados en vida sin *obligatio ex lege* ni contrato, cuya calificación resulta difícil. La S. 8 de enero de 1949 trata de fijar los límites entre los servicios exigibles y las obligaciones morales. De aquí que la diferencia entre legado y modo basada en que en el legado hay siempre *atribución* no es segura, aunque sin duda puede apoyar una presunción. Sobre los problemas que plantea la calificación en sede de alimentos, Vid. mi trabajo *Pactos en materia de alimentos*, en “ADC” (1971). El principio de *favor*, de que gozan estas prestaciones ha de tomarse en consideración a la hora de interpretar cláusulas oscuras o dudosas.

Acercas de la distinción entre manifestación tácita y presunta, Vid. J. PUIG BRUTAU, *La interpretación del testamento en la jurisprudencia*, en “A.A.M.N.” XIII (1962), 521. Sobre el criterio jurisprudencial en torno a las conjeturas como “deducciones y presunciones *ab homine*”, S. 10 de diciembre de 1969.

ministración regular que no tengan la consideración de los “gastos de entrega”, del artículo 886, serán de cuenta del legatario, y asimismo los daños que ocasionen la cosa legada sin culpa del poseedor. Un caso de posesión de mala fe por resistencia a entregar el legado viene contemplado en la Sentencia 12 de mayo de 1967 (146).

Del mismo modo, la situación de deuda del heredero (ante la pretensión personal del legatario) en lo no previsto por las normas sucesorias del Código civil se rige por los preceptos de las obligaciones: el gravado debe indemnizar, caso de incumplimiento doloso o culposo, y puede incurrir en mora, Sentencia 29 diciembre de 1951, con las consecuencias de los artículos 1.096, 1.101, 1.106 y siguientes del Código civil, según la Sentencia 26 de junio de 1.907, incurre en el heredero desde que vence el término fijado por el testador.

En tema de capacidad para aceptar el legado, parecen asimismo aplicables las reglas de las donaciones. La Resolución 24 de mayo de 1930 admite que la “doctrina relativa a la aceptación y repudiación de legados, tanto por lo que respecta a la capacidad de las personas otorgantes como a la forma y efectos del acto jurídico, se apoya en el Derecho francés, italiano y español, más que en las normas que regulan las adquisiciones a título gratuito de naturaleza singular que en las directamente aplicables cuando se trata de la aceptación o repudiación de la herencia, entendida como conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte” (147). En consecuencia, en dicha resolución se declara inscribible la escritura de repudiación de un hijo menor no emancipado sin autorización judicial, así como la otorgada, en igual sentido, por una señora “en representación de una Conferencia de San Vicente de Paúl”, por estimar inaplicable a los legados el artículo 993 Código civil.

Como consecuencia de la aplicación del principio *nerminem laedere*, sobre el que se ha desarrollado la doctrina del abuso del derecho, los legados son ineficaces en cuanto afectan a la porción legítima. Los legados inoficiosos constituyen actos abusivos del causante, nulos en cuanto perjudican el derecho de los herederos forzosos (148).

Para averiguar el verdadero significado de las palabras empleadas por el causante en su disposición, son aplicables muchas de las normas de interpretación de los contratos, en particular, los artículos 1.281, 1.284, 1.283 y 1.289; preceptos estos propios “no ya de toda

(146) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 559.

(147) Las garantías y requisitos de capacidad—art. 992 del C. c.—para aceptar o repudiar herencias están justificadas, observa Díez Picazo, por ser éste un acto que compromete los bienes propios del menor o incapacitado, pero este fenómeno no se produce como consecuencia del legado, que es sólo una adquisición a título singular, Vid. L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV, pág. 337.

(148) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 162.

hemenéutica testamentaria, sino fundamentalmente de los legados y cargas, cuyo aspecto de liberalidad tanto los asemeja a las donaciones, al acentuarse en ellos la contraposición de partes (causante), sustituido por el sucesor universal y legatario” (149).

Precisamente, en tema de realización de la preferencia sobre bienes singulares, se pone de relieve la diferencia práctica: “el legado, y aún el de cosa específica y determinada, antes de ser hecho efectivo, se muestra dentro del caudal como una liberalidad condicionada a la preferencia de acreedores y legitimarios (artículos 1.027 y 1.093 L. E. C.). No es como una promesa de donación (el heredero no podría enajenar la cosa específica y determinada si no se produce el supuesto legal), pero tampoco equivale a una liberalidad incondicionada: su efectividad depende de la cuantía de las cargas preferentes (créditos, legítimas, arts. 820, 821, 822, 1.027 Código civil y Sentencia 6 de noviembre de 1934), y además el legado remuneratorio es preferido al de la cosa cierta y determinada (150).

4. *¿Desplazamiento de la base para la analogía?*

La determinación de los preceptos específicos y los aplicables por analogía es, por tanto, de interés palpante y actual (151). La Sentencia 17 de mayo de 1966 parece entender que las condiciones resolutorias se rigen exclusivamente por los artículos 1.113 y 1.124 Código civil: “mas con error, dicen Lacruz y Sancho, pues, de una parte, hay en los artículos 790 y siguientes preceptos aplicables a ellas; y, de otra parte, entre los que regulan las obligaciones condicionales sólo se podrán aplicar aquellos que sean compatibles con la especial idiosincrasia del negocio mortis causa, extremo que ya especificaba el Proyecto de 1851 en precepto que no fue recogido luego (152).

La aplicación a la materia de los principios generales sobre ineficacia, aparece explícitamente recogida por Sentencias 25 de febrero de 1966, 23 de marzo de 1968, refiriéndose a las particiones. Pero es preciso hacer constar que la partición es un negocio *inter vivos* y que la interpretación restrictiva de las reglas sobre invalidez viene

(149) Ob. cit., pág. 477. El testamento es acto o negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, sujeta a las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad. S. 8 de julio de 1940. Sobre la aplicabilidad de las reglas de interpretación de los contratos, Vid. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La interpretación del testamento en el Derecho común*, en RDP, abril (1973), pág. 293.

(150) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 165.

(151) Quizá haya de reflexionar suficientemente sobre la afirmación de Puig Brutau de que “las deducciones lógicas a base de la idea de contrato no puede resistir la presión de los intereses”, Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Contratos en general*, pág. 289.

(152) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 486.

impuesta por la tendencia a conservar en lo posible la partición ya hecha (153).

También ocurre a la inversa, la aplicación, por analogía, de criterios que rigen en materia sucesoria o incluso instituciones del Derecho de obligaciones o de Derechos reales. Así, el artículo 1.708 del Código civil se remite a las reglas de la partición de herencia (154.)

Por último, quisiera destacar otro aspecto de singular interés en la pauta que ha de seguir la civilística moderna y se usa ya en el libro de Lacruz y Sancho, al emplear en su elaboración el conjunto de los Derechos sucesorios hispanos. No se trata, por tanto, de un tratado sobre Derecho sucesorio recogido en el Código civil. Precisamente, por eso, al analizar cada uno de los problemas se advierte la variedad de las posibles soluciones, sin arrancarlas del marco institucional en que se insertan. Es esa una vía fértil para tender hacia un Derecho sucesorio adecuado a la propia idiosincrasia española (155).

(153) Ob. cit., pág. 258.

(154) También remite a éstos el artículo 406 del C. c. Lo que debe ser entendido, dice Albaladejo, con la salvedad de aquellos preceptos de la partición hereditaria incompatibles, por la razón que sea, con la naturaleza o regulación de la sociedad, Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, Derecho de obligaciones, Parte especial (Barcelona 1972), 246. En esta línea afirma Puig Brutau que constituye un buen método para progresar en el conocimiento jurídico, averiguar y precisar qué caso concreto está en el fondo de las proposiciones abstractas y generales. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, 2.^a ed., pág. 156. La Jurisprudencia registral aplica también por analogía a la enajenación de bienes gananciales de una sociedad disuelta, pero no liquidada el régimen jurídico correspondiente a la enajenación de los bienes de la herencia en estado de indivisión, Res. 17 abril de 1957. Vid. sobre la cuestión B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, III, pág. 145. En cambio, no cabe, a mi entender, la analogía, por lo que respecta a la cuota. La cuota del cónyuge es inalienable e inepta para provocar la liquidación anticipada, Vid. J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia* (Barcelona, 1966), 206, nota 1.

Recuerda recientemente Savatier que la muerte de un esposo disuelve su comunidad al mismo tiempo que abre la sucesión. Las dos indivisiones están tan estrechamente unidas que las partes interesadas son generalmente las mismas. Cfr. R. SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle en Droit français* (París, 1970), 145.

(155) Sobre los principios fundamentales del Derecho sucesorio en los Derechos forales, Vid. L. MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, *Los Derechos hispánicos*, comparados a través de la compilación de Derecho Civil de Aragón. Trabajo presentado como ponencia en las Jornadas de Derecho Foral de Jaca, 1971, págs. 67 ss. Principio básico a que responde la específica personalidad los Derechos forales, es que "el Derecho de sucesiones ha sido históricamente un Derecho de familia". Existen efectivamente, dice, unos principios fundamentales de los que hay que partir, para situarnos antes de llegar a la norma concreta de diferenciación entre Aragón o el Código Civil o Baleares...".

IX AUTOCRITICA DEPURADORA

Indudablemente, el camino está lleno de dificultades, lo que obliga a una continua reflexión, a una seriedad y solícita objetividad. Es, por otra parte, señal evidente de madurez intelectual y de solvencia científica, repensar una y otra vez las posturas, cotejarlas con otras también fundadas, analizar los pros y los contras que tiene cada punto de vista; en suma, una actitud dialogante y respetuosa con opiniones ajenas.

1. *En la doctrina*

Es constante en el Derecho de sucesiones de Lacruz-Sancho la exposición de otros puntos de vista acaso discrepantes, vg.: “la doctrina no comparte mi opinión”, al interpretar el artículo 751, respecto de la aplicabilidad de las normas sobre sucesión intestada (156); la rectificación de opiniones mantenidas en otro tiempo: “en mi opinión —distinta de la que mantuve en otro tiempo— la fijación del elenco de vicios de la voluntad y la declaración ha de hacerse prescindiendo del artículo 743, si bien ello no arguye la aplicación indiscriminada de los artículos 1.265 y siguientes al acto *mortis causa*, dada la distinta situación de intereses en uno y otro supuesto” (157); “a mí me parece —y rectifico ahora opinión anterior, aproximándola a la de los autores citados—” (Roca, Vallet de Goytisolo y Puig Brutau), en relación a la responsabilidad del fideicomisario de las deudas del fideicomitente (158), etcétera.

2. *En la jurisprudencia*

Esa autocrítica depuradora se extiende también a la jurisprudencia. Es expresiva de esta tendencia la corrección que hace de anteriores criterios o líneas jurisprudenciales como ocurre con la naturaleza del albacea. El concepto jurídico del cargo de albacea es, “como ya tiene reconocido esta Sala, entre otras sentencia 4 de julio de 1895 24 de febrero de 1905, 5 de julio de 1947, el de ser mandatario del testador”, mientras que la S. 18 de diciembre de 1958 hace un elenco de las posiciones defendidas por la doctrina (fideicomiso, fiducia, institución modal, teorías del órgano, de la tutela y del *officium*), otras fundadas en la idea de mandato (teorías del arbitraje, del mandato y del cuasi contrato y las que descansan en la idea de representación: representación de los legatarios, de los herederos, de la herencia, del testador). Desecha en esta sentencia la tesis de que el albacea sea mandatarario del testador ya que “no es rigurosamente exacto y

(156) Cfr. J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 451.

(157) Ob. cit., pág. 458.

(158) Ob. cit., pág. 636.

está hoy abandonada o muy atenuada por la doctrina científica y por la misma jurisprudencia de este Supremo Tribunal (159).

Lo mismo cabe decir de la vacilación de la jurisprudencia ante las reservas. Respecto de la lineal, la Sentencia 27 de febrero de 1971 rechaza ahora como "absurdos" criterios que había mantenido con anterioridad a la Sentencia 8 de octubre de 1930, en Sentencia 4 de enero de 1911; y repudia también la jurisprudencia, en relación con la reserva del artículo 968, como "superada" la asimilación de los derechos de reservista a los del usufructuario, Sentencia 17 de junio de 1971.

X. LOS PUNTOS CLAVES DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO SUCESORIO

Llegamos ahora al punto crucial de este trabajo, en que cobran unidad esas cuestiones básicas planteadas en el Derecho sucesorio español, que aún constituirán, a mi modo de ver, zona de atención preferente en los próximos años en cuanto que núcleo básico de los problemas concretos de la llamada Parte General (160).

Entiendo que estos puntos fundamentales del Derecho sucesorio se reducen a dos: a perfilar la formación y el contenido del título de heredero y a configurar el patrimonio hereditario con su específica función de garantía dentro de una jerarquía de fines.

Veamos ahora cada uno de estos extremos separadamente (161).

(159) Ciertamente, como indica Albaladejo, más interés que hacer un repaso de la jurisprudencia sobre lo que ha dicho en torno a la naturaleza del albaceazgo es ver por qué lo ha hecho. Vid. sobre la Cuestión, M. ALBALADEJO, *El albaceazgo en el Derecho español* (Madrid, 1969), 35.

(160) Es discutible desde el punto de vista sistemático la conveniencia de una Parte General del Derecho de sucesiones. Puig Brutau dedica un volumen de sus *Fundamentos de Derecho Civil* al "criterio de formar la parte general del Derecho de Sucesiones con todo lo relacionado con la cuestión de si el heredero se coloca en el lugar del causante o si en la adquisición de la herencia existe un proceso de liquidación patrimonial". Vid. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V, I, págs. 366, 390, etc. También LACRUZ y SANCHO recogen este criterio al colocar como subtítulo del primer volumen de *Derecho de sucesiones*, Parte General. En sentido contrario, Díez Picazo advierte del peligro de la inflación de partes generales y el riesgo de hacer cortes longitudinales en fenómenos que no son siempre unitarios y armónicos. Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, pág. 10.

De lo que no cabe dudar es del cambio de función que ha experimentado en la actualidad la Parte General, entendida históricamente como la base dogmática de todo el Derecho privado. Es tendencia moderna la de insertar los principios generales en la sede de las diferentes materias, y, en este sentido, parece aconsejable reunir las reglas que sirven de guía a la peculiar disciplina del fenómeno sucesorio.

(161) La voluntad del causante manifestada en testamento, constituye la ley de la sucesión al regular dentro de las normas legales el destino y la titularidad de los bienes de la herencia. Res. 13 de enero de 1965.

1. *La formación y contenido del título de heredero*

Conviene no confundir el título de heredero y el título de herencia. Como advirtiera Núñez Lagos, el heredero es antes que la herencia. Para construir el sistema sucesorio, en esta materia, afirma Núñez Lagos, hay que enlazar los preceptos siguiendo el hilo de su jerarquía, la lógica de su dinámica: “los hechos se desarrollan en la realidad jurídica de la siguiente forma: primero es el *hecho* de la muerte del causante. No encierra en sí todo el fenómeno sucesorio, pero no hay que quitarle su jerarquía, ni su procedencia. Después se produce, por ley o testamento, la *vocación hereditaria*, el llamamiento a los herederos, primer acto y primer ingrediente del título de heredero. El heredero es antes que la herencia. El título de heredero, bien latente o expectante, bien explícito y actual por la aceptación, es el que hace la herencia o título de herencia” (162).

Y naturalmente, no es la herencia quien engendra al heredero, aunque ese sea su contexto, su sede propia, ni el título de heredero algo que surge *uno icto*, de modo automático.

a) *Título de heredero y cualidad de heredero*

Pero, podemos preguntarnos, qué posición ocupa ese heredero” que es *antes* que la “herencia”. Sin duda alguna el heredero es, como advierten los profesores Lacruz y Sancho, “algo más que un adquirente”. En tal sentido, el título de heredero corresponde a una “cualidad” que permite “el subingresso en una posición compleja”.

b) *Equivocidad del término título*

Pero, a mi modo de ver, se entrecruzan con frecuencia diversas acepciones del término *título*. Entre las posibles quizá la más usual para calificar la titularidad hereditaria sea la que concuerda con la locución romana postclásica como de causa, razón o pretexto jurídico” que justifica la entrada y salida de bienes en el patrimonio. Cabe también otra acepción que se centra más bien en la persona. Según ella título que era nuestro Derecho histórico sinónimo de “honor y de nombre”, puede explicar actualmente el porqué de la “protección y amparo” (163): “Heredar y gozar de todos los demás efectos civiles” es algo inherente, en nuestra tradición jurídica, el honor; aunque responda a concepciones sociales distintas, es expresivo ese criterio tradicional: “honra con muy grande pro, viene a los hijos en ser legítimos. Ca han por ende las honras de sus padres (Partidas 4, 2, 1, 13)... e aun heredan a sus padres é a sus abuelos, é a los otros sus parientes,

(162) Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, *El Derecho sucesorio ante la tradición española*, pág. 409.

(163) Cfr. D.ORS, *Titulus*, en “AHDE” (1953), 495. Justiniano exigió que la legítima se asignase a título de herencia por razón de honor del título. Novela CXV. 5.

así como dize en el *título de las erencias*: lo que no pueden facer los otros que non son legítimos”. En el reconocimiento por testamento, vg., “el Rey sabiendo que aquel que fizo el testamento non avia otros fijos legítimos, develo otorgar. E dende adelante eredan los bienes del padre é aurán honra de fijos legítimos” (Partida 4.^a, 6-15). Nuestro Derecho histórico establece así un estatuto de concurrencia en la sucesión del patrimonio, que es etimológicamente, “lo que se hereda de los padres”.

a) *Vertiente personal*

De ahí que la cualidad de heredero no se reduzca a una única vertiente patrimonial y que la concepción patrimonialista del fenómeno hereditario desdibuje los verdaderos perfiles del título de heredero (164). En ese sentido entiendo que el de heredero difiere de un título de adquisición; puede, incluso, no ser un adquirente de bienes sin dejar por eso de ser título hereditario, así como sus atribuciones no quedan enervadas ni pierden eficacia cuando no exista acervo de bienes materiales. Como también la personalidad del causante y su patrimonio, material y espiritual, el que posea a su fallecimiento, son “conceptos y entidades bien separados”. La Sentencia 22 de mayo de 1950 afirma que la “cualidad subjetiva de heredero forzoso tiene su raíz y trae su origen de la persona y no de la entidad patrimonial. El problema debatido en dicha sentencia es si la legítima pierde su eficacia cuando no existan bienes sobre los que pueda hacerse efectiva.

La cualidad de heredero, pone de relieve Peña, tiene una doble vertiente: extrapatrimonial (interponer acciones de filiación, las relativas al Registro civil, defensa de apellidos, derecho moral del autor, etcétera) y patrimonial. En esta vertiente el heredero sucede en la titularidad del patrimonio y deviene deudor en tanto en cuanto es el nuevo titular del patrimonio a que las deudas afectan. Como titular de ese patrimonio le son exigibles ciertas responsabilidades y deberes morales inherentes, y debe, por eso, ajustarse en la gestión del patrimonio a un régimen impuesto en garantía de acreedores y legatarios. Y así, incluso la responsabilidad, se fundamenta en un deber moral exigible.

Del mismo modo Lacruz y Sancho destacan la esfera personal del título de heredero a quien compete una misión de tutela sobre “los derechos de la personalidad pretérita”. Es, en tal sentido, dicen,

(164) “La gran complejidad de los fenómenos jurídicos, advierte Díez-Picazo, que se producen cuando, a la muerte de una persona, es preciso decidir la suerte y el destino de las relaciones jurídicas de que esta persona era parte o titular, que no se agota en un puro hecho adquisitivo de propiedad o de derechos reales, ha obligado a la doctrina moderna a un unánime abandono de la idea de la sucesión como modo de adquirir y a la búsqueda de nuevas soluciones. Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho de sucesiones* (Madrid, 1967), 3.

un “curador de la memoria del causante”, y esa esfera personal es tan característica que el heredero es heredero con misión aunque no existan bienes en la herencia (165).

Así se explica también la existencia y función de los tipos de titularidad plural, la cotitularidad de herederos en cuanto tales y la de los diversos partícipes por cuotas en el caudal relicto no destinado especialmente. En ambos casos se trata de titularidades distintas, aún cuando confluyan en las mismas personas (166).

(165) Cabe calificar como “sucesión moral”, diferente por su fin a la sucesión en el patrimonio, la que tiene en cuenta de modo específico la tutela de esos derechos de la personalidad pretérita. El testador puede designar con libertad la persona que después de su muerte ejercerá esos derechos de la personalidad porque le inspira más confianza, bien a herederos “reservatarios” de la “herencia moral” bien a un tercero; así, por ejemplo, la prioridad del derecho de divulgación de una obra póstuma, la conservación de cartas íntimas expresivo de la tutela del derecho a la intimidad, etc. Vid. Sobre la cuestión, P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, Aspects Théoriques et pratiques*, pág. 448. Se explica así que para poner de relieve la importancia de esa condición se haya calificado la que corresponde al heredero como “estado civil”, en una acepción extensiva. Cfr. F. DE CASTRO, *Compendio*, página 169.

El testamento no obstaculiza el efectivo cumplimiento de deberes morales; si arrancan desde la generación, caso de nacimiento de un hijo natural antes del fallecimiento del testador y reconocido por sentencia firme posterior a su testamento y fallecimiento determinan la peticición, S. 1 de julio de 1969. Uno de los considerandos de la S. 27 de diciembre de 1935 afirma que la tradición jurídica patria dio carta de naturaleza a la fórmula restrictiva —art. 808— del *jus disponendi mortis causa*, contra testadores “olvidadizos de sus deberes familiares”. A esa tutela de deberes familiares proveen también las normas de indignidad, hasta el extremo de que el mismo principio de inviolabilidad de la legítima no puede prevalecer, por ser inconciliable con la sucesión, cuando el heredero se encuentra incurso en “tan graves motivos” como el de no prestar a su hijo los cuidados debidos. S. 28 de febrero de 1947, criterio éste reiterado en S. 3 de diciembre de 1946, etcétera.

En la práctica este tipo de disposiciones de contenido no patrimonial se arbitran mediante las que denomina el profesor Jordano Barea declaraciones anómalas testamentarias atípicas, no previstas por la ley, y sobre las que existe un *numerus apertus*. Como ejemplo de ellas aduce las disposiciones sobre la suerte de la correspondencia, epistolarios y memorias del difunto; sobre el derecho de autor; sobre la publicación, reproducción y puesta en comercio del retrato del *de cujus*...

Ese *numerus apertus* permite, a mi juicio, garantizar la continuidad *post mortem* de auténticos derechos de la personalidad, Vid. J. JORDANO BAREA, *Teoría general del testamento*, pág. 438.

(166) En la reforma francesa sobre la ley de filiación, siguiendo la orientación general de lograr la igualdad jurídica dentro de un estatuto no discriminatorio, se instaura un sistema transaccional caso de concurrencia en la sucesión de hijos legítimos y adulterinos. Para solventar el conflicto de intereses entre los diversos herederos se introduce, como ya se dijo, una institución originariamente inglesa el *trustee* que confiere a un tercero el poder exclusivo e irrevocable de representar el beneficiado en las operaciones particionales. Vid. G. GORNU, *La naissance et la grâce*, página 172. Con ello se pone de relieve tanto la diferente concepción de la herencia como las dificultades específicas del Derecho sucesorio francés, de cuño patrimonialista, para configurar la cotitularidad de herederos. Pero

El término titularidad, advierte el profesor De Castro, ofrece la ventaja de mostrar la íntima relación entre el porqué del poder (título) y este mismo (167).

En definitiva, por título puede entenderse:

1. Una cualidad con trascendencia extrapatrimonial. Este es el significado más apto para advertir el alcance de aquella expresión "continuadores de la personalidad" atribuida a los herederos. Un significado metafórico que recoge el sentido popular con siglos de antigüedad.

2. Por título se entiende también la causa, el acto justificativo de una adquisición o de una retención. En ese eslabonamiento causal título de herencia presupone una serie de momentos, un proceso. Un antes y un después. El momento terminal de ese proceso de formación de la titularidad hereditaria en la vertiente patrimonial culmina con la aceptación. El carácter retroactivo de ésta es claro indicio de ese proceso que permite enlazar la titularidad de la relación hereditaria con el momento en que se inicia su formación, esto es, con el hecho de la muerte, con la apertura de la herencia: es entonces cuando el patrimonio del causante deviene herencia (168).

3. En sentido técnico, titular es el sujeto de derechos. Titular y sujeto de derechos pueden estar temporalmente disociados, lo que imprime a la titularidad una peculiar *tensión* hacia la concreción en derechos individualizados. La titularidad fiduciaria, de tanta importancia en el Derecho sucesorio, es portadora, como instrumento técnico, de esa tendencia de la titularidad hacia la consolidación en el sujeto receptor.

b') *Vertiente patrimonial: titular y adquirente*

Veremos ahora sus manifestaciones concretas en tema de comunidad hereditaria. Pero cabe ya anunciar, desde ahora, una conclusión importante: nada obsta a que ante una misma sucesión hereditaria —en su vertiente patrimonial— pueda uno cualquiera de los herederos adoptar simultáneamente la posición de titular y de *tercero*. Es esta, por otra parte, una disociación indispensable para conciliar la cabe añadir, haciendo uso de la observación de Nussbaum, que "la valiosa sencillez del Derecho Civil continental, en este caso el francés, quedará muy disminuida con la adopción del concepto de *trust*. Una nación puede tomar prestado un concepto jurídico extranjero, pero no puede hacer lo mismo con una tradición de siglos. Cfr. *Sociological and comparative aspects of the Trust*, en "Columbia Law Review" (1938), 420.

(167) Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Parte General, I (Madrid, 1955), 630, y *Compendio de Derecho Civil*, pág. 126. Define la titularidad como "la cualidad jurídica de una persona, que deriva del estar en una concreta relación jurídica y que determina (según título) la correspondiente atribución y facultades. Puede señalarse como una de las formas de titularidad la de la relación hereditaria creada por la aceptación, la titularidad hereditaria.

(168) Por tratarse de un proceso unitario, vg., no es necesaria la inscripción previa a nombre de la mujer de su mitad de gananciales para poder inscribir la adjudicación a los herederos. Res. 3 y 6 de junio de 1863.

regla según la que el heredero hace suyas las obligaciones del causante con la idea de que el patrimonio del *decurjus* permanece unificado como centro de referencia, como garantía genérica de dichas obligaciones. La calificación jurídica, más coherente con la finalidad que pretende la comunidad hereditaria es, entiendo, la que parte de la idea de titularidad, empleando el término en su correcto sentido. Como advierte Díez Picazo en el caso de la herencia indivisa no hay una copropiedad sobre los distintos derechos, sino una cotitularidad patrimonial (169). A cada heredero corresponde una titularidad global.

c) *Titularidad plural*

Se explica así que con el término “personalidad” —continuadores de la personalidad— se quisiera significar la titularidad, dual o plural, al no estar bien delimitados ambos conceptos. El fenómeno es general en el Derecho civil y en esa medida perturbadoras las consecuencias que de tal sinonimia se siguen. Entre otras, de esa confusión se deriva, en sede de régimen matrimonial, la mal entendida regla general de prohibición de los cónyuges de contratar entre sí, que se basaba en la búsqueda ingenua de una única titularidad, la del marido, sobre el patrimonio común, como expediente unificador tanto del régimen de bienes como de lo *regido*, actos y relaciones entre las masas patrimoniales.

La Sentencia 19 de diciembre de 1932 alude a dicha identificación, a la que se adhiere, aceptando la “incapacidad que en general existe entre los cónyuges para crear relaciones contractuales por constituir una sola personalidad”. En fecha más reciente la Resolución 16 de marzo de 1959 afirma, por el contrario, que no existe en nuestra legislación un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos, ya que lo establecido en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código civil, entre otros, contemplan “situaciones especiales” (170). Hay que distinguir, por consiguiente, la *personalidad* de los cónyuges, que es independiente, distinta y autónoma (bienes de la personalidad), de la *capacidad especial* para otorgar determinados contratos, y de la *titularidad* del patrimonio común, que es, dice De Castro, un “típico patrimonio colectivo” (170 bis).

Sujeto se emplea por metonimia como titular, pero si bien sujeto de un derecho es un titular, no todo titular, dice De Castro, es un sujeto de derecho; por ejemplo, no lo es el titular de una masa de

(169) Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV, Derecho de sucesiones, pág. 523.

(170) Sobre la cuestión, Vid. M. DE LA CÁMARA, *Capacidad patrimonial de la mujer casada*, en “Estudios en honor del profesor Castán”, VI (Pamplona, 1969), 111.

(170 bis) Cfr. F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, pág. 65. En S. 17 de abril de 1967 se califica de “patrimonio especial”, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente marido y mujer.

bienes (patrimonio) (171). Esta distinción me parece fecunda para delimitar por ejemplo la respectiva posición jurídica del cedente de la herencia y del cesionario. El cedente sólo es titular del la herencia entendida la titularidad como "cualidad personal", y el cesionario es sujeto de un derecho, el derecho a pedir la división; en orden al interés que le reporta ya desde ahora esa posición puede intervenir en la partición, etcétera. La partición hereditaria es, entonces, el acto por el que aquella titularidad de la relación hereditaria se dispersa en sujetos de derechos exclusivos sobre los bienes concretos y determinados que se adjudiquen (172). He aquí el doble proceso de concentración o formación de la titularidad del patrimonio hereditario, y de *dispersión* en sujetos de derechos sobre bienes concretos.

En último término origen de confusiones es siempre el mismo, entender que el concepto de título evoca, por ese empleo casi exclusivo (173) la noción de contrato, su sinonimia con el título de adquisición de la propiedad; me parece importante distinguir entre el título, entendido como "el porqué de una *cualidad*" y el título como "causa inmediata de una *atribución* o de una *retención*". Las consecuencias prácticas que de dicha distinción se derivan aclaran aspectos confusos en orden a la interposición de acciones y, sobre todo, al alcance de los pactos.

d) *El tema de las acciones*

No es suficiente el título acreditativo de la "cualidad de heredero o de comunero" para ejercitar una acción reivindicatoria en beneficio propio, y sí lo es, en cambio, para interponer la acción declarativa de la cualidad de heredero y la acción de petición de herencia.

Es reiterado el criterio jurisprudencial que declara improcedente

(171) Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho Civil* (Madrid, 1970), 126.

(172) Por eso entiendo con De la Cámara que la división o partición no determina una adquisición, ya que el derecho del copartícipe está por hipótesis en su patrimonio con anterioridad a que aquella se otorgue; pero disiento de su fundamentación. Para este autor la partición, ordinaria, es acto de disposición que se dirige a operar la "modificación de un derecho subjetivo". A mi modo de ver, tiende a expansionar, o si se quiere, "modificar" una titularidad, aquella que permitía, ya antes de la división, conexionar esos "derechos" con el patrimonio del adjudicatario. Vid. las implicaciones en torno a la capacidad de la mujer casada que se siguen de configurar la partición en su sentido tradicional y el que defiende este autor. M. DE LA CÁMARA, *Capacidad patrimonial de la mujer casada*, en Estudios en honor del profesor Castán, VI, pág. 147.

(173) A ese concepto genérico de título alude la S. 3 de febrero de 1928: "se entiende por título en Derecho civil, tanto la causa en cuya virtud es poseída o se adquiere alguna cosa, como el instrumento con que se acredita el derecho que sobre la misma cosa pertenece a quien la ostenta y para lograr la efectividad ejercita la acción, ya que ésta nace del derecho en la cosa y ordinariamente de las mismas fuentes que las obligaciones y es consecuencia de los modos de adquirir la propiedad". J. C. 182, págs. 146 a 160.

por sí solo el título universal de herencia para reivindicar fincas determinadas, Sentencias 13 de marzo de 1954, 21 de febrero de 1941. Ni los testamentos ni las declaraciones judiciales bastan para reivindicar “porque no constituyen título de dominio”. Procede únicamente pedir por acción declarativa, Sentencia 6 de junio de 1960, que se declare que forman parte de la herencia determinadas fincas por quién haya sido reconocido como heredero universal. De suyo el título de heredero no atribuye a quien lo ostenta el *título de propiedad*, Sentencia 28 de enero de 1970; no es *causa* de la concreta atribución. Pero esto no es óbice, por su incidencia en la esfera patrimonial, al deber de defender su propio patrimonio así como las legítimas expectativas. En consecuencia, quien se arroga la *cualidad* de heredero de una persona puede ejercitar no sólo las acciones *singulares* que correspondían al causante en vida, sino que también puede ejercitar aquellas que, sin corresponder a dicho causante, derivan del título sucesorio; estas acciones pueden ser a su vez de dos clases: *universales*, que protegen el derecho hereditario en su consideración unitaria —*actio petitio hereditatis*, interdicto de adquirir, etcétera— y, *particulares*, aquellas que el heredero tiene a su favor, en defensa de sus concretas facultades, dentro de la relación hereditaria, entre las que figuran las acciones de protección de la legítima —*ad supplementum, querella inofficiosi testamenti*, reducción de donaciones inoficiosas o el derecho de hacer cesar la comunidad hereditaria— *actio familiae erciscundae*, Sentencia 23 de diciembre de 1971.

En ningún caso la titularidad hereditaria es, como puede advertirse, un marco vacío, sin operatividad propia.

De otra parte, el título hereditario en orden a la atribución de un derecho sobre cosas concretas, tiene un ámbito distinto y son también diferentes su régimen jurídico y su protección efectiva. Así, para reivindicar no basta, como título, la partición, a pesar del artículo 1.068, sino la continuidad en el eslabón causal de la titularidad dominical del causante, Sentencia 6 de julio de 1920. La Sentencia 24 de diciembre de 1928 parece llegar a una solución contraria, pero no es así de tenerse en cuenta los elementos intervinientes; el título hereditario y la partición parecen ser suficientes de analizar superficialmente sus considerandos. El título hereditario “da derecho” —dice— a la parte ideal correspondiente a la herencia y la partición que es “título legítimo y concreto” a los bienes adjudicados. Pero, en el supuesto debatido, el eslabonamiento causal está probado en dicha partición dada la intervención del causante en la transmisión anterior (174).

(174) “La sentencia recurrida no se funda sólo en el título hereditario que da derecho, después de todo, a la parte ideal correspondiente a la herencia, sino en la partición que, si por regla general, es un título legítimo y concreto, en el presente caso es de más fuerza, porque sea cualquiera la forma en que se hiciera la adjudicación por contrato, como en él intervino el padre.

c) *Expectativas reales de adquisición: titulares futuros*

La diferencia entre la *titularidad* hereditaria y la condición de sujeto de derechos sobre bienes hereditarios tiene importancia práctica en orden a la intervención de los terceros en la esfera patrimonial. A este tema se refiere la Resolución 3 de agosto de 1944, que recoge las consecuencias prácticas de la renuncia abdicativa y traslativa: la renuncia abdicativa pone de manifiesto es un acto de carácter absoluto, eminentemente voluntario y unilateral, no sujeta en ningún caso a condición, plazo ni pacto (artículos 988 y 990 del Código civil), mientras que el párrafo tercero del artículo 1.000, en su final, niega a la renuncia no traslativa el carácter de aceptación de herencia y a los renunciantes el de heredero. El caso de que se ocupó esta resolución es el de la renuncia de la viuda del causante al usufructo sobre todos los bienes de la herencia que dispuso a su favor en el testamento su esposo; la viuda después de la renuncia adjudica por escritura los bienes a los herederos. El Registrador se negó a practicar la inscripción.

A esa diferencia obedece también que el cadente no pierda la cualidad —titularidad de heredero— por más que el cesionario resulte *sujeto* de un derecho con contenido patrimonial o, mejor, de una expectativa real de adquisición, el derecho a pedir la división, Sentencia 21 de marzo de 1968, y cuente con la protección registral y extrarregistral, de las expectativas de naturaleza eventual que no se traducen en derechos definidos y ciertos hasta el cumplimiento de condiciones, Resolución 14 de diciembre 1960 (175).

Es entonces fácil analizar la tan debatida cuestión acerca del carácter del legitimario. Se explica que los *derechos* en los bienes de la herencia que corresponden a los legitimarios no deriven necesariamente de la voluntad del testador, sino de la norma legal en que se les otorga, y que el testador no tiene, respecto de aquellos derechos, la posibilidad de desconocerlos, ni siquiera de disminuirlos. Respecto de estos derechos los demás herederos son *terceros*.

En tal caso, esto es, desde el punto de vista del título de atribución pueden no ser los legitimarios herederos “continuadores de la personalidad jurídica del *de cuius*”; su posición jurídica se asimila entonces, Sentencia 12 de abril de 1944, a los *terceros interesados en la impugnación*. Distinción, conforme indica uno de los considerandos de dicha sentencia, “razonable a los ojos del Derecho y aún de los de la equidad”, que los legitima para el ejercicio de la acción impugnatoria. El principio de intangibilidad de la legítima

de la recurrente, es obligatorio para el mismo y sus sucesores”. Vid. el jugoso comentario a esta sentencia de J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, I, pág. 195.

(175) Acerca de los “privilegios” que conserva el titular hereditario frente al cesionario y los problemas a que da lugar, Vid. E. MENÉNDEZ VALDÉS-GOLPE, *Cesiones de Derecho hereditario*, en RDN, 53 (1967), 1222. En este trabajo plantea la cuestión, ¿a cambio de un precio qué ha adquirido el cesionario?

cumple, a mi modo de ver, una función paralela a la del principio de relatividad del contrato.

Ahora bien, desde el punto de vista de la “cualidad personal” qué duda cabe de que el legitimario mantiene un *vínculo* que, como declara en uno de los considerandos la referida sentencia, “a los demás efectos” liga a estos con el causante de la sucesión. ¿Cuáles son, podemos preguntarnos, “esos *demás efectos*”?

A mi entender sería inícuo desvincular, por simples disquisiciones dogmáticas al legitimario respecto de la esfera personal del causante. A los herederos corresponde efectuar y dar cumplimiento a deberes personales del causante, Resolución 21 de agosto de 1887, y en todas las obligaciones de esta clase, ¿está exento de esa *responsabilidad* el legitimario que no haya sido designado heredero?

Creo que en este punto pesa sobre el legitimario nombrado heredero una doble condición; respecto de la persona del causante surte los efectos de la *cualidad personal*, y está en la vertiente patrimonial *viculado* a respetar la voluntad del causante “en el marco de su institución” (S. 12 de abril de 1944) mientras que, el no instituido, en orden a la susceptibilidad de ser sujeto de derechos patrimoniales, su interés jurídico se compendia en la reserva de bienes acotada por la ley; es ese su *interés jurídico tutelable*, cuya protección legal tiende precisamente a asegurar la correspondencia respecto del plano personal del causante (garantizar el cumplimiento de deberes morales por causantes acaso “olvidadizos”). Por eso al sucesor legitimario puede atribuírsele la legítima a título particular. Y aún el título de institución de heredero no implica necesariamente el pago de las deudas que es *anterior* a la herencia. En cambio, por razón de la “reserva en bienes” es cotitular de una cuota del patrimonio —una parcela de valor— o cotitular de los bienes de la herencia o de una suma de percepción asegurada.

De nuevo es fuente de equívocos esa equivalencia legal que puede formularse así: “herencia es a legado lo que sucesión a título universal es a la sucesión a título singular”.

El heredero no legitimario es, si concurre con estos, como un propietario sin pleno poder de disposición respecto de los bienes reservados. En tal sentido los legitimarios son *terceros*, tanto respecto del testador como de los herederos, ya que el verdadero disponente —título adquisitivo— de quien deriva su derecho, es la ley. La legítima, dice en uno de sus considerando la Sentencia 24 de junio de 1972, es el derecho sobre una porción de bienes de propiedad individual, cuya disposición se niega al propietario y se concede a la ley.

Al unirse a la *cualidad legal* de legitimarios el nombramiento de heredero subingresa en la posición jurídica del causante y es continuador de éste en la titularidad patrimonial incluso en la esfera *no especialmente reservada*. Su poder de disposición en orden a los bienes se basa, por tanto, en doble fuente, por lo que no es aplicable la doctrina de los actos propios sólo en aquello que perjudica la legítima; al es-

tarle reservado ese ámbito de poder figura *in actu* en su patrimonio personal como un bien —porción de bienes— aunque no haya sido concretado. Así, a mi modo de ver, ha de entenderse el término legal “porción de bienes” sean o no del caudal relicto. Esa “cualidad subjetiva de heredero forzoso” —Sentencia 22 de mayo de 1950— tiene su raíz y trae su origen de la persona y no de la entidad patrimonial”. Su derecho a los bienes (sustancia) o al valor (capital) podrá o no satisfacerse *in actu* —según existan o no al deferirse la herencia —pero persiste en *potencia* —*ese derecho a bienes*— mientras ostente aquella cualidad legal (*in actu*). No se trata, por tanto, de una simple cualidad honorífica, como tampoco en el caso del cónyuge viudo no designado heredero por el testador.

En suma, aunque a la condición de legitimario no sea inherente la posición de heredero, le son atribuidos las consecuencias de la titularidad hereditaria en la vertiente extrapatrimonial. Así se explica el porqué de aquella parificación entre *heredero* y *adquirente* a título universal que conducía a la contradictoria expresión didáctica de que “los legitimarios son unos herederos forzosos que no es forzoso que sean herederos”. A esa misma dificultad dogmática se debe la concepción, ya superada, del patrimonio como fraccionado en sectores comunicables. (175 bis).

2. *El doble proceso de concentración y dispersión*

La expresión continuidad en la titularidad del causante no es unívoca ni acaso exacta:

a) *La fase de concentración*

Sólo continúa, sin identificarse con ella, en la vocación, título de heredero pero no de herencia: *viventis nulla est haereditas*. La dación es el primer núcleo de la titularidad de heredero que presupone la apertura y cuyo contenido es el *ius adeundi*. La adquisición permite consolidar la titularidad y conexas con el patrimonio hereditario. La partición convierte al titular del patrimonio hereditario en sujeto de derechos. En ese sentido la partición es complemento del testamento, acto determinativo de derechos.

En la efectiva composición del patrimonio hereditario tiene lugar una concurrencia de titularidades —fase de concentración— no homogéneas, activas y pasivas, con funciones también diversas, de garantía, solutorias, etc. (176). No es extraño que se confundan actos solutorios —actos dispositivos— con otros típicamente particionales.

(175 bis) La legítima puede satisfacerse por título de donación o mediante legados y el legitimario no puede reclamar la posición de heredero, Cfr. J. L. LACRUZ y F. A. SANCHO, ob. cit., II, págs. 21 ss.

(176) Con relación a la reserva ordinaria, “desconocida en la generalidad de los Códigos europeos”, de honda raigambre en el Derecho patrio”, la jurisprudencia reciente destaca las dos fases de su desenvolvimiento, una primera fase de “inseguridad”, mientras viven reservistas y reservatarios, y otra segunda de “perfección o efectividad”, que se abre a la muerte del reservista

b) *La fase de dispersión*

Desde el punto de vista de la titularidad se observa, por tanto, un verdadero proceso de formación de la titularidad hereditaria y su tendencia hacia la concreción del sujeto. Esa tendencia o tensión del titular a convertirse en sujeto es lo que otorga un carácter provisional a la comunidad hereditaria, que se ha llegado a parificar, a mi juicio equivocadamente, con una forma especial de copropiedad. En último término, es un proceso de dispersión que convierte los "derechos abstractos" en "derechos concretos" (177).

Como vemos, el fenómeno hereditario lleva consigo un doble proceso de *concentración* (bienes y titularidades) y de *dispersión* (sujetos y derechos concretos). La titularidad dual o plural, pero unitaria sobre el patrimonio se dispersa con la división en titularidades adscritas a los correspondientes sujetos de derechos. En la vertiente patrimonial lá primera fase, con la apertura de la herencia, se ordena a la concentración, que significa la destinación o afección del caudal relicto a su fin de garantía; garantía respecto de los acreedores y de las expectativas sucesorias (178).

La segunda fase engloba la composición del patrimonio después de la etapa solutoria de las titularidades pasivas, y, por último, tiene lugar el momento final de dispersión que permite formas concretas de mancomunidad o individualización de derechos.

3. *La configuración del patrimonio hereditario*

No sin fundamento advertía Núñez Lagos que "una preocupación definitoria de Cátedra pretende encontrar el concepto de herencia en el artículo 659 "cuando este artículo no dice lo que la herencia es, sino lo que la herencia *comprende*", y un tributo, afirma, "a la moda científica del siglo XIX, que venera lo objetivo" (acto de comercio

cuando sobrevivan los reservatarios. Estos tienen en la fase de inseguridad una mera "expectativa asegurada", una predeterminación sucesoria. S. 17 de junio de 1967.

(177) Se explica así que con un *título único*, la herencia del causante, único transmisor, pueda haber dos adquisiciones, como ocurre en la reserva del 811 del C. c.; según la jurisprudencia el ascendiente reservista adquiere del causante y luego del descendiente: dos masas hereditarias y un único transmisor. S. 27 de febrero de 1971. Los reservatarios suceden al causante de la reserva y no al reservista. De aquí que los reservatarios puedan renunciar a la herencia del reservista y conservar, sin embargo, sus derechos a la reserva.

(178) La voluntad del causante, manifestada en el testamento, constituye la ley de la sucesión al regular dentro de las normas legales el destino y la titularidad de los bienes de la herencia, lo que origina, dice en uno de los considerandos la Res. 13 de enero de 1965, en supuestos en que se disocia el usufructo y la nuda propiedad y atribuye esta última no sólo a personas ya nacidas, sino a *nondum concepti*, una indeterminación sucesoria a veces simplemente cuantitativa en la titularidad hasta tanto llegue la fecha de la exacta determinación de sus derechos; todo ello puede traducirse mientras tanto en situaciones en las que se pone de manifiesto la contraposición de intereses entre lo ordenado por el testador y la realidad actual en orden a la conservación del patrimonio.

objetivo, criterio objetivo de la herencia, interpretación objetiva de los contratos, la declaración antes que la voluntad, *Interessen dogma* y no *Willens theorie*; entusiasmo materialista por las ciencias físicas y biológicas; la naturaleza antes que el hombre; el objeto antes que el sujeto), han deformado el Derecho sucesorio" (179).

El llamado criterio objetivo, dice este autor, responde a un concepto erróneo del patrimonio del causante.

La recta inteligencia de lo que deba entenderse por patrimonio hereditario se denota, por tanto, como fundamental para la concepción última del fenómeno sucesorio. Se trata ahora, a mi juicio, de analizar debidamente cómo se enlaza la voluntad con los elementos objetivos, la particular exigencia del patrimonio a un comportamiento en orden a su destino con relevancia económica y social (180).

La tesis de la *universitas iuris*, "gravísimo error dogmático", dice Núñez Lagos, era una frase "sin realidad histórica ni legal" (181). Como otras concepciones de la herencia pretende dar razón de un aspecto importante, el momento y el modo en que se produce la unificación del patrimonio ligando activo con pasivo.

De entender el patrimonio en su contextura clásica, patrimonio y personalidad están formalmente tan unidos que sustancialmente se confunden. Se trata de una visión tan "realista" del patrimonio que se le escapan los matices. El patrimonio, indivisible e intransmisible por actos *inter vivos*, se identifica con la capacidad patrimonial (182).

De ahí que la crítica de esta postura hiciera hincapié en la necesidad de distinguir el *ser* con el *haber*, la persona que *es* con el patrimonio que *tiene* (Ferrara). El patrimonio no es una masa unificada, abstracta, estática, indivisible.

Ese punto de vista pugna, como pone de relieve Peña Bernaldo de Quirós, con la idea tradicional de la "persistencia" del patrimonio hereditario. En virtud de dicha persistencia las deudas del causante siguen conectadas, a su juicio, en el patrimonio hereditario "a través de todas las vicisitudes de la titularidad".

A consecuencia de la sucesión, las deudas no cambian, dice, de patrimonio: es el patrimonio el que cambia de titular, con lo que se

(179) Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, ob. cit., pág. 404.

(180) Se formulan ahora nuevos interrogantes: ¿Cómo se compone la autonomía de la voluntad con los elementos objetivos?, ¿en qué medida la voluntad encuentra en sí misma su fuerza y eficacia, la posibilidad de modificar el núcleo patrimonial?, ¿cómo se combinan en concreto las tendencias subjetiva y objetiva? En último término, el análisis de la interacción de los factores subjetivos y objetivo en el mecanismo del acto jurídico, sus constantes y sus resultados. Vid. sobre la cuestión J. HAUSER, *Objetivismo et subjetivisme dans l'acte juridique* (París, 1971).

(181) Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, ob. cit., pág. 400.

(182) Esta teoría, dice De Castro, pone el acento en el aspecto subjetivo del patrimonio, en el patrimonio personal, en los bienes que están al servicio del titular del patrimonio. Lo que es acertado. Pero, entre otras cosas, olvida la existencia de masas patrimoniales (por ejemplo, herencia aceptada a beneficio de inventario, que existen independizadas de las personas, Vid. F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil* (Madrid, 1972), 37.

producen resultados más justos, “sobre todo para los acreedores del causante”.

Abundando en esta construcción “más realista” porque tiene en cuenta los matices que la concepción clásica ignora, datos históricos, perfiles concretos de justicia, criterios legales, como las normas imperativas, artículos 1.911, 1.921, 1.925, etc., Lacruz y Sancho adoptan un enfoque que reclama fijar la estructura y contenido del patrimonio hereditario en nuestro Derecho.

La idea básica es, sin duda, la de “coherencia y adscripción de bienes de la herencia a efectos de la responsabilidad. Es esa adscripción de los bienes a la responsabilidad la que hace que, mientras ésta persista el patrimonio conserva su cohesión”. Y es esa cohesión la que permite configurar dicho patrimonio como “masa patrimonial autónoma” sometida a un régimen especial (183). La herencia no es, dicen estos autores, una cosa universal, y menos la parte no destinada a título sigular; evidentemente los copartícipes no tienen un derecho sobre el patrimonio concebido como un objeto único; al contrario, cada cosa o derecho les pertenece directamente, pero de tal modo que la titularidad de cada uno, si bien recompone en unión de los demás, la totalidad del derecho originario, no tiene la misma determinación que la del copropietario de un objeto particular, definiéndose en función de la que compete a los restantes consortes, habida cuenta de la interdependencia que media entre todos los objetos pertenecientes al caudal.

A mi modo de ver, las deudas siguen conectadas con el patrimonio en cuanto que fondo de garantía, concretadas en bienes, y adheridas a la cotitularidad global que corresponde a cada heredero (184).

Es esa la mecánica interna y el dinamismo peculiar a la llamada comunidad hereditaria”. En último término, se trata de configurar jurídicamente una realidad compleja: una pluralidad de herederos, una masa patrimonial autónoma y la afectación de los bienes a las responsabilidades preexistentes —“deudas”— o surgidas después de la muerte del titular —“cargas”—.

La tesis de la universalidad es residuo de una concepción francesa del patrimonio, acaudillada por Aubry y Rau. El patrimonio es en esa concepción el conjunto de los bienes de una persona considerados éstos como universalidad de derecho. Como consecuencia de la personalidad humana cada persona tiene un patrimonio, incluso si

(183) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, pág. 183.

(184) Así como el proceso de formación del título de heredero culmina con la aceptación, que cierra el proceso mediante la retroacción, en la vertiente patrimonial, una visión temporal permite observar un proceso análogo que tiende a la dispersión de esa cotitularidad patrimonial hacia su individual condición de sujeto. El mecanismo de la sucesión entraña así un doble proceso inverso de *concentración* primero y de *dispersión* después. En ambos casos la retroactividad lleva, desde el punto de vista económico, a hacer coincidir la titularidad (concentrada) con el sujeto de derecho concretado en cosas (dispersa).

carece de bienes; el patrimonio es, además, indivisible y nunca una persona podrá tener más que un patrimonio. Sólo en ciertos casos, por ficción, se desdobra el patrimonio de una persona: por ejemplo, en el caso de una sucesión aceptada a beneficio de inventario. Pero esto no es sino una ficción legal, temporal, de aplicación y alcance restringido. Lo que cabalmente quiere dar respuesta a esa interrogante que abre la práctica, ¿cómo compatibilizar un *ius "universum"* con masas de bienes?

Esa íntima conexión de los conceptos de patrimonio y personalidad, es, dice Cossío, la gran enseñanza que conviene no olvidar en todo intento de reconstrucción de la teoría del patrimonio. Pero afirmar, con la escuela francesa lo hace, la identidad de patrimonio y capacidad patrimonial, equivale a confundir dos cosas, que, como continente y contenido, importa mantener distintas (185).

El caso exceptuado de la íntima conexión patrimonio-personalidad es muy expresivo: la sucesión aceptada a beneficio de inventario, uno de los extremos más debatidos en nuestro Derecho sucesorio y, precisamente, lo que se discute es su propio carácter de regla o de excepción.

Rasgo común a otra concepción del patrimonio, el designado por Cossío como "patrimonio-afectación", es su atractivo por lo teleológico, por la afectación de los elementos a un fin determinado. Esa afectación es protegida a través del arbitrio de recursos jurídicos por el Derecho objetivo. Las teorías de la afectación tratan de evitar todo intento de ficción (186).

La función y utilidad del patrimonio, dice Cossío, ha sido modernamente, y por influencia de la escuela objetiva, reducción a límites muy estrechos. De ser una emanación de la personalidad, como pretendía la escuela clásica, ha pasado a convertirse en un mero resaldo concedido al derecho de los acreedores.

Entre las funciones que de ordinario se le asignan figuran, precisamente, la de explicar que a la muerte del titular el patrimonio se transmite a los herederos en el estado en que se encuentre; explicar el derecho de garantía general que corresponde a los acreedores y hacer posible la subrogación real en los casos en que un patrimonio sea objeto de una demanda de restitución.

En efecto, el tema de la transmisión de las deudas gira en torno a la garantía patrimonial. El fundamento de la responsabilidad ultra

(185) Cfr. A. Cossio, *La teoría del patrimonio*, pág. 129.

(186) Precisamente el subjetivismo lleva consigo la necesidad de prodigar ficciones y presunciones. El Derecho comparado demuestra, dice Castán, que las legislaciones positivas no apoyan sus reglas en interpretaciones de sentimiento, sino en criterios más objetivos; y la técnica del Derecho va abandonando el sistema de fundar las instituciones jurídicas sobre presunciones de voluntad, que, sobre ser siempre arbitrarias, significan un resabio individualista. Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español y común y foral*, tomo VI, Derecho de sucesiones, vol. 3.º, 7.ª ed. revisada y ampliada por J. L. de los Mozos (Madrid, 1971), 26.

vires, depende de la manera de enfocar estas funciones patrimoniales (187), y conviene no confundir *responsabilidad* con *garantía* que reclama concreción en bienes.

A su vez, el concepto de patrimonio hereditario sirve para la construcción de la teoría general del patrimonio; su sentido económico (188) se desprende del artículo 659, confirmado por varias sentencias del Tribunal Supremo, como las de 9 de febrero de 1901, 24 de noviembre de 1911 y 5 de noviembre de 1920, que describen la herencia como “el remanente que, después de pagar deudas y legados, quedare del conjunto de bienes y derechos del causante”; y su sentido jurídico se comprende en el artículo 661, al indicar que los herederos suceden al difunto, por el hecho de su muerte, en todos los derechos y obligaciones; es decir, en esa doble vertiente personal —o extra patrimonial— (189) y patrimonial extensiva, no sólo al activo, sino a todo el complejo de bienes, universalidades, titularidades reales y obligaciones.

a) *El aglutinante familiar*

A mi modo de ver, en la vertiente patrimonial cobran relieve a su vez diversos aspectos. Entre otros, los deberes patrimoniales exigibles a cualquiera que ocupa ante un patrimonio una posición especial (titularidad). Sus implicaciones son múltiples, entre otras las relativas a terceros interesados, deberes de administración en el sentido preciso de conservación, la interposición de acciones, defensa frente a desplazamientos injustificados, enriquecimiento injusto, acciones restitutorias y de reparación de daños por actos ilícitos que llevan

(187) Destaca Peña Bernaldo de Quirós el carácter de la sucesión como mera sustitución en la titularidad del patrimonio, el cual persiste diferenciado. Incluso tras la aceptación no deja de ser masa de bienes especialmente afecta a las deudas y cargas de la herencia, Cfr. ob. cit., pág. 116.

(188) Vid. A. DE COSSIO Y CORRAL, *La teoría del patrimonio*, pág. 139.

(189) La “trascendencia extrapatrimonial de la condición de heredero” es un tema quizá descuidado por la doctrina excesivamente defendida por la concepción objetiva de la herencia como masa patrimonial. Esto ha llevado a reducir verdaderas cuestiones de personalidad, vg. filiación legítima o extramatrimonial, a cuestiones de propiedad de bienes en que los herederos tenían un derecho propio nacido —se piensa— de su interés en la herencia. Vid. sobre el tema J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil* (Madrid, 1914), 519.

Expresiva de esa concepción es la cláusula frecuentemente empleada como fórmula notarial de llamamiento “en el remanente de sus bienes”. Dicha cláusula, como expresan las Res. 25 de agosto de 1923 y 29 de noviembre de 1956, reproduce una “corriente e incorrecta fórmula notarial” que responde a un concepto económico de la herencia que al jurídico impuesto por nuestra legislación tradicional, y especialmente reflejado en los arts. 659 y 661 del Código civil. Las instituciones en el remanente, cuando no afectan a determinada categoría de bienes, comprenden la universalidad de ellos y no pueden estimarse desvirtuadas con el empleo del adjetivo calificativo “demás” que supone una redundancia en los términos usados. Sobre el empleo y consecuencias de esta cláusula, Vid. MARTÍNEZ SANTONJA, y la glosa de esa postura en RCDI (1951), pág. 486.

inherentes su específica responsabilidad, distinta de la herediaria, etc.

Aunque en efecto, el Derecho sucesorio guarda estrecho contacto con el patrimonio, su configuración histórica es anterior a la concepción de la propiedad individualizada; de aquí que no radique en ésta su último fundamento. El Derecho sucesorio *ab intestato*, vg. ha ido unido a la institución de la "propiedad familiar", tan característica de los pueblos germánicos.

Hugo Grocio trata del Derecho sucesorio en el libro seguido, que se ocupa de los derechos reales, de su *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (190) y lo define como aquella parte del Derecho que regula el traspaso de los bienes del difunto a una o más personas vivas (herederos o legatarios). Este autor considera el Derecho sucesorio como un modo más de adquirir la propiedad.

La influencia de esta concepción se hizo sentir en los diversos sistemas europeos. El Código civil holandés ("Burgerlijk Wetboek", o B. W. de 1838) regula el Derecho sucesorio en el libro segundo; el artículo 584 B. W. considera como derecho real el derecho a ser heredero "erfgenaamschap". Al parecer, los autores del B. W. tomaron ese punto de vista defendido en la tesis doctoral de Heinrich Hahn (1939), titulada "*De iure rerum et iuris in re speciebus.*" En dicho trabajo Hahn configura cinco derechos reales que corresponden a las cinco acciones reales del Derecho romano: *reivindicatio*, *actio publiciana*, *actio confessoria*, *actio serviana* y *hereditatis petitio*. Este conjunto recibe en Holanda el nombre de la "Pentarquía de Hahn" (191).

Esa mentalidad subsiste entre los juristas contemporáneos a la publicación de nuestro Código civil: "la propiedad y la herencia son los dos polos sobre los que gira el sistema del Derecho civil y sus aplicaciones prácticas". Y este criterio, que refleja el Código civil, incluso a los menos partidarios de la redacción, parece bueno: "como yo, señores procuradores, no me propongo censurar el Código, sino hacer su crítica, no tengo inconveniente en declarar que "la parte que se refiere a la herencia es la menos defectuosa del Código, al menos a mi juicio". Incluso, refiriéndose a las innovaciones, dirá Bosch "las acepto, en conjunto me parecen mejoras" (192).

En la actualidad se destaca de nuevo el enlace del Derecho sucesorio con la familia, con el régimen económico (193). De aquí que

(190) Cfr. HUGO DE GROCIO, *Int. II ed. Universitaire pers Leiden*, 1952, pág. 1.

(191) La expresión "pentarquía de Hahn" es usualmente recogida en casi todos los tratados clásicos de Derechos reales y Derecho sucesorio holandeses. Vid. C. ASSER, *Handleiding Tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlyk Recht*, 2.^a parte. Zakenrecht (Zwolle, 1957), 17 y 18.

(192) Discurso de Alberto Bosch apoyando el voto particular presentado por él en el Senado, sesión 2.^a de enero de 1889, en Revista de los Tribunales, XIX (1889), 69. El señor Bosch proponía que el proyecto de ley fuera otra vez a la Comisión de Códigos.

(193) En la actualidad se toma como criterio de interpretación del testamento, vg. la S. 22 de mayo de 1947 hace depender el problema de la impu-

la fundamentación del Derecho sucesorio se entienda mejor desde esa sede familiar donde se encuentran sus verdaderos presupuestos. Como veremos, el desenvolvimiento de los principios que rigen esta rama del Derecho civil discurre paralelo a los que gobiernan el régimen de bienes del patrimonio (194).

Pero además, son muchas las categorías dogmáticas del Derecho de sucesiones que sólo se alcanzan con rigor desde una perspectiva familiar. La expresión técnica "personalidad" cualificadora de una posición jurídica es usual en el ámbito de la familia. La sociedad de gananciales, dice Manresa, "queda en cierto modo independiente de la personalidad de los socios, y así, estos pueden ser indemnizados por aquélla"; mientras que, con relación a terceros, tan confundidas están sus personalidades como sus bienes" (195).

La expresión misma "mulier non est proprie socia sed speratur fore" se entiende mejor referida a la eventualidad de los derechos sucesorios, puesto que la mujer es para la ley al menos un acreedor del dominio, un acreedor con derecho preferente, "el derecho eventual a obtener una suma en la liquidación".

Y ese ensamblaje con el Derecho de familia es finalmente insustituible para la recta comprensión de aquellas instituciones sucesorias genuinas de los territorios españoles que tienen Derecho civil propio. Como afirma en uno de los considerandos la Sentencia 1 de julio de 1970 la finalidad de la institución del heredamiento foral catalán no es otra que el mantenimiento del patrimonio familiar sin división, que implica para el heredante una serie de limitaciones en su facultad dispositiva.

Es, además, cuestión previa para interpretar el alcance de frecuentes cláusulas testamentarias que tienden al logro de finalidades concretas de índole familiar, Sentencia 5 de octubre de 1970, especialmente dificultosas si se otorgan facultades de disponer de los bienes heredados caso de *necesidad*, Sentencia 17 de mayo de 1962; sin precisión de necesidad, Sentencia 9 de diciembre de 1970, etc.

Y con frecuencia, en la problemática a que da lugar en la práctica la partición interfieren típicas cuestiones conexas con la disolución del matrimonio, reintegros, aumentos de valor, restitución de bienes privativos, etc. Acerca de si la inclusión en la partición de un bien parafernial, mejorado constante matrimonio, como ganancial, es

tación del legado condicional a la legítima original de ésta de manera "importante y trascendental", condición de no contraer segundas nupcias, avala la finalidad de la cláusula testamentaria que lleva consigo un deseo de incrementar el haber de la esposa y facilitar su desenvolvimiento económico disponiendo que pueda enajenar los bienes caso de necesidad.

(194) La práctica contemporánea al Código era proclive a esa conexión familia-sucesiones. La S. 5 de octubre de 1877, J. C. 62, núm. 77, pág. 332. califica de frecuente el "pacto antiguo establecido por costumbre" que prevé la reversión a la familia de los propios y la mitad de gananciales, para el caso en que el matrimonio se disuelva sin hijos.

(195) Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 3.^a ed. (Madrid, 1919), 674, 678 y 725.

causa de nulidad o solamente de su rectificación, Vid. Sentencia 30 de abril de 1958.

b) *Características de los bienes*

Entre las exigencias objetivas del patrimonio cabe destacar:

a') La destinación del patrimonio del causante a fines de garantía —fin *intrínseco*—. La alteración de ese fin de garantía entraña un *daño* patrimonial en la esfera de los acreedores. Precisamente porque, como tal fondo de garantía la alteración importa a su patrimonio particular. Es, en puridad, el principio general “antes pagar que heredar”. A este aspecto se refiere de modo especial el importante tema de la tutela de deudas y cargas.

b') El adaptar su régimen jurídico a la naturaleza de las cosas. Es este el fin *extrínseco* del patrimonio al que se aderezan el cumplimiento de su misión familiar y social. A este extremo se refiere la necesidad de establecer una jerarquía de fines, vg. los conflictos en orden al ejercicio del retracto, al mantenimiento de las explotaciones agrarias, de la empresa, etc.

Qué duda cabe de que la exigencia impuesta por la naturaleza de las cosas integra como elemento fáctico el acto de destinación de bienes, sea *intervivos* o *mortis causa*.

c') Es extensiva al patrimonio hereditario la diferencia entre “patrimonio económico” y “moral”, vertido éste último hacia el *consumo* inmediato familiar y a la satisfacción primera de obligaciones y deberes consorciales.

d') La particular “composición” del patrimonio es relevante en orden al alcance de los actos de conservación y, en general, de administración. El traslado de la idea de sustancia y de valor explica los problemas concretos en orden a titularidades *ob rem*, subrogación real, delimitación patrimonial “*pro viribus*” y “*cum viribus*”, etc., y a los actos de disposición sobre bienes, gravamen, desplazamientos, sustituciones de bienes por valores, etc.

e') Por último, la masa patrimonial no puede analizarse desde sí misma, desde el interior, sin asomarse a los *ámbitos* o *esferas* patrimoniales con que comunica y que reclaman sus propios mecanismos de defensa. En este punto adquieren singular relieve las situaciones con cierta eficacia o protección real, derechos expectantes, los llamados acreedores del dominio, atribuciones modales, etc., y en general, las expectativas reales de adquisición.

c) *Conexión patrimonio-personalidad*

Para desvelar el “secreto y la causa” de la transmisión de las deudas ha de acudirse por tanto a los principios que rigen la dinámica patrimonial; entre otros, el principio de responsabilidad, el principio de subrogación, y los principios jurídicos que presiden el de-

se involucren de los elementos patrimoniales, tales como el principio de mancomunidad, el principio de transmisibilidad de los créditos, etc. (196).

La responsabilidad *ultra vires*, dice Peña, no es una consecuencia natural de la sucesión, y pasa a ser una *incidencia* de la liquidación, e, incluso, una sanción penal cuando se infringe el régimen de liquidación. Ese carácter de sanción es correlativo a la presunción de fraude a los acreedores, que se induce del hecho de no otorgar inventario, o resultado del incumplimiento de una carga, la de ajustarse en la gestión del patrimonio a un régimen impuesto en garantía de acreedores y legatarios.

El inventario es así el trámite normal y ordinario de liquidación, medida de garantía que cumple una función equivalente a aquella hipoteca general que era, en el Derecho histórico, la garantía jurídica correspondiente al principio tradicional “antes pagar que heredar”. El artículo 1.003 entiende Peña no establece *confusión*, sino que marca dos ámbitos de responsabilidad *intra vires* y *ultra vires* que emanan de fuentes diversas. La responsabilidad *ultra vires* trae causa no de la sucesión, sino del incumplimiento de un deber moral exigible o de una gestión culpable. La extensión de la obligación del heredero a su propio patrimonio depende del otorgamiento o no de inventario. Destaca, como puede advertirse, esa exigencia, antes aludida que tiene el patrimonio respecto de su adecuada administración. En lo que tiene de sugerencia, de intuición, me parece de alto valor esa tesis y acertadas sus conclusiones. Qué duda cabe de que las omisiones culpables, las ocultaciones de bienes, la posposición voluntaria de créditos, han de llevar consigo una correlativa sanción. Por más que, a mi entender, esa sanción, sin trastocar el régimen específico a que está sometido el patrimonio hereditario, se alcanza por la aplicación de la doctrina del acto ilícito, con el reenvío genérico a la buena fe y el empleo de acciones recuperatorias, comprendidas en el cuadro dogmático del enriquecimiento injusto.

Ofrece interés en este orden de ideas la Sentencia 5 de julio de 1947, que señala como justa causa de remoción del albacea el uso malicioso —en perjuicio de los llamados a la herencia— de facultades. En el caso concreto se trataba de una venta en pública subasta sin motivo, “innecesariamente”, de una finca de relativa importancia contra la voluntad de los herederos y sin que entre las facultades

(196) El principio *favor testamenti* surgió con una clara finalidad protectora de la *heredis institutio* —*caput et fundamentum totius testamenti*—, pero al combinarse con otros principios como el de seguridad jurídica extiende su campo respecto de otras disposiciones a que antes se mostraba indiferente y llega a generalizarse como el principio *favor negotii* a su función de defensa de la eficacia jurídica de los actos. Cfr. B. BIONDI, *Successioni testamentaria e donazioni*, 2.^a ed. (Milán, 1955), 5, 22. En esta generalización, integrante ya de un criterio interpretativo, permite aunar lo subjetivo, el marco de la titularidad, a lo objetivo, la concepción teológica del patrimonio.

concedidas por el testador figurase la de vender los bienes relictos. Respecto a la administración de los bienes, arbitrando medidas de protección a la situación de pendencia —derechos y facultades de los no concebidos— la mejora de la finca —edificación— y conservación del patrimonio en favor de titulares futuros. Vid. Resolución 13 de enero de 1965.

Hacen notar Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, que la responsabilidad *ultra vires* es un efecto (retardado) de la sucesión, no mero incidente de liquidación. Si los acreedores del causante pueden agredir los bienes del heredero, es, en primer lugar, por ser este sucesor universal, lo cual constituye una condición necesaria, aunque no suficiente (197).

El artículo 1.084 pantea el problema de la solidaridad.

La duda está en si impone una responsabilidad solidaria típica, por lo que incluso hecha la partición, el heredero sigue respondiendo *cum viribus*, o si es mera secuencia de la regla general de solidaridad en cuya virtud ya antes de la partición los herederos responden como deudores solidarios por las deudas hereditarias.

La conexión —no confusión— entre los patrimonios había sido ya puesta de relieve por la doctrina histórica, al fundamentar la responsabilidad (luego de la aceptación) en un negocio con los acreedores merced al que el heredero “asume como propias” las deudas del causante: “quasi contraxisse” (198). Quizá sea esta apreciación un argumento en pro del carácter negocial de la *additio*, que, a mi modo de ver, no es sino uno de los actos en que se desarrolla el proceso de formación de la titularidad hereditaria.

En el fondo, nos encontramos ante una confluencia de *causas de atribución* (el causante, desde este punto de vista, tenía varias titularidades) y un vez más el juego del principio general de enriquecimiento injusto, correctivo de desplazamientos abusivos y expresión jurídica del “control” que los acreedores conservan en el patrimonio de su deudor originario. De otro modo, la titularidad de heredero, como continuador de titularidades diversas, podría llevar consigo

(197) Cfr. J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, pág. 160. La condición de heredero, en efecto, puede no llevar consigo la responsabilidad *intra vires*. El cónyuge viudo que ostente la condición de heredero forzoso de su consorte, al efecto de poder actuar en defensa de sus derechos legitimarios, S. 26 de marzo de 1940, 30 de junio de 1950, 9 de julio de 1957, no por ello responde “ultra vires” del pago de deudas existentes contra la herencia, “por no disfrutar, afirma en uno de sus considerandos la S. 28 de octubre de 1970, más que el simple goce temporal de una porción hereditaria”. Es preciso que el cónyuge viudo sea convocado por tener interés directo al poder ver mermada su cuota legal usufructuaria, pero no debe ser condenado al pago.

(198) Para Pablo de Castro el heredero responde de las deudas, no porque ocupe el lugar del difunto, sino porque con la *additio* parece que el heredero *quasi contraxisse* con los acreedores de la herencia. Gayo Javoleno decía que aceptar la herencia es obligarse *haeridate*, Vid. R. NÚÑEZ LAGOS, ob. cit., pág. 411.

un “desvío de poder”, una “intromisión”, usurpación o violación no justificada —el porqué del poder— en un ámbito patrimonial que quedaría sin suficiente tutela.

XI. CONCLUSION: EL SENTIDO DE LA CONTINUIDAD SUCESORIA

Cabe deducir de lo hasta aquí expuesto que la doctrina moderna ha ido, en los últimos años “depurando” esa “atmósfera” en que, en expresión de Cossío, se nos presenta el patrimonio, dentro de la cual los bienes pueden desenvolver todo su dinamismo. Y a la vez se destaca la función o destino especial de los componentes del patrimonio hereditario, como garantía, lo que da realce a la idea de liquidación patrimonial. De no perderse de vista que el título de heredero se desenvuelve no a través de un acto, sino de lo que entiendo como un proceso escalonado; al comprobar que no se justifica dicho título por un poder acaso arbitrario de carácter patrimonial, y que tampoco el patrimonio pasa en un único momento, como un bloque compacto, se está centrando el problema en sus verdaderos límites, la jerarquía de fines generales y especiales dentro del patrimonio hereditario (199).

(199) Precisamente por eso la evolución contemporánea de lo que constituye el vasto dominio del Derecho patrimonial de la familia contiene ya de modo insoslayable la evolución del concepto de patrimonio hereditario, al alterarse la específica jerarquía de los fines generales. Testamentos, liberalidades, actos *intervivos* con función *mortis causa*, etc., se orientan con relación al Derecho patrimonial de la familia. La afección de bienes a los intereses familiares, las restricciones y limitaciones al poder de disposición se encauzan más que a fórmulas, concretas de protección de intereses individuales, protección a la mujer, al cónyuge viudo, etc., a la protección al patrimonio mismo, a la protección de la economía del hogar y de la familia. Vid. sobre la cuestión el estudio monográfico del ilustre jurista, recientemente fallecido, F. PALA MEDIANO, *La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado*, en Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas, I, pág. 371, donde expresa el “deseo justificado o la necesidad sentida de reservar los bienes patrimoniales, mejor dicho, los patrimonios matrimoniales, para asegurar la pervivencia del hogar y la subsistencia de la prole y aun para constituir un patrimonio familiar que sirva de base para la dotación de nuevas familias en las generaciones futuras”. El patrimonio familiar ha de ser, en efecto, la verdadera antesala del patrimonio hereditario y por eso ha de sustituirse progresivamente la radical autonomía del individuo para disponer de sus bienes por auténticas funciones o potestades familiares. A fin de cuentas, ese criterio tiene ya un claro asentamiento en determinadas regiones españolas; bajo distintas potestades se organiza en Navarra la sociedad universal de conquistas, en Aragón la Comunidad legal continuada, etc. Es esa también la tendencia de recepción legislativa francesa al revisar ahora las consecuencias a que dio lugar la concepción del *Code*, Vid. J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille*, I (Bruselas, 1971), 31.

1. *La vertiente moral*

En consecuencia, queda delimitada la materia sobre la que habrá de operarse para alcanzar nuevas metas, con la certeza ahora de la falta de rigor y coherencia con el sistema sucesorio español de diversas corrientes admitidas que no tienen en cuenta los verdaderos pilares sobre que este se asienta, es decir, la jeraquía de fines, que permite destacar la relevancia de la esfera personal del patrimonio hereditario: facilitar el cumplimiento *post mortem* de auténticos deberes morales, y mantener la especial afección de los bienes a los fines de garantía; pero a su vez, la vertiente económica, auna la idea de liquidación con el equilibrio de las masas patrimoniales en que se insertan los complejos intereses en presencia; la posición jurídica del heredero, desde el punto de vista negativo atribuye la imputabilidad de perjuicios y daños, y, desde el punto de vista positivo, encarna la tutela y protección de auténticos bienes de la personalidad.

Resulta bien a las claras lo infundado de aquella concepción de la herencia, tan generalizada, que la considera como un acervo de bienes materiales que, por serlo, revisten fundamentalmente carácter económico, con desdoro del patrimonio espiritual que a su fallecimiento el causante posea, Sentencia 22 de mayo de 1950 y Sentencia 7 de febrero de 1962.

2. *El nuevo reto de la doctrina*

He aquí, en síntesis, lo que constituye una línea de trabajo de los civilistas en los últimos años en tema de sucesiones. El camino ya señalado por la doctrina moderna ha de llevarnos a depurar la dogmática de pretendidos dogmas, a destacar la importancia de la tradición jurídica sin instrumentaciones partidistas, y tender abiertamente hacia un realismo jurídico que afirme el Derecho como garantía de la libertad, como instrumento eficaz al servicio de la persona y de la sociedad entera.

No es otra la trascendental labor que incumbe a los juristas de nuestro tiempo: armonizar el Derecho positivo con la conciencia social de la época. En definitiva, el nuevo "*respondere*" que Cicerón había señalado como actividad principal del jurisconsulto (200); dar respuesta acomodada a la Justicia, a las nuevas demandas o exigencias actuales de la sociedad. Junto a ese "*respondere*", también "*habere*", "*agere*" y "*scribere*". Queda a las claras que cuando se trate de instituciones de "conocido y marcado abolengo", la probidad científica aconseja el "ir a buscar en su raíz su genio" (201).

(200) Cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (Firenze, Sansoni, 1968), 202.

(201) Cfr. Consulta, *Derecho de acrecer y legados*, pág. 294.

3. *La conservación del patrimonio*

En una buena medida, la problemática contemporánea se ciñe al deseo individual y a la necesidad social de la conservación del patrimonio familiar.

Esa preocupación se advierte en gran número de cláusulas establecidas en los testamentos que han suscitado controversia judicial. Expresivas de esta tendencia son las cláusulas que permiten la disposición de los bienes caso de necesidad. La praxis usual, recogida de aquellas cláusulas que han dado lugar a decisiones del Tribunal Supremo, suele centrarse en precisar el límite y alcance de la idea de necesidad. La temática a que dan lugar sus posibles interpretaciones es muy rica; si entrañan o no condición, instituciones modales, cláusulas simplemente causales (202).

Especial dificultad plantea la necesidad de conservar el patrimonio en supuestos de indeterminación en la titularidad. Son muchos los avatares y circunstancias que pueden condicionar su mantenimiento; circunstancias que se agudizan cuando se trata de una expropiación forzosa por causa de utilidad pública, realización de la concentración parcelaria en la zona o imposición por la Administración de la obligación de construir en un solar. Resolución 13 de enero de 1965.

Desde dos puntos de vista puede contemplarse el acervo hereditario; como conjunto de bienes y derechos del causante, abstracción hecha de las formas y cualidades de las cosas, de manera que, en expresión del profesor López Jacoiste, estas se aprecien en su común denominador de valor y con independencia de su peculiar destino económico social o, según la peculiar aptitud de las cosas, para cumplir su función económica social (203).

El primer aspecto tiene indudables repercusiones prácticas; especialmente la de ser propicia para la aplicación técnica de la subrogación real, la de servir para formular la mejora entendida como

(202) Veamos algunas de ellas; la cláusula debatida en S. 3 de junio de 1947: lega en propiedad o para siempre a su esposa doña Purificación la casa..., propia del testador, la mitad de todos los valores y efectos públicos que sean o pertenezcan al otorgante, el labradío y robleda sitos en... Este legado es con la condición de que si contrae segundas nupcias quedará sin efecto pasando los bienes que comprende a favor del heredero del testador, sin derecho por parte de la expresada esposa de éste a llevar de la herencia más que la cuota usufructuaria. Sin embargo, de lo manifestado, que le prohíbe vender esos bienes legados, por estar sujetos a condición si se viere necesidad podrá vender libremente todos o parte de los bienes legados después de transcurridos los 15 años siguientes al fallecimiento si se viere necesitado. El problema controvertido es el de imputación del legado a la legítima. Otra cláusula, que suscitó la contienda acerca de si se trataba o no de un doble llamamiento, es la que recoge la S. 9 de diciembre de 1970: declara heredero usufructuario vitalicio a su esposo, con facultad de disponer por actos "inter vivos" si lo necesitaba, sin precisión de justificarlo y herederos en la nuda propiedad de sus bienes a sus sobrinos.

(203) Cfr. J. J. LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, pág. 4.

“cuota parte de ese total indiferenciado”, etc. Y la segunda visión, enriquece los matices de acuciantes intereses actuales. Entre éstos señala el profesor López Jacoiste los que muchas veces responden a un plan noble y legítimo de los testadores, “no sólo en los supuestos de fincas cuya división acarree menoscabos, o cuando se trate de dar continuidad a una empresa organizada, sino en otros muchos fundados en motivos puramente subjetivos, la conveniencia de mantener en una sola mano una determinada entidad económica, o un conjunto de bienes, forme o no una unidad de explotación, puede merecer plena protección jurídica” (204).

A este aspecto cualitativo del acervo hereditario, a cuya tutela tienden principios jurídicos tales como el de conservación en las particiones, indivisión, etc., se refiere la Sentencia 25 de febrero de 1969, que con expresión acaso inexacta, pero con intuición certera, declara que dichos principios son “incompatibles con la función asignada a la propiedad individualmente”.

Pero, en términos generales, cabe afirmar que a la concepción clásica destinada a explicar la transmisión de la riqueza basada, dice Rodière, ya sobre los afectos presumibles del difunto, ya sobre derechos susceptibles de aprehensión de bienes ancestrales, tiende a sustituir una transmisión de los medios de consumo destinados a la subsistencia de los herederos y fundado sobre derechos y deberes morales del difunto, entre ellos los de alimentos (205).

El cambio de concepción es importante; al basarse lo primero sobre la idea de patrimonio como conjunto de bienes predomina la función real, hasta el punto de hacer coincidir la *hereditas* como *ius in re* sobre el patrimonio. Mientras que esos fundamentos realistas se pliegan ahora hacia la idea de afección, personalidad y, en último término, hacia la titularidad.

Cuando se está ante una “suspensión de la titularidad primitiva sobre la masa de bienes y por causa de fallecimiento, y pendiente, por tanto, del paso de ellos a otros sujetos, es obvio que el patrimonio subsiste como objeto de relaciones jurídicas que afectan al causante y a los que posteriormente hayan de asumir la titularidad de esos bienes”, Sentencia 14 de mayo de 1971.

4. El acceso a la titularidad

La sustitución en la titularidad del patrimonio relicto es el punto de partida del nuevo Derecho sucesorio; la zona más necesitada de atención especial.

Las notas características de esta nueva línea podrían fijarse así:

a) La nueva orientación de un viejo presupuesto: *haereditas*

(204) Ibidem, pág. 3.

(205) R. RODIER, *La vocation successorale ab intestat dans le projet italien de Code Civil*, en “Bulletin de la Société de législation comparée”. 1937, página 222. Cit. P. BLONDEL, *La transmission a cause de mort des droits extra patrimoniaux et des droits patrimoniaux a caractère personnel*, pág. 23.

non dicitur in bonis nostris, quando non est adita. El *ius delationis* intransmisible en el Derecho romano, es hoy uno de los derechos que integran la masa hereditaria de quien llamada a adquirir no puede hacerlo. Resolución 20 de septiembre de 1967, Sentencia 9 de diciembre de 1970.

b) La insistencia en matizar de modo oportuno la idea de gestión y de distinguir entre lo que son actos de mera conservación respecto de la liquidación. Y así el derecho a defender su propio patrimonio implica un *deber* de gestionar (206).

c) Haber clarificado la distinción entre la mención formal del asignatario y el título de atribución patrimonial (207 bis).

d) Resulta entonces que adquiere nuevos perfiles la razón última de la titularidad hereditaria, su porqué no estrictamente patrimonial y sus funciones; el motivo en cuya virtud el derecho de cada copartícipe está en su patrimonio con anterioridad a que la partición se otorgue.

e) Al entender como un proceso temporal el fenómeno sucesorio se ensancha también la gama de posibles titulares de derechos concurrentes con una "carta temporal"; derechos concurrentes que no fracciona la simultaneidad del llamamiento; en que acaso concurren dos liberalidades, la nuda propiedad y el usufructo, ambas se adquieren a la muerte del causante con independencia y sin orden de relación sucesiva. Los nudo propietarios adquieren desde luego un derecho sobre los bienes (207).

De todo lo expuesto podemos deducir que las líneas que trazan el actual desenvolvimiento de las relaciones sucesorias enlazan con problemas típicamente familiares. Y es natural que si hoy tiende a situarse en el Derecho de personas el lugar que corresponde dentro del Derecho privado al Derecho de familia, esa temática está presente en las soluciones que reciben los problemas sucesorios.

(206) Quien actúa como administrador de los bienes de la testamentaria en la que no se ha procedido a la división y adjudicación es parte procesal para ejercitar acciones derivadas de la herencia yacente. Sobre lo diferencial entre actos de conservación y de administración, Vid. Gitrama, *La Administración de la herencia en el Derecho español* (Madrid, 1950), 197. En cambio, cuando la herencia se encuentra indivisa, en estado de comunidad, no es posible llevar a cabo actos de disposición sobre bienes concretos, S. 9 de diciembre de 1970. El derecho concreto no nace con la muerte del causante, sino con el acto de adjudicación, artículo 1.068 del Código civil.

(207) Derecho sobre los bienes cuya efectividad se halla aplazada, pero no condicionada a la muerte del usufructuario. Acerca de la diferencia entre usufructo con facultad de disponer y sustitución fideicomisaria de residuo. Vid. la importante Sentencia de 9 de diciembre de 1970.

(207 bis) El heredero forzoso, vg, no puede ser excluido por el testador de la herencia sin causa legítima. La mención en el testamento viene a ser el título que corresponde al deber genérico de atribución que tiene el testador. "Primero es, dice LACRUZ, heredero forzoso"; pero, desde el punto de vista de su satisfacción, los títulos pueden ser varios: *inter-vivos* o *mortis-causa*, donación en vida, legado, título de heredero. Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, II, págs. 18 ss.

Hemos analizado algunos de los más destacables, tales como el cumplimiento de deberes morales, el ejercicio *post mortem* de verdaderos derechos de la personalidad, de deberes familiares, continuidad del patrimonio, del hogar, etc.

De ahí que la titularidad del patrimonio hereditario se tiña también de estos matices personales y que los criterios interpretativos respecto del "llamamiento", llamamientos sucesivos, simultáneos, conjuntos, propendan a través de los diversos medios técnicos y sus plasmaciones concretas, derecho de transmisión, representación, sustituciones, acrecimiento, etc., a facilitar y ensanchar el acceso a la titularidad. De aquí también que la transmisión de titularidad del patrimonio hereditario haya de ser entendida como el cauce jurídico que hace posible la continuidad de lo que acaso ya en vida del causante ha surgido como fruto de esfuerzos comunes: esa realidad es la que como entorno social, como aglutinante familiar, permanece y conserva su virtualidad operativa incluso al producirse el cambio de titular.

«El usufructo universal de viudedad. Su configuración especial en Galicia»

VICTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

INTRODUCCIÓN.—I. Los hechos.—II. Motivación del U. U. V.—III. Apoyo legal.—IV. Configuración del U. U. V. en Galicia. Su régimen jurídico: 1. Legado del usufructo universal.—2. Amplitud objetiva del U. U.—3. Prohibiciones: A. De verificar la partición de herencia mientras vive el cónyuge viudo.—B. De disponer el usufructuario de su derecho de usufructo.—4. Régimen jurídico general del U. U. V.: A. Derechos del usufructuario—a) de tomar por sí posesión del legado.—b) de optar entre el U. U. V. o recibir la parte de libre disposición en pleno dominio además de la cuota viudal legitimaria.—c) de renunciar al U. U. V.—d) de disposición onerosa de bienes concedida al cónyuge en determinados casos y con limitación en su amplitud objetiva.—B. Facultades del usufructuario: a) posesión.—b) obtención de frutos, beneficios, accesiones y abono de expensas y mejoras. Principio general y líneas directrices.—C. Obligaciones y cargas del usufructuario: a) formación de inventario y prestación de fianza.—b) atender y cuidar a los descendientes.—c) cuidar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia.—d) gastos de conservación, reparaciones e impuestos.—D. Extinción del U. U. V. Estudio de algunas causas específicas.—Resumen final. Fórmula testamentaria típica del U. U. V.—Conclusiones definitivas.—Nota bibliográfica.

INTRODUCCION

El presente estudio, relativo al usufructo universal de viudedad (en adelante U. U. V., U. V. ó U. U.) hace especial hincapié en las características que presenta en Galicia. El U. U. V. lo hemos redescubierto durante nuestra actuación profesional. Lo descubrimos en los textos, pero su vitalidad, la realidad del instituto y los caracteres que le dan su personalidad propia, los hemos redescubierto al contacto con esa realidad, tanto en Galicia como fuera de ella, y lo estamos viendo ahora cuando al servir una Notaría en la ciudad de Orense es frecuentísima su inserción en testamento.

Esa vivencia de la institución nos ha hecho pensar en ella; meditar sobre su por qué y para qué. El estudio de Protocolos, las enseñanzas de ilustres juristas, la regulación de los U. V. de Aragón y Navarra y de los derechos viudales catalanes, y la experiencia profesio-

nal propia, han dado como resultado el presente estudio que —repetimos— si pone su acento en la situación fáctica gallega, es de aplicación, salvando alguna peculiaridad motivada por factores de tipo personal, económico o consuetudinario local, fuera de la tierra gallega.

El presente estudio, por último, ha constituido nuestra modesta aportación al I Congreso de Derecho Gallego (octubre de 1972). Dentro de la Sección IV, “Castro Bolaño” sobre el tema: “El aspecto sucesorio hereditario en Galicia y en especial el testamento mancomunado y el usufructo universal del cónyuge viudo”. Héla aquí:

I.—LOS HECHOS: Los notarios sabemos por experiencia que el U. U. V. es una realidad. No sólo en Galicia, sino en otras partes de España, sobre todo pero no únicamente en los ámbitos rurales. Concretamente en esta región la frecuencia de la cláusula testamentaria en la que el U. V. en favor del cónyuge viudo aparece, normalmente establecida por marido y mujer en sus respectivos testamentos que correlativa y sucesivamente otorgan en la Notaría, es un hecho irrefutable. Los datos estadísticos aportables, puede afirmarse, son innumerables y la experiencia propia lo atestigua; para los primeros me remito a la encuesta promovida por Paz Ares, que consta en su obra acerca del Derecho foral gallego; respecto a mi propia experiencia voy a tratar de plasmarla en el presente estudio (1).

II.—MOTIVACION DEL U. U. V.: ¿Por qué y para qué el U. U. V. en Galicia; qué se quiere conseguir con su plasmación testamentaria?: con frecuencia, marido y mujer quieren dejarse los bienes “el uno para el otro”, manteniendo indiviso el patrimonio familiar hasta el fallecimiento del último; con ello, como apunta Dávila García, se cumplen los justos deseos de toda familia organizada de no perder su unidad y coherencia con la amenaza de la partición, ni disminuir al supérstite toda autoridad e influencia en la familia (2).

Esta motivación general señalada, es repetida con esas o parecidas palabras, o haciendo especial hincapié en un aspecto u otro concreto, por la doctrina. En este sentido señalaba hace años Martínez Risco que “el U. U. V. es uno de los medios para lograr la formación de un patrimonio familiar propio de una economía cerrada: vivienda, huerta, labradío, prado, monte, ganados. Luchó y lucha de esta suerte el pai-

(1) Es importante, en efecto, el estudio de PAZ ARES y los informes por él recopilados, fruto de la encuesta que obra en su monografía dedicada al Derecho foral gallego. La cita completa se hace más adelante. Nuestra propia experiencia, tanto en Galicia como fuera de ella, así como el estudio de Protocolos, la encuesta personal —que hemos procurado realizar con la seriedad requerida—, los contactos y cambios de impresiones sobre el tema realizados con ilustres juristas se plasman a lo largo del estudio del U. V. La cita relativa a estos últimos se realiza más adelante.

(2) Así lo apunta en sus notas sobre el U. U. V. publicadas en diversos números del “Boletín Informativo” del Ilustre Colegio Notarial de Granada.

sano gallego con admirable instinto y sesuda tenacidad contra la excesiva parcelación de su asiento territorial" (3); y corroborando lo anterior apunta Alberto Miguez, como para neutralizar los efectos de la excesiva parcelación nacieron los petrucios, la delegación entre cónyuges de la facultad de mejorar a uno de los hijos para asegurarse la adscripción del patrimonio al hijo que se casa "para la casa", el apartamiento de la legítima a los herederos forzosos que no están destinados a regir los bienes familiares por ser otro el descendiente titular del derecho de obrar y poseer y... el usufructo universal de los bienes en favor del cónyuge viudo (4).

Otros autores gallegos, en fin, han señalado la motivación, la finalidad práctica y por ello la conveniencia de regulación del U. U. de V.; Paz Ares resalta en este sentido que un ingrediente institucional de la CASA es la concesión del U. U. V. La viudedad aragonesa, la navarra, los derechos viduales catalanes y la práctica constante vienen a darnos la irrefutable confirmación de que donde la casa existe se da la expresada viudedad universal. Y con referencia a Roca Sastre, agrega textualmente: en la familia rural, sobre todo tratándose de la viuda, ésta debe asumir la gerencia vitalicia y vidual del patrimonio doméstico, al modo de una regente de una monarquía. Hay que atribuir plenos poderes al viudo sin perjuicio de incrementarlos, según los casos, con facultades de elección de herederos y de señalamiento de dotes, facultades de disponer, las cuales se resumen en aquella formulación conocida en Cataluña de "Senyora, majora, poderosa y usufructuaria." (5), (6).

Abundando en lo expuesto, ha señalado muy recientemente Abraira López que factores del patrimonio familiar son, entre otros, el cónyuge: nada debe oponerse pues a que éste siga usufructuando la herencia y cumpliendo las obligaciones familiares, sin que la pre-moriencia de uno convierta al otro de fiel valedor de aquéllas en nuevo titular de una comunidad a extinguir. En aras a la persistencia de patrimonio familiar se hace necesario, por tanto, el U. U. V. (7).

Por último y como simple muestra del sentir de la doctrina fuera de Galicia, podemos recoger las siguientes palabras de Sancho Rebullida: La fidelidad vidual de Navarra, como la viudedad aragonesa, son la más bella ficción jurídica que un ordenamiento pueda

(3) MARTÍNEZ RISCO, Sebastián: "El régimen jurídico de la propiedad territorial en Galicia a través de sus instituciones forales". Ed. Citania, Buenos Aires 1958; espec. pág. 9.

(4) "Galicia: Exodo y Desarrollo". Edit. Cuadernos para el Diálogo, S. A., Madrid 1967; espec. pág. 65.

(5) Es fundamental en esta materia el estudio de ROCA SASTRE, Ramón María, sobre el U. U. V., publicado en sus "Estudios de Derecho privado, Sucesiones". Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1948.

(6) PAZ ARES, José Cándido. "Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho civil de Galicia"; espec. págs. 165 y ss.

(7) "El Derecho foral gallego". Edit. Pardo y Cía., Santiago de Compostela 1970; espec. pág. 98.

intentar; la ficción —rebotante de amor y nostalgia— de que el matrimonio no se ha disuelto con la muerte del cónyuge; su recuerdo, el respeto y el amor a su memoria, mantiene unida a la familia restante y entronizado en la jefatura familiar al viudo que sepa ser fiel a tal memoria”. Esta institución —dice Arregui Gil— hace posible la continuación del hogar familiar, conservando indiviso el patrimonio; evita la disolución de la familia por la muerte de un cónyuge y mantiene al supérstite en el mismo rango económico y consideración social, dándole la dirección de la familia y la autoridad sobre los hijos (8), (9).

III.—APOYO LEGAL: El U. U. V. no está regulado por la vigente Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1923. Por lo que, de acuerdo con el artículo 3.º de la misma, hay que acudir en su defecto al Código civil.

El Código, si bien parte de la intangibilidad de la legítima (el artículo 813, párrafo segundo es una clara muestra) y de la legítima viudal consistente en una cuota usufructuaria variable según los casos, pero nunca universal, parece facilitar el U. U. V. testamentario en su artículo 820. Este precepto, en efecto, dice en su número 3.º: “si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador”, lo que combinado con la posibilidad de prohibir el testador la partición de la herencia (art. 1.051), parece hacer viable el U. U. V. que estudiamos.

Es decir, que ante el U. U. V. establecido testamentariamente, los herederos forzosos pueden optar entre pasar por la disposición o no pasar por ella, pero en este caso el legatario tiene derecho a la parte de herencia de libre disposición del testador, lo que caso de concurrir el cónyuge viudo con hijos o descendientes legítimos, supone un tercio de la herencia, dada la legítima de estos últimos (art. 808) (10).

Pero en definitiva, la realidad demuestra que el apoyo legal ni basta ni tiene la entidad suficiente para resultar satisfactorio por las siguientes razones de tipo general:

En primer lugar, la experiencia enseña que el testador, cuando quiere establecer el U. U. V., es esa normalmente su voluntad *única* sin querer el segundo término de la opción que el artículo 820, 3.º establece, es decir, el que los herederos forzosos puedan no estar con-

(8) En su prólogo a la obra de ARREGUI GIL sobre “La fidelidad viudal en el Derecho privado de Navarra”. Biblioteca de Derecho foral 1968, página 15.

(9) Obra cit., pág. 80.

(10) Es, en definitiva, el juego de la “doble vocación alternativa” propio de la *Cautela Socini*, profundamente estudiada por ROCA SASTRE en sus antes citados “*Estudios de Derecho Privado*”.

formes con el U. U. y entregar la parte de libre disposición; quiere testar "para el otro", sin más.

En segundo término, el precepto suscita dudas en su aplicación cuando existen varios legitimarios, ¿puede ejercitar cada uno individualmente la opción legal o sólo pueden hacerlo todos conjuntamente?

Por otra parte, si el usufructo es universal, habiendo legitimarios resultará siempre superior a la parte disponible por el testador, con lo que se plantea el problema de calcular el valor del usufructo.

Y en último lugar, el artículo 1.051 —como en su momento se verá— tampoco aporta base segura en pro del U. U.

Cuestiones las señaladas que no agotan desde luego las problemáticas que el usufructo viudal, tal como está regulado en el Código, plantea, pero que revelan las dificultades que presenta el pretendido apoyo legal. De ahí, que normalmente los testamentos notariales que regulan el U. U. V. no se limitan a remitirse en su caso al artículo 820, núm. 3.º, sino que prevén el supuesto de que el U. U. no lo acepte alguno de los legitimarios o bien ninguno de ellos, e incluso establecen normas valorativas del usufructo viudal.

IV.—CONFIGURACION DEL U. U. V. EN GALICIA. SU RÉGIMEN JURIDICO: ¿Basta con lo apuntado? Indudablemente, no. En Galicia, como se señaló, el U. U. adquiere personalidad propia, tiene caracteres genuinos y necesita por ello una regulación lo suficientemente completa que lo haga apto para las necesidades a satisfacer. ¿Cuáles son estas características? ¿Cuál la configuración jurídica adecuada? Sin ánimo exhaustivo, pero sí con el pensamiento puesto en la realidad viva, vamos a exponer a continuación las características del U. U. V. en la región gallega y su posible plasmación en Derecho. Antes, empero, hemos de tratar de una cuestión inexcusablemente previa: ¿deben constituir los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Galicia el usufructo universal?

A nuestro juicio, no. El hecho de la frecuencia con que testamentariamente se regula el U. U., las características peculiares que en nuestra región adopta tal U. V. no deben llevar necesariamente a considerar que con vistas a una posible revisión a realizarse en la legislación gallega en base a lo dispuesto en la disposición adicional de la Compilación, los derechos sucesorios del cónyuge viudo deban estar constituidos por el U. U. A nuestro modo de ver, la experiencia dicta algo irrefutable: forzaríamos el querer de los interesados en ocasiones si partiéramos del U. U. como legítima, aun facultando para que en cada supuesto concreto pudiera, mediante testamento, adaptarse tal usufructo a las circunstancias peculiares, mediante fórmulas, por ejemplo, de conmutación. Debemos seguir, por tanto, partiendo del usufructo de cuota que el Código civil actualmente regula, pero sí parece necesario o sumamente conveniente, al menos en aras a la seguridad jurídica, que normas de la Compilación establezcan las líneas maestras del U. U. V., regulen la posibilidad de que testamentariamente

se establezca, sin tener que acudir al deficiente artículo 820 del Código civil y sin necesidad de verificar una regulación prolija en los testamentos y siempre con el pie forzado de la opción que el citado 820 establece y del riguroso principio de intangibilidad legitimatoria del Código.

La vida, la realidad gallega, reclama un tratamiento jurídico flexible, adecuado a las peculiaridades de cada caso: si se parte del usufructo de cuota del Código, variable según las personas con quienes concurre el cónyuge viudo y en el caso concreto se quiere no pasar de él, esa será la participación del mismo con la posibilidad, además, de conmutación que el artículo 839 establece; pero si se quiere testar “del uno para el otro”, existiendo legitimarios —hijos o descendientes legítimos por lo común—, una adecuada regulación por la Compilación del U. U. cumplirá la misión asignada a las normas jurídicas: ser fieles a la realidad a la que pretenden servir dando seguridad a las relaciones jurídicas y no poniendo a esa realidad, por el contrario, trabas y condicionamientos.

Pues bien, la experiencia propia y ajena nos lleva a exponer a continuación los rasgos generales del U. U. V., tal como en Galicia los testamentos notariales lo recogen y con el régimen jurídico general, que a nuestro juicio merece y requiere para poder cumplir su alta y noble finalidad.

1.º Legado del usufructo universal: el llamamiento al cónyuge supérstite debe verificarse en el caso presente por medio del legado. Doctrinalmente, es cierto, se discute si técnica y jurídicamente el medio adecuado para disponer del U. U. es la institución de heredero o el legado. A nuestro modo de ver es el legado, por la razón del contenido de la disposición, usufructo y no pleno dominio (o nuda propiedad al menos) y porque el usufructuario como tal no responde de las deudas hereditarias (“puede anticipar las sumas para su pago”, dice el artículo 510 del Código civil); con razón por ello el artículo 820, número 3, antes transcrito, habla de MANDA.

Contra lo apuntado puede argumentarse diciendo que si el cónyuge quiere testar “para el otro” es que quiere que sea su heredero y, además, que puede ser su voluntad la de que él pague las deudas de la herencia. Pero yo me pregunto en este caso, ¿puede asegurarse que la voluntad del testador es que el supérstite las pague definitivamente?; me resisto a contestar afirmativamente. Si la motivación de la disposición universal reside en el querer conservar la coherencia de la familia, la unidad de su patrimonio, basta con que el supérstite controle el patrimonio, lo administre y usufructúe, “anticipando” el pago en su caso de las deudas hereditarias, puesto que en definitiva el patrimonio tarde o temprano llegará a poder efectivo de los herederos (hijos, por lo común).

En cuanto al testar “el uno para el otro”, ahondando en la voluntad de los interesados, aparece claro el fin que con sus palabras

persiguen, el citado de mantener la unidad y cohesión sin que el azar del fallecimiento de uno de los padres altere la familia organizada; con el usufructo universal ello se consigue, el supérstite controla el patrimonio y tiene, además, asegurado en lo posible el resto de sus días con el usufructo total.

Un problema especial puede plantear el llamamiento al usufructo por medio del legado en el supuesto de local de negocio arrendado al testador: si fallece el arrendatario, vigente el contrato, es *el heredero* el que subroga en la posición jurídica arrendaticia con arreglo al artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en el sentido de que el derecho de subrogación arrendaticia en locales de negocio deriva directamente de la Ley, no formando pues parte de la herencia, por lo que no puede legarse si no se cuenta luego para hacer efectivo el legado con el consentimiento del arrendador o en su defecto se cumplen los requisitos del traspaso (2 junio 1965; 6 mayo 1968, por ejemplo).

Esta doctrina, aún criticable, debe ser tenida en cuenta necesariamente. Por otra parte, la voluntad del testador puede ser varia: querer que su consorte sea el continuador en la relación arrendaticia, o por el contrario, que sea otra persona —un hijo por lo común— el arrendatario, y el cónyuge viudo reciba sólo los frutos dándose la figura entonces del usufructuario sin posesión de la cosa o usufructo denominado “no gerencial” (11).

Todo ello se ha de prever en el testamento adecuadamente y en el supuesto de que se quiera que el titular del arrendamiento sea el cónyuge supérstite, al legado de U. U. puede añadirse que: “respecto al derecho de subrogación en el arrendamiento del local... el cónyuge viudo será considerado como heredero a los efectos del artículo 60 de la L. A. U.”. Con ello —si bien puede entenderse que se fuerza la pureza de los principios jurídicos— se da cauce seguro a la viabilidad de lo prevenido por el testador cumpliendo la rígida doctrina jurisprudencial; en tal caso, el pago de las deudas referentes al establecimiento mercantil de que se trate debe ser tenido en cuenta y preverse en el mismo testamento.

2.º Amplitud objetiva del U. U. En régimen de sociedad de gananciales —sistema económico que en la práctica es normal que rija en el matrimonio dado el escaso otorgamiento de capitulaciones en Galicia— hay que tener en cuenta que la mitad de los bienes gananciales corresponden al cónyuge supérstite al disolverse el matrimonio (artículo 1.392 del Código civil); el U. U., por tanto, recae sobre la mitad restante de los gananciales y sobre lo que constituye herencia

(11) La terminología es de FRAGUAS MASSIP, Ramón en su Conferencia pronunciada sobre el tema en la Academia Matritense del Notariado. Véase también su estudio “El usufructo de empresa”; en el volumen sobre “Problemática Jurídica actual de la empresa”. Publicaciones del Ilustre colegio de abogados de Valencia, pág. 81 y siguientes.

por el mismo causada. Así lo establece la Compilación aragonesa (“sobre todos los bienes del que primero fallezca, salvo pacto...” artículo 72) y el Derecho navarro, según el criterio de la Recopilación privada de 1966 (“sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento... excepto...” Leyes 212 y 215).

Ahora bien, hay que convenir con Abraira López en que en la realidad el U. U., al caracterizarse por el fin conservativo del patrimonio familiar, el cónyuge viudo no dispone de bien propio alguno salvo forzadas contingencias y necesidad sobrevenida (12); es decir que el cónyuge viudo *se siente* usufructuario de todos los bienes, incluidos los que por gananciales le corresponden e incluso sus bienes ya propios y privativos desde un primer momento por no haber integrado nunca la masa ganancial (capital del marido, parafernales o dotales inestimados de la mujer) para en su día pasar definitivamente a los hijos, limpios los bienes del usufructo conservativo que el supérstite mantuvo en vida en beneficio de la familia.

3.º Prohibiciones: Pueden ser varias las prohibiciones establecidas en el testamento para configurar y modelar un auténtico U. U. V., logrando la finalidad conservativa del patrimonio y garantizadora de la posición familiar del cónyuge supérstite propuesta. A nuestro juicio merecen especial estudio las siguientes:

A) Prohibición de verificar la partición de herencia mientras vive el cónyuge viudo.—Con el fin de que la familia no pierda su coherencia y unidad es frecuente en la práctica tal cláusula testamentaria.

La base legal actual se encuentra en el artículo 1.051 del Código civil, pero no es lo suficientemente firme el apoyo, debido a que el mismo precepto permite la división por alguna de las causas de extinción de la sociedad civil, con lo que conforme al artículo 1.707, en relación con el 1.700, número 4.º, cualquier heredero puede reclamar la partición si existe “justo motivo” a juicio de los Tribunales. Por otra parte, si bien es cierto que el Tribunal Supremo ha admitido la prohibición de dividir impuesta por el testador mientras viviere su mujer (Sent. 12 diciembre 1958), parece claro que existiendo legítimos la prohibición de dividir no puede imponerse sobre la legítima por constituir una limitación sobre ella, contraria al principio de intangibilidad cualitativa (art. 813, párrafo 2.º, fundamentalmente), a no ser que —como apunta Lacruz Berdejo— se consiga el efecto querido mediante el establecimiento testamentario de la “cautela Socii” (13). En resumen, que lo conveniente es que la ley permita conseguir el plausible fin conservativo y garantizador antes señalado permitiendo expresamente sin más que el testamento imponga la prohibición de partir la herencia si en el caso concreto se estima conve-

(12) Obra cit.; págs. 98 y 105 especialmente.

(13) Derecho de Sucesiones. I. Bosch. Barcelona 1971, pág. 211.

niente, evitando frenos y trabas que puedan hacer inviable el justo querer del matrimonio en beneficio del patrimonio familiar y su adecuado mantenimiento, sin fraccionar posibilitando su control por el cónyuge superviviente. El dato cierto de que la mayor parte de las particiones hereditarias no se practican hasta después de muerto el cónyuge viudo, confirma lo expuesto.

B) Prohibición de disponer el usufructuario de su derecho de usufructo: el usufructo legal viudal, la cuota legal usufructuaria regulada por el Código civil tiene un valor económico y constituye un derecho perfectamente enajenable e hipotecable; la naturaleza familiar y el fin conservativo-garantizador del U. U. V. en Galicia hace en general poco pensable la disponibilidad de tal derecho, sobre todo en el supuesto de existir hijos. De ahí, que los Derechos forales que regulan el U. V. establezcan su inalienabilidad (el artículo 83, número 1 de la Compilación de Aragón es buen ejemplo de esto). En la práctica no suele pasar por la imaginación del cónyuge viudo la posibilidad o no de disponer de su derecho, de enajenarlo o gravarlo, pero no está de más que lo prevea la norma jurídica si quiere plasmar fielmente las características de este instituto familiar.

Distinto a lo expuesto es la posibilidad de renunciar el usufructuario a su derecho una vez adquirido, en el transcurso de su vigencia y ello ya sea de forma total o bien parcialmente (por ejemplo, caso de querer enajenarse uno de los bienes libres del usufructo viudal). Esto es perfectamente lógico y la realidad nos muestra lo normal de la renuncia ante la insinuación en tal sentido por los herederos.

4.—Régimen jurídico del U. U. V.

Si con una visión meramente dogmática y formal calificáramos al U. V. sin más de usufructo, la consecuencia sería clara: su regulación jurídica dependería primero de lo establecido en testamento, en su defecto —ante el actual silencio de la Compilación gallega— del Código civil (art. 467 y ss.). Un estudio de la institución que cale hondo en su fundamento y razón de ser, en el juego de intereses que se centran en su alrededor, en la situación fáctica que viene a promover la conveniencia, e incluso la necesidad, de su ordenación testamentaria, tiene que llegar a la conclusión de la especialidad del U. V., de su peculiar idiosincrasia: facultades y derechos más extensos que en el usufructo normal por un lado, límites y prohibiciones específicos impensables en un usufructo corriente moldean esta singular figura. Por ello, sin ánimo exhaustivo, vamos a exponer a continuación algunos de los aspectos más relevantes del contenido jurídico del U. U. que nos ayuden a dibujar el perfil exacto del instituto:

A) Derechos del usufructuario.—A mi juicio merece dedicarse atención especial a los siguientes posibles derechos:

a) Derecho a tomar por sí posesión del legado de usufructo, desde el momento de fallecer el testador, sin necesidad por ello de

pedir su entrega al heredero, o en su caso, al albacea o al contador partidor, que haya sido facultado para entregar legados.

Conforme al Código civil (art. 885) y Reglamento Hipotecario (artículo 83, reformado por Decreto 17 de marzo 1959) el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, teniendo que solicitar la entrega conforme a lo antes expuesto. Es claro que como el usufructuario tiene, para hacer realmente efectivo su derecho, que poseer las cosas objeto del usufructo, habrá de cumplir lo legal o en su caso reglamentariamente preceptuado. Contra esto se ha alegado por la doctrina que el artículo 885 admite la disposición contraria del testador, pero a su vez, esta permisión presenta dificultades de realización práctica si existen legitimarios: en efecto, una reciente Resolución de la D. G. R., de 25-V-1971, priva de eficacia a la autorización testamentaria existiendo legitimarios, haciendo necesaria su presencia a fin de que no puedan resultar sus derechos desconocidos o vulnerados, respetando así la integridad de las legítimas.

Es evidente que el fin familiar y protector al cónyuge del U. U. no debe permitir posibles condicionamientos derivados de legítimas: desde el momento de fallecer un consorte debe el supérstite con derecho de U. U. V. poder tomar posesión por sí de los bienes hereditarios al efecto de efectivizar su derecho, sin perjuicio de la exigencia de inventario y fianza. De ahí que en el estado actual legislativo la realidad demuestra la frecuencia de la cláusula testamentaria autorizadora (a pesar de la posición del Código civil y su interpretación por la jurisprudencia cautelar) y el artículo 79 de la Compilación aragonesa lo establece expresamente.

b) Derecho de optar entre el U. U. V. o recibir el tercio de libre disposición en pleno dominio además de la cuota viudal legal (normalmente el usufructo recayente sobre el tercio de mejora).

En el caso de que el cónyuge concurra a la sucesión del causante con hijos o descendientes legítimos del matrimonio, su legítima consiste en el usufructo del tercio de mejora, conforme al artículo 834 del Código civil; es claro que en tal supuesto, al consistir la legítima de aquéllos en dos tercios, el testador puede disponer del tercio libre en favor del cónyuge viudo. Pues bien, la facultad de optar o elegir antes expuesta la establece el Código civil en el artículo 820, número 3.º en favor de los legitimarios y es aplicable cuando el legado consiste en el U. U. V., pero es dudoso que resulte eficaz tal facultad electiva si, con el Código civil delante, se concede por el testador al cónyuge viudo y los legitimarios no están conformes con la elección de aquél: ¿*quid iuris* si el cónyuge elige el tercio libre *más* el usufructo legal, mientras que los legitimarios pretenden escoger, sobre la base del artículo 820, número 3.º, que el cónyuge disfrute de la herencia en su totalidad?; ¿*quid* en el supuesto contrario de elección por el supérstite del U. U., ante la pretensión por los hijos de entregar al legatario el tercio libre con arreglo al precepto citado?

Como vemos, la dificultad es clara. Pero a pesar de ella empieza

a ser frecuente el legado alternativo en favor del cónyuge en la forma expuesta, y ello, con el fin de robustecer su posición económico-jurídica familiar posibilitando la enajenación de bienes caso de necesidad o utilidad manifiesta y minorando la virulencia de los derechos de los hijos como legitimarios. Pues bien, la norma jurídica debe posibilitar cualquier medio que redunde en beneficio del cónyuge, en favor de una ampliación de derechos y posibilidades de elección; el indicado puede ser uno de ellos. La regulación legal de tal facultad electiva parece pues sumamente conveniente dadas sus ventajas y lo aleatorio de su efectividad actual si se plasma en testamento ante la postura del Código civil; ello, además, sin necesidad de verificar una reforma de fondo del sistema legitimario, pues al establecer la posibilidad de que testamentariamente se regule queda flexibilizado el sistema de legítimas en un aspecto tan necesitado como el de las relaciones sucesorias de cónyuge-hijos.

c) Derecho de renunciar al U. U. V.—Advirtamos ante todo, que el supuesto es diferente al que antes estudiábamos: una cosa es que se conceda testamentariamente al cónyuge la facultad de optar entre el U. U. o bien la parte de libre disposición, además de la cuota legal usufructuaria, y cuestión bien distinta es la que ahora planteamos como interrogante: si dispuesto el U. U. V. sin más, puede el cónyuge elegir la legítima viudal, en lugar del U. U. deferido testamentariamente a su favor.

Pensar en el “todo o nada” puede resultar atractivo si se lleva a sus últimos extremos y consecuencias el fin y la idiosincrasia propia de la institución universal; pero piénsese en la distinta configuración legal del usufructo legitimario, limitado en su ámbito objetivo pero configurado como un valor patrimonial puro y por ello perfectamente transmisible y no sujeto a causas de extinción de índole familiar: puede por ello, sopesando pros y contras, convenirle al viudo este último usufructo más que el U. U. V. con su complejo activo pero también de limitaciones, prohibiciones y causas extintivas. No vemos, pues, razones convincentes suficientemente concluyentes para mantener una postura cerrada, negando al supérstite la facultad de elegir y decidirse por una de las dos vocaciones existentes: la voluntaria o la legal. Con ello en puridad no es que renunció al U. V., sino que opta o elige la cuota legitimaria, vocación o llamamiento directo y positivo verificado por la ley en su favor (14).

d) Derecho de disposición onerosa de bienes concedida al cónyuge en determinados casos y con limitación en su amplitud objetiva.

En el U. U. V. es éste, sin duda, uno de los aspectos de más difícil solución, pues el desacierto en su orientación y tratamiento puede

(14) Queda sólo apuntada la idea, sin entrar más en el controvertido problema de la naturaleza jurídica del llamamiento del cónyuge viudo como legitimario en el régimen del Código civil profundamente estudiado por autores como VALLET DE GOYTISOLO, CÁMARA ALVAREZ y LA CRUZ BERDEJO muy recientemente.

desequilibrar el juego de intereses que lógicamente mantienen las partes interesadas en la sucesión.

No es infrecuente que los cónyuges quieran legarse el U. U. y además "si lo necesita, que pueda vender", y la dificultad de plasmar esta pretensión es clara ante la existencia de legitimarios; aun concretando la facultad dispositiva a bienes cuyo valor no supere el tercio de libre disposición, en concurrencia con descendientes legítimos, a éstos ningún aliciente se les concede para que puedan optar por el primer término de la facultad alternativa que el artículo 820, núm. 3.º les concede, o sea, cumplir la disposición testamentaria, puesto que el cónyuge viudo puede disponer del tercio libre. Claro es que normalmente los hijos no se guían en este caso por miras exclusivamente económicas, pero misión del jurista es orientar el juego de intereses hacia la solución más segura, menos pendiente de posibles ataques o impugnaciones basadas en el rígido principio de intangibilidad legitimario del Código civil.

La solución puede hallarse en la concesión al viudo del derecho de elegir entre el U. U., o por el contrario, la legítima del Código civil, más reducida, y el tercio libre en pleno dominio, pero la realidad demuestra que no siempre resulta la respuesta más apta, si lo que se quiere es mantener la cohesión y unidad del patrimonio familiar en manos del cónyuge viudo para cuyo medio el U. U. es instrumento adecuado.

En definitiva, se hace necesario dar flexibilidad al supuesto planteado: si la norma posibilita que en caso de evidente necesidad o de utilidad manifiesta puede disponer el supérstite de bienes cuyo valor quepa en la parte de libre disposición, dejando la apreciación de la existencia de necesidad o utilidad al justo arbitrio del legitimado, creemos que resuelve una situación que hoy por hoy no tiene tratamiento adecuado. Que luego de la enajenación —onerosa sólo sin duda— si hay sobrante después de satisfecha por el supérstite la necesidad motivadora de la enajenación, éste queda afecto, por subrogación real, a la masa hereditaria, es evidente; que falle el justo arbitrio del viudo, enajenante sin causa real de necesidad o manifiesta utilidad, abusando de su posición jurídica, queda a resultas de impugnación por los herederos y debida prueba. Solución, pues, similar a la del fideicomisario cuando al fiduciario se le otorga la facultad dispositiva caso de necesidad o utilidad evidente, pero no a la seguida por la Compilación de Aragón, que exige en todo caso de enajenación del pleno dominio de bienes determinados, la concurrencia del viudo usufructuario con el nudo propietario (art. 83). Caso de que la disposición onerosa pretendida superase la parte de libre disposición, el consentimiento previo de los nudos propietarios asegura sus legítimos derechos.

B) Facultades del usufructuario.—El U. U. V. no es un usufructo normal; creo que va quedando clara la idea del fin conservativo a la vez de garantizador de la situación económica, tanto del

supérstite como del patrimonio familiar, De ahí la frecuencia con que los testamentos recogen aspectos peculiares, caracteres y perfiles del U. V., que lo separan del usufructo tal como viene concebido en el Código civil o podría regularse convencionalmente, ya por limitar facultades que son normales en un usufructo corriente, ya por conceder derechos que exceden por otro lado de los que delimitan el contorno jurídico activo del usufructo, regulado tan minuciosamente por los artículos 467 y siguientes del Código civil. Pues bien, aunque no de modo exhaustivo, sí queremos destacar algunas de las peculiaridades del U. U. V. tal como en Galicia es concebido.

a) Posesión.—Parece claro que el usufructuario, para poder disfrutar de modo efectivo de los bienes, tiene que poseerlos; la particularidad puede darse cuando el testador desee establecer, caso de existir establecimiento mercantil o agrícola constitutivo del patrimonio familiar, un usufructo *no gerencial* en favor del supérstite, esto es, limitado al derecho a recibir los frutos que la actividad lucrativa produzca, pero sin posesión efectiva del bien que se usufructúa, siendo el titular activo de la empresa otra persona, un hijo en la mayoría de los casos, como antes se apuntó. Caso de producirse esta situación debe plasmarse en el testamento.

b) Obtención de frutos, beneficios, accesiones y abono de expensas y de mejoras.—En principio, el régimen general del Código civil relativo al usufructo podría pensarse que es aplicable al U. U. V., sin deterioro de las características peculiares del mismo, y por tanto, teniendo en cuenta sólo algunas desviaciones. Pero llevar esta idea a la práctica implicaría desconocer la esencia íntima de la institución: como ha dicho Planck respecto al derecho del marido de obtener los frutos en el régimen económico-matrimonial, “el decir que es un usufructuario es *sólo la forma* en que adquiere él los frutos de los bienes aportados”; lo que el Código civil denomina usufructo —apunta Lacruz en tema de dote inestimada— “es simplemente una indicación del derecho del marido a percibir los frutos, así como una justificación de la aplicabilidad de parte de las normas del Código civil sobre el usufructo”; por su naturaleza el derecho del marido *no es el propio de un usufructuario*, de ahí que el abono de las expensas y mejoras hechas por él se rija por lo dispuesto en los preceptos que regulan los derechos del poseedor de buena fe (art. 1.368), con lo que prescinde de la severa regulación del usufructo. El marido puede, por tanto, —dice el mismo autor— variar el destino económico de las cosas dotales, desmontar un terreno inculto o destinado a bosque, dedicándolo a agricultura; variar el cultivo del que se halle en explotación; reconstruir; construir nuevos edificios o sobreelevar los antiguos; activar o abrir nuevas fuentes de agua, canteras, minas...; la mujer, sólo cuando el marido contravenga los criterios de una buena administración, perjudicando la integridad de los bienes usufructuados... podrá instar la adopción de medidas destinadas a mantener tales bienes en su integridad: medidas que, regularmente

habrán de ser las propias del usufructo, aplicadas aquí por analogía (15). ¡Qué lejos, pues, del rígido “salva rerum” propio de un usufructo puro!

Estimamos de perfecto encaje en la institución del U. U. V. lo que acabamos de transcribir: por su finalidad y carácter el U. V. no se compadece bien con la normativa general del Código sobre el usufructo con su rígido “salva rerum substantia” y forma; de ahí que tanto respecto al contenido activo como en cuanto a las cargas y obligaciones del U. U. necesite un propio tratamiento, ajustado a su íntima y peculiar razón de ser, a las necesidades y fines que está llamado a cumplir. En esencia y muy esquemáticamente, podemos apuntar que las líneas directrices del contenido activo del U. U. deben ser las siguientes:

a') Respecto a los frutos, deben pertenecer al cónyuge viudo en proporción al tiempo de duración de su derecho y ello sin distinción entre frutos naturales, industriales o civiles. Esta regla debe aplicarse igualmente a los gastos de producción u obtención de aquéllos.

El seguir la regulación del Código relativa al usufructo sin más nos llevaría al resultado injusto —por lo absurdo— de que si los frutos naturales o industriales están pendientes al extinguirse aquél, pertenecerían al propietario, el cual sólo tendría que satisfacer los gastos de producción (art. 472); y es que la regulación del usufructo, al contemplar el legislador un puro y esquemático “ius in re aliena”, siguiendo el modelo romano-francés, pecaría —de ser aplicado al U. U. V. que estudiamos —de frialdad, dando lugar a resultados contrarios al fin al que dicho instituto propende. De ahí el acierto, a nuestro juicio, de la Compilación aragonesa que respecto al punto que estamos tratando aplica el criterio de proporcionalidad a la duración del U. V. (art. 84, regla 1.^a), a diferencia de la Recopilación navarra de 1966 que se remite a las disposiciones generales del usufructo.

En resumen, pues, la conclusión justa debe partir de la idea de proporcionalidad al tiempo de duración del usufructo, al modo como lo hace el Código civil, sin distinguir, en materia de posesión de buena fe (arts. 451 y 452), y respecto a los frutos civiles tan sólo en materia de usufructo (art. 474).

Mentalizados con lo antes expuesto resulta perfectamente lógico, creemos, el que, como ocurre frecuentemente, se conceda en testamento, en la realidad gallega, la facultad del viudo de verificar cortas o talas de árboles “incluso por el pie”, facultad impensable en un usufructo químicamente puro ante la barrera y freno que supone el principio “salva rerum substantia”, recogido además específicamente en este punto concreto por el artículo 485 para prohibir el cortar árboles por el pie, excepto para reponer o mejorar alguna de las cosas usufructuadas y aun en tal caso, comunicando previamente al nudo propietario la necesidad de la obra.

(15) Derecho de Familia; Bosch, Barcelona 1963; pág. 369 especialmente.

b') En cuanto a las expensas y gastos realizados y a las mejoras obtenidas por el viudo usufructuario, también debe —por lo expuesto— ser de aplicación la normativa del Código respecto a los derechos del poseedor de buena fe (art. 452 y ss.; 456 y 458). Es también éste el criterio seguido por la tantas veces citada *Compilación de Aragón* (art. 84, regla 2.^a).

C) Obligaciones y cargas del usufructuario.—También en principio podría considerarse de aplicación el régimen legal general relativo al usufructo, pero aún en mayor medida que en el aspecto positivo o de facultades, tiene influencia en el negativo el carácter conservativo, en utilidad y beneficio de la familia, del U. U. V. Por ello el régimen normal general del usufructo viene alterado por las siguientes e importantes desviaciones que configuran en definitiva la naturaleza peculiar propia del U. V.

a) Formación de inventario y prestación de fianza.—Conforme al Código civil, caso de legítima viudal, el supérstite no tiene obligación de prestar fianza, salvo que contraiga ulterior matrimonio (artículo 492 en relación con el anterior, número 2.^o), *ergo*, sí tiene obligación de formar inventario, con los requisitos que establece el artículo 491, núm. 1. En el U. U. V., aun aplicando por idéntica "ratio" la exención de prestar fianza, la obligación de inventariar sí que es de aplicación y así lo tiene establecido el Tribunal Supremo (Sentencia 29 de mayo de 1965).

En la práctica, los testamentos suelen establecer la expresa exención de ambas obligaciones, lo que revela la completa confianza que el testador tiene en su consorte, pero de todos modos es innegable que los herederos pueden quedar de esta forma desamparados ante una gestión o acto abusivo del viudo incontrolable ante la falta de inventario o poco garantizado ante la inexistencia de fianza. Por ello la regulación legislativa del U. U. V. armonizando el entramado de intereses en juego haría bien en imponer la obligación (doble o única, a elección de quien puede exigirla) cuando lo exijan los herederos nudos propietarios. Así lo establece, por ejemplo, la *Compilación aragonesa*, (art. 80, núm. 2) mostrándose aún más riguroso el Derecho navarro, al menos en la *Recopilación privada* de 1966.

b) Atender y cuidar a los descendientes.—Parece absolutamente connatural al U. V. esta obligación; realmente se traduce en la obligación de prestar alimentos civiles o amplios a que se refiere el artículo 142 del Código civil. Ahora bien, ¿quiénes serán los alimentistas?; la cuestión conviene precizarla en el testamento caso de que existan varias clases de hijos o descendencia habida de dos o más matrimonios contraídos por el premuerto cónyuge. Con espíritu abierto y sumamente elogiabile, los Derechos aragones y navarro extienden el derecho de alimentos a los descendientes no comunes de aquél, si se encuentran en situación que justifique su obtención, lo que para caso de faltar la adecuada previsión testamentaria es conveniente que recoja el Derecho foral gallego.

c) Cuidar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia.—La finalidad conservativa en beneficio de la familia del U. V. hace que esta obligación sea de todo punto elemental: al igual que en los usufructos familiares (en caso de patria potestad, o dentro del matrimonio), el obtener los rendimientos, frutos y utilidades de los bienes usufructuados, implica un derecho y un deber a la vez; aparece entences clara la *funcionalidad* del U. U. V. Es claro que no podemos descender a pormenorizar con detalle los múltiples aspectos que esto presupone, pero sí cabe apuntar que el viudo no podrá por lo apuntado mantener los bienes que usufructúa improductivos: la casa sin habitar o alquilar, la finca rústica sin labrar y cuidar, la empresa sin atender debidamente o sin explotar, el local de negocio sin arrendar... (16). El derecho—deber de: “conservar útilmente”—considerando por tanto su dimensión justa si el jurista se percató del fundamento y razón de ser del U. V. Así lo han hecho los autores de la Recopilación navarra de 1966, estableciendo expresamente esta obligación (Ley 220, 1.º), sancionando su incumplimiento con la posibilidad de que se prive al cónyuge del U. V. (Ley 221, 2.º) y con idéntica “ratio” la Compilación de Aragón permite a los nudos propietarios que verifiquen indicaciones y advertencias al supérstite sobre la administración y explotación de los bienes y caso de que éste las desatienda, establece la posibilidad de acudir a la Junta de Parientes o a la autoridad judicial (art. 85).

No es frecuente que este importante aspecto se recoja en los testamentos otorgados en Galicia, por prolijidad, con lo que el fundamental derecho—deber de usufructuar, conservar útilmente y cuidar los bienes queda a la regulación del Código en materia de usufructo con su “salva rerum substantia” a todas luces insuficiente, por no encajar adecuadamente sus presupuestos en los del U. V. Por ello puede pensarse en la aplicación de la normativa legal sobre el poseedor: en tal supuesto el art. 457 distingue la posesión de buena y mala fe a efectos de responsabilidad por *pérdida* o *deterioro* de la cosa, y en el caso del poseedor de buena fe no le hace responsable de aquéllos, excepto si procedió con dolo. Aunque la doctrina se ha esforzado por aclarar la perplejidad que a primera vista produce la contemplación de un poseedor de buena fe que procede *con dolo*, es evidente la deficiencia de la regulación legal (17).

(16) Es claro, con todo, que sólo queda el tema apuntado. Como se dice en el texto, la obligación del viudo de cuidar y conservar los bienes en beneficio de la familia es innegable; ello hace que, por ejemplo, consideremos excesiva la legitimación del cónyuge para celebrar arrendamientos inscribibles o amparados por la legitimación protectora de arrendamientos rústicos y urbanos. El artículo 1.363. prohibiendo al marido dar en arrendamiento por más de seis años sin consentimiento de la mujer bienes inmuebles de la dote inestimada, es buena muestra de lo expuesto. Véase también el párrafo 2.º del precepto.

(17) Puede verse sobre el problema la opinión de Manresa, y recientemente el enfoque de Díez PICAZO en sus “Lecciones de Derecho Civil”... tomo III, volumen 1.º, pág. 166; y de PUIG BRUTAU en sus “Fundamentos de Derecho civil”, III, 1.º. año 1971, págs. 117 y 118 especialmente.

Dado lo anterior, la diligencia del buen padre de familia exigible en los usufructos familiares, deficientemente regulados también en el Código civil, parece que debe constituir el baremo para medir el derecho-función que estudiamos. En definitiva, parece clara la conveniencia de que la Compilación regale este aspecto tan fundamental, y ello podría ser con el tono ponderado de los Derechos aragones y navarro.

d) Gastos de conservación, reparaciones e impuestos.—En principio puede servir la regulación general del usufructo conforme al Código civil. Pero la frecuencia con que los testamentos recogen disposiciones como las de que: “todos los gastos relativos a reparaciones tanto ordinarias como extraordinarias a realizar en los bienes serán de cargo del usufructuario”, o “las contribuciones e impuestos recayentes sobre los bienes usufructuados serán de cuenta exclusiva del usufructuario”, nos indican que no nos encontramos ante un usufructo puro y llano. El hecho de que normalmente los bienes familiares van a permanecer en estado de conservación fructífera (sin enajenaciones salvo las muy útiles o las necesarias) unido al poder *real* del cónyuge supérstite sobre los bienes, superior al químicamente puro del usufructuario contemplado por el Código civil, justifica la frecuente inserción en testamento de la obligación de satisfacer impuestos, sin distinguir según recaigan sobre el capital o sobre los frutos (arts. 504 y 505), o de la relativa a reparaciones sin separar las ordinarias o puramente conservativas y las extraordinarias (arts. 500, 501 y 502).

Pues bien, acaso respecto a las contribuciones e impuestos —y arbitrio municipal de plus valía— deba en principio seguirse el sistema legal actual, permisivo además de disposición en contrario, claro es, pero en cuanto a las reparaciones el viudo al sentirse respecto a los bienes que usufructúa más que extraño, *dueño* mismo en el sentido realista del término y en beneficio, además, del capital familiar usufructuado, deben correr a su cargo toda clase de reparaciones y ello sin aplicación de la normativa del Código que contempla un auténtico “*ius in re aliena*” y no un usufructo de índole familiar (17 bis). En este sentido la Compilación de Aragón establece la obligación que estudiamos a cargo del usufructuario aunque limitándose al supuesto de que los nudos propietarios sean descendientes legítimos del matrimonio (art. 84, núm. 3), supuesto que desde luego es el normal para la existencia y razón de ser del instituto que estudiamos.

e) Deudas y cargas de la herencia.—Tanto las deudas del causante (deudas hereditarias) como las nacidas después y a consecuencia de la sucesión, no deben incidir definitivamente sobre el usufructuario. Como se apuntó ya con anterioridad, el artículo 510 del Código civil estableciendo el “podrá anticipar las sumas...” el usufructuario, tiene

(17 bis) No hay contradicción con lo que exponíamos *supra*: se siente usufructuario de todo a efectos de enajenaciones; se siente dueño de lo que usufructúa a efectos de hacer producir los bienes como si suyos fueran.

perfecta aplicación. No puede olvidarse que tarde o temprano los bienes pasarán a los herederos, que el U. U. V. tiene carácter de institución *puente*, finalidad conservativa del patrimonio familiar y garantizadora de la posición económica del cónyuge viudo; no existe razón de peso, pues, para hacer directa y personalmente *responsable* al cónyuge viudo de las deudas de la herencia; él a lo sumo *podrá anticipar* su pago, con derecho en tal caso de exigir del propietario su restitución, sin interés, al extinguirse el usufructo (art. 510).

Caso de que el usufructuario no verifique tal anticipo, la solución que el citado artículo 510 brinda en su párrafo 2.º: “podrá el propietario pedir que se venda la parte de los bienes usufructuados que sea necesaria para pagar dichas sumas, o satisfacerlas de su dinero, con derecho, en este último caso, a exigir al usufructuario los intereses correspondientes” parece satisfactoria, sin negar que cabría solucionar esta importante cuestión de modo diferente (como lo hace, por ejemplo, la Recopilación de Derecho foral navarro de 1966 en la Ley 220, apartado 5.º).

Extinción del U. U. V. En primer lugar, las causas de extinción del usufructo con arreglo al Código civil son aplicables con las debidas adaptaciones (art. 513). Pero la contextura jurídica del U. U. V., su finalidad y su carácter familiar, dan lugar a que existan otras específicas cuya frecuencia en las disposiciones testamentarias revelan el pensar de los cónyuges otorgantes. Aparte de la relativa al incumplimiento culpable o doloso de las obligaciones que el supérstite tiene como usufructuario, antes apuntadas, causa que recogen tanto la Compilación aragonesa (art. 68, núm. 5), como la Recopilación privada navarra de 1966 (Ley 22, 2.º), merecen resaltarse las siguientes:

a) Las nuevas nupcias.—El nuevo matrimonio del cónyuge viudo como causa extintiva debe entenderse implícitamente establecido al regular testamentariamente el U. U. V., con el carácter de condición resolutoria del mismo; no ya como sanción a las nuevas nupcias, sino como consecuencia natural del mismo, de conservación y de respeto a la memoria del difunto (fidelidad). El Código civil permite el que se legue el usufructo... por el tiempo que permanezca el titular... viudo, y también considera válida la condición resolutoria de no contraer... ulterior matrimonio impuesta al viudo o viuda por su difunto consorte (art. 793, párrafos 2.º y 1.º respectivamente), pero en el caso del U. U. V. debe considerarse por la razón señalada, que el nuevo matrimonio lo extingue sin necesidad de que se prevea expresamente en los testamentos, sino al contrario, permitiendo a lo sumo que el testador disponga que el nuevo matrimonio no lo extinguirá (en este sentido, el art. 86, 2.º de la Compilación Aragón y la Ley 224, número 4 de la Recopilación navarra de 1966).

b) La vida deshonesto o notoriamente licenciosa.—Desde siempre “la turpitud” se ha considerado causa de extinción del U. U. V. en las regiones forales; la razón es tan clara que huelga explayarla y actualmente se recoge esta causa en la Compilación aragonesa (ar-

título 86, núm. 3.º), plasmando el deber de fidelidad con prolongación después de la muerte.

c) Las causas que conforme al art. 855 del Código civil son justas causas de desheredación del cónyuge.

Es ésta, cláusula que suele emplearse en ocasiones en los testamentos y a nosotros nos parece conveniente tenerla en cuenta por su amplitud, pues incluye causas que son de indignidad para suceder (las de los números 2, 3 y 6 del art. 756), y causas que lo son de separación personal del matrimonio (art. 105), dando una configuración al U. U. que impone al titular una línea clara de conducta tanto en lo personal como en lo familiar, ya sea en las relaciones con su consorte o con sus hijos. Estimamos pues loable su inserción en la ley como causa extintiva del U. U. V. Ahora bien, ¿*quid* caso de extinción? En tal supuesto los efectos son los generales, propios de la extinción de este derecho viudal, pero podría plantearse el problema respecto a la cuota legal usufructuaria: es decir, ¿puede entenderse que al extinguirse el U. U. V. vivo y en funcionamiento, puede afectar a lo que al cónyuge viudo le corresponde por legítima conforme al Código civil, con los que caso de concurrir con descendientes legítimos conserva en tal supuesto el usufructo del tercio de mejora? A nuestro entender, la contestación afirmativa si bien podría resultar impecable en el puro terreno teórico-abstracto, implicaría en la realidad viva del U. U. V. desconocer su esencia y juego íntimo de efectivización: la Ley otorga al cónyuge un usufructo distinto, según con quienes concurra a la sucesión del premuerto, pero el testamento le concede el U. U. en el que va ya implícitamente satisfecha, claro es, la cuota legal usufructuaria. Aceptando el supérstite el U. U. V. lo acepta con todas sus consecuencias y por ello borra la posibilidad de elegir la cuota legitimaria. Es claro que pérdida ésta su sustantividad, no puede luego renacer cuando se produce a posteriori una causa extintiva del U. U. Lo contrario sería “jugar con dos barajas” en un terreno realista y en el plano jurídico desconocer el mecanismo propio de las dos vocaciones o llamamientos, uno de los cuales aceptó el supérstite con todas las consecuencias posteriores.

RESUMEN FINAL Y CONCLUSIONES DEFINITIVAS

Estamos llegando al final del presente estudio, y ello no por falta de material problemático que tratar, sino porque el fin propuesto de dar una visión que abarcara los aspectos fundamentales del U. U. V. y su vigencia específica en la realidad gallega creo que está cumplido. Ahora bien, parece conveniente en este momento, que a modo de resumen sintetizador de lo expuesto hasta aquí apuntemos una fórmula de U. U. V. empleada por nosotros en los testamentos autorizados profesionalmente, fórmula, desde luego, de valor relativo por doble motivo: por ser personal y por constituir un modelo típico y, por tanto, mo-

dificable según las circunstancias de cada caso concreto que se plantea en la práctica.

La fórmula es fruto tanto de mi experiencia profesional en Galicia (Puente Caldelas y Redondela en la provincia de Pontevedra; actualmente en la ciudad de Orense) y fuera de ella (zonas de la provincia de Jaén), como de las ideas y experiencias obtenidas gracias al estudio de los Protocolos notariales y a las orientaciones de ilustres juristas—muchos de ellos compañeros de profesión— y que con el paso del tiempo producen en armónica simbiosis con el trabajo profesional diario, el que surjan este tipo de fórmulas que son suma y compendio, apretada síntesis de estudio y de trabajo (18). La fórmula apuntada es la siguiente: “Lega el usufructo universal de todos sus bienes y derechos a su esposo (a)..., mientras se conserve viudo y viva honestamente, relevándole de formalizar inventario y prestar fianza y facultándole para tomar por sí posesión del legado. Si alguno de los herederos forzosos exigiere su legítima perderá la parte que le correspondiere en los tercios de mejora y libre disposición, acreciendo a los demás herederos que estuvieren conformes. Y si todos ellos impugnaren este legado con éxito y exigieren su legítima, quedará automáticamente convertido el mismo en legado en favor del esposo (a) del tercio de libre disposición en pleno dominio, además de la cuota en usufructo que le corresponda por legítima”.

Es claro que, como antes se apuntaba, la fórmula es susceptible de alteraciones para adecuarla a cada caso concreto. A vía de ejemplo, dado que toda modificación requiere un previo examen de las circunstancias personales, familiares y sucesorias del testador en cada supuesto que la realidad plantea, podemos señalar cómo las más corrientes las que siguen:

1. Suprimir las circunstancias relativas a “mientras se conserve viudo y viva honestamente” o mejor aún, establecer que aunque se contraiga nuevo matrimonio el U. U. V. subsistirá.

2. Añadir la facultad de disponer a título oneroso de bienes cuyo valor no supere el de la parte de libre disposición, por causa de utilidad o de necesidad (19). Sobre este punto nos remitimos a lo que se dijo con anterioridad.

(18) Los Protocolos examinados son fundamentalmente los de diversas Notarías de Valencia (servidas por queridos compañeros actualmente: Sapena Tomás, Monet Antón, Motta Monreal, Marco Baró...). Se han tenido en cuenta además las fórmulas contenidas en los testamentos autorizados durante los últimos veinticinco años en las villas donde hemos ejercido profesionalmente y hoy de la ciudad de Orense, así como las contenidas en estudios y monografías sobre el tema de Dávila García, Nart Fernández, Fuentes Torre-Isunza, Paz Ares, Gitrama González...

(19) Concretamente NART FERNÁNDEZ en su fórmula de legado del U. U. V. apunta la siguiente: “durante la vigencia del U. U. V. podrá enajenar bienes cuyo valor quepa en la parte de libre disposición, por causa de utilidad o necesidad que habrán de apreciar los albaceas presentes con cuyo concurso habrá de verificarse la enajenación en tal caso y la percepción, retención y reinversión

3. Conceder la facultad optativa que actualmente regula el artículo 820, núm. 3, del Código civil, al cónyuge viudo. Como antes se apuntó, la peligrosidad de tal fórmula testamentaria es evidente hoy por hoy, mientras la ley no se modifique en este sentido.

4. Establecer la posibilidad de disposición del derecho de usufructo universal, con o sin limitación de causas y circunstancias.

5. Regular expresamente la preferencia del legado de U. V. respecto a cualquier otro ordenado en el testamento (recuérdese el orden de pago de legados que establece el artículo 887 del Código civil).

6. Modificar en más o en menos las causas de extinción del U. U.; por ejemplo, establecer claramente que el U. U. se extinguirá además de por las causas generales de extinción del usufructo, en lo que sean de aplicación, por renuncia, nuevas nupcias o por algunas de las causas establecidas por el artículo 855 del Código civil.

De este modo los testamentos notariales constituyen el molde donde la voluntad de los testadores que quieren conservar el patrimonio familiar y garantizar la situación de su consorte tiene adecuada plasmación. Mediante el apuntado tipo de fórmulas se persigue cumplir tan noble fin. Pero—repetámoslo una vez más—dada la problemática existente, el silencio de la Compilación y la postura rígida del Código civil, parece llegado el momento de que aquélla regule la institución del U. U. V., figura que la experiencia diaria demuestra que sigue viva por satisfacer una necesidad real y por ende que cumple su función con provecho. La Ley, pues, debe recogerla en su seno y no volverle la espalda.

Y con lo apuntado vamos a cerrar el presente estudio con las siguientes

C O N C L U S I O N E S

1.^a El usufructo universal de viudedad es una institución viva. Mediante él se quiere conservar indiviso el patrimonio familiar hasta el fallecimiento del cónyuge superviviente, así como garantizar la independencia de su posición económica. Por ello, el U. U. V. constituye, en Galicia y fuera de ella, una auténtica realidad que el Notariado atestigua diariamente.

2.^a Su naturaleza es genuinamente familiar, comenzando a efectivizarse el instituto al fallecer el primer cónyuge. En la región gallega no se concibe el derecho expectante de viudedad, a diferencia del Derecho aragonés.

del precio si la causa fuere la utilidad". Véase la pág. 228 de su valioso "Formulario para la práctica notarial", dado a la luz durante su actuación profesional en la provincia de Pontevedra, en 1.951.

3.^a El usufructo viudal es una instituci3n con propia personalidad: la semántica de la palabra "usufructo" no debe oscurecer la idiosincrasia y caracteres genuinos del U. U. Derechos, facultades, deberes, cargas y obligaciones distintos o con acusadas matizaciones, respecto al usufructo puro, aut3ntico "ius in re aliena", enmarcan la figura estudiada, revelando su perfil propio, peculiar,

4.^a Los derechos del c3nyuge como usufructuario por causa de viudez deben configurarse paralelamente a los del poseedor de buena fe (frutos, gasto y mejoras fundamentalmente); sus obligaciones y cargas, percibiendo el fin propio de la instituci3n viudal: de ah́ la obligaci3n de cuidar y atender a los descendientes, la relativa a los gastos propios de los bienes o la de cuidar los bienes con la diligencia propia de un buen padre de familia, por ejemplo. El caráctcr *funcional*, de derecho-deber del U. U., matiza de tal forma el contenido activo y pasivo del instituto que le imprime personalidad propia alejada del ŕgido "salva rerum substantia... y forma" propio de un usufructo puro, normal.

5.^a La expresada peculiaridad del U. U. adquiere matizaci3n especial en la regi3n gallega, debido a factores que se dan acusadamente en la misma: abundancia del pequeñu patrimonio rural, frecuente emigraci3n del c3nyuge var3n, existencia de abundante descendencia en el matrimonio, normalmente de corta edad... Por ello, aunque los testamentos notariales se esfuerzan por dibujar las características esenciales del U. U. y su adecuaci3n a cada caso real concreto, el hecho de la existencia de preceptos que en el C3digo civil regulan ŕgidamente el derecho de legítima de los llamados herederos forzosos, unido a la imprecisi3n del art́culo 820, n3mero 3.º del mismo Cuerpo legal, hacen sumamente conveniente que desaparezca el actual silencio de la Compilaci3n gallega respecto al U. U. V. Regulada ademáa la Compañía familiar, aparece clara la existencia de una vinculaci3n, que la muerte no debe romper, en beneficio del patrimonio por la familia unida formado. La circunstancias legislativas actuales empero, hacen que el U. U. V. se vea en ocasiones imposibilitado para cumplir su noble misi3n conservativa, su alta finalidad familiar.

6.^a Por todo lo expuesto, creemos absolutamente conveniente que la Compilaci3n gallega regule el U. U. V., marcando las líneas maestras del instituto, al modo como lo hace, por ejemplo, la Compilaci3n aragonesa o las Recopilaciones privadas de Derecho navarro (20), es decir, con flexibilidad, permitiendo moldear el U. V.

(20) Aparte de la Recopilaci3n privada de Derecho navarro de 1966, citada profusamente en el texto, existe un Anteproyecto de Compilaci3n de 1972 fruto del estudio realizado en colaboraci3n por Garća Granero Fernándeaz, Nagore Yarnoz, Alvaro D'Ors, L3pez Jacoiste, Aizp3n Tuero, Arregui Gil, Santamaría Ansa y Salina Quijada. En él la regulaci3n del U. U. V. es similar, en lo sustancial, a la de la Recopilaci3n de 1966 (Leyes 253 a 266). Ademáa de las ci-

adecuándolo a cada caso concreto que la realidad presenta, por medio del testamento, y en su caso por el pacto posterior entre los interesados en la sucesión *mortis causa* del primer consorte.

tadas regulaciones es de resaltar la que existe en la Compilación catalana de 1960: la del usufructo abintestato en favor del cónyuge viudo a quien su difunto consorte no le hubiese otorgado disposición alguna por causa de muerte (usufructo universal si los herederos abintestato no son descendientes o ascendientes legítimos del difunto, artículo 250). Los juristas que han estudiado el instituto señalan su carácter peculiar, un usufructo del tipo de regencia, concedente al cónyuge viudo de una poderosa facultad de administración del patrimonio familiar (Roca Sastre, Faus Esteve, Porcioles Colomer...). Como vemos, la Ley ha entendido que si se dan las circunstancias que previene, debía establecer un usufructo en favor del supérstite amplio y de matiz familiar; ejemplo que debería tomar el Código civil para el supuesto de falta de disposición en favor de aquél por medio de testamento. Puede verse una exégesis del artículo 250 de la Compilación con abundantes citas bibliográficas en CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil Español...", tomo VI, vol. III, séptima edición, revisada y ampliada por DE LOS MOZOS, 1971, pág. 211 y ss. Nosotros nos hemos limitado a señalar el supuesto y lo que representa con vistas a un futuro Código civil de carácter general. Actualmente existe ya Compilación de Derecho civil en Navarra, de 1 de marzo de 1973. La regulación que efectúa del "Usufructo de fidelidad" (Leyes 253 a 266) es similar en esencia a la de la Recopilación privada de 1966, cuyas disposiciones hemos recogido en el texto del presente estudio.

Por encontrarse ya redactado este trabajo, tampoco se citan en el texto los estudios de CASASÚS HOMER: "El usufructo universal viudal, en concurrencia con hijos menores de edad", publicado recientemente en la Revista de Derecho Notarial, y JARDI CASANY que en su estudio de Derecho foral catalán estudia profundamente "El usufructo de regencia" (Bosch, 1971). Creo sumamente conveniente para el estudioso de la institución el examen comparativo de lo contenido en esta monografía con lo que nosotros exponemos en el presente estudio al efecto de extraer las líneas básicas del instituto, sus perfiles fundamentales y los caracteres con que consuetudinariamente por un lado; y en los testamentos notariales, fieles traductores de la realidad viva, por otro, aparece el U. U. V. en las distintas regiones españolas.

Las obligaciones divisibles e indivisibles

Rodrigo BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO

SUMARIO: 1. Concepto.—2. Historia.—3. Divisibilidad natural de las obligaciones: A. Obligaciones de dar. B. Obligaciones de hacer. C. Obligaciones de no hacer. D. Obligaciones complejas. E. Conclusión.—4. Inaplicabilidad de la divisibilidad de los derechos a esta materia.—5. Indivisibilidad convencional de las obligaciones.—6. Régimen jurídico de las obligaciones divisibles.—7. Régimen jurídico de las obligaciones indivisibles.—8. La divisibilidad de las obligaciones sin pluralidad de sujetos.

1. CONCEPTO

Mientras que la doctrina española suele estudiar este tipo de obligaciones entre las modalidades derivadas del objeto de las mismas, la doctrina extranjera coloca su estudio entre las modalidades derivadas de la existencia de una pluralidad de sujetos. En principio existen razones para justificar ambas posturas. Si atendemos al criterio de distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles, es evidente que éste radica en las prestaciones que son contenido de la obligación. Pero si atendemos a los efectos derivados de esta clasificación de las obligaciones, veremos que se producen fundamentalmente en conexión con la existencia de una pluralidad de acreedores o de deudores.

Cierto que la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación resulta también relevante aunque no exista tal pluralidad de sujetos. Pero la problemática que plantean tales casos es menos densa y compleja y, además, totalmente distinta. Tan es así, que normalmente la doctrina se ocupa única y exclusivamente de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones en relación con la pluralidad de sujetos, desentendiéndose del caso de singularidad del acreedor y del deudor, y relegando las cuestiones derivadas de éste al estudio de los supuestos de extinción parcial de las obligaciones (1). Con lo que

(1) "... se trata de los efectos, empezando por dejar a un lado el caso de que en la obligación haya un solo deudor y un solo acreedor, respecto del cual el carácter divisible o indivisible de las obligaciones nada significa, por estar decidido que ni el acreedor podrá obligar al deudor ni éste a aquél, a

la doctrina se limita en este punto a ajustarse a una exégesis del propio Código civil. Ya que los únicos tres preceptos sustantivos que expresamente recoge sobre esta materia — los artículos 1.138, 1.139 y 1.150— se refieren a una pluralidad de sujetos.

Así pues, aunque, siguiendo a nuestra doctrina, se estudien las obligaciones divisibles e indivisibles entre las modalidades que puede adoptar la prestación, conviene no olvidar que su estudio se encuentra íntimamente unido al de las obligaciones con pluralidad de sujetos (2). En efecto, el Código civil prevé respectivamente en los artículos 1.137, 1.138 y 1.139 tres regímenes para los supuestos de pluralidad de sujetos, según que la obligación sea solidaria, divisible o indivisible.

Una vez aclarada esta doble vertiente de la clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles, podemos entrar directamente en el criterio de dicha clasificación, es decir, en el concepto de uno y otro tipo de estas obligaciones. El criterio generalmente recogido para aceptar la divisibilidad de una obligación es el de atender a la divisibilidad de su cumplimiento, es decir, de la ejecución de la prestación que forma su contenido. Lo que se mide por la indiferencia del acreedor ante la posibilidad de cobrar su crédito de una vez o fragmentariamente. Esto depende de que el acreedor reciba

la prestación parcial de la cosa o hecho convenido (art. 1.157)". MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*. T. XIX. Madrid, 1904. Vid. p. 803.

"Sólo cuando los acreedores o deudores son varios es cuando la divisibilidad de las obligaciones tiene importancia...". Vid. p. 806 del mismo.

"Como vamos a ver acto seguido, lo primero que dispone la ley es que la divisibilidad o indivisibilidad sólo merece consideración especial cuando se trata de obligaciones pluripersonales". PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*. T. I. Vol. II. Barcelona, 1959. Vid. p. 247

En el mismo sentido, Vid. BARASSI, *Istituzioni di Diritto Civile*. 4.^a ed. Milano, 1955, p. 435; BORRELL Y SOLER, *Derecho Civil Español*. T. III. Barcelona, 1955, p. 105; BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*. Trad. por J. Simo Bofarull. México, 1946, p. 282; CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. III. 10.^a ed. Madrid, 1967; COLÍN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de Droit Civil*. T. II. París, 1959, p. 975; DEKKERS, *Précis de Droit Civil Belge*. T. II. Bruxelles, 1955, p. 259; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil*. Vol. III. 3.^a ed. Madrid, 1970, p. 60 y pp. 100-101; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*. Reimpresión de la ed. de 1937. París, 1965, p. 431; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de Obligaciones*. Madrid, 1960, p. 159; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II. 1.^o Vol. París, 1962, p. 775; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. 7.^a ed. Vol. II. Milano, 1947, pp. 455-456.

Excepción relativa a esta postura general es la adoptada por Díez-PICAZO: "como línea directriz, debe mantenerse, a mi juicio, la idea de que la indivisibilidad no es, en el Derecho español, una categoría especial de la obligación con pluralidad de partes o de sujetos, sino una característica de la obligación derivada de la configuración que debe darse a la prestación". *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. I. Madrid, 1970. Vid. p. 504.

(2) "la relación que guardan los preceptos relativos a la mancomunidad y los de la presente sección, "Sección V: De las obligaciones divisibles y de las indivisibles", es muy estrecha, y si no acudiéramos constantemente a los primeros en el comentario, no comprenderíamos bien el alcance del artículo 1.150, regla capital de la sección". MUCIUS SCAEVOLA, Op. cit. Vid. p. 804.

de ambas formas la misma satisfacción. Y en principio ese requisito requiere que la prestación (y, por ende, su ejecución) pueda fragmentarse en partes cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales, conservando además su valor económico. De manera que si, en su caso, sólo se cumpliera una de dichas partes, el acreedor obtendría una satisfacción proporcional a la satisfacción total que derivaría del cumplimiento total de la prestación (3). En principio, a cualquier acreedor le dará lo mismo recibir cincuenta mil pesetas de una vez que recibir dos entregas de veinticinco mil pesetas cada una, siempre y cuando las dos entregas estén muy unidas en el tiempo (dos momentos distintos de un mismo día, por ejemplo —a pesar del artículo 1.169 del Código civil—. Y en el caso de que sólo recibiese una de las entregas de veinticinco mil pesetas, obtendría una satisfacción equivalente a la mitad de la que correspondería al cobro de las cincuenta

(3) ALBALADEJO: "Las obligaciones se clasifican en divisibles e indivisibles, según que *en abstracto puedan o no ser cumplidas por partes iguales*, mediante el fraccionamiento de la prestación total en varias menores del mismo contenido y valor proporcional". *Derecho Civil—II—Derecho de Obligaciones. Parte General*. Barcelona, 1970. Vid. p. 36.

BLOMEYER: "Hier muss die Leistung in gleichartige Teile, und zwar nach Quoten, zerlegt werden können. Dies ist der Fall, "wenn ein beliebiger Leistungsteil seinem Wesen und Wert nach verhältnismässig (anteilig) der Gesamtleistung entspricht, d.h. sich nur der Gröse, nicht der Beschaffenheit nach von ihr unterscheidet". *Allgemeines Schuldrecht*. Berlin-Frankfurt, 1953. Vid. p. 33.

CLEMENTE DE DIEGO: "Si la prestación es susceptible de cumplirse por partes, de tal modo que no se altere esencialmente con esta distribución en partes, entonces es divisible la obligación; en otro caso, indivisible". *Instituciones de Derecho Civil Español*. Ed. revisada y puesta al día por De Cossío y Corral-Gullón Ballesteros. T. II. Madrid, 1959. Vid. p. 70.

CICALA: "L'obbligazione é divisible o indivisibile secondo che l'adempimento di ciascuna delle obbligazioni risultanti dal suo frazionamento procuri o no al creditore, proporzionatamente, la stessa utilità che sarebbe offerta dall'adempimento dell'obbligazione totale". *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968. Vid. p. 638.

ENCCERUS-LEHMANN: "Es divisible (la obligación) si puede ser realizada, sin alteración de su esencia o disminución de su valor, por varias prestaciones de contenido igual". *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Barcelona, 1954. Vid. página 21.

ESPÍN: "La prestación es divisible si puede ser realizada sin alteración de su esencia o disminución de su valor, por prestaciones parciales que se distinguen de la prestación total sólo cuantitativa y no cualitativamente". *Manual de Derecho Civil*. Vol. III. 3.º ed. Madrid, 1950. Vid. p. 58.

ESSER: "Eine Leistung ist teilbar, wenn sie ohne Wertminderung in mehrere gleichartige Teile zerlegt werden kann". *Schuldrecht*. I. 4. Aufl. Karlsruhe, 1970. Vid. p. 428.

HERNÁNDEZ-GIL: "La divisibilidad presupone que la prestación es susceptible de realizarse fraccionadamente, y que las partes o actos en que se descomponga estén en relación de proporcionalidad y homogeneidad respecto del todo". *Derecho de Obligaciones*. Madrid, 1960. Vid. pp. 157-158.

LARENZ: "Teilforderungen können naturgemäss nur entstehen, wenn die Leistung teilbar, d.h. ohne Wertverlust in nur mengenmässig unterschiedene, qualitativ aber gleichartige Teile zerlegbar ist". *Lehrbuch des Schuldrechts*. I. 8. Aufl. München-Berlin, 1967. Vid. p. 373.

mil pesetas. Tenemos, pues, un ejemplo de divisibilidad perfecta en las obligaciones pecuniarias.

Supongamos una finca con tres tipos de cultivo a los que se ha dedicado la misma superficie y que tienen el mismo valor. La divisibilidad de la obligación de entregarla no es posible porque, si bien se conserva su valor económico y las partes son cuantitativamente proporcionales al total, dichas partes no son cualitativamente iguales, por lo que no tienen por qué causar a su vez una satisfacción proporcional al acreedor.

Un conjunto de cincuenta perlas iguales necesarias para montar un collar puede dividirse en parte (hasta cincuenta) cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales al total. Sin embargo, fragmentadas, su valor total no se mantiene, ya que dicho valor se potencia por ser las cincuenta perlas el número justamente necesario para hacer un collar: sin él no se puede realizar y el valor disminuye. De ahí que la obligación de entregar esas cincuenta perlas no sea divisible. Si el acreedor no recibiese más que veinticinco de ellas, no obtendría el cincuenta por ciento del valor correspondiente al total.

La fragmentación de una piedra preciosa puede implicar tener que desperdiciar algunas de sus partes. En tal caso resulta claro que ni siquiera se cumple con el requisito de que las partes resultantes sean cuantitativamente proporcionales al total, aunque mantengan la igualdad cualitativa.

Finalmente, las piezas de un coche no son ni cualitativamente iguales al total, ni guardan proporción cuantitativa con él, ni tampoco conservan su valor. Se trata, pues, de un ejemplo extremo de indivisibilidad el de la obligación que recae sobre la entrega de un coche.

2. HISTORIA

Punto de partida forzoso para explicar la historia de esta clasificación de las obligaciones es la obra del francés Dumoulin, *Extrictio labyrinthi dividui et individui* (1562). Recogido su contenido esencial por Pothier, será esta segunda versión la que condicione directamente la regulación adoptada por los codificadores para esta materia. Por ello importa exponer resumidamente el estudio que Pothier realiza sobre las obligaciones divisibles e indivisibles en su *Tra-tado de las Obligaciones* (4).

Pothier relaciona la divisibilidad de las obligaciones con la de las cosas que son objeto de ellas. Pero no atiende a la divisibilidad física de dichas cosas, sino a la civil. Hay divisibilidad civil cuando la cosa puede ser dividida *materialmente* sin que se destruya su sustancia o esencia, o bien cuando puede ser dividida *intelectualmente* en par-

(4) *Traité des Obligations*, en Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle par M. Bugnet. T. II. París. 1848.

tes indivisas. Criterio que se extiende a las obligaciones de hacer y a las de no hacer siempre que estas sean susceptibles de un cumplimiento parcial. La imposibilidad de una división material o intelectual del objeto de la obligación determina pues la indivisibilidad de la obligación. Pero junto a esta *indivisibilidad natural o absoluta* de la obligación existe una *indivisibilidad relativa* de la obligación que no depende del objeto sobre el que recae. En efecto, aunque éste sea divisible, la obligación puede ser indivisible, en base a su configuración con relación a los intereses de las partes. Lo que vendrá dado no sólo por pactos expresos o tácitos, sino también por las circunstancias de la obligación.

Finalmente, existe un tercer tipo de *indivisibilidad con respecto al pago* cuando el pago dividido pueda lesionar los intereses del acreedor, o cuando alguna otra razón determine su unificación, aunque la obligación sea divisible de acuerdo con los dos criterios anteriores. Dentro de esta tercera categoría de obligaciones indivisibles, Pothier incluye todas las excepciones a los dos efectos fundamentales de la divisibilidad de las obligaciones, que son su efectiva división entre los herederos, tanto del deudor como del acreedor, y la consecuente posibilidad de un pago fraccionado de las mismas, de acuerdo con el principio romano de división *ipso iure* de las deudas del causante.

Estas excepciones (casos de indivisibilidad con respecto al pago) afectan unas a la división de las obligaciones entre los herederos del deudor y otras a la división del pago. Entre las primeras se enumeran los siguiente supuestos:

1.º Las deudas hipotecarias, en las que la indivisión de la hipoteca permite al acreedor cobrarse totalmente el crédito sobre el bien hipotecado.

2.º Las deudas de cosa cierta, que sólo afectan a los herederos del patrimonio en el que dicha cosa se incluye.

3.º En todo caso, los créditos de cosa cierta pueden exigirse en su totalidad a aquel de los herederos a quien haya correspondido la cosa (5).

4.º Lo que resulta aún más evidente para los supuestos en que la deuda consiste en la devolución de una cosa propiedad del acreedor.

5.º El heredero que haya dado lugar a la pérdida de la cosa responda del total de la deuda (6).

(5) "La raison qu'en rend Dumoulin, est que, quoique l'action qui naît de cette dette soit divisée contre chacun des héritiers du débiteur, néanmoins comme l'exécution de cette action doit se faire pour le total sur celui d'entre eux qui par le partage en est devenu seul possesseur, il s'ensuit qu'il peut être condamné à la délivrance de cette chose pour le total". POTHIER, op. cit. Vid. p. 155.

(6) "La raison se tire du principe de Dumoulin, qui est "que l'obligation principale *rem dividuam dandi*, est divisible à la vérité; mais l'obligation accessoire *praestandi bonam fidem et diligentiam*, qui y est jointe, est indivisible": chacun des héritiers est à cet égard tenu *in solidum*; *nec enim pro parte diligentia praestari potest*: d'où il suit que celui des héritiers qui y a

6.º) Uno de los herederos puede quedar obligado al pago total de la deuda (aunque los demás herederos sigan sujetos a su parte en ella), tanto por acuerdo, como por disposición testamentaria o consecuencia de la partición judicial.

Entre las segundas se enumeran estos tres supuestos:

1.º) Las deudas alternativas y las genéricas, puesto que, de lo contrario, cada heredero podría pagar con parte de cosas distintas (7).

2.º) Cuando así se haya pactado expresamente.

3.º) Cuando así cabe deducirlo de los intereses en juego de acreedores y deudores (8).

manqué, et par le fait ou la faute duquel la chose est périée, doit être tenu pour le total". (Vid. p. 156).

"A l'égard des autres héritiers qui n'ont concouru par aucun fait ni faute de leur part, à la perte de la chose due, ils sont libérés; car cet héritier est tenu de la dette, comme le défunt en était tenu. Le défunt aurait été libéré par la perte de la chose arrivée sans sa faute; l'héritier doit donc pareillement être libéré par la perte de la chose arrivée sans la faute du défunt, et sans la sienne propre. L'héritier est bien tenu des faits du défunt, puisqu'il succède aux obligations du défunt; mais il n'est pas tenu du fait de ses cohéritiers" (Vid. p. 156).

"Si on avait stipulé une peine en cas que la chose ne fût pas rendue; en ce cas, quoiqu'elle ait péri par la faute de l'un d'eux, et sans le fait ni la faute des autres, ils ne laisseront pas d'être tenus de la peine, chacun pour leur part: car l'obligation de payer la somme convenue pour la peine, est conditionnelle; elle a pour condition l'inexécution de la première. Les héritiers du défunt ont chacun, quant à la part pour laquelle ils sont héritiers du défunt, succédé à cette seconde obligation sous la même condition: ils sont donc tenus, chacun pour leur part héréditaire, de payer cette somme, dans le cas de l'existence de la condition, c'est à dire, dans le cas où la première obligation ne serait pas exécutée, soit par le fait ou la faute du défunt, soit par celle de quelqu'un de ses héritiers; sauf leur recours contre celui de leurs cohéritiers par le fait de qui la chose a péri". (Vid. p. 157). POTHIER. Op cit.

(7) Caso de indivisibilidad que señala también en nuestra doctrina ANTONIO GÓMEZ, según refiere MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., pp. 809-811. Este expone en las págs. 807-817 un resumen de la construcción de dicho autor clásico español sobre el tema.

(8) Lo que, según se deduce de las palabras mismas de POTHIER, ocurre con mucha frecuencia: "Cela se présume facilement, lorsque la chose qui fait l'objet de la convention, est susceptible, à la vérité, des parties intellectuelles, et est par conséquent divisible, mais ne peut être divisée en parties réelles; Molin., part. 3, n.º 223.

Cela se présume, même à l'égard des choses qui peuvent se partager en parties réelles, lorsqu'elles ne peuvent l'être sans qu'il en résulte un préjudice au créancier.

Par exemple, si j'ai acheté ou pris à ferme un certain héritage; quoique cet héritage soit susceptible de parties, néanmoins un des héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à ferme, ne serait pas reçu à m'offrir sa part indivisée ou divisée de cet héritage, pour s'acquitter envers moi de son obligation, si ses cohéritiers n'étaient aussi, de leur côté, prêts à me délivrer les leurs; parce que la division de cet héritage me porterait préjudice: je ne l'ai acheté ou pris à ferme que pour l'avoir en total, cu pour en jouir en total; et je n'en aurais ni acheté ni pris à ferme une partie.

La fin que les contractants se sont proposée, peut aussi empêcher le paiement partiel, même des dettes d'une somme d'argent.—Par exemple,

Obsérvese que mientras que las primeras excepciones consisten en que uno de los deudores ha de pagar el todo, las segundas dan lugar a que todos ellos tengan que actuar conjuntamente (9).

De lo expuesto resulta fácil deducir cómo la importancia de esta clasificación de las obligaciones se centra en el principio antes mencionado de división *ipso iure* de las deudas del causante, ya que, mientras que no se produzca una pluralidad de sujetos en la parte activa o en la parte pasiva de la obligación, la divisibilidad no afecta a la regla general de cumplimiento total y no fraccionado de las obligaciones (10).

si par une transaction vous vous êtes obligé à me payer une somme de mille écus, avec déclaration que c'est pour me tirer de prison, où j'étais détenu pour la dite somme par un créancier, et que peu après vous soyez mort laissant quatre héritiers; un de ces héritiers ne sera pas reçu à m'offrir séparément le quart de ladite somme, qui ne peut me procurer la mainlevée de ma personne, qui a été l'objet du contrat, et que je ne pourrais pas conserver sûrement en prison, en attendant le paiement du surplus; Molin, part. 2, n.º 40". Op. cit. Vid. pp. 162-163.

(9) Refiriéndose a éstas últimas, aclara la necesidad de dicha actuación conjunta con las siguientes palabras: "Dans tous les cas ci-dessus rapportés, dans lesquels une obligation, quoique en elle-même divisible, ne peut néanmoins s'acquitter par parties, le créancier ne peut, à la vérité, mettre les héritiers de son débiteur en demeure, qu'en donnant la demande contre tous; la demande qu'il ferait à l'un d'eux de lui payer le total ne serait pas valable, et ne le mettrait pas en demeure, puisque l'obligation étant divisible, il ne doit pas le total: mais, quoique l'un des héritiers ne soit débiteur que de la partie pour laquelle il est héritier, et ne puisse être poursuivie pour le total, néanmoins l'indivision de paiement empêche qu'il ne puisse valablement offrir la part dont il est débiteur, si le surplus n'est offert en même temps par ses cohéritiers. C'est pourquoi de telles offres partielles non-seulement ne mettent pas le créancier en demeure de recevoir, et n'arrêtent pas le cours des intérêts, si la dette est de nature à en produire; mais si l'héritier qui a fait ces offres, avait été auparavant mis en demeure par une demande donnée contre tous les héritiers, ces offres imparfaites ne purgeraient pas sa demeure, et n'empêcheraient pas qu'il ne fût sujet, vis-à-vis du créancier, à toutes les peines de la demeure; sauf son recours contre ses cohéritiers." POTHIER. Op. cit. Vid. p. 163.

(10) POTHIER justifica ese efecto fundamental de división de las deudas que no sean indivisibles entre los herederos con los siguientes argumentos: "La loi 2, Cod. de Haered. act. qui décide que chaque héritier n'est tenu des dettes du défunt que pour sa part, ne distingue point si tous les héritiers sont solvables ou non. Cela est pris même de l'idée d'héritier. Un héritier est celui qui succède aux droits actifs et passifs, c'est à dire, aux dettes et obligations du défunt. Celui qui n'est héritier que pour partie, n'y succède que pour cette partie; il n'est donc tenu que pour cette partie: l'insolvabilité de ses cohéritiers qui survient, ne le rend pas successeur pour le total aux droits du défunt; il ne doit être tenu des dettes que pour sa part.

On oppose que les dettes étant une charge des biens, elles doivent être acquittées pour le total sur les biens que retient cet héritier en partie.

La réponse est que l'universalité totale des biens est chargée du total des dettes; mais les portions de cette universalité ne sont chargées que d'une pareille portion des dettes.

On insiste, et on dit: Si le débiteur avait dissipé la moitié de ses biens, l'autre moitié qui lui resterait, serait chargée du total des dettes: donc, lorsque l'un des héritiers du débiteur a dissipé sa moitié, l'autre moitié qui appartient à l'autre héritier, doit pareillement être chargée du total des dettes.

Je nie la conséquence.

En cambio, el régimen de las obligaciones indivisibles se asemeja al de las obligaciones solidarias desde el momento en que se produce una pluralidad de acreedores o de deudores, puesto que la obligación no es susceptible de un cumplimiento parcial. Sin embargo, existen diferencias entre las obligaciones indivisibles y las solidarias. Aquéllas se basan en una cualidad real de la obligación, por lo que se transmiten tal cual a los herederos; éstas corresponden a una cualidad personal (“la solidité venant du fait des personnes qui se sont obligées chacune pour le total”), por lo que no se transmiten a los herederos con dicha cualidad, sino que se dividen entre ellos.

De esa diversidad de su naturaleza deriva una segunda diferencia. Los deudores solidarios lo son por el todo y *totaliter*. En cambio, los deudores de una obligación indivisible dejan de deber el todo cuando desaparece su causa porque la obligación se ha transformado en una indemnización de daños y perjuicios (que no es indivisible) (11). Lo mismo cabe decir con respecto a los acreedores. Y esta es la razón por la que ninguno de ellos podrá remitir totalmente la deuda, sino sólo en la parte que le corresponda (12).

Lorsque le débiteur a dissipé la moitié de ses biens, ce qui lui reste est le total des biens de la personne obligée au total de la dette; et, par conséquent, le total des dettes est une charge de ce qui reste des biens: mais lorsque mon cohéritier a dissipé la moitié qui lui est échue, celle que j'ai n'est toujours que la portion d'un héritier pour moitié, lequel n'est tenu personnellement des dettes que pour cette moitié: cette portion ne doit donc être chargée que de la moitié des dettes.

On insiste encore, et on dit que le créancier ne doit pas souffrir de la multiplicité des héritiers que son débiteur laisse: donc la dissipation de la moitié de ces biens, que fait l'un des héritiers, ne doit pas lui faire perdre la moitié de sa dette; puisque, si le débiteur ou l'unique héritier du débiteur eût perdu cette moitié de biens, le créancier ne perdrait rien de sa dette.

La réponse est, que ce n'est que *ex accidenti* que le créancier souffre en ce cas de la multiplicité des héritiers qu'a laissés le débiteur: il pouvait n'en pas souffrir, en arrêtant les biens de la succession avant le partage, ou en veillant à se faire payer.

Cette décision, “que l'héritier pour partie n'est pas tenu des dettes pour les portions de ses cohéritiers devenus insolubles, quand même sa portion serait plus que suffisante pour payer le total”, étant tirée des principes de la raison naturelle, et de la nature même de la qualité d'héritier, elle doit avoir lieu dans le for de la conscience, aussi bien que dans le for extérieur; MOLIN, part. 2, n. 82.” Op. cit. Vid. pp. 158-159.

(11) Sin embargo, POTHIER establece una responsabilidad solidaria de los deudores por pérdida de la cosa debida en determinados supuestos: “Lorsque la chose est perie par le fait ou le dol de plusieurs d'entre les héritiers, chacun d'eux en est tenu solidairement: *Nec enim, dit Dumoulin, qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati habet consortem.*”

Si néanmoins ces héritiers avaient, chacun par un fait particulier, perdu ou diverti différentes parties de la chose due, chacun ne serait tenu que de la perte ou divertissement de cette partie; car, en ce cas, *unusquisque non in solidum, sed in parte duntaxat dolum amisit*”. Op. cit. Vid. p. 158.

(12) “C'est pourquoi, si le créancier d'une dette indivisible a laissé deux héritiers, et que l'un d'eux ait fait remise au débiteur de la dette en ce qui le concerne, le débiteur ne sera pas libéré envers l'autre. Néanmoins cette remise aura effet. L'autre héritier pourra, à la vérité, demander au débiteur la chose entière; mais il ne le pourra qu'en offrant de lui faire raison de

También se debe a que cada uno de los deudores no lo sea *totaliter* el que una vez demandado pueda pedir un plazo para citar y emplazar a sus coherederos; por lo que no podrá ser condenado solo, salvo cuando le sea imputable el no haber llevado a cabo el emplazamiento. Pothier distingue tres supuestos:

1.º La deuda no puede ser cumplida nada más que por el demandado (13): entonces él será el único condenado (al margen de su posible derecho de regreso frente a los demás codeudores).

2.º La deuda puede ser cumplida separadamente por cualquiera (14): entonces rige el derecho de emplazamiento de sus codeudores para actuar todos conjuntamente. Todos serán responsables del incumplimiento puesto que cada uno de ellos está obligado al cumplimiento total y cada uno de ellos puede llevar a cabo dicho cumplimiento separadamente por su cuenta (15).

3.º La deuda no puede ser cumplida más que por todos actuando conjuntamente (16): entonces responde de los daños y per-

la moitié de l'estimation de cette chose: car la chose due, quoique indivisible en soi, a néanmoins une estimation, laquelle est divisible, et à laquelle on peut, en ce cas, avoir recours: c'est une modification que reçoit, en ce cas, l'indivisibilité de la dette.

Il ne suffirait pas au débiteur d'offrir à celui qui n'a pas remis son droit, la moitié du prix de la chose due; car cet héritier est créancier de la chose même; et son cohéritier, en faisant remise de son droit, n'a pu préjudicier à celui de cet héritier.

.....

La même chose doit avoir lieu lorsque le débiteur est devenu héritier pour moitié du créancier; l'autre lui demandera la chose entière, en offrant de lui faire raison de la moitié de l'estimation". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 169.

(13) "On peut apporter pour exemple du premier, la dette d'une servitude de vue ou de passage que le défunt a promis d'imposer sur un de ses héritages, qui est tombé par le partage à l'un de ses héritiers. Il n'y a que cet héritier à qui cet héritage est tombé par le partage, qui puisse acquitter cette dette, parce qu'une servitude ne peut être imposée que par le propriétaire de l'héritage. En ce cas, il sera seul condamné à la prestation du droit de servitude; et il pourra être contraint à l'imposer, par une sentence qui ordonnera que faite par lui de l'imposer, la sentence vaudra pour titre de constitution de la servitude (Molin., p. 3, n. 100)". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 170.

(14) "On peut apporter pour premier exemple du second cas, la dette d'une pareille servitude que le défunt se serait engagé de faire avoir à quelqu'un sur l'héritage d'un tiers. La chose qui fait l'objet de cette obligation est une chose indivisible, et qui de sa nature peut être acquittée séparément par chacun des héritiers du débiteur; car il est possible à chacun d'eux au moins *naturá*, de s'accommoder avec le propriétaire de l'héritage, sur lequel le défunt a promis à son créancier de lui faire avoir un droit de servitude". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 170.

(15) "... ceux qui étaient prêts à y concourir ne seront pas moins condamnés que ceux qui refuseraient de le faire, sauf leur recours entre eux; parce que chacun d'eux est obligé à construire l'édifice entier, et que c'est une chose que chacun d'eux peut séparément faire." POTHIER. Op. cit. Vid. p. 171.

(16) "On peut apporter pour exemple le cas auquel quelqu'un, par une transaction, s'est obligé envers vous de vous constituer sur son héritage un droit de passage pour aller au vôtre, par l'endroit de son héritage qu'il vous indiquerait. Si cet homme, avant d'avoir accompli cette obligation, est mort,

juicios causados por el incumplimiento sólo el deudor que se negó a cumplir (17). En cambio, cuando se produce la infracción por uno de los deudores en una obligación de no hacer (18), ese deudor responde del todo, pero los demás responden de su parte (19).

De este resumen de la concepción que Pothier tenía sobre las obligaciones divisibles e indivisibles se deduce que el régimen de estas últimas no era unitario. Según los casos recibían un trato similar al de las solidarias, o tenía que responder uno de los deudores por el todo, o tenían que actuar colectivamente (conjuntamente) todos los deudores o todos los acreedores.

Ya hemos dicho que el sistema que Pothier recogió de Dumoulin es el que pasa al Código Napoleón aunque simplificado y, consecuentemente, desvirtuado en cierto grado. En el Código Napoleón la

et a laissé plusieurs héritiers entre lesquels cet héritage est commun, l'obligation d'imposer le droit de passage à laquelle ils succèdent, est une obligation indivisible, qui ne peut s'acquitter que conjointement par tous lesdits héritiers; un droit de servitude ne pouvant être imposé sur un héritage que par tous ceux qui en sont les propriétaires;". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 171.

(17) "..., si l'un des héritiers déclare qu'il est prêt, autant qu'il est en lui, à remplir l'obligation, et qu'il ne tienne qu'à l'autre héritier qu'elle soit accomplie, il n'y a que celui qui refuse qui doit être condamné aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution; car celui qui offre n'est pas en demeure.

S'il y avait eu une peine stipulée en cas d'inexécution de l'obligation, le coobligé ou le cohéritier qui n'avait pas été en demeure, ne laisserait pas d'être sujet pour sa part à la peine, par la demeure de l'autre,... de même que dans les obligations divisibles, sauf son recours contre son coobligé". POTHIER. Op. cit. Vid. pp. 171-172.

(18) "Lorsque quelqu'un s'est obligé envers un autre à ne pas faire quelque chose; si ce qu'il s'est obligé à ne pas faire est quelque chose d'invisible, putà, s'il s'est obligé envers son voisin à ne le point empêcher de passer par ses héritages, la contravention faite par un seul de ses héritiers donne ouverture à l'action du créancier contre tous les héritiers, pour qu'il leur soit fait des défenses, et qu'ils soient condamnés en ses dommages et intérêts;...". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 172.

(19) "La raison de différence est, que c'est la demeure du débiteur qui donne lieu à l'action dans les obligations *in faciendo*; d'où il suit qu'elle ne peut avoir lieu contre celui qui est prêt, *quantum in se est*, à remplir l'obligation, et qui n'est point par conséquent en demeure.

Au contraire, dans les obligations *in non faciendo*, c'est le fait même dont le débiteur a promis que lui et ses héritiers s'abstiendraient, qui donne lieu à l'action du créancier; c'est pourquoi il suffit que l'un des héritiers du débiteur ait fait cela, pour qu'il y ait lieu à l'action contre tous.

On doit supposer que telle a été l'intention des contractants, parce qu'autrement celui envers qui le débiteur s'est obligé de ne pas faire quelque chose n'aurait pas ses sûretés; et il arriverait que souvent, lorsqu'on aurait fait ce qu'il a été stipulé qu'on ne ferait pas, il ne pourrait agir contre personne, faute de savoir qui l'aurait fait, n'étant pas souvent facile, lorsqu'une chose est faite, de savoir par qui elle a été faite; au lieu que, dans les obligations qui consistent à faire quelque chose, on ne peut ignorer celui qui est en demeure de le faire, par l'interpellation qui lui est faite.

Dumoulin donne aux héritiers qui n'ont pas contrevenu, l'exception de discussion, par laquelle ils peuvent obliger le créancier à discuter préalablement à leurs risques celui qui a contrevenu". POTHIER. Op. cit. Vid. páginas 172-173.

importancia de la distinción se sigue apoyando en el principio de división entre los herederos de los créditos y las deudas del causante:

“L’obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n’a d’application qu’à l’égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur”. Artículo 1.220.

La doctrina francesa habla en tales casos de obligaciones *conjointes*.

Se mantienen las categorías de indivisibilidad natural o absoluta (artículo 1.217), indivisibilidad relativa (artículo 1.218), así como la de indivisibilidad *in solutione*, al recogerse en el artículo 1.221 la mayor parte de los supuestos que Pothier consideraba excepcionales frente a la regla de división de la deuda entre los herederos:

“Le principe établi dans l’article précédent reçoit exception à l’égard des héritiers du débiteur:

- 1.º Dans le cas où la dette est hypothécaire;
- 2.º Lorsqu’elle est d’un corps certain;
- 3.º Lorsqu’il s’agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l’une est indivisible;
- 4.º Lorsque l’un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l’exécution de l’obligation;
- 5.º Lorsqu’il résulte, soit de la nature de l’engagement, soit de la chose qui en fait l’objet, soit de la fin qu’on s’est proposée dans le contrat, que l’intention des contractants a été que la dette ne pût s’acquitter partiellement”. (párrafo 1.º).

En cuanto al régimen establecido para las obligaciones indivisibles, es análogo al de las solidarias (artículos 1.222, 1.223 y 1.224, párrafo 1.º) (20). Cada deudor tiene que cumplir el todo y cada acree-

(20) Art. 1.222: Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l’obligation n’ait pas été contractée solidairement.

Art. 1.223: Il en est de même à l’égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation.

Art. 1.224: Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l’exécution de l’obligation indivisible. (Pár. 1.º).

Asimilación recogida también en el C. c. italiano de 1865: “Coloro che hanno contratto congiuntamente un debito indivisibile, vi sono obbligati ciascuno per la totalità, ancorchè l’obbligazione non sit stata contratta in solido.

Lo stesso ha luogo riguardo agli eredi di colui che ha contratto una simile obbligazione” (art. 1.206). Vid. también el artículo 1.207.

El C. c. italiano de 1942 mantiene dicha asimilación: “Le obbligazioni

dor puede exigir el todo. Ya vimos que éste era el régimen general de las obligaciones indivisibles en Pothier, pero no el de todas. También ahora subsisten por otra parte las particularidades señaladas por Pothier: cada acreedor no puede remitir el todo (artículo 1.224, párrafo 2.^a) —aunque esto ya no constituye ninguna particularidad propiamente dicha, dado el tenor del artículo 1.198, párrafo 2.^o (21)—; cada heredero del deudor puede pedir un plazo para emplazar a sus coherederos una vez emplazado él (artículo 1.225); las consecuencias de la indivisibilidad se mantienen a pesar de la sucesión en la deuda (artículos 1.223 y 1.224, párrafo 1.^o) y, en cambio, desaparecen cuando el incumplimiento de la obligación da paso a la indemnización de daños y perjuicios.

Tal es, en principio, el sistema adoptado también por el Anteproyecto de Código civil de 1851. En efecto, los artículos 1.071 y 1.072 del mismo recogen la distinción entre la indivisibilidad absoluta y la indivisibilidad relativa. El régimen de las obligaciones indivisibles es fundamentalmente el mismo que el de las obligaciones solidarias, puesto que cada deudor debe el todo y cada acreedor puede exigir el todo (artículos 1.075 y 1.076) (22). Y se siguen manteniendo los datos que diferencian el régimen de las obligaciones indivisibles del de las solidarias: cada acreedor no puede remitir más que su parte (artículo 1.076); el heredero del deudor demandado puede pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio a sus coherederos (artículo 1.077); la indivisibilidad de la obligación se mantiene en los supuestos de sucesión (artículos 1.075 y 1.076). Sólo el artículo 1.078 introduce una variante importante:

“Cuando por no cumplirse la obligación indivisible, se estimare el interés del acreedor en cantidad determinada, responden mancomunadamente de ella todos los deudores principales”.

Lo que resulta doblemente sorprendente si se tiene en cuenta el tenor del artículo 1.065:

“Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados o hallándose éstos contituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses.

El acreedor podrá solamente repetir los daños e intereses contra los deudores culpables o morosos”.

indivisibili sono regolate dalle norme relative alle obbligazioni solidali, in quanto applicabili, salvo quanto è disposto dagli articoli seguenti” (art. 1.317). Vid. también los artículos 1.318-1.320.

(21) “Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, n' libère le débiteur que pour la part de ce créancier”.

(22) Residuo de este tratamiento de las obligaciones indivisibles en el Anteproyecto de 1851 es el actual artículo 1.772 del C. c. (pár. 2.^o), fiel reproducción del artículo 1.677 de aquél.

Así pues, parece que mientras que las obligaciones indivisibles generaban una responsabilidad solidaria, las obligaciones solidarias mismas generaban una responsabilidad más mitigada para los deudores no culpables del incumplimiento (23).

La asimilación de las obligaciones indivisibles al régimen de las solidarias resulta adoptado ya por la jurisprudencia anterior al Código civil. Así cabe deducirlo de una curiosa Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1.866, en la que se confunde la no presunción de divisibilidad de las obligaciones con la no presunción de solidaridad en los créditos. Se trata de la reclamación de devolución de un préstamo interpuesta sólo por uno de los prestamistas (dos hermanos). Aunque el dinero es divisible, parece que la realización unitaria del contrato de préstamo determinaba la indivisibilidad del mismo y, consecuentemente, de la obligación de devolución de la cantidad recibida en tal concepto. Tanto el Juez como la Audiencia condenaron a los demandados (herederos del prestatario). En el primer motivo del recurso de casación, éstos alegan la infracción de “la Ley 10, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en cuanto se había reconocido a Vega (el demandante) como acreedor por el todo, siendo mancomunado con su hermano”. Argumento rechazado por el Tribunal Supremo en su primer considerando con la confusión más arriba señalada:

“Considerando que la Ley 10, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en la que se dispone que cuando dos se obligan simplemente, se entiende de por mitad, salvo si cada uno se obligare *in solidum*, se refiere a los que por contrato o de otra manera se obligan a hacer o cumplir alguna cosa; pero no a los que tienen derecho a exigir el cumplimiento de lo pactado”.

El crédito no era solidario, pero era evidentemente indivisible. Pero como el régimen de éste se asimilaba al de aquél, el Tribunal Supremo optó por considerar que la presunción de no solidaridad sólo afectaba a las deudas, en vez de decir que la presunción de no solidaridad no iba acompañada de otra presunción de divisibilidad.

Pero en el Anteproyecto de 1851 la clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles cambia radicalmente de sentido desde el momento en que se renuncia al principio romanista de división de las deudas del causante entre sus herederos. Fiel reflejo de la continuada vigencia de dicho principio lo encontramos, incluso con posterioridad al Anteproyecto y muy poco antes de la promulgación del Código civil (estando ya en marcha su Anteproyecto definitivo de 1882-1888), en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1887. Don Bernardo Arbizu había recibido un préstamo garantizado con la hipoteca de una finca de su propiedad que,

(23) No se olvide que en el Anteproyecto de 1851 se denominan *mancomunadas* a las obligaciones solidarias.

a su muerte, pasó a su viuda e hijos, don Juan y don Carlos Arbizu, manteniéndose indivisa. Este último (don Carlos) consiguió a su vez un préstamo, mediando hipoteca de su participación en la finca. Llevada a cabo la ejecución sobre dicha participación por el causahabiente del segundo prestamista, don Manuel Ruiz Ortiz, el causahabiente del primer prestamista, don Calixto González Elías, interpuso demanda sobre tercería de mejor derecho. La Audiencia dictó sentencia revocatoria declarando "que don Calixto González Elías tiene derecho preferente al de don Manuel Ruiz Ortiz para ser reintegrado del crédito hipotecario de 40.000 pesetas, intereses al 7 por 100 anual de los dos últimos años transcurridos al interponer la demanda de tercería, y costas y gastos que quepan dentro de la cantidad de 7.500 pesetas sobre la participación que en la casa número 2 de la plaza de Santa Catalina de los Donados de esta Corte, o sobre los valores que la representen, corresponda a don Carlos Arbizu y Mena, reservando a este último sus derechos para reclamar de sus copartícipes en la citada finca el importe de la parte del crédito hipotecario por él satisfecho que en consideración a sus respectivas participaciones pueda corresponderles...". Los dos primeros motivos del recurso de casación se basaban en el principio de división de las deudas del causante entre sus herederos (24). A lo que el Tribunal Supremo puso en los considerandos primero y segundo que precisamente el supuesto de la deuda hipotecaria constituía excepción al principio de división de las deudas del causante entre sus herederos (25), (25 bis).

Pues bien, frente a principio tan arraigado en nuestro Derecho

(24) Se citan como infringidas: "1.º La Ley 1.ª, tít. 3.º, Partida 6.ª, según la cual el heredero finca señor después de la muerte del testador de lo que éste posea o de alguna parte de ello en lugar de aquel que lo estableció; y la Ley 13, tít. 9.º de la Partida 7.ª, que declara que, según derecho, como una persona es contada la del heredero e la de aquel a quien heredó.

2.º La Ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que establece el principio de que toda obligación se entienda por mitad, salvo si cada uno se hubiera obligado *in solidum*".

(25) "Considerando que la sentencia no infringe las leyes citadas en el primer motivo, porque si bien los herederos suceden en las obligaciones de su causante, divisibles entre ellos por punto general, se exceptúa la hipoteca, que conserva su integridad mientras otra cosa no se acuerde entre acreedor y deudor.

Considerando que tampoco infringe la ley citada en el segundo motivo, porque la división de obligaciones, allí establecida por regla general, deja a salvo los casos de solidaridad o integridad de algunas".

(25 bis) Otra excepción la encontramos con respecto a las servidumbres en las Partidas: "Plaziendo a algun ome de otorgar seruidumbre en su casa, o en su heredad, a edificio, o a heredamiento de otro, si después de tal otorgamiento como este se muriesse aquel a quien fuesse fecho maguer dexasse muchos herederos cada uno dellos puede demandar toda la seruidumbre. E esto es, porque la seruidumbre non se puede partir. E por ende no podria cada uno demandar su parte apartadamente. Otrosi dezimos, que si el que ouiesse otorgado la seruidumbre en lo suyo se moriesse, e dexasse muchos herederos, que puede ser demandada la seruidumbre toda enteramente a qualquier dellos e son tenudos a ella, assi como era el señor cuyos bienes heredaron". Partida 3.ª, título XXXI, Ley 9.ª.

histórico (26), el artículo 932 del Anteproyecto de Código de 1851 establece lo siguiente:

“Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los coherederos que no hubieren admitido la herencia a beneficio de inventario, y hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con aquel beneficio; pero en uno y otro caso, el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a los otros, a no ser que por disposición del testador o a consecuencia de la partición hubiese quedado él solo obligado al pago de la deuda” (27).

Lógico es, pues, que haya desaparecido la tercera categoría de la indivisibilidad, la que recaía únicamente sobre el pago, puesto que como se recordará con ella se recogían principalmente las excepciones a la regla de división de las deudas del causante. En cuanto a los casos de la segunda categoría (excepciones a la división del pago), podían reconducirse en realidad a supuestos de indivisibilidad relativa o convencional. Ahora la excepción se ha convertido en regla. De la división se ha pasado a la indivisión; por lo que en principio la distinción entre obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles resulta irrelevante a estos efectos.

(26) “La obligación divisible debe ejecutarse entre el acreedor y el deudor como si fuese indivisible, puesto que el último haya prometido pagar cierta suma de una vez y no sucesivamente por partes. La divisibilidad no tiene aplicación sino con respecto a sus herederos, los cuales no pueden pedir la deuda ni están obligados a pagarla sino por la parte que les corresponda como representantes del acreedor o del deudor: Ley 10, tít. 1.º, lib. 10, Novísima Recop. Este principio estaba consagrado por la Ley de las Doce Tablas: *Nomina* (los créditos) *inter haeredes proportionibus haereditariis creta cita sunt*... Esta doctrina de la divisibilidad admite excepción con respecto a los herederos del deudor en los casos siguientes: 1.º, cuando la deuda es hipotecaria; 2.º, cuando es de un cuerpo cierto o cosa determinada; 3.º, cuando se trata de la deuda alternativa de dos o más cosas a elección del acreedor, siendo indivisible una de ellas; 4.º, cuando por el instrumento está encargado de la ejecución de la obligación uno de los herederos solamente; 5.º, cuando la naturaleza de la convención, o de la cosa que es su objeto, o del fin para que se hace el contrato, resulta claramente que la intención de las partes era que la deuda no pudiera satisfacerse parcialmente. En los tres primeros casos, el heredero que posee la cosa debida o el fundo hipotecado a la deuda, puede ser demandado por el todo sobre la cosa debida o el fundo hipotecado, salvo el recurso contra sus coherederos. En el cuarto caso sólo el heredero encargado de la deuda, y en el quinto cada heredero puede ser demandado también por el todo, salvo su recurso contra sus coherederos: Gómez, lib. 2.º, cap. 10, núm. 4, y Ayllón, número 5”. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legistación y Jurisprudencia*. T. IV. Madrid, 1876. Vid. p. 305.

(27) “El artículo encierra una grande innovación contraria al Derecho Romano, en el que los créditos y deudas de la herencia *ipso iure divisa erant*, ley 2, pár. últ., tít. 2, libro 10 del Digesto, y 6, tít. 36, libro 3 del Código; por manera, que cada uno de los coherederos no podía demandar sino por su porción hereditaria.

Esta doctrina pasó a nuestro Derecho Patrio y ha sido adoptada en los Códigos modernos, salvo el de Vaud, cuyo artículo 787 dice: “Los cohere-

Aunque GARCÍA GOYENA, en su comentario al artículo transcrito, parece reconocer en él un principio de solidaridad de los herederos en las deudas del causante, en realidad lo que se recoge es un principio de indivisión que, eso sí, como en POTHIER y en el Código civil francés, da lugar a un régimen parecido al de las obligaciones solidarias. A este respecto, se recordará que el derecho a hacer citar y emplazar a los codeudores es propio de las deudas indivisibles y no de las solidarias. Por otra parte, la antítesis de la división es la indivisión y no la solidaridad. Lo que además reconoce el propio Anteproyecto, al seguir regulando esta materia en la Sección VII, Capítulo IV, Título V del Libro III (“De las obligaciones divisibles e indivisibles”) y no en la anterior dedicada a las obligaciones solidarias (Sección VI: “De las obligaciones mancomunadas”).

deros están obligados solidariamente a las deudas y cargas de la herencia”.

El Código francés la tiene adoptada en sus artículos 870 y 873, sin que para ello se dé razón convincente en ninguno de los discursos 52, 53 y 54; únicamente en el 53 se dice: “es de justicia que cada coheredero no contribuya al pago de las deudas y cargas de la herencia, sino en la proporción de lo que toma en ella”: esto es, resolver la cuestión por la cuestión misma.

Pothier, tratado de las Obligaciones, parte 2, capítulo 4, artículo 2, párrafo 2, núm. 309, trata esta cuestión y defiende al Derecho romano; pero en mi concepto no satisface al argumento de que el *acreedor* no debe sufrir por la multiplicidad de herederos: el mismo Derecho romano reconoce como regla general *ex persona haeredum conditio obligationis non immutatur, nec ex individua efficitur dividua*, ley 2, pár. 2, tít. 1, libro 45 del Digesto.

El acreedor contrajo con solo el difunto; ¿por qué, pues, se le han de imponer las molestias y gastos consiguientes a tener que demandar uno tras otro a todos los coherederos, que tal vez sean distintos fueros, y estén domiciliados en países muy lejanos?

Y, si uno de ellos resultare insolvente, tendrá que repetir la misma serie de demandas con la engorrosa subdivisión de la parte del insolvente entre los demás y en la misma proporción hereditaria.

¿No es más sencillo y justo que estas molestias y gastos recaigan en los mismos coherederos beneficiados por la herencia, que intervinieron en su partición y quedaron obligados a garantizarse recíprocamente? Al coheredero no se causa agravio mientras no se le exija más de lo que percibió del difunto.

Ofrecía también el sistema romano la posibilidad de una grande injusticia, a más del inconveniente mencionado de gastos y molestias.

Dividiéndose *ipso iure* los créditos y deudas entre los coherederos, cada uno era deudor y acreedor según su porción hereditaria, y por consecuencia la parte del insolvente no gravaba a los demás, según se dispone de los legados en la Ley 33, libro 31 del Digesto.

Podía, pues, ocurrir que por la insolvencia de un coheredero no cobrase el acreedor enteramente su crédito, aunque con toda evidencia quedasen bienes hereditarios en poder del otro; y podía también seguirse que un heredero puro y simple no respondiese enteramente de las dudas y cargas de la herencia.

.....
 El derecho que en todo caso se da al demandado para hacer citar y emplazar a los otros, prueba además que la innovación se ha hecho guardando todos los miramientos más delicados de equidad, porque o de este modo se evitará el juicio allanándose todos a pagar, o todos serán condenados en una misma sentencia”. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852.

Por cierto que el cambio llevado a cabo en la regulación de la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante no se recoge adecuadamente en dicha Sección VII, ya que, una vez que el artículo 1.074 remite a los artículos 932 y siguientes (“Cuando haya dos o más herederos, las deudas y obligaciones del difunto se pagarán con arreglo a lo dispuesto en la Sección IV, Capítulo III, Título III de este Libro”), parece superfluo que, a continuación, al regular los efectos de las obligaciones indivisibles se incluyan aquéllos a los que se refieren la segunda frase del artículo 1.075, el artículo 1.077 y el párrafo 2.º del artículo 1.078 (28).

Es el Anteproyecto del Código civil de 1882-1888 el que presenta la configuración definitiva que el Código habría de dar a las obligaciones indivisibles. Y en él se opera un cambio radical con respecto al Anteproyecto de 1851. En primer lugar, se observa de inmediato una notable reducción del número de artículos destinados a este tipo de obligaciones. Tres son los comprendidos en la Sección correspondiente (artículos 1.166 a 1.168), a los que hay que añadir el artículo 1.156 (el actual artículo 1.139). Esta reducción puede atribuirse en principio a la toma de conciencia por parte del legislador de la menor importancia de este tipo de obligaciones, al adscribirse el Anteproyecto, así como el Código después, al principio de indivisibilidad de las deudas del causante, de acuerdo con el cambio introducido por el Anteproyecto de 1851.

Pero el cambio más importante corresponde a la introducción de un nuevo régimen jurídico para las obligaciones con pluralidad de acreedores o pluralidad de deudores. Junto al régimen de las obligaciones mancomunadas y al de las solidarias, el Anteproyecto fija el régimen de las obligaciones que podríamos denominar *en mano común* (29), precisamente para las obligaciones indivisibles. Estas quedan así desenganchadas de su tradicional adscripción al régimen de las obligaciones solidarias (30). Por otra parte, al conservar el Anteproyecto (artículo 1.101) la regulación del artículo 932 del Anteproyecto de 1851, ya no puede conectarse por la doctrina con los efectos propios de la indivisibilidad, sino que tiene que adscribirse

(28) Art. 1.075: El que hubiere contraído juntamente con otro una obligación indivisible, estará obligado por la totalidad, aun cuando no se hubiere pactado la mancomunidad. Esta disposición es aplicable a los herederos del que contrajo una obligación indivisible.

Art. 1.077: El heredero del deudor a quien se haya reclamado la totalidad de la obligación, podrá pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio a sus coherederos, a fin de que éstos puedan ser condenados a su cumplimiento, a no ser que la obligación por su naturaleza no pueda cumplirse más que por el heredero demandado, en cuyo caso podrá ser condenado solo, salvo su derecho a repetir contra los demás por la parte que les corresponda.

Art. 1.708: La responsabilidad de los herederos del que contrajo la obligación indivisible, se regirá por el artículo 932 (pár. 2.º).

(29) Siguiendo a Díez-PICAZO. Op. cit. Vid. pp. 401-407.

(30) Aunque conviene recordar que tal era el régimen previsto ya por POTHIER para algunos supuestos de obligaciones indivisibles.

directamente a la solidaridad, aunque se trate de una solidaridad "sui generis".

¿De dónde procede este *tertium genus* de las obligaciones en mano común? Entre las concordancias del Anteproyecto encontramos una referencia al artículo 1.533 del Código civil chileno en relación con el artículo 1.167. Dicho precepto chileno tiene la siguiente redacción:

"Es divisible la acción de perjuicio que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que quepa.

Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ese solo será responsable de todos los perjuicios."

Pero este artículo no corresponde más que a la segunda frase del artículo 1.167 (artículo 1.150 del Código civil), reproduciendo la norma tradicional (que de POTHIER pasó al Código civil francés) según la cual la indivisibilidad desaparece en la indemnización de daños y perjuicios (norma que, como se recordará, no seguía extrañamente el Anteproyecto de 1851, artículo 1.078). Lo que resulta lógico desde el momento en que el Código civil chileno se inspira totalmente en POTHIER (al que sigue incluso más fielmente que el mismo Código Napoleón) para la regulación de las obligaciones divisibles e indivisibles, así como para la de las deudas del causante (se apunta a la división de las mismas entre sus coherederos). En cambio, el Anteproyecto de 1882-1888 guarda un absoluto silencio con respecto a los artículos 1.156 (actual artículo 1.139) y a la primera fase del artículo 1.167. Para ambos se limitan a señalar los redactores que se trata de preceptos nuevos.

Ya hemos visto cómo la tradición romanista no reconocía más regímenes fundamentales que los de las obligaciones solidarias (al que se adaptaban las obligaciones indivisibles) y de las mancomunadas (al que se adaptaban —en principio— las obligaciones divisibles). Sin embargo, conviene no olvidar que POTHIER consideraba que acreedores y deudores tenían que actuar conjuntamente en algunos supuestos de indivisibilidad de las obligaciones.

Hay que acudir a la tradición germanista para encontrar plenamente reconocido este tercer régimen que nos ocupa y que aparece en el Código civil por primera vez en el Derecho castellano. En efecto, tanto el artículo 70 del Código federal de las obligaciones suizo, como el parágrafo 432 del BGB y el parágrafo 890 del ABGB recogen el principio de la actuación conjunta de los acreedores en las obligaciones indivisibles (31). Lo que coincide con el Derecho histó-

(31) En cambio, las deudas indivisibles se asemejan al régimen de las solidarias:

Art. 70 del C. c. suizo: Lorsque l'obligation est indivisible et qu'il y a

rico germánico, tal y como lo pone de relieve PLANITZ. Este señala cómo el antiguo Derecho germánico conocía la deuda y el crédito en mano común. Fue la recepción la que determinó la postergación de tales obligaciones, puesto que el Derecho Romano sólo conocía la división por cuotas y la solidaridad. Sin embargo, dicha forma renace posteriormente, figurando ya en el APLR (32).

La asimilación de las obligaciones indivisibles con el régimen de las obligaciones en mano común se une en estos ordenamientos germánicos al principio de responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas del causante (artículos 603 y 639 del Código civil suizo, párrafos 801 y 820 del ABGB, párrafo 2.058 del BGB), frente al principio romanista de división *ipso iure* de las deudas del causante (33).

Pero tampoco podemos decir que nuestro Código civil, abandonando la construcción romanista de las obligaciones indivisibles, haya adoptado en su totalidad la postura germanista. En efecto, ésta aplica el régimen de las obligaciones en mano común sólo a los créditos indivisibles. En cambio, en el caso de las deudas, remite al régimen de las obligaciones solidarias (artículo 70, párrafo 2.º del Código federal de las obligaciones suizo, párrafo 431 del BGB y párrafo 890 del ABGB) (34). Así pues, podemos afirmar la originalidad de nuestro Código civil en esta materia. Lo que, unido a los escasos preceptos

plusieurs créanciers, chacun d'eux peut en exiger l'exécution intégrale et le débiteur est tenu de se libérer envers tous.

S'il y a plusieurs débiteurs, chacun d'eux est tenu d'acquitter l'obligation indivisible pour le tout.

A moins que le contraire ne résulte des circonstances, le débiteur qui a payé a un recours contre ses codébiteurs pour leur part et portion et il est subrogé dans cette mesure aux droits du créancier".

Parágrafo 431 del BGB: Si varios adeudan una prestación indivisible, responden como deudores solidarios. (Trad. de C. Melón Infante, en Apéndice al Tratado de Derecho Civil de Enneccerus).

Parágrafo 432 del BGB: Si varios han de exigir una prestación indivisible, siempre que no sean acreedores solidarios, el deudor sólo puede efectuar la prestación a todos en común y cada acreedor sólo puede exigir la prestación a todos. Cualquiera acreedor puede exigir que el deudor consigne para todos los acreedores la cosa debida o, si no es apropiada para la consignación, que se la entregue a un depositario a designar judicialmente.

En lo demás, un acontecimiento que sólo se produzca en la persona de uno de los acreedores no aprovecha ni perjudica a los restantes acreedores (Trad. de C. Melón Infante, en Apéndice al Tratado de Derecho Civil de Enneccerus).

Parágrafo 890 del ABGB: Betrifft es hingegen untheilbare Sachen; so kann ein Gläubiger, wenn er der einzige ist, solche von einem jeden Mitschuldner fordern. Wenn aber mehrere Gläubiger und nur Ein Schuldner da sind; so ist dieser die Sache einem einzelnen Mitgläubiger, ohne Sicherstellung herauszugeben nicht verpflichtet; er kann auf die Uebereinkunft aller Mitgläubiger dringen, oder die gerichtliche Verwahrung der Sache verlangen".

(32) PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*. Trad. de C. Melón Infante. Barcelona, 1957. Vid. pp. 231-233.

(33) Vid. Además en la nota anterior que las deudas indivisibles reciben el trato de deudas solidarias.

(34) Vid. nota 31.

que le dedica, hace que su regulación resulte especialmente dificultosa.

3. DIVISIBILIDAD NATURAL DE LAS OBLIGACIONES

El texto del artículo 1.138 aparece redactado de tal forma que inclina a pensar que las obligaciones son normalmente divisibles, mientras que la indivisibilidad es un supuesto excepcional frente a dicha regla general (35). En efecto, el Código civil sienta en él una presunción de divisibilidad de las obligaciones. Y sin embargo, si examinamos detenidamente las diversas categorías de obligaciones contempladas por el artículo 1.151, resulta todo lo contrario (36).

A) OBLIGACIONES DE DAR

Atendiendo primero a las obligaciones de dar, resulta difícil encontrar ejemplos de divisibilidad cuando dichas obligaciones recaen sobre bienes inmuebles. La doctrina remite frecuentemente a las normas que regulan la liquidación (a través de la división) de la comunidad de bienes (37). Y ya atendiendo a la jurisprudencia correspondiente es fácil comprobar las dificultades que existen en disolver la comunidad a través de la división de la cosa común. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1881 rechaza la petición de los demandantes de proceder a la división de una cosa común por considerar (de acuerdo con la ley 10, título 16, Partida 6.^a) que dicha división menoscabaría mucho el valor de dicha comunidad. En el caso se trataba de unos almacenes "compuestos de diferentes partes, con el uso o destino peculiar a cada una, como el tanque, la casa del Mayordomo, el almacén y el muelle, con inclusión de sus respectivos terraplenes,..." "Parece claro que en cualquier supuesto en el que el bien sea una unidad de producción la división del mismo resulta especialmente problemática.

Así resulta también de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1921 en el caso de un conjunto de fincas rústicas. La Sentencia accedió a la demanda de liquidación de la comunidad mediante venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños,

(35) Tal es la postura que suele adoptar normalmente la doctrina. Vid. HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*. Vol. III. Madrid, 1958. p. 218.

(36) Sobre la poca frecuencia con que se encuentran en el tráfico real obligaciones mancomunadas divisibles, Vid. COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de Droit Civil*. T. II. Paris, 1959. p. 957; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II. Vol. 1.^o. Paris, 1962. p. 774; MAZEAUD/DE JUGLART, *Leçons de Droit Civil*. T. II. Vol. 1.^o. 4.^a ed. Paris, 1969, p. 935.

(37) Vid. ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona, 1970, p. 406, nota 33 (lugar al que remite en la p. 37, nota 34. del T. II, al hablar de las obligaciones indivisibles).

frente a la oposición del demandado que consideraba divisibles las fincas en cuestión. Del dictamen emitido por tres peritos nombrados de común acuerdo resultaba que las fincas reseñadas con las letras G, H, J, no podían sufrir una división en dos lotes que no entrañase la destrucción del servicio de las mismas; que la división en dos mitades de la casa existente en la finca señalada con la letra G causaría la pérdida del 50 por 100 de su valor, a base de practicarse en ella las obras necesarias para conseguir la independencia de las mitades; que las otras fincas, no comprendidas anteriormente, de dividirse materialmente en dos lotes de igual valor, sufrirían un quebranto en su valor actual, no tan sólo por desaparecer el conjunto armónico que hoy constituían, sino también por la depreciación que sobre las mismas causarían las servidumbres que la división creara; que, constituyendo, en realidad, las fincas un conjunto armónico, en el que se complementan sus necesidades y producciones, una división de las mismas en dos lotes de igual valor, entre sí, además de causar los expresados perjuicios, destruiría la trabazón y armonía que entre las mismas existe, causando todo ello una pérdida de rendimiento que directamente recaería sobre el precio de venta que en el mercado alcanzasen los dos lotes en que se dividiese el patrimonio, y cuya pérdida, en junto y total, la estimaban en un 27 por 100 de su valor actual”.

Lo mismo ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1972, tratándose de seis o siete hanegadas de tierra. En efecto, el Tribunal Supremo ratificó la sentencia de la Audiencia, que accedía a la súplica de los demandantes. En ella se pedía que se declarase que la finca en cuestión, inscrita a nombre del demandado, pertenecía en realidad a la comunidad formada por los actores y el demandado, por partes iguales; y que, siendo esencialmente indivisible, se sacase a subasta con admisión de licitadores extraños, repartiendo el producto entre todos los comuneros.

Y la misma indivisibilidad se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1949 con respecto a una finca urbana (inmueble no productivo). El primer considerando recoge los criterios que se han tenido en cuenta para rechazar la división material: “la discrepancia que motiva la controversia judicial consiste en que el actor sostiene que la finca común es esencialmente indivisible, y por ello solicita se proceda a su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, mientras que la parte demandada estima que la tal finca es perfectamente divisible, no procediendo, por tanto, su venta en pública subasta y solicita se decrete la división del solar en cuestión, convirtiendo la cuota ideal de cada condueño en una porción determinada y material y haciéndose para ello lotes iguales a las cuotas respectivas, y sobre esta cuestión, única que en casación se discute, la Sala sentenciadora, teniendo en cuenta al aceptar las declaraciones del Juzgado el uso a que la finca se destina, el número de los partícipes y la proporción en que lo son, las especiales características de:

la finca y los resultados a que conduciría la partición material de ella, ha apreciado como notoria su indivisibilidad con apoyo, además, en la prueba pericial practicada, absolutamente desfavorable a la tesis de divisibilidad” (en dicha prueba pericial se había establecido que el inmueble no admitía cómoda ni equitativa división).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1972 rechaza también la divisibilidad de una finca urbana, con motivo de la liquidación de una sociedad civil irregular. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1972 reitera este criterio restrictivo de indivisibilidad de los bienes de una comunidad, aunque algunos de aquéllos lo sean individualmente.

Pero quizá sea más interesante la contemplación de casos jurisprudenciales en los que se admite la división de los bienes sobre los que recae la comunidad, en tanto en cuanto ni son esencialmente indivisibles, ni desmerecen mucho con la división. En efecto, en ellos se aprecia especialmente no sólo la dificultad para llegar a la división del bien en cuestión, sino también y, esto es más importante, que el criterio para admitir la división es puramente económico; lo que permite una especial elasticidad que no es trasplantable al campo de las obligaciones. De ahí, como veremos, que resulte dudosa la remisión que la doctrina hace a la regulación de la división de la comunidad de bienes. La divisibilidad o indivisibilidad en el momento de resolver la comunidad responde a criterios distintos a los que determinan la divisibilidad o la indivisibilidad de las prestaciones de dar.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1928 se accede a la demanda de división de una dehesa frente a la petición de la copropietaria demandada que, basándose en su indivisibilidad, pedía su venta en pública subasta. El criterio económico aparece claramente expuesto en el informe de los peritos (38) y su

(38) “emitiendo su informe los peritos designados, consignándose en el de don Joaquín Leirado, que en cuanto a la división, si las mitades se referían a la extensión era posible, pero sería de desigual valor, y para que fuesen de igual valor, la extensión tenía que ser diferente; que en cualquiera de esos dos casos las partes que se hicieran serían susceptibles de seguir con los mismos aprovechamientos; que hecha la división en la forma indicada en el croquis que acompañaba con una línea encarnada, compuesta de dos partes, una fija y otra variable, se lograría, o la igualdad de superficie o la igualdad de valor, no creyendo que en el primer caso partes, una fija y otra variable, se lograría, o la igualdad de superficie que serían desiguales en valor, ni en el segundo sumando el de las dos mitades que serían de igual valor; que hecha la división en la forma indicada por la línea del croquis, las dos partes de igual extensión o de igual valor, tendrían edificios, pastos y agua, terreno malo y regular, arbolado bueno y malo, y buenas comunicaciones con la carretera, pudiendo dar la finca dividida una suma de valor igual o mayor a la que tenía sin dividir, no creyendo que por la división perdiera de riqueza ni desmereciese nada; manifestando el perito don Antonio García Monje que siempre sería posible la división material de la finca con el límite de error tolerable, siempre que se tratase de dividir en dos mitades el elemento extensión o el elemento valor, pero si se trataba de dividir en dos mitades el elemento extensión y el de valor conjuntamente considerados; en este caso la división, si no imposible, sería punto menos que impracticable en

separación del criterio de igualdad absoluta, apuntado al comienzo de esta exposición, es puesto de relieve en el tercer considerando de la sentencia, confirmatoria de la de la Audiencia y, en este punto, también de la del Juez de Primera Instancia (39).

Desigualdad entre el criterio económico y el material, que parece evidente cuando se hace uso de la posibilidad que deja abierta el artículo 402, párrafo 2.º, de conceder suplementos a metálico a aquel copropietario que resulte perjudicado frente a los demás por el lote que le corresponda. Así ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1955, que confirma la de la Audiencia y la del Juez de Primera Instancia en las que se aceptaba la demanda sobre

la realidad; que hecha la división a ninguna de las partes le faltarían los aprovechamientos actuales; que en ningún caso se seguiría a la finca total por la división demérito alguno; que la cuantía de los gastos por la división no alcanzaría cifra mayor de 6.000 pesetas; que en ambas partes quedarían edificios bastantes y pastos y terreno bueno y malo y monte y buena comunicación, pero no podría practicarse la división si las dos partes hubiesen de resultar de igual extensión y de igual valor, cumpliéndose todas las condiciones con la división que se hacía en el croquis; que el que la dehesa formase un todo orgánico y armónico no quería decir que no fuera divisible en dos partes iguales, en la que se cumplirá análoga condición, pues bastaría que a cada una de las partes se le asignaran los mismos aprovechamientos que tuviera el todo, y esto era realizable en la forma que se proponía como aproximada; y el otro perito, don Antonio Elías, informó en el sentido de que podía practicarse la división, y la línea más conveniente era la señalada con rojo en el croquis, estimando que las dos partes que quedasen serían susceptibles de los mismos aprovechamientos principales que existían, sin que se perdiera valor en cada una de las partes, con relación al todo, sino que, por el contrario, la suma sería mayor; que los gastos de división alcanzarían la cifra máxima de 6.000 pesetas; que no podía hacerse la división con igual extensión y el mismo valor; que si se hacía la división como se indicaba en el croquis, se conseguiría que las dos partes tuviesen todos los aprovechamientos; que, en efecto, la dehesa formaba un total armónico y orgánico, pero practicada la división, según la línea propuesta, ambas partes también lo formarían; y que por el hecho de dividir la finca no había pérdida alguna de riqueza, y por lo tanto no había demérito”.

(39) “Considerando que define el léxico mitad cada una de las dos partes iguales en que se divide un todo y el adjetivo iguales califica con la misma propiedad todas aquellas cosas que puedan ser por naturaleza, cantidad o calidad, y puede aplicarse en relación con cada uno de estos conceptos y separadamente, y es notorio que tratándose de dividir por mitad una dehesa que tiene tierras de distinta clase, dedicadas a diferente especie de cultivo, con suelo y vuelo de diversas vegetaciones, y con edificaciones apropiadas para la unidad de conjunto a la explotación a que venía dedicado el predio que constituye una sola finca de perímetro irregular, no puede ser la división que por mitad se ordena aquella división que consistiera en hacer de la misma dos partes tan idénticas que, idealmente superpuestas, llegaran a coincidir en todos sus accidentes de extensión topográficos, orográficos, de cultivo, etc., porque esto sería absolutamente irrealizable por imposible, y es principio o regla de derecho, proclamado desde el Digesto “*impossibilia natura lege non confirmantur*”, y además, para interpretación del fallo del Tribunal “*a quo*” no es lícito prescindir de los fundamentos en que está razonado y en los cuales se estima que la división de la dehesa “Sesgudos” es susceptible de ser hecha en dos partes, que cada una puede constituir una dehesa, que permite el mismo aprovechamiento a que la totalidad venía destinada, sin que desmerezca el valor de cada una de las dos extensiones en que haya de dividirse...”

división de dos solares sujetos a copropiedad. El Juez de Primera Instancia declaró: "Que debe reconocerse a la división de dos solares de la Gran Vía y calle de Colón de Larreátegui, de dicha capital, que por mitad y pro indiviso pertenecen a los litigantes, formándose los lotes, el primero, que estará formado por el solar norte de la Gran Vía con el sur de Colón de Larreátegui, según detalle y planos de parcelación del informe del arquitecto don Germán Aguirre (informe presentado por la parte demandante), y el segundo constituido por el solar sur de la Gran Vía y el norte de Colón de Larreátegui, los cuales serán sorteados entre las litigantes, adjudicándose a cada una de ellas el que le toque en suerte, pero debiendo entregar aquella a quien toque el lote número uno 211.428,10 psetas. a la que sea adjudicado en suerte el número dos, como compensación de valor". Conviene señalar, además, que la división realizada con respecto a ambos solares suponía la fragmentación de cada uno en otros dos de desiguales dimensiones.

Finalmente, un tercer elemento para apreciar el distanciamiento del criterio de divisibilidad de la comunidad frente al de la divisibilidad de las obligaciones aparece si nos fijamos detenidamente en que aquél no sólo se basa exclusivamente en el valor económico de las partes resultantes, sino que incluso dentro de ese valor se mueve con una gran elasticidad, puesto que sólo cuando se produzca una notable desvalorización ("cuando una cosa... desmerezca mucho por su división") (artículo 1.062) de la cosa se impone su indivisibilidad. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1964 se acepta la división de un conjunto de 33 fincas, aunque ello implica un cierto desmerecimiento de las mismas (40).

(40) "Considerando que por el mismo cauce procesal (número 1 del artículo 1.692) se formula el motivo segundo en el que se aduce que la Sentencia impugnada ha infringido, por violación, los artículos 401, 404 y 1.062 del Código civil, por entender que, de acuerdo con estos preceptos legales, "los copropietarios de una cosa común, cuando sea indivisible o desmerezca mucho por su división y no exista acuerdo de que sea adjudicada a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, será vendida en pública subasta y con admisión de licitadores extraños"; mas debe notarse que la tesis del recurrente se sustenta en realidad en la interpretación que el mismo da a los preceptos que el mismo dice infringidos y a los hechos que el Tribunal "a quo" estimó probados sin que su apreciación fáctica y probatoria sea combatida por el único cauce legal adecuado, al amparo del ordinal séptimo del mencionado artículo 1.692.

Considerando que en la Sentencia recurrida se afirma que el objeto de división es un cupo hereditario compuesto de 33 fincas, que ese cupo es divisible y que al practicarse la división no resulta inservible para el uso a que se destina, aun cuando desmerezca algo, y que esa división puede hacerse perfectamente, pues no se trata de dividir todas y cada una de las fincas, sino de distribuir las agrupándolas en lotes, invocando al respecto el artículo 1.601 del Código civil, "no habiendo prueba alguna que demuestre la existencia de un conjunto orgánico de explotación con substantividad propia, pues esta alegación del apelante carece de todo apoyo en lo actuado en el pleito".

Considerando que al no ser el cupo de bienes esencialmente indivisible no se está en el supuesto que rige el artículo 404 del Código civil, el cual no ha sido infringido por la Sala sentenciadora, ni tampoco el 401, dadas

Para que una obligación de dar sea divisible hace falta que la cosa sea no sólo económicamente divisible íntegra conservación de su valor económico a pesar de la división), sino que, además, todas las partes resultantes sean cualitativamente idénticas y cuantitativamente proporcionales. Así lo hemos apuntado ya al hablar del concepto de las obligaciones divisibles e indivisibles, recogiendo la opinión común de la doctrina. Quizá sea ahora, en vista de lo dicho, el momento adecuado para analizar las razones últimas de los requisitos enumerados. Estas sólo se pueden apreciar si atendemos al efecto que nuestro legislador une a las obligaciones divisibles cuando en ellas concurre una pluralidad de deudores o de acreedores: el crédito o la deuda se dividen en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros (artículo 1.138). En efecto, si prescindieramos de ese efecto, sólo sería necesario, a efectos de fijar la divisibilidad de una prestación, que las partes en que pudiera fragmentarse dicha prestación mantuviesen su valor. Puesto que el acreedor no tiene por qué aceptar un cumplimiento parcial de la obligación, sólo queda satisfecho cuando recibe el pago total (artículo 1.157); y será indiferente que éste haya sido fragmentado si luego, al reunirse en la persona del acreedor, todas las partes de la prestación reconstituyen su valor originario. Pero desde el momento en que existe una pluralidad de deudores, resulta que la obligación se fragmenta entre éstos y el acreedor tendrá que aceptar la extinción individual de cada una de las deudas y la responsabilidad individual de cada deudor por el pago de la parte que le haya correspondido. Puede pues ocurrir que el acreedor obtenga su satisfacción en algunas de las deudas resultantes y no en otras. Lo que quiere decir que el acreedor tendrá que conformarse con una satisfacción parcial con respecto a la obligación originaria considerada globalmente. Y es aquí donde es importante, si no se quiere agravar especialmente la situación del acreedor, que éste obtenga una satisfacción proporcional a la total con el pago de cada una de las deudas resultantes; para lo que es necesario que cada una de estas deudas recaiga sobre una parte cualitativamente idéntica y cuantitativamente proporcional a la prestación total originaria. Pero aún hay más: sin el requisito últimamente mencionado no hay normalmente posibilidad de aplicar el artículo 1.138, puesto que

las afirmaciones fácticas y probatorias que sustentan el fallo recurrido, y en cuanto al artículo 1.072 del mismo Código, debe advertirse de que este precepto parte de que la cosa sea indivisible o *desmerezca mucho*, y no solamente algo, por su división, lo cual significa tanto como que por esa división haya de sufrir grave quebranto y demérito, lo cual no ocurre en este caso, "pudiendo perfectamente hacerse 5 lotes de igual valor en su estado y situación actual", como sostiene el juzgador de instancia, apreciación sólo combatible en la forma prevenida por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar, por todo lo que es procedente la desestimación al segundo y último motivo, debiendo en consecuencia declararse no haber lugar a la casación interesada con los demás pronunciamientos inherentes a esa declaración".

no hay criterio para determinar la parte de la deuda correspondiente a cada uno de los deudores. En efecto, si tres personas se obligan a entregar un inmueble rústico o urbano, aunque éste sea divisible en tres lotes de valor homogéneo, no habrá forma de determinar en principio quién de ellos tendrá que entregar la parte de arbolado, o la parte del solar colindante con una calle o sometida a una servidumbre. Si se trata de la entrega de un lote de fincas, tampoco se podrá saber a quién de los dos deudores corresponde la entrega de cada finca. Cierto que en el negocio fuente de la obligación se puede establecer que A entregará la parte de arbolado, B la parte de cultivo y C las edificaciones de la finca (también puede ocurrir como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1889 (41) que la distribución resulte de la interpretación negocial), pero entonces se habrán constituido directamente tres obligaciones (42), a no ser que expresamente se pacte la indivisibilidad de las tres prestaciones. Entonces tendríamos una indivisibilidad convencional y no natural, puesto que en este último plano insisto en que nos encontraríamos ante tres prestaciones perfectamente separables e integrables en tres obligaciones distintas. Lo mismo cabe decir también con respecto a los ejemplos de un solar o de un lote de fincas.

Estos mismos argumentos se pueden alegar cuando la pluralidad de sujetos se produce en el crédito y no en la deuda. Es evidente que la satisfacción proporcional de cada acreedor sólo se produce si los créditos resultantes recaen sobre partes no sólo con un idéntico valor, sino también cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales. Y de nuevo aquí no cabe ningún criterio para llevar a cabo un reparto del pago entre los acreedores si los créditos resultantes no reúnen los mencionados requisitos (43).

Resulta pues evidente por qué no cabe hablar de divisibilidad de las obligaciones cuando las prestaciones contenido de éstas sólo son divisibles en su valor de cambio y no en su valor de uso. Esa divisibilidad podrá ser relevante a los efectos de admitir un cumplimiento parcial de la obligación cuando no exista pluralidad de sujetos, es decir, cuando no se trate de aplicar el artículo 1.138. En tal sentido, ya lo veremos, se podrá hablar de una divisibilidad de la obligación,

(41) Vid. en el apartado número 6 de este trabajo.

(42) HERNÁNDEZ-GIL no parece apreciar suficientemente este argumento: "Otro tanto ocurre (la obligación es divisible) cuando las cosas no sean fungibles, siempre que haya pluralidad. En estos casos no importa que las cosas, individualmente consideradas, sean indivisibles, pues el cumplimiento parcial puede estar representado por la entrega de una o de varias como fracción de un conjunto". Op cit. Vid. pp. 163-164.

(43) ALBALADEJO: "... como quiera que con la divisibilidad de la obligación se trata de que, habiendo varios sujetos, pese sobre cada uno de los pasivos una diversa parte de la obligación total, o cada uno de los activos tenga derecho a una porción de la misma, es precisa la igualdad cualitativa, pues, si no, no se podrá atribuir a cada uno una parte igual, y la atribución de desiguales será insólita". Op. cit. Vid. pp. 38-39.

pero con un contenido distinto al que se refiere el Código civil en los artículos 1.138-1.139 y 1.149-1.151.

Ahora bien, esos requisitos de divisibilidad a los que hemos hecho referencia sólo se producen en las obligaciones fungibles, por lo que se refiere a las obligaciones de dar, es decir, obligaciones que recaen sobre cosas objetivamente sustituibles en tanto en cuanto objetivamente desempeñan idéntica función dentro de una sociedad, y que, por ello se determinan por su número, peso o medida. De ahí que resulte muy difícil aceptar la divisibilidad de las obligaciones que recaen sobre bienes inmuebles. Sólo cabe hablar de fungibilidad de éstos cuando la obligación recae sobre un conjunto de ellos de idénticas características: la entrega de veinte chalets iguales e idénticamente emplazados, la entrega de treinta parcelas de terreno de la misma calidad, dedicadas al mismo cultivo, con la misma superficie y el mismo emplazamiento, o la entrega de una parcela divisible en partes de las cualidades señaladas. Vemos pues, cómo queda muy escaso margen para las obligaciones divisibles cuando éstas recaen sobre bienes inmuebles.

Así pues, será el campo de las obligaciones que recaen sobre bienes muebles donde mayor aplicación tendrá la categoría de las obligaciones divisibles. Y aun dentro de este sector, su ámbito no es tan extenso, puesto que se reduce al de las obligaciones fungibles (44).

Una vez sentado lo anterior conviene señalar cómo el criterio establecido en el párrafo primero del artículo 1.151 no es incorrecto, contrariamente a la opinión más generalizada en la doctrina, siempre que se de a la expresión *cuerpo cierto* su sentido adecuado. En efecto, normalmente se considera que al hablar de *cuerpo cierto* el Código civil hace referencia aquí a las cosas específicas; lo que se critica lógicamente, puesto que aunque la obligación sea genérica, es evidente que puede ser indivisible: entregar un caballo, una casa, un coche, un avión..., (45). Pero frente a semejante interpretación, hay que apuntar que el Código civil utiliza el adjetivo *determinado* para referirse a una cosa específica (artículos 1.906 y 1.182) y, aunque a veces utiliza el adjetivo *cierto* también con dicho sentido (en los artículos 1.445 y siguientes, con el fin de evitar repeticiones), dicho adjetivo no tiene un sentido técnico-jurídico acuñado en el Código. Por ello se le podrá dar en cada caso el sentido que se considere más adecuado, siempre que encaje dentro de las acepciones corrientes del mismo. Pues bien, dentro de éstas cabe contraponer los cuerpos ciertos a los cuerpos inciertos que se determinan por su número, peso o medida, es decir, a los conjuntos de cuerpos fungibles, los

(44) En lo que parecen coincidir LARENZ: "Diese Voraussetzung (requisito de divisibilidad) ist in der Regel gegeben bei vertretbaren Sachen und bei Geldschulden". *Lehrbuch des Schuldrechts*. I. 8. Aufl. München/Berlín, 1967. Vid. p. 373; VON TUHR: "Así ocurre siempre (son divisibles) con las cosas genéricas y principalmente con el dinero y demás cosas fungibles". Op. cit. Vid. p. 280.

(45) Vid. ALBALADEJO. Op. cit. p. 36, nota 32; ESPÍN. Op. cit. p. 59.

únicos naturalmente divisibles a efectos de los artículos en cuestión (45 bis). Por otra parte, esta interpretación del párrafo primero del artículo 1.151 queda confirmada por el párrafo segundo, que al referirse a las obligaciones de hacer divisibles, pone como ejemplos de las mismas la realización de servicios fungibles o sustituibles, y que, consecuentemente, se cuentan o miden: días de trabajo, obras por unidades métricas (46).

La contemplación de la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1875, de 6 de diciembre de 1889, de 19 de junio de 1941) confirma plenamente lo que hemos dicho, ya que los casos de obligaciones divisibles de dar que nos presenta se refieren siempre a bienes fungibles y, en especial, al dinero, sobre todo cuando éste entra en la relación obligatoria con carácter subsidiario, sustituyendo el cumplimiento normal por una indemnización de daños y perjuicios.

B. OBLIGACIONES DE HACER

En cuanto a las obligaciones de hacer, ya hemos señalado cómo el criterio, recogido además expresamente de forma mucho más clara por el párrafo 2.º del artículo 1.151, es el mismo. Sólo cabe hablar de divisibilidad cuando la prestación pueda descomponerse en una pluralidad de actividades fungibles o sustituibles por ser cualitativamente idénticas, conservando además, su valor económico. Esto se registra especialmente en los supuestos de arrendamientos de servicios. Cuando el hacer vaya conectado con la realización de un objetivo, la divisibilidad será mucho más difícil porque, junto al fraccionamiento del hacer, habrá que atender al del objetivo en cuestión (47). Por ello, frente al arrendamiento de servicios, resulta más

(45 bis) "por exclusión de lo que el Código dispone acerca de la indivisibilidad de las obligaciones de dar cuerpos ciertos, hay que considerar también como divisibles las de entregar sumas de dinero o cualquiera otra cosa de las que se cuentan, pesan o miden". CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. III, 10.^a ed. Madrid, 1967.

(46) "... son divisibles las obligaciones de hacer que tengan por objeto una serie de actos fungibles, por decirlo así, de modo que su mayor o menor utilidad esté en relación con su cantidad; ejemplo: fabricar cien metros de muro, prestar un número de días de trabajo o ejecutar ciertas obras por unidades métricas, como dice el Código español, que admiten por su naturaleza cumplimiento parcial". CLEMENTE DE DIEGO, *Op. cit.* Vid. p. 74.

"Lo que el Código indica sobre las obras por unidades métricas y sobre los días de trabajo, no pasa de ser, por otra parte, una aplicación de la antigua fórmula general que agrupaba todas las prestaciones de naturaleza fungible". MUCIUS SCAEVOLA, *Op. cit.* Vid. p. 820.

En el mismo sentido, Vid. BORREL Y SOLER, *Derecho Civil Español*. T. III. Barcelona, 1955, p. 107.

(47) "Si noti che la prestazione di fare è indivisibile o no, non solo secondo che gli atti di cui consta possano o no, essere distribuiti fra più persone, ma anche a seconda della meta o risultato a cui tende: ad es. secondo che l'oggetto sia cosa divisibile o no". BARASSI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 4.^a ed. Milano, 1955. Vid. p. 435.

difícil encontrar casos de divisibilidad de un arrendamiento de obra (47 bis). Sin embargo, no se puede decir, como en alguna ocasión ha hecho la jurisprudencia, que no cabe la divisibilidad de un arrendamiento de obra (48). Basta pensar en la construcción de cincuenta camiones, para comprender que en tales supuestos (cuando la obra —el objetivo de este caso— a realizar sea también divisible) hay que admitir la divisibilidad de toda la relación obligatoria.

Pero en definitiva, resulta claro también en esta categoría de obligaciones como lo normal es encontrarse con obligaciones indivisibles. Tal es el caso, en principio, de todas las obligaciones en que las partes concurrentes se comprometen a realizar un negocio en el futuro (precontrato). Un ejemplo extremo de tales supuestos nos lo brinda la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1941, en la que ni siquiera cabe pensar en una aplicación del artículo 1.154, puesto que no se puede concebir un cumplimiento no sólo parcial, sino tampoco irregular. En efecto, la obligación contraída consistía en el compromiso de constituir una sociedad anónima para

(47 bis) Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1972 vemos cómo la construcción de un chalet es una obligación indivisible: "... además, tratándose de la construcción de un chalet, y no existiendo el documento oficial o privado en que se hubiesen instrumentado, en su caso, las estipulaciones esenciales para configurarlo como contrato de empresa por unidades de medida, es evidente que al no estarse frente a una obra divisible y separable en piezas homogéneas, que pudieran contratarse y realizarse independientemente unas de otras y en serie, la Sala sentenciadora actuó correctamente al atemperarse a lo que es habitual en este tipo de contratos en los que —si otra cosa no se pacta— las entregas de dinero se hacen contra facturas provisionales de obra ejecutada, o certificaciones facultativas también provisionales, realizándose a cuenta y subordinándose a la liquidación final o definitiva que se hace después, por acuerdo bilateral, cuando se concluye y va a recibirse la obra; dichas entregas parciales implican una facilidad de pago para reponer fondos a fin de que el empresario pueda ir atendiendo a los gastos de la obra sin tener que esperar al momento de la recepción definitiva de ella, representando las facturas de obra o las certificaciones facultativas, en estos supuestos, una especie de garantía que provisionalmente se ofrece al propietario como una realidad apreciable a simple vista, pero no valorable con exactitud matemática irrevivable" (quinto considerando).

(48) El último considerando de la STS. de 4-II-1950 indica de pasada (no constituye la ratio decidendi de la sentencia) que mientras que el arrendamiento de obra implica indivisibilidad, el arrendamiento de servicios es divisible.

En el mismo sentido, Vid. HERNÁNDEZ-GIL: "En las obligaciones de hacer, la divisibilidad y la indivisibilidad están en función, respectivamente, de que la prestación comprenda sólo el hacer, en cuyo caso suelen ser divisibles, o el resultado, la obra, en cuyo caso son indivisibles. Así los contratos que se refieren a la prestación de servicios, como ocurre con el contrato de trabajo, engendran obligaciones de ordinario divisibles. Otro tanto sucede siempre que, en general, sólo cuente la actividad, fraccionable en el tiempo o mediante otra unidad de medida. En cambio, si forma parte de la prestación, no sólo la actividad, sino un determinado resultado a que ella conduzca, entonces la obligación es indivisible". Op cit., p. 165; PUIG BRUTAU, Op. cit. Vid. p. 255.

A este criterio parece inclinarse también VON TUHR: "Tienen también carácter indivisible la mayoría de las prestaciones de trabajo, y principalmente la elaboración de una obra o la restauración de un objeto deteriorado (ya que los distintos actos necesarios para alcanzar el resultado perseguido no son de igual naturaleza)". Op cit. Vid. p. 281.

la fabricación de ladrillos. Si la sociedad no se constituye, en tal caso (de los tres participantes en el contrato preliminar, dos de las partes se niegan injustificadamente a ello), no cabe una mínima satisfacción del fin perseguido. El problema está no sólo en que la obligación sea indivisible (en sentido estricto), sino también en que no admite un cumplimiento irregular (indivisibilidad en sentido amplio). Así pues, frente a la moderación de la pena convencional llevada a cabo por la Audiencia, aplicando el artículo 1.154, el Tribunal Supremo casó la sentencia imponiendo el pago total de la pena (49).

C. OBLIGACIONES DE NO HACER

Por último, las obligaciones de no hacer son, sin duda, las que mayores dificultades presentan a la divisibilidad. Hasta el punto de que buena parte de la doctrina considera que en ellas no cabe la división (50). Sin embargo, nuestro codificador fue más prudente en

(49) “Considerando que en la sentencia recurrida se declara probado —y no se impugnó en casación— que el 4 de agosto de 1934 el demandante y los demandados acordaron constituir una sociedad anónima para la fabricación de ladrillos; designaron un árbitro para la valoración de las fábricas que los contratantes habían de aportar y para dirimir también cuantas incidencias surgiesen hasta la definitiva formación de la Sociedad; pactaron, como cláusula de garantía y sanción de conducta, una pena de 50.000 pesetas para el caso de que alguno faltase a lo estipulado, y, puesto en ejecución el convenio, acataron las decisiones previas del árbitro hasta que, llegado el momento de otorgar la escritura pública de constitución de la Sociedad, dos de los contratantes —don Rogelio F. y la Compañía limitada C. y C.— se negaron al otorgamiento sin causa justificada.

Considerando que, con estos antecedentes, la Sala de instancia estimó que los contratantes nombrados habían incumplido el convenio de 1934, pero entendiéndolo que el incumplimiento era parcial moderó la pena convenida reduciéndola a 15.000 pesetas que habían de pagar al demandante —Sociedad P. y Compañía— los demandados referidos, juntamente con los gastos de arbitraje satisfechos por aquélla, y contra el fallo así concebido se alza el motivo segundo del recurso denunciando la infracción del citado artículo 1.154, entre otros preceptos legales, por estimar el recurrente que la obligación incumplida es indivisible, y por tanto no se puede dar el supuesto de que sea parcial o irregularmente ejecutada”.

“Considerando que por ser indivisible la obligación convenida y, por tanto, sólo apta para ser ejecutada o incumplida totalmente, la Sala sentenciadora ha infringido por aplicación indebida el repetido artículo 1.154 del Código civil al calificar jurídicamente de incumplimiento parcial aquella negativa de los demandados y moderar la pena estipulada, y, en consecuencia, procede la casación por el segundo de los motivos del recurso”.

(50) “les obligations *de ne pas faire* sont, elles, presque toujours indivisibles, car tout acte contraire a l'abstention promise emporte violation de cette obligation”. COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de Droit Civil*. T. II. París, 1959. Vid. p. 976.

“Las obligaciones que tienen por objeto una prestación de no hacer son, casi de modo absoluto, indivisibles. Todo acto positivo que resulte prohibido a consecuencia del deber de omisión asumido no es un parcial cumplimiento del deber de omisión, sino un incumplimiento. En la prestación positiva el cumplimiento no íntegro puede representar una parte del cumplimiento; pero

esta materia, dejando abierta dicha posibilidad, aunque no señalase el criterio ni diese ninguna indicación al respecto. Y es que, en efecto, parece posible admitir la divisibilidad de las obligaciones de no hacer siempre y cuando se puedan descomponer en inactividades cualitativamente iguales, cuantitativamente proporcionales y que conserven su valor económico. Si los copropietarios de una finca se comprometen a dejarme pasar por ella, basta que uno de ellos me lo impida para que se produzca un incumplimiento total. En cambio, si tres comerciantes se comprometen a no competir conmigo en determinada zona, no es indiferente para mí que incumpla uno solo o que incumplan dos o los tres. Y es que la actividad que corresponde a la competencia comercial podría ser realizada independientemente por cada uno de ellos con un valor económico independiente.

El elemento temporal introduce también un factor de divisibilidad en el no hacer que puede determinar la divisibilidad de la obligación. Una Sentencia de 21 de marzo de 1950 nos brinda un buen ejemplo. Don Aurelio Zubía vendió a don José Lampreabe su participación en el negocio de fabricación de artículos de caucho que venían explotando conjuntamente. En el contrato se establecieron, entre otras cláusulas las siguientes: "cuarto, por su parte, el señor Zubía, declara que, por convenio con el señor Lampreabe, tiene resuelto desistir de toda intervención en el negocio de toda clase de calzados de caucho y espontáneamente se compromete y obliga a no aceptar empleo, cooperación, directa ni indirecta, ni colaboración de ningún género en ninguna fábrica o empresa dedicadas a la producción o explotación de este producto, debiendo entenderse que subsistirá este compromiso hasta el día en que le haya sido devuelta la totalidad del depósito (cuarenta y cinco mil pesetas) que tiene consignado en poder del señor Lampreabe; quinto, se estipula como cláusula penal, que la inobservancia por el don Aurelio de lo pactado en la cláusula anterior, implicaría la pérdida de toda la cantidad depositada, o de la parte de la misma que entonces se hallare pendiente de devolución, quedando esta parte o toda la suma a beneficio del señor Lampreabe o herederos del mismo, como de su propiedad, sin que el don Aurelio Zubía pueda formular reclamación alguna, pues a

en la prestación negativa no es así; pues cuando alguna acción que debió de omitirse se realiza, no se fracciona meramente el cumplimiento, sino que se efectúa algo totalmente contrario e incompatible con él". HERNÁNDEZ-GIL, *Op. cit.*, p. 166.

"De las transcritas reglas, tal vez la que se refiere a las obligaciones que menos duda ofrecen en cuanto a su carácter indivisible es la última, relativa a las obligaciones de no hacer, a pesar de que se remite a lo que aconseje el carácter de la prestación en cada caso particular. Como dice LEHMANN, la prestación de no hacer es completamente indivisible, porque "dejar de hacer a medias equivale a hacer también a medias, por lo que implica la frustración parcial del resultado perseguido". PUIG BRUTAU, *Op. cit.* Vid. pp. 254-255.

Vid. también, DEKKERS, *Précis de Droit Civil Belge*. T. II. Bruxelles, 1955, p. 259; ESPIN, *Op. cit.*, p. 60; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II, vol. 1.º. París, 1962, p. 776; VON TUHR, *Op. cit.*, p. 281.

ello renuncia anticipadamente para el caso expresado". La forma de "devolución" (era el pago del precio correspondiente a la participación del señor Zubía en el negocio) era el siguiente: "cinco mil pesetas el primero de julio de 1936, y otras cinco mil pesetas en igual día de cada uno de los años siguientes hasta el de 1940, inclusive, quedando un resto de veinte mil pesetas que (se) devolverá el primero de enero de 1941". Fallecido don Aurelio Zubía, su viuda reclamó de los herederos de don José Lampreabe el pago de cuarenta mil pesetas, puesto que sólo se habían abonado las primeras cinco mil pesetas. A lo que el hermano de este último, don Gerardo opuso el incumplimiento por parte del señor Zubía de lo pactado ("Y no bien otorgada la escritura de 17 de marzo, comenzaron a tener noticias don Gerardo y don José Lampreabe, de que el señor Zubía no sólo no cumplía el compromiso contraído de abstenerse de toda intervención y negociación relativas a trabajos o industrias de caucho, sino que en forma ostensible y manifiesta desarrollaba nuevas actividades de ese orden, llegando incluso a ofrecer personalmente género de caucho, modelos de calzado de goma a clientes del señor Lampreabe y ofrecer, asimismo, trabajo a obreros fijos y temporeros de la fábrica, cursando también circulares a nombre de "Manufacturas Navarra de Caucho, S. L." ofreciendo modelos de calzado a precios económicos e invitando a no pocos clientes del señor Lampreabe a demorar las compras interín no conociesen los géneros que ofrecía"), por lo que no sólo se opuso a la demandada, sino que además, formuló reconvencción reclamando la devolución de las cinco mil pesetas entregadas. El Juez de Primera Instancia absolvió a ambas partes. Pero la Audiencia acogió la demanda limitándose a rebajarla en la cuantía de cinco mil pesetas, condenando a don Gerardo Lampreabe al pago de treinta y cinco mil pesetas a la viuda de don Aurelio Zubía. El recurso de casación se montó en su quinto motivo sobre la improcedencia de aplicar el artículo 1.154 desde el momento en que la obligación asumida por don Aurelio Zubía era indivisible. Además, las partes ya habían previsto una graduación de la pena en relación con el momento a partir del cual se produciría el incumplimiento (51). Frente a lo que el Tribunal Supremo razona en el último considerando de su Sentencia de la siguiente forma:

(51) "Y quinto. Amparado, asimismo, en el número primero del artículo 1.692 de la ley procesal. En el supuesto —no admisible— de que fuese de aplicación al caso el precepto del Código civil común relativo a la moderación de la cláusula penal, todavía la sentencia habría de anularse porque infringiría ese mismo artículo 1.154, invocado fundamentalmente por la Audiencia, en relación con las leyes 85, párrafo tercero y 137, título I, libro 45 del Digesto, e incluso el mismo artículo 1.151 del Código civil. Es de resaltar que, al prever la cláusula objeto del pleito, el caso de que el incumplimiento por parte del señor Zubía se produzca en diferentes plazos y determinar, a la vez, la pérdida para cada supuesto, la moderación equitativa que busca el Código la determinaron las partes de antemano en su estipulación; y por eso perdía el señor Zubía mayor cantidad si incumplía al principio la condición, que si la incumplía después de haber recibido las primera, segunda o terceras 5.000 pesetas;

“Considerando que la obligación contraída por don Aurelio Zubía en el contrato de 17 de marzo de 1936 de no aceptar empleo, cooperación directa ni indirecta, ni colaboración de ningún género en ninguna fábrica o empresa dedicadas a la producción o exportación de “calzados de caucho”, es susceptible de incumplimiento parcial e irregular, concepto este último atribuible al de las obligaciones indivisibles, y en el que según el artículo 1.154 del Código civil, puede fundarse la modificación equitativa de la pena convenida para sancionarle, y si la pena sustituye a la indemnización de daños por incumpli-

es decir, el aplicar aquí la norma por los Tribunales, sería el aplicarla dos veces, con notorio perjuicio de una de las partes contratantes. Mas, aparte de ello, que ya es grave, el caso de autos no encaja en ese artículo 1.154 del Código civil, porque éste contempla un supuesto de cumplimiento parcial de las obligaciones; y para esto tiene que tratarse de una obligación esencialmente indivisible. doctrina esta proclamada, por ejemplo, en la sentencia de 19 de junio de 1941, que rechaza la moderación de la pena por esa clarísima razón. A este respecto puede señalarse otra decisión de este Alto Tribunal, sentencia de 10 de mayo de 1912, en la que define como tal obligación indivisible, precisamente el pacto de no dedicarse durante un plazo a los negocios que habían sido objeto de una anterior Sociedad; es decir, la estipulación del pleito. De modo que no siendo esencialmente indivisible la obligación de que se trata, se infringe el propio artículo 1.154 del Código civil y también el 1.151, moderando la pena. No puede inducir a confusión el hecho de que se redujese la pérdida por parte del señor Zubía, a medida que pasase el tiempo, primero, porque aquélla ya se ha reconocido por las propias sentencias, que dicho señor incumplió la cláusula quinta del contrato, desde el principio, y hasta tal punto es ello cierto y está, repite, declarado por las sentencias, que la de segunda instancia no señala el momento en que comenzó el señor Zubía a dedicarse a prestar servicio como operario en una industria de caucho (cuyo derecho, claro está, reconoce y proclama. Considerando último), sino que dicha sentencia, al aceptar los Resultados de la de Primera instancia y su texto sobre la realidad del incumplimiento, parte del supuesto de hecho de haberlo sido desde el comienzo del contrato. Pero, además, las dos sentencias, al absolver a la demandante de la reconvención, la absuelven precisamente por haber entregado las primeras 5.000 pesetas “sabiendo que no las debía” (sentencia Primera instancia confirmada en esto por la de la Audiencia), es decir, habiendo ya para entonces cumplido el señor Zubía la tan repetida cláusula quinta del contrato. Es decir, aquí parten las propias sentencias, no de un incumplimiento parcial (cuya afirmación no está siquiera en la sentencia recurrida y, por ello, no puede esta parte impugnarla como tal afirmación de hecho), sino de un total incumplimiento, que aparta, haciendo una aplicación imposible, el artículo 1.154 del Código civil. Había, además, otra razón igualmente decisiva; y es que, aun habiéndose señalado diferentes cantidades a perder por el señor Zubía según el tiempo en que incumpliese, ello no atañe a la naturaleza de la obligación, sino a sus consecuencias; la obligación es indivisible; no dedicarse a determinados trabajos, durante el tiempo del contrato, lo que sucede es que, en caso de incumplimiento de esa obligación de no hacer indivisible, el propio incumplidor pierde las cantidades que tuviese sin recibir. De todos modos y a estos efectos lo fundamental es para el recurso que las mismas sentencias parten —como hecho— de un incumplimiento total, según sus propios pronunciamientos, y en tal caso, es evidente que no podría haber moderación ninguna de pena con arreglo al mismo artículo 1.154 del Código civil. No es preciso advertir que este motivo de casación se esgrime sólo en el supuesto de que los anteriores no hubieran ya prevalecto en el ánimo de la Sala”.

miento, cuando no se pacta lo contrario, como no se pactó en aquel contrato, y es evidente que el daño recibido por Lampreabe no podía ser el mismo, no sólo por diferencias entre el tiempo convenido para la abstención a que se obligaba don Aurelio Zubía y aquel durante el cual no se abstuvo, sino también por la diferente intensidad con que al negocio prohibido se dedicase, ya que no influye lo mismo en el éxito de una empresa sobre sus competidores, en daño de éstos, el empleado u obrero, sin iniciativa ni responsabilidad, que el iniciador, director o colaborador activo, resulta no sólo equitativa, sino de justicia, la modificación de la pena en atención a tales circunstancias, facultad de que se hizo uso en la sentencia recurrida, respecto a la que estimó debida sin alterar el fraccionamiento de pago convenido por los interesados para la obligación principal de don José Lampreabe, con lo que, sin fundamento, el motivo quinto del recurso no puede tampoco estimarse por el mismo”.

De lo que resulta que el Tribunal Supremo considera: 1.º que el artículo 1.154 se refiere tanto a obligaciones divisibles (“hubiera sido en parte... cumplida”) como a obligaciones indivisibles (“hubiera sido... irregularmente cumplida”); 2.º que la graduación convencional de la pena respondía al carácter divisible de la prestación de no hacer, según se prolongase más o menos en el tiempo; 3.º que la aplicación llevada a cabo por la Audiencia del artículo 1.154 se ocupaba principalmente del cumplimiento irregular (y no del parcial), en tanto en cuanto don Aurelio Zubía había actuado sólo como empleado y no como dirigente dentro del campo que le estaba vedado por el convenio con don José Lampreabe.

La divisibilidad del cumplimiento era fácilmente deducible en este caso dada la configuración que las partes dieron a la pena convencional; pero, aun faltando un dato similar a dicha pena convencional graduada, parece que se puede afirmar la divisibilidad de aquellas obligaciones de no hacer que corresponden al no ejercicio de una actividad durante un determinado período de tiempo. Lo que se basa en la divisibilidad esencial del tiempo.

En este caso, la divisibilidad no se planteaba en relación con una pluralidad de sujetos. Pero, como ya hemos apuntado, también se puede admitir la divisibilidad de una prestación de no hacer entre una pluralidad de sujetos cuando el no hacer corresponda a una actividad independiente realizable por cada uno de los sujetos deudores al tiempo.

Cierto que la interpretación del contrato base y, concretamente, el juego recíproco de intereses pueden determinar la indivisibilidad de la obligación de no hacer, aunque reúna las condiciones ya mencionadas. Así ocurre precisamente con una prohibición de competencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1912. Se trata del cumplimiento de un acuerdo de rescisión de un contrato

de cuentas en participación para dedicarse a una determinada actividad comercial. Por él “B) doña María Alcatena se hace cargo de todo el activo y pasivo del comercio de granos, cereales, coloniales y vinos que constituía el objeto del aludido contrato de cuentas en participación”; “D) Los otorgantes han practicado la oportuna liquidación, e incluyendo en ella las cantidades que por el inmueble dicho satisficieron doña Eloísa y don Eusebio, resulta a favor de éstos y en contra de doña María por consecuencia de la adjudicación que se hace de todo el activo y pasivo del negocio los siguientes saldos: a favor de doña Eloísa de Olano, 34.000 pesetas; a favor de don Eusebio López, 1.000; estas cantidades se las abonará doña María a... doña Eloísa y don Eusebio”; “F) Doña Eloísa y don Eusebio no podrán dedicarse dentro de esta provincia de Vizcaya a los negocios de compra-venta de cereales, vinos y coloniales, durante un plazo de diez años, a contar desde hoy, por sí, ni con socios, dependientes o apoderados del que se dedique a esa clase de negocios. Sin embargo, por excepción, don Eusebio López podrá ser dependiente o empleado, cuando lo crea conveniente, de don Félix Azpilicueta, aun en el negocio de vinos, siempre que el empleo o cargo que desempeñe no sea dentro de dicha jurisdicción de Deusto, o ejercido dentro de dicha jurisdicción, ni trabaje el expresado negocio en ese término jurisdiccional. Si doña María no pagase a doña Eloísa y don Eusebio cualquiera de los plazos señalados en la letra D, o dejase de satisfacer la renta que se fija como precio de arrendamiento en una escritura que se firmará después que la presente, sin perjuicio del derecho que don Eusebio y doña Eloísa tienen de pedir ejecutivamente, o en la forma que proceda, el cumplimiento de esa obligación o pago de las cantidades que se les adeuda, por aquel solo hecho quedará sin efecto el párrafo primero de esta letra F, y don Eusebio podrá dedicarse dentro o fuera de esta provincia a la clase de negocios que tenga por conveniente”. Doña María demanda a doña Eloísa y a don Eusebio, exigiendo la resolución del contrato mencionado; para lo que se basa en el incumplimiento por parte de don Eusebio de la cláusula F, por la que se establecía la prohibición de competencia. Los demandados opusieron, entre otros argumentos, la separación absoluta que debía establecerse entre las relaciones existentes entre doña María y don Eusebio, por un lado, y doña María y doña Eloísa por el otro (“que, por tanto, existía por parte de la actora la obligación del abono de las 34.000 pesetas, y por parte de doña Eloísa la de someterse a la prohibición estipulada y lo mismo en cuanto a don Eusebio, pero con responsabilidad personal y aislada, que contrajo éste por su parte y doña Eloísa por la suya, conforme al sentido recto del contrato”). Lo que, en principio, encaja con la división de los saldos acordados en el contrato a favor de uno y otro demandado. Sin embargo, la exégesis de la cláusula F. reali-

zada por la demandante en su réplica parece decisiva a favor del criterio de indivisibilidad de la obligación de no competir (52).

El Juez de Primera Instancia falló a favor de la demandante. Pero la Audiencia consideró que la resolución no afectaba nada más que a don Eusebio, manteniendo vigente el contrato por lo que se refería a doña Eloísa. En el recurso la parte demandante insiste en los mismos argumentos expuestos en la réplica (la indivisibilidad de la obligación asumida por los demandados), junto con la consideración de que el vínculo creado tiene el carácter de solidario (53).

(52) Resultando que, replicando, la demandante adujo como hechos nuevos, después de reproducir los de su primer escrito, que el fundamento y motivo porque contrajo la actora sus obligaciones era que ni doña Eloísa ni don Eusebio, según clarísimamente aparecía de la escritura de rescisión, pudiesen dedicarse al negocio y comercio a que ella venía dedicándose, y siendo esto así no iba a pactar con ellos en la forma que quería y suponía la parte contraria, quedándose a merced de que el don Eusebio dejase incumplido el contrato, y no obstante ello y el perjuicio que esto suponía a la demandante, seguir ésta obligada a cumplir lo que estipuló con dicha doña Eloísa; que bastaba que uno de los dos demandados dejase de cumplir lo estipulado para que la demandante pudiera pedir la rescisión; que aquéllos contrajeron conjuntamente la obligación que López había incumplido, y en esta forma pactó con ellos, pues de otro modo era indudable que no quedaba garantizado su derecho; que en la escritura se estipuló que si la demandante no pagaba a doña Eloísa y don Eusebio cualquiera de los plazos, quedaría sin efecto el párrafo 1.º de la letra F de la escritura y aquél podría dedicarse al género de negocios que tuviese por conveniente, lo que quería decir que las obligaciones fueron contraídas en la forma que la actora alegaba, pues de otra suerte no tenía explicación que la falta de pago de la demandante a la doña Eloísa afectase a don Eusebio; que además, y en corroboración de estos razonamientos, existía el parentesco de los demandados, pues doña Eloísa era tía de la esposa de don Eusebio, vivían juntos, y aquélla había donado a su sobrino el dinero para comprar las casas que poseía; todo lo que confirmaba que ambos constituían una sola personalidad".

(53) "1.º En cuanto la sentencia absuelve a doña Eloísa de Olano, partiendo de la base de que la obligación de no hacer que en el contrato de 30 de septiembre de 1907 contrajo conjuntamente con don Eusebio López no era solidaria ni indivisible, omitiendo la estipulación referente al caso de que la recurrente no pagase a los demandados las cantidades fijadas en el contrato, afirmando que las obligaciones de don Eusebio López y doña Eloísa son independientes y entre ellos no existe relación jurídica nacida de dicho contrato, incurre en error de hecho, resultante del texto de la escritura citada, que en su cláusula F claramente establece esta solidaridad y la condición de indivisible de la obligación de no hacer que los recurridos contrajeron, y de la contestación dada por el don Eusebio a una de las posiciones, puesto que la relación íntima de parentesco e interés refuerza esa solidaridad e indivisibilidad de la obligación, cuyo error es también de derecho, por no haber dado al documento público la eficacia probatoria que le concede el artículo 1.218 del Código civil, y a la confesión judicial el 1.232 del mismo Código, y

2.º En cuanto la sentencia absuelve a la doña Eloísa, partiendo de la base indicada en el anterior motivo, infringe el contrato, que es ley para los contratantes, según los artículos 1.091 y 1.258 del Código civil, pues de sus términos claramente se desprende la voluntad de los contratantes de que si faltase al cumplimiento de la obligación cualquiera de los recurridos se podría resolver el contrato respecto de los dos, por el carácter de solidario o al menos de mancomunado indivisible que dicha obligación tiene; el artículo 1.124 del Código civil, que declara implícita en las recíprocas la fa-

El Tribunal Supremo acoge el argumento de la indivisibilidad y da lugar, por consecuencia, a la resolución total del contrato, aplicando correctamente lo dispuesto en el artículo 1.150 al cargar la indemnización de daños y perjuicios a don Eusebio, puesto que él es el responsable del incumplimiento (54).

Esta sentencia del Tribunal Supremo resulta especialmente relevante porque es a la que normalmente se refiere la doctrina como

cultad de resolver las obligaciones, ya que la sentencia niega la resolución respecto de doña Eloisa; el artículo 1.281 del Código civil, según el cual si los términos de un contrato son claros, se estará al sentido literal de sus cláusulas, y si parecieran contrarios a la intención de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquéllas, toda vez que no sólo son claros los términos del contrato en el sentido expresado, sino que, si hubiese alguna duda, la intención de los contratantes no la ofrece respecto de ese carácter de la obligación; el principio de la mayor reciprocidad contenido en el artículo 1.289 del Código civil, pues de interpretarse como lo hace la Sala sentenciadora, el contrato resultaría más oneroso y perjudicial para la recurrente, y, por último, el artículo 1.137 del mismo Código, en su último párrafo, que declara solidaria una obligación cuando expresamente lo determina el contrato, y el 1.150, con arreglo al cual la obligación indivisible mancomunada se resuelve desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso, pues reconociendo la sentencia que don Eusebio López faltó a la obligación de no hacer que juntamente con doña Eloisa contrajo, no pudo absolver a ésta, y por todo ello incide la sentencia recurrida en el motivo de casación citado al principio”.

(54) “Considerando que el contrato de 30 de septiembre de 1907 tuvo por objeto principal la rescisión del de cuentas en participación estipulado en 31 de diciembre de 1901, entre la recurrente doña María Alcatena y Altaza y doña Eloisa de Olano y Astobiza y don Eusebio López Larrazábal, teniendo aquél como causa las obligaciones recíprocas, por parte de doña María de pagar las cantidades estipuladas y por doña Eloisa y don Eusebio la de no poder dedicarse durante un plazo de diez años y dentro de la provincia de Vizcaya, a los negocios que fueron fin de la anterior Sociedad, lo que, por sí solamente así expresado, define claramente esa obligación con el carácter de indivisible por lo referente a los dos últimos.

Considerando que esto más se especifica en el párrafo 3.º de la cláusula F del pacto 3.º del contrato que se discute, pues releva al don Eusebio de tal obligación de no hacer, si doña María no cumple la de pago a los otros dos, significando con ello que la evitación de la competencia en el negocio era la principal causa, y que se tenía por más valiosa en él la intervención personal de don Eusebio, que sólo fue aportante de 1.000 pesetas al constituirse la sociedad, mientras lo fue de 34.000 doña Eloisa.

Considerando que se ve confirmado tal vínculo de indivisibilidad entre doña Eloisa y don Eusebio por las manifestaciones de éste al contestar la posición decimosexta de su confesión judicial respecto a parentesco con doña Eloisa, convivencia en la misma casa, y otras relaciones de intereses.

Considerando que esto establecido existen los errores de hecho y de derecho alegados en el primer motivo del recurso y las infracciones invocadas en el segundo, toda vez que la Sala sentenciadora no estimó la indivisibilidad de la aludida obligación de no hacer, no interpretando rectamente el contrato y no aplicando debidamente lo preceptuado en los artículos 1.150 y 1.151 del Código civil.

Considerando que el Tribunal *a quo* debió, en su consecuencia, tener a la demandada doña Eloisa de Olano, por obligada como el otro demandado a la resolución del contrato, con motivo de su incumplimiento por parte de don Eusebio López, que especialmente y por sí solo responde de daños y pago de perjuicios”.

prueba de la indivisibilidad de las obligaciones de no hacer. Sin embargo, parece claro que no es una prueba decisiva en tal sentido. De acuerdo con lo que afirmábamos más arriba, si en este caso ambas partes demandadas, doña Eloisa y don Eusebio, hubiesen tenido la misma capacidad para llevar a cabo la competencia prohibida por el contrato celebrado con doña María, la obligación de no hacer competencia, asumida por ambos, podría haber sido divisible.

D) OBLIGACIONES COMPLEJAS

Queda sólo por hacer una referencia a las obligaciones compuestas por una pluralidad de prestaciones unidas por el fin económico-social perseguido por las partes. Vemos aquí aparecer la indivisibilidad no de una prestación, sino de varias, basada en la voluntad de las partes, es decir, en la interpretación del negocio fuente de las mismas. Pues bien, como parece lógico, esta clase de obligaciones complejas se somete a los mismos criterios que las obligaciones con prestación simple a la hora de fijar la divisibilidad o indivisibilidad. Así lo determina el quinto considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1941, a la que ya hemos hecho referencia al hablar de las obligaciones de hacer (55). Sólo en tanto en cuanto las prestaciones contenido de la obligación compleja sean totalmente sustituibles entre sí, es decir, fungibles, se podrá hablar también en principio de una divisibilidad natural de las mismas. Aunque el hecho de que hayan sido insertas todas ellas en una sola obligación implica ya una presunción importante a favor de que las partes las hayan querido considerar como indivisibles. Pero con esto nos adentramos ya decididamente en la materia objeto del apartado número 6: la incidencia de la autonomía privada en la indivisibilidad de las obligaciones.

E. CONCLUSIÓN

Cabe concluir después de este repaso a las diversas categorías de obligaciones que, en todo caso, y aunque en todas ellas quepa encon-

(55) "Considerando que la obligación de constituir una Sociedad, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, ofrece como contenido una prestación simple de naturaleza indivisible, comprendida en el párrafo primero y, a sensu contrario, en el segundo del artículo 1.151 del Código civil, por no ser susceptible de descomposición en partes homogéneas que aisladamente puedan tener cumplimiento, y si se contempla juntamente con el deber, también convenido, de pasar los contratantes por las decisiones del árbitro, previas al otorgamiento de la escritura, se trataría de prestación compuesta, pero de naturaleza igualmente indivisible en su integridad, porque el acatamiento de las resoluciones del árbitro supondría el medio preparatorio de constitución de la Sociedad, fin esencial y único perseguido por los contratantes, quedando así uno y otro deber engarzados con trabazón tan íntima que formarían un solo nexo o unidad jurídica, presidida por el designio finalista de que la Sociedad llegase a ser constituida, y así resulta que, en todo caso, el incumplimiento total se produce si el proceder doloso o culposo de alguno de los contratantes impide el otorgamiento de la escritura de formación de la Sociedad".

trar supuestos de divisibilidad, la obligación indivisible no constituye un supuesto excepcional, a pesar de la engañosa redacción del artículo 1.138, sino que por el contrario parece el caso más normal dado el posible contenido de las diversas prestaciones, así como los requisitos que la doctrina impone (y que, como hemos visto, resultan plenamente justificados) para admitir a efectos del artículo 1.138 la divisibilidad de una prestación.

4. INAPLICABILIDAD DE LA DIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS A ESTA MATERIA

Antes de seguir adelante conviene precisar que la limitación del ámbito de las obligaciones divisibles se confirma si, como me parece correcto, se rechaza la posibilidad de que se considere divisible a cualquier obligación de dar, en base a que en última instancia los derechos que recaen sobre las cosas son divisibles por cuotas. En tal sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina (56), siguiendo en ello el criterio ya expuesto por POTHIER (57). Se recordará que,

(56) Vid. BORRELL Y SOLER, *Derecho Civil Español*. T. III. Barcelona, 1955, p. 107; COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: "On ne trouve presque pas d'exemple d'indivisibilité dans les obligations de donner, c'est à dire de transférer la propriété ou un droit reel; car un droit de ce genre est presque toujours susceptible de division, même quand il porte sur un objet qui, matériellement, ne peut pas être divisé. Supposons, par exemple, la vente engendre l'obligation pour chaque copropriétaire de transférer à l'acheteur le droit indivis qu'il a dans l'objet, sa moitié, son quart. L'obligation de donner est donc parfaitement divisible. Voilà pourquoi l'article 1217 a soin de déclarer que l'obligation est indivisible, quand elle a pour objet une chose qui n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle.

Par exception cependant, il y a deux catégories de droits réels qui sont indivisibles, les servitudes et les hypothèques". *Traité de Droit Civil*. T. II. París, 1959, pp. 975-976; ENNECERUS/LEHMANN: "Son divisibles los créditos dirigidos a la transmisión de un derecho divisible, por ejemplo, la propiedad, el usufructo, la prenda, y esto aunque las cosas cuya propiedad, etc., haya de transmitirse, sean indivisibles, ya que, no obstante, cabe transmitir una cuota del derecho, por ejemplo, la copropiedad de un caballo". *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Barcelona, 1954. Vid. p. 21; ESPÍN, Op. cit., pp. 59-60; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*. Reimpresión de la ed. de 1937. París, 1965, p. 430; HERNÁNDEZ-GIL, aunque matiza la postura: "El problema no puede resolverse a través de una fórmula general y objetiva igualmente válida para todos los casos. La división por cuotas del derecho, en principio, conduce a la divisibilidad. Pero ésta ha de constatarse siempre y en último término a través del cumplimiento que no concierne a la mera titularidad de los derechos ni de las obligaciones, sino a su ejecución; y siendo así el discernir si hay incumplimiento o cumplimiento parcial, cuando lo que objetivamente se presenta es un cumplimiento no completo, está en función de los concretos intereses en juego y del fin perseguido". Op. cit. Vid. p. 165; MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. T. VIII. 4.ª ed. Madrid, 1929; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II. Vol. 1.º. París, 1962, p. 776; PUIG BRUTAU, Op. cit., pp. 251 y 253-254.

(57) Con lo que cabe la divisibilidad en todo caso, salvo en los supuestos excepcionales en que nos encontramos con un derecho indivisible, como la servidumbre. Vid. en este sentido MUCIUS SCAEVOLA, Op. cit., pp. 811-813.

según él, no hace falta que la cosa pueda ser *materialmente* dividida, sino que basta con que lo sea *intelectualmente* en partes indivisas. Sin embargo, conviene también recordar (58) que el mismo POTHIER, recogiendo expresamente la opinión de DUMOULIN, daba un escaso margen de actuación a este tipo de divisibilidad intelectual. En efecto, aunque ésta exista, es presumible que normalmente las partes no quieran hacer uso de ella a efectos de la divisibilidad de la obligación en cuestión.

Pues bien, sobre este tema me parecen absolutamente correctos los argumentos brindados por CICALA para rechazar la divisibilidad de la obligación basada en la divisibilidad intelectual del derecho sobre el que recae la prestación. Su argumentación se basa en que las partes ideales en que se puede dividir un derecho no son ni cualitativamente iguales ni cuantitativamente proporcionales a ese derecho, por lo que normalmente tampoco conservan el valor de cambio del mismo (59). En efecto, los poderes que conceden la titularidad sobre la cuota de un derecho no tienen mucho que ver (son cualitativamente diferentes) con los que suministra la titularidad única y exclusiva del mencionado derecho. Basta atender a las normas contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código civil para comprobar la certeza de esta apreciación.

Pero es que, además, aunque se aceptase la divisibilidad de la prestación sobre esta base, habría que limitarla a la prestación de dar en lo que se refiere a la transmisión de un derecho, pero no podría extenderse a la prestación de dar propiamente dicha, la de entrega de la cosa sobre la que recae el derecho (60). La íntima conexión que normalmente unen a una y otra prestaciones remitiría a un pro-

(58) Vid. nota número 8.

(59) "L'identificazione della divisibilità dell'obbligazione di trasferire la proprietà, di costituire o trasferire l'usufrutto, ecc. nella possibilità di trasferimento per quote e di costituzione per quote di tali diritti, non è coerente con il concetto di divisibilità dell'obbligazione come —appunto in quanto divisibilità dell'oggetto della prestazione, cioè della cosa o del fatto— possibilità che l'adempimento dell'obbligazione parziale offra al creditore, proporzionatamente, la stessa utilità che sarebbe offerta dall'adempimento dell'obbligazione totale. Infatti —e qui si vede anche l'inopportunità della tesi tradizionale— tra il trasferimento della proprietà (la costituzione o il trasferimento dell'usufrutto, ecc.) di una cosa e il trasferimento della comproprietà (la costituzione o il trasferimento del usufrutto, ecc.) della stessa cosa v'è, nelle utilità che l'uno e l'altro procurano, differenza *qualitativa* dati gli speciali limiti inerenti al diritto in comunione; invece, tra il trasferimento de la proprietà (la costituzione o il trasferimento dell'usufrutto, ecc.) di una *parte* della stessa cosa v'è, nella utilità che l'uno e l'altro procurano, differenza *solo quantitativa*, data l'uguaglianza qualitativa della *parte* al tutto". CICALA, *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968. Vid. p. 644.

Vid. también del mismo autor: *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*. Napoli, 1953, pp. 132 a 134 y 203 y ss.

En el mismo sentido, Vid. ESSER: "nicht teilbar ist die Ubereignung eines Gegenstandes, auch wenn er mehreren zu Bruchteilseigentum zusteht". *Schuldrecht*. I. 4. Aufl. Karlsruhe. 1970. p. 428.

(60) Vid. ALBALADEJO, op. cit., pp. 37-38; VON TUHR, op. cit., pp. 280-281.

blema de obligaciones complejas, en el que basta que se produzca la indivisibilidad de una de las prestaciones para que, dada la íntima conexión de todas las prestaciones contenido de la obligación, se produzca la indivisibilidad total de ésta.

Con todo, creo que esta cuestión no debe plantearse, puesto que la observación de CICALA me parece decisiva. Y no deja de ser un dato sintomático no encontrar ningún caso en la jurisprudencia en el que se recoja este tipo de divisibilidad que, de aceptarse, sería sin lugar a dudas el más frecuente.

Resulta también importante señalar a este respecto que nuestro Código civil carece de preceptos donde expresamente se dé pie para aceptar tal tipo de divisibilidad. Nuestro Código civil no contiene ningún precepto similar al contenido en el artículo 1.217 del Código civil francés: "L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle". Pero además, como señala ALBALADEJO, la referencia contenida en los artículos 1.149 y 1.151, párrafo 1.º, a las cosas hace pensar que nuestro codificador se centra única y exclusivamente en la divisibilidad material de éstas, descartando la de los derechos que recaen sobre ellas, aunque ciertamente serán normalmente divisibles por cuotas (61) (61 bis).

5. INDIVISIBILIDAD CONVENCIONAL DE LAS OBLIGACIONES.

Hasta aquí hemos hablado de la indivisibilidad natural o absoluta de las obligaciones. Ya hemos visto que su importancia cuantitativa no es ni mucho menos pequeña. Pero todavía ha de aumentar mucho más al atender ahora a la indivisibilidad relativa o convencional, es decir, la que resulta expresa o tácitamente de los negocios que dan vida a las obligaciones (62) (63). En efecto, me atrevería

(61) Vid. op. cit., p. 38.

(61 bis) El artículo 11 del Estatuto de la Propiedad Industrial (Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929) establece la indivisibilidad de los derechos reconocidos en el mismo: "Toda concesión de patentes, marcas, modelos, dibujos, nombres comerciales, rótulos de establecimiento y películas cinematográficas será indivisible en cuanto al objeto, procedimiento, producto o resultado que hubiese servido para su otorgamiento, sin perjuicio de las cesiones que por voluntad del concesionario o por precepto de la Ley puedan realizarse de los derechos o aprovechamientos garantizados por la expresada concesión" (párrafo primero).

(62) Sobre la indivisibilidad convencional, Vid. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*. Napoli, 1953, pp. 168 ss.

(63) La existencia de este tipo de indivisibilidad impide considerar como diferencias entre la indivisibilidad y la solidaridad el origen convencional de ésta frente al natural de aquélla, tal y como hace CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*. Ed. revisada y puesta al día por DE COSÍO Y CORRAL/GULLÓN BALLESTEROS. T. II. Madrid, 1959. Vid. p. 71.

a decir que la mayor parte de las obligaciones naturalmente divisibles que nacen de un contrato bilateral pasan a ser indivisibles simplemente como consecuencia del sinalagma funcional. El estudio de algunos casos de la jurisprudencia facilitará la explicación de la afirmación que acabo de hacer. Comenzaremos por una Sentencia de 8 de octubre de 1927.

La Sociedad Instaladora Frigorífica Inurrieta Ordinas y Compañía demandó a don José Orduña Martínez y a don José Martí Salvador pidiendo que se condenase a los demandados, mancomunada y solidariamente, a que cumpliesen el contrato de compraventa e instalación de una fábrica, celebrado en 18 de febrero de 1924, “de potencia equivalente a 10.000 kilos de hielo opaco por cada veinticuatro horas de trabajo continuo y una cámara con su antecámara de un volumen de 80 metros cúbicos para almacenar hielo, que se establecería en Denia, en el edificio propiedad de don José Orduña”, por el precio de 78.000 pesetas. La Audiencia estimó la demanda, confirmando la Sentencia del Juez de Primera Instancia y “condenando a los demandados... mancomunada y solidariamente: primero, a que cumplan en todas sus partes el contrato de compraventa que celebraron... efectuando cuanto fuera preciso para dejar cumplido tal contrato...; segundo, a que indemnicen a dicha Sociedad de los daños y perjuicios causados a las misma, representados por el interés legal de la cantidad de 50.000 pesetas que aquéllos se obligaron a pagar a ésta en lo que restaba del mes de febrero de 1924, desde el último día de dicho mes de febrero hasta el momento del pago”. Recurrida la sentencia por uno de los demandados, don José Orduña y Martínez, se alega como último (sexto) motivo del recurso la infracción de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, al presumirse la solidaridad (64); lo que la Sentencia del Tribunal Supremo acepta en su último considerando, casando la sentencia de la Audiencia en este punto (65).

(64) “se infringen los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, por errónea aplicación, al no estimarse el carácter exclusivamente mancomunado de la obligación reclamada y condenar a los demandados mancomunada y solidariamente, cuando del texto del contrato, en cuanto a las obligaciones de los compradores, no resulta otra cosa que un crédito o deuda de cantidades determinadas como pago de precio de cosa vendida, cantidades que, según lo dispuesto por el artículo 1.138 del Código civil, deben ser satisfechas por mitad, por los demandados contratantes”.

(65) “Considerando que ha respetado tanto el Código civil la libertad de contratación que no ha querido extender las obligaciones que producen más que a las que se deriven de la voluntad de los contratantes, y por ello en aquellas colectivas por la pluralidad de sujetos activos o pasivos, ha reconocido como distintos en sus efectos y consecuencias las mancomunadas simples o a prorrata, en que cada deudor responde de su parte, de las mancomunadas solidarias en que la responsabilidad propia individual se agrava por la ajena, de la que también responde cual si fuese único deudor, consignando en sus artículos 1.137 y 1.138 principios de nuestra antigua legislación de que la obligación única contraída a cargo de varios deudores o en beneficio de diversos acreedores es sólo mancomunada (de las llamadas simples) cuando no se pacta expresamente la solidaridad, con lo cual claramente se ve que toda obligación solidaria es mancomunada; pero no toda mancomunada

A mi entender, el razonamiento y la conclusión del Tribunal Supremo resulan insuficientes, puesto que no abordan el problema realmente existente en este caso. Parece que, en efecto, la Audiencia actuó incorrectamente, al pretender establecer una solidaridad en donde no la había. Sin embargo, quizá se ponga con ello de relieve la intuición por parte de aquélla de que tampoco se trataba de una simple deuda mancomunada, sometida al régimen del artículo 1.138, tal y como parece entender el considerando en cuestión. Y es que lo que falla aquí para llevar a cabo semejante subsunción del supuesto de hecho es la divisibilidad de la prestación que corre a cargo de los demandados, el pago del precio. Esta es en abstracto una prestación divisible por excelencia, puesto que se trata de dinero. Pero no cabe decir lo mismo cuando se combina con otra prestación indivisible, como ocurre aquí, al ser contraprestación de la misma. En efecto, ¿cómo reputar deudas distintas —de acuerdo con el artículo 1.138— las que corren a cargo de los dos compradores? ¿Acaso el cumplimiento del vendedor no aparece condicionado por la plena satisfacción de su crédito con respecto al precio? Ciertamente que ello no conduce a que la deuda de los dos compradores sea solidaria. El vendedor no se podrá dirigir contra cualquiera de ellos para exigirle el pago del todo; pero lo que podrá hacer es negarse a cumplir su deuda mientras no haya recibido el pago total o esté seguro de que lo recibirá. En todo caso, podrá resolver el contrato si no obtiene satisfacción más que de uno de los compradores, es decir, si no obtiene más que la mitad del precio.

Tampoco se produce una responsabilidad solidaria como consecuencia del incumplimiento de uno de los deudores. Y esto es algo que el Tribunal Supremo no pone de relieve, a pesar de negar la existencia de una relación solidaria; con lo que parece llegar a una solución mixta (la indemnización de daños y perjuicios se divide también entre partes deudoras), contraria al artículo 1.150, según el cual es el deudor responsable del incumplimiento el que debe soportar to-

es ni se presume solidaria, pues para reunir esta condición es indispensable que expresamente lo determine según las exigencias del artículo 1.137, y aunque realmente no sea preciso para estimarla tal, el empleo de frases o términos que digan claramente el carácter solidario, sin embargo, no puede presumirse y es preciso que resulte evidentemente que esa fuera la voluntad de los contratantes para originar un vínculo tan especial, tanto más en este caso, en que tratándose, respecto a los compradores del pago del precio en cantidad numérica, es perfectamente divisible, y la presunción sería en favor de los deudores ante la previsión del artículo 1.138, y al no haber en el contrato términos que por su significación gramatical y lógica evidencien el compromiso de pagar o pedir aquél íntegramente a cualquiera de los dos compradores, la solidaridad con que la Sala condenó sobre ello a éstos quebranta la letra y espíritu de los citados artículos 1.137 y 1.138 en que se basa el motivo sexto, ya que ellos no han querido imponer por deducciones factibles responsabilidad no convenida, de tal manera que en la misma demanda ni aun se fundamentó como debiera en demostración de la petición en esa forma hecha en la súplica; y ello impone la estimación de tal motivo sexto del recurso y casación de la sentencia en este particular en cuanto al recurrente que la impugnó”.

talmente dicha indemnización. Lo que, además, en estos supuestos de indivisibilidad resulta especialmente sencillo, puesto que, al poder llevarse a cabo independientemente por cada deudor la parte que le corresponde en la prestación (pago de la mitad del precio), es fácil localizar inmediatamente al incumplidor. Este (el incumplidor) además se destaca de forma evidente cuando, como suele ocurrir en las obligaciones bilaterales, el incumplimiento comienza al no llevarse a cabo la conducta necesaria para que la otra parte pueda realizar su prestación. Así ocurre en el supuesto de la Sentencia, en el que la instalación había de realizarse en un edificio propiedad de don José Orduña, para lo que éste debía ocuparse de conseguir el suministro necesario de agua (por eso la Audiencia condena a los demandados a efectuar cuanto fuera preciso para dejar cumplido el contrato). De los resultando queda claro que entre los compradores se había producido una desavenencia por lo que se refiere al cumplimiento del contrato, puesto que la Sociedad alega entre otras cosas la advertencia que le hizo don José Martí sobre la actitud de José Orduña, dispuesto a burlar el contrato, y, a su vez don José Orduña, el único que se opone a la demanda, acusa a la sociedad demandante y a don José Martí de haberse puesto de acuerdo para engañarle. Sin embargo, como señalábamos, el Tribunal Supremo no imputa toda la indemnización a don José Orduña, sino que parece optar por su prorrateo entre ambos compradores, junto con el principal del precio.

Una segunda sentencia del Tribunal Supremo que muestra como se puede construir una obligación bilateral indivisible, incluso cuando ambas contraprestaciones son divisibles, es la de 6 de diciembre de 1889. Constituido el arrendamiento de varias fincas, pertenecientes cada una a distintos propietarios, la venta posterior de las mismas a un tercero, antes de que concluyese el arrendamiento, determina un incumplimiento del mismo, frente al que el arrendatario exige la devolución de las rentas pagadas correspondientes al período de incumplimiento más la indemnización de daños y perjuicios (66). Pa-

(66) "Resultando que por documento privado, de 1.º de octubre de 1877, don José Barca y Molina, en representación de sus hijos menores, don Luis García Cuesta, don Pablo García de la Roca y don Manuel Fernández Molina, dieron en arrendamiento varias fincas de su propiedad a don Doroteo Gómez Adán, por término de seis años, bajo ciertas y determinadas condiciones; y habiendo vendido aquellas cuatro fincas a don Valeriano Mardrazo cuando no había aún transcurrido el tiempo del arrendamiento, dedujo el arrendatario Gómez Adán en el Juzgado de primera instancia de Alcalá de Henares en 11 de octubre de 1882 demanda civil ordinaria, con la solicitud de que se declarara que tenía derecho a reembolsarse de las rentas pagadas en la parte correspondiente desde las fechas en que se habían enajenado las fincas hasta la conclusión del sexto semestre del arriendo en 30 de septiembre de 1880, y a que los cuatro que le arrendaron las fincas le abonaran los daños que le habían ocasionado con su venta, consistentes: en la labor de 40 fanegas de tierra, en el coste de edificación y apertura de un pozo en las fincas, en el transporte de las leñas que existían en la misma sin cortar, así como las ganancias que se le habían impedido realizar en los tres años, desde 1.º de octubre de 1880 a 30 de septiembre de 1883,

rece claro que en este caso el carácter unitario e indivisible del arrendamiento derivaba directamente de la intención de las partes, al fijar una renta común para todas las fincas. Lo que en principio podría haber dado lugar a una divisibilidad total (tantos contratos de arrendamiento como fincas), se convirtió de esta forma, no en una obligación divisible, sino en una obligación bilateral indivisible. Así, si en vez de haberse producido la venta de todas las fincas por todos los arrendadores (incumplimiento total directo), la venta sólo hubiese afectado a una finca, el arrendatario habría podido resolver igualmente la relación obligatoria. En tal caso, la indemnización de daños y perjuicios habría corrido a cargo exclusivo del arrendador-vendedor (incumplidor). Esto quiere decir que tampoco los arrendadores tenían por qué aceptar un pago fraccionado de la renta. Únicamente el paso a una indemnización de daños y perjuicios permite aplicar al artículo 1.150, con el consiguiente fraccionamiento de la prestación indivisa.

Sin embargo, no cabe generalizar la indivisibilidad de cualquier prestación por el hecho de estar implicada en una relación bilateral en la que la contraprestación correspondiente es indivisible. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1929, que pasamos a examinar, nos ofrece un ejemplo contrario a semejante generalización. Don Fernando Herráez Mateos demandó a don Leónidas Sánchez Vicente y a don Bernardino Vicente Martín exigiendo de éstos el pago total del precio acordado con ellos por virtud del contrato de arrendamiento de servicios convenidos entre los demandados y el actor para la guarda por éste de la alquería coto redondo de "Valdecarrillos", que durante algún tiempo perteneció pro indiviso a aquéllos... para el caso de que la finca fuese enajenada, como en efecto ocurrió", más la indemnización de daños y perjuicios correspondientes al incumplimiento. El Juez y la Audiencia condenaron a los demandados, "solidaria y mancomunadamente, al pago de 10.000 pesetas al demandante, como consecuencia de la preexistencia de un contrato de arrendamiento de servicios constitutivo de una obligación condicional con condición cumplida, celebrado y otorgado entre los dos primeros, como dueños de la finca de Valdecarrillos, y el segundo, como guarda de la misma, con el interés del cinco por ciento anual..., de cuya cantidad total se deducirá la de 1.000 pesetas recibidas por el actor y que traen causa de los mismos servicios...". Recurrida la Sentencia, se alega en los motivos tercero a quinto la existencia de incongruencia, junto con la violación de los artículos 1.137 a 1.139 del Código civil, puesto que la demanda no pedía que la condena al pago fuese solidaria, ni cabía presumir

deducidas las ventas que debían pagarse; y se condenara mancomunadamente a los demandados al pago de dichas rentas, daños y perjuicios y ganancias impedidas, en la cantidad en que pareciera que habían consistido de las pruebas que se practicasen a su tiempo, o en su defecto, de las bases que se fijaran como norma para su determinación".

dicha solidaridad al no haberse convenido y ser divisible la prestación en cuestión. Lo que acepta la Sentencia del Tribunal Supremo en sus dos últimos Considerandos (cuarto y quinto) (67).

El razonamiento parece correcto. Cabe aplicar el artículo 1.138 del Código civil a la deuda contraída por don Leónidas Sánchez y Don Vicente frente a Don Fernando Herráez, aunque la contraprestación de éste fuese indivisible (no sólo porque así se dedujese del contrato, sino también, y fundamentalmente, porque había sido realizada ya). Y ello se debe a la naturaleza de esa contraprestación, consistente en un hacer, que da lugar a que, una vez cumplida, no quepa revocarla ni total ni parcialmente. Por eso el condicionamiento que veíamos en los supuestos de obligaciones bilaterales desaparece. El carácter unitario del contrato ya no puede incidir sobre la divisibilidad de una de las prestaciones desde el momento en que no cabe la resolución del contrato, como consecuencia del incumplimiento parcial del mismo. El riesgo que deriva en tales casos para el arrendatario de los servicios es lo que indujo al Juez y a la Audiencia a conceder la solidaridad de la deuda al acreedor. Sin embargo, no es ésta la solución que abona nuestro Ordenamiento. El precio de los servicios es esencialmente divisible y, al no incidir en tal divisibilidad el sinalagma funcional del contrato base, queda sometido a la fragmentación del artículo 1.138.

Un caso similar, aunque más complicado, es el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1931. Doña Petra Sáiz Saizar, viuda de Don Juan Romero, demandó a Doña Antonia Redil Alvarez el pago de la sexta parte del importe líquido de la renta trimestral que producía una fianza (que se elevaba a 3.542 pesetas desde la muerte de Don Juan, fecha a partir de la cual se había producido el impago), contraprestación convenida en su día por Don Manuel Redil Alvarez, Doña Antonia Redil, Don Eduardo Redil y Don José Ruiz Alcober a cambio de los servicios practica-

(67) "Considerando que, por el contrario, procede estimar los motivos tercero, cuarto y quinto, el cuarto, porque no habiéndose pedido en la demanda la solidaridad de los deudores en la obligación, el Tribunal la concedió con infracción del precepto del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene carácter sustantivo a los efectos del número segundo del artículo 1.692 de la misma Ley; pero aun en el caso de que hubiese sido pedida, no podía concederse, por no estar demostrada la solidaridad.

Considerando que una de las clasificaciones más importantes de las obligaciones es la de mancomunada y solidaria, la primera es aquella existente entre varias personas, ya como acreedores, ya como deudores, entre las cuales se divide el beneficio o el peso de la obligación y se regula por el principio "concurso partes fiunt", o sea, reparto de la carga de la obligación entre los deudores; mientras que la solidaria es la que tiene que ser cumplida indivisamente en favor del acreedor; y como el Código civil establece en su artículo 1.137 que tendrá el carácter de solidaria solamente cuando la obligación expresamente lo determine, lo que no sucede en el caso de autos, y además no pueden estimarse solidarias las obligaciones derivadas de la infracción de un convenio, es evidente que cometió error el Tribunal de instancia, que hace estimables los motivos tercero y quinto".

dos por Don Juan para recabar el resguardo de la Caja de Depósitos, representativo de la fianza a que el presente pleito se refiere. Tanto el Juzgado como la Audiencia fallaron a favor de la demandante. Pero prosperó el recurso de casación, en cuyo primer motivo se alegaba la infracción de los artículos 1.137 y 1.138 (68). El Tribunal Supremo consideró que se trataba de una deuda mancomunada divisible a la que había de aplicarse el artículo 1.138, por lo que Doña Antonio Redil no podía ser condenada al pago del todo, sino sólo al pago de una parte (69).

Vemos, pues, cómo aquí de nuevo, aunque la prestación de Don Juan (los servicios que llevó a cabo para conseguir el resguardo)

(68) "Primero. Infracción, por su no aplicación, de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, pues fundándose la demanda en el documento obrante en autos que contienen una modalidad de pago en retribución de servicios prestados, el más somero examen del mismo evidencia su carácter de obligación simple, sin que en él aparezca, no ya expresamente, sino ni aun siquiera de modo tácito el carácter de solidaria de aquella obligación y, por tanto, a tenor de preceptos que precisa observar, habrá de entenderse dividida la deuda en tantas partes iguales como deudores haya, y por ello no cabe condenar íntegramente a la recurrente al pago de la cantidad reclamada".

(69) "Considerando que según el artículo 1.137 del Código civil, la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni que cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma, pues sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el actor de solidaria; y, por tanto, la solidaridad de una obligación no se presume, ya que según la ley, es necesario que tal condición se exprese y determine claramente en la misma obligación cuyo cumplimiento se reclama.

Considerando que constando del contrato origen de la obligación exigida por la demandante, como heredera de su marido, don Juan Romero Meléndez, que los otorgantes, don Manuel, doña Antonia y don Eduardo Rodil y Alvarez, y don José Ruiz de Alcover, consintieron y se obligaron a reconocer al Romero por su gestión y trabajos practicados, para recabar el resguardo de la Caja de Depósitos, representativo de la fianza a que el presente pleito se refiere, la sexta parte de la cantidad en que pudiera negociarse tal resguardo, o en el caso de que no se negociara, la sexta parte del importe líquido de la renta trimestral que produce la referida fianza; es manifiesto que por la sola concurrencia en este caso de varios deudores al constituirse la obligación, ello no implica que ésta deba cumplirse íntegramente por cada uno de ellos, no constando, como no consta, que aquella se constituyera con carácter solidario; carácter que no puede presumirse del hecho de que los intereses que produce dicha fianza los perciba la demandada, ya que la acción entablada no nace de la enuncia por ésta del resguardo de la fianza, sino en la obligación contraída por los otorgantes del contrato de 30 de mayo de 1913.

Considerando, por tanto, que no pudiéndose estimar solidaria la obligación contraída por los deudores otorgantes del mencionado contrato, la deuda reclamada se ha de considerar según el terminante precepto del artículo 1.138 del Código civil, dividida en tantas partes iguales como deudores haya, reputándose deudas distintas una de otras y al no apreciarse así la Sala sentenciadora, y condenar a la demanda como deudora solidaria al total pago de la obligación contraída, infringió las disposiciones citadas, debiéndose estimar el primero de los motivos en que se funda el presente recurso".

es indivisible, ello no incide en una posible indivisibilidad de la contraprestación, desde el momento en que aquélla fue llevada a cabo, al no poderse revocar, ni poderse resolver consecuentemente el contrato.

Sin embargo, aunque el Tribunal Supremo trata este caso exactamente igual que el anterior, ya apuntábamos al principio que no es ni mucho menos tan sencillo. Y no lo es porque, aunque el bien sobre el que recae la prestación en cuestión (dinero) sea esencialmente divisible, no parece que la prestación misma se haya configurado como tal. En efecto, se trataba de pagar periódicamente (o de golpe), una cantidad de dinero, pero directamente conectada con su fuente de producción (“la fianza constituida en 26 de marzo de 1902 por Don Segundo Redil para responder de la construcción de la carretera de Albaida a Gandía, correspondiente a los títulos de la Deuda que se reseñan e importantes 94.937,50 pesetas”): “la sexta parte de la cantidad en que pudiera negociarse tal resguardo, o en el caso de que no se negociara, la sexta parte del importe líquido de la renta trimestral que produce la referida fianza”. ¿Acaso no había podido, en principio, conseguir el acreedor una ejecución directa (para las rentas futuras) sobre las rentas de la fianza, mientras se hubiesen mantenido las mismas titularidades sobre ella? Ciertamente que el segundo considerando señala al final que no puede presumirse la solidaridad del hecho de que los intereses que produce dicha fianza los perciba la demandada, ya que la acción entablada no hace de la tenencia por ésta del resguardo de la fianza, sino en la obligación contraída por los otorgantes del contrato de 30 de mayo de 1913”. Pero también conviene apuntar que Don Manuel, Doña Antonia y Don Eduardo Redil y Alvarez, y Don José Ruiz de Alcover se obligaron al pago de la sexta parte de la renta y no al pago de su equivalente. Por lo que el argumento dado por el Tribunal Supremo puede servir para eliminar la solidaridad de la deuda, pero no su indivisibilidad. ¿Cuáles son, pues, las razones que pudieron inducir en este caso al Tribunal Supremo a considerar como divisible lo que, de acuerdo con la interpretación del contrato, parece indivisible? En primer lugar, el carácter pecuniario de la prestación y, consecuentemente, su identidad natural con la indemnización de daños y perjuicios en que se convierte la obligación indivisible desde que uno de los deudores “falta a su compromiso” (artículo 1.150). Pero quizá se trató con ello de favorecer la acción de la demandante, ya que, tal y como había sido formulada —sólo contra uno de los deudores— podría haberse planteado, en principio, la falta de legitimación pasiva en la parte demandada (“sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores”, artículo 1.139). Sin duda, hacía referencia vagamente a esto la contestación a la demanda cuando alegaba: “que a la demandada le bastaba con exceptuar la falta de acción en la demandante que obstaba totalmente a la viabilidad de la demanda, pues cualquiera que fuera la condena

resultaría incongruente con lo suplicado". Trato de favor que se pone de relieve si tenemos en cuenta que dos de los deudores iniciales (Don Manuel y Don Eduardo Redil) habían fallecido y Don José contrajo la deuda en representación de sus hijos, entonces menores, pero ya emancipados en el momento de la demanda. Sin embargo, esta simplificación conduce a no plantearse un problema sumamente interesante —y que abordaremos en el apartado 7— (al estudiar el régimen jurídico de las obligaciones indivisibles), cual es la posibilidad de reclamar el pago total a uno de los deudores cuando él es quien posee el bien indivisible sobre el que recae la obligación.

La influencia que hemos señalado entre la relación jurídica básica y la obligación indivisible no es unilateral, sino que, en su caso, también se ejerce en el sentido contrario. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1950 veremos cómo a su vez el hecho de que la obligación nacida de un contrato sea indivisible incide en el tratamiento jurídico de dicho contrato. Don Jaime Pellicó Olivart y Doña María Olivart Masbernart (por sí y como legal representante de sus hijos menores) demandaron a Doña María Herrero Molíns (por sí y como legal representante de sus hijos menores) y doña Loreto Pellicó Herrero, suplicando "que se dictara sentencia condenando a las demandadas a cumplir todos y cada uno de los pactos, compromisos y obligaciones que se estipularon en el acto de conciliación celebrado ante el Juzgado Municipal de Almasellas, el día 4 de noviembre de 1941". El contenido de dicha transacción era el siguiente: "Primero. Cada una de las partes reconoce a la otra la pertenencia y propiedad de la mitad indivisa del almacén motivo de este acto. Segundo. Para su liquidación convienen en que sea valorado el meritado edificio por peritos nombrados por partes iguales y otro que designará el señor Juez Municipal. Tercero. El edificio en cuestión será puesto a la venta, ya que a ninguna de las partes les interesa continuar poseyéndolo; para ello se publicarán edictos o anuncios, y hallado comprador y mutuamente arreglada en forma la respectiva documentación de cada familia litigante y necesaria para la otorgación de escritura por ambas partes y en fracciones iguales indivisas al adquirente, correspondiendo la mitad de su importe a cada una de ellas, que en el mismo acto se repartirán. Cuarto. Del importe total del edificio se abonará el de los gastos que se ocasionen por el arreglo de la citada documentación necesaria para otorgar escritura, y el resto será repartido entre ambos. Quinto. Los demandados se obligan a presentar la liquidación o rendición de cuentas del almacén desde el año 1938 a la fecha, y una vez aceptada ésta, se abonará por la parte que corresponda la diferencia a la otra el día que se otorgue escritura pública del mismo". Doña María Herrero Molíns opuso, entre otros argumentos, la nulidad de la transacción, desde el momento en que ella no había actuado en la misma con la representación debida en relación con sus hijos, copropietarios del almacén, y dado que

tampoco había participado en su perfeccionamiento otro de los copropietarios (70).

Tanto el Juzgado como la Audiencia condenaron a las demandadas, doña María Herrero Molins y doña Loreto Pellicó Herrero "a cumplir todo lo pactado en el acto de conciliación", absolviendo a los otros demandados (los hijos menores de doña María Herrero y doña María Pellicó Herrero). Frente a lo que el Tribunal Supremo reconoce la nulidad total del pacto transaccional, basándose en la indivisibilidad de la obligación colectivamente asumida por todos los copropietarios del almacén en cuestión (71).

(70) "que en el mencionado acto de conciliación, doña María Herrero..., transigió lo que no podía transigir, esto es, sobre los bienes y derechos de aquellos menores, sin cumplir los requisitos previos exigidos por la ley para la validez de la transacción, la que, por tanto, era nula, y también nula porque, según reconocía la demandante en su demanda, al acto de conciliación no asistió ni fue citada doña María Pellicó Herrero, mayor de edad y copropietaria del edificio objeto de la misma, aparte de que en ella no se hacía mención de los menores de edad, también copropietarios de dicho edificio, llegándose incluso al convenio de repartirse entre las partes el precio de la venta como si fuesen ellas sus propietarios".

(71) "Considerando que de la certificación del acto de conciliación, que obra en autos, no aparece que ninguna de las dos comparecientes demandadas, doña María Herrero y doña Loreto Pellicó, obraran en aquel acto en representación de los hijos menores de la primera, a los que para nada se menciona, por lo que es evidente, y así lo ha afirmado el Tribunal *a quo* que dichos menores no contrataron ni por sí ni por persona alguna que ostentara su representación, aparte de que en todo caso faltaría el requisito de la autorización o aprobación judicial a que se refieren los artículos 164 y 1.810 del Código civil, por lo que no pueden alcanzar a dichos menores ninguna clase de obligaciones del repetido convenio, que tampoco puede obligar en modo alguno a la demandada, doña María Pellicó Herrero, que no asistió ni fue citada al acto de conciliación

Considerando que en el repetido acto de conciliación se acordó como pactos principales que cada una de las partes reconocía a la otra la pertenencia y propiedad de la mitad indivisa del almacén objeto de la reclamación deducida; que éste sería valorado por peritos; que sería puesto a la venta, publicándose los correspondientes edictos o anuncios, y que del importe total del edificio se abonaría el de los gastos que se hicieran por el arreglo de la documentación necesaria para otorgar escritura, y el resto sería repartido entre ambas partes, y es evidente que tales acuerdos contienen actos de disposición que recaen sobre la propiedad del inmueble, y suponen, por tanto, ejercicio de facultades dominicales que doña María Herrero no tenía, pues eran sus hijos los dueños del almacén o de parte de él, de lo que se infiere que tampoco es válido el convenio en lo que afecta a dicha demanda.

Considerando que eliminados de la intervención en el contrato, y, por tanto de sus efectos jurídicos, los demandados a que se refieren las consideraciones expuestas, queda solamente la demandada, doña Loreto Pellicó, con capacidad para disponer de su participación en la propiedad del almacén como heredera de su padre, José Antonio Pellicó, pero contempladas las cláusulas del contrato en su íntima trabazón y en su sentido natural y efectivo, revelan una unidad de objeto y una especial finalidad indivisible, que es la venta del almacén en cuestión como unidad económica, objeto y finalidad que impiden todo intento de descomponer o fraccionar la virtualidad y eficacia del contrato, atribuyendo a un solo partícipe su parte alícuota, obligaciones referentes a la propiedad total y que no se

Obsérvese, pues, cómo la indivisibilidad de la obligación elimina automáticamente la viabilidad de un validez parcial del contrato, puesto que no cabe un cumplimiento parcial del mismo. Y, en principio, parece correcto ampliar esta solución a cualquier caso de ineficacia parcial por la misma razón. Carece de sentido el intento de salvar, aunque sólo sea parcialmente, la relación jurídica básica, desde el momento en que su incumplimiento parcial determina automáticamente la pérdida de su valor económico-social.

Otra forma de incidir la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación sobre la contraprestación aparece a la hora de calcular esta última. En el supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1950 un abogado reclama a un matrimonio 25.000 pesetas como pago de los servicios profesionales prestados al mismo durante un período de cuatro años (1938 a 1943). El matrimonio en cuestión opuso que de todos los servicios prestados sólo algunos de ellos tenían el carácter de profesionales y podían ser minutados como tales, por lo que el monto de la deuda era muy inferior a la cantidad reclamada. El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados a pagar 23.000 pesetas, lo que revocó la Audiencia, condenándoles únicamente al pago de 6.500 pesetas. En el recurso, el demandante adujo el carácter profesional y unitario (indivisibilidad) de todos sus servicios: "Al recurrente le encargaron unos trabajos eminentemente profesionales, trabajos que cristalizaron en numerosísimas intervenciones de la más variada gama, que, pese a su aparente heterogeneidad, respondían a una finalidad única, dada la trabazón o ligamen que entre los citados actos es menester considerar. Tal finalidad no era otra cosa que subvenir a las consecuencias jurídicas que derivaban de la interdicción civil del señor Alvargonzález (reclamaciones en vía judicial, expedientes incoados por diferentes motivos, etc.). Para acometer esta tarea era de imprescindible necesidad poseer una cultura jurídica cimentada"; (primer motivo) "y es obvio que "la intención de los contratantes y el propósito a que respondía la prestación estipulada", e igualmente "la voluntad manifestada en el contrato", era ejecutar el señor Sánchez Fernández de la Viña la misión eminentemente jurídica que le había conferido el matrimonio formado por doña Lucrecia Romaña y don Luis Alvargonzález, y que se descomponía en acciones múltiples por imperativos de la realidad práctica, pero sin llegar a desvirtuar la unidad integral de la prestación

pueden cumplir sin el concurso de los demás partícipes, que no resultan obligados, lo que no permite atribuir validez al pacto referido, que no tiene fuerza de obligar para ninguno de los demandados, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse de los actos propios de los que en él libremente intervinieron

Considerando que las consideraciones expuestas obligan a la casación de la sentencia recurrida por infracción de los artículos 4.º y 1.255 del Código citados en el primer motivo del recurso, en cuanto condena a doña María Herrero Molíns y doña Loreto Pellicó Herrero a cumplir todo lo pactado en el referido acto de conciliación". (Considerandos 3.º, 4.º, 5.º y 6.º).

del recurrente. Partiendo de este punto de vista, éste pondera, en el orden pecuniario, su labor, en consonancia con su cualidad de abogado, agrupando sus servicios en diversas partidas por razón del asunto y para conseguir una más fácil y cómoda inteligencia con el llamado a abonar el importe de sus honorarios; mas sin que esto implicase una discriminación en los conceptos, ya que dentro de cada uno de ellos incluía todas las actuaciones que al mismo afectaban, de índole principal o de índole accesoria, merced a que lo que evaluaba era el conjunto de su actividad profesional, móvil del contrato estipulado, y de acuerdo con el carácter técnico con que intervino. La voluntad de las partes contratantes, que ya se ha visto cuál era; la naturaleza jurídica de la prestación del recurrente también, por lo que es indubitable que en el cumplimiento de su obligación por el arrendatario (pagar el precio) era improcedente la división del mismo a méritos de desmenuzar al detalle las acciones del señor Fernández de la Viña para ver, una por una, si desvinculadas del motivo legítimo que determinó las partes a contratar, correspondían a la actividad de un letrado o de un gestor de negocios. Y como todas ellas eran propias de un abogado, lo que las hacía inhábiles para un cumplimiento parcial, obtenido de efectuar el anotado distingo, conforme se infiere del artículo 1.151 del Código civil, la Sala Sentenciadora, al fraccionar o desmembrar las citadas acciones al objeto de fijar la contraprestación pertinente... incurrió en el error de referencia, constitutivo de una violación de dicho precepto...". El Tribunal Supremo rechazó el recurso (72).

(72) "Considerando que para llegar a la reducción del importe de la minuta de honorarios cuyo pago se reclama en la demanda, parte la sentencia recurrida de una distinción, separando las partidas relativas a trabajos de índole técnica peculiares de la profesión de Letrado, de aquellas otras que por corresponder a actos de gestión estima la Sala de instancia que no tienen tal naturaleza, debiendo advertirse que los motivos del recurso, si bien combaten la indicada reducción, no lo hacen refiriéndose concretamente a las cantidades que fija la sentencia, sino a la diferenciación establecida por la misma, sosteniendo que en aquellas partidas no cabe distinguir las que tienen carácter profesional de las que no revisten ese carácter.

Considerando sobre la base de la doctrina establecida en la últimamente citada sentencia de 16 de febrero de 1935, que, según afirma la Sala de instancia, tienen el carácter de peculiares del mandato determinadas gestiones realizadas en cumplimiento de su misión por el recurrente, y es lo cierto que tal afirmación no se combate en el motivo primero del recurso, acusando una posible aplicación indebida de las normas reguladoras del mandato ni del apoderamiento—conceptos a los que expresamente se refiere el Considerando cuarto de la resolución recurrida al distinguir ésta en las partidas de la minuta las relativas a trabajos técnicos de las correspondientes a los actos de gestión—, limitándose dicho motivo a denunciar el quebrantamiento de los artículos 1.542 y 1.544 del Código civil, de los cuales el primero declara que el arrendamiento puede ser de cosas, o de obras, o de servicios, y el segundo establece que en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto, y en cuanto a la alegación de que no cabe separar en el caso litigioso las gestiones que revestían carácter profesional de las que no tenían ese carácter—alegación en la que se apoya el citado motivo para acusar una supuesta infrac-

Vemos cómo en este caso no se plantea un problema de divisibilidad o indivisibilidad del precio en base a la divisibilidad o indivisibilidad de los servicios prestados, puesto que dichos servicios prestados no se podían revocar y, consecuentemente, no cabía la resolución del contrato. Por otra parte, no hay pluralidad de sujetos en cada una de las partes del contrato. Y, sin embargo, según se consideren unitarias o no las actuaciones del abogado (es decir, según se consideren divisibles o indivisibles) se podrá realizar una valoración individualizada de las mismas, o su valoración tendrá que ser conjunta u homogénea.

Naturalmente, este problema del condicionamiento de la divisibilidad por el sinalagma funcional en las obligaciones bilaterales no se plantea cuando, excepcionalmente (no es normal encontrar algún contrato bilateral en el que no haya ninguna obligación esencial o convencionalmente indivisible), ambas obligaciones son divisibles y no se ha dispuesto, expresa o tácitamente —como en la sentencia del Tribunal Supremo, ya vista, de 6 de diciembre de 1889— nada en contra de la divisibilidad de las obligaciones correspondientes. Así ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1949, en la que el vendedor reclama el pago de la parte del precio, aún no entregada, correspondiente a la venta de seiscientos cerdos a tres compradores distintos. Venta realizada a través de intermediarios en la que el precio se fijó en relación con el número de arrobas y en la que se asignó un número de cerdos a cada comprador. Dirigida la demanda contra los compradores y contra los intermediarios, pidiendo que éstos sean condenados como deudores solidarios, es aceptada en Primera Instancia y en la Audiencia. Pero el Tribunal Supremo desecha la existencia de solidaridad y aplica el artículo 1.138 (73). Y

ción del artículo 1.261 del Código civil—, baste recordar que es el propio recurrente quien admite, al señalar el objeto del contrato celebrado con la recurrida, que no todos los trabajos a que la minuta se refiere caen bajo la órbita de los peculiares de un Letrado.

Considerando que el motivo segundo del recurso, aducido con carácter subsidiario y al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia la vulneración del artículo 1.151 del Código civil, sosteniendo que la misión jurídica del recurrente y la prestación que al mismo incumbía se ofrecen como una unidad, siendo el conjunto de sus actividades el móvil del contrato; pero aparte de que, según aparece del contenido de la demanda, no se invocó en ésta la existencia de un contrato de obra, sino la de un arrendamiento de servicios, es de tener en cuenta que el citado artículo 1.151 se limita a fijar los criterios con arreglo a los cuales deben reputarse divisibles o indivisibles las obligaciones, estableciendo, además, que en las obligaciones de hacer la divisibilidad o indivisibilidad habrá de decidirse por el carácter de la prestación en cada caso concreto, o sea, que se trata de una cuestión de hecho, de donde se sigue que, no reconocida por la Sala de instancia la nota de indivisibilidad de prestación, sería preciso para combatir las declaraciones de la sentencia a este respecto seguir el cauce señalado en el número séptimo del artículo 1.692 de la antes citada ley de Enjuiciamiento civil". (Considerandos 1.º, 3.º y 4.º).

(73) "Considerando que tanto en los hechos segundo al séptimo de la demanda como en los Considerandos primero y quinto de la sentencia recu-

aún así, la divisibilidad es problemática, puesto que cabe preguntarse hasta qué punto se habría vendido y a qué precio si no se hubiese vendido de golpe toda la partida de seiscientos cerdos.

Obsérvese que la aplicación consecuente del artículo 1.138 desde el momento mismo en que nace la relación jurídica conduce a la ruptura total de su unidad. De manera que en este caso se puede decir que en buena medida nos encontramos, a efectos prácticos, con tres contratos de compraventa independientes, aunque su perfeccionamiento haya tenido lugar al mismo tiempo y en el mismo documento.

Se deduce claramente que no basta con que las obligaciones recaigan sobre prestaciones fraccionables en una pluralidad de prestaciones fungibles para que pueda hablarse de su divisibilidad en el sentido aquí estudiado, sino que, además, habrá que contrastar ese punto de partida objetivo con el subjetivo de la voluntad de las partes. En efecto, la autonomía privada puede configurar de tal manera los intereses en juego (especialmente a través del condicionamiento impuesto por la contraprestación en las obligaciones bilaterales) que lo divisible en principio (por naturaleza) se torne indivisible (convencionalmente).

Así pues, normalmente sólo nos encontramos con obligaciones divisibles bilaterales cuando ambas prestaciones lo son y nada se ha dispuesto en contra —expresa o tácitamente— de la divisibilidad, o cuando, dada la imposibilidad de revocar la prestación indivisible, ésta no puede condicionar a la divisible que queda por cumplir (74),

rrida se parte del supuesto de que los hermanos Baranera, demandados, no fueron en realidad los adquirentes como compradores del ganado vendido, sino meros intermediarios, que actuaron de acuerdo con el vendedor demandante en la venta de 600 cerdos para los otros tres demandados, don Vicente Olmos, don Gregorio Pascual y los herederos de don Juan Olmos, con asignación independiente e individualizada de un determinado número de reses a cada uno, y de estos hechos surge llanamente la apreciación de que la relación jurídica dimanante de la compraventa se estableció entre el actor y los tres aludidos demandados, realmente compradores e individualmente obligados a pagar el precio de lo que cada uno de ellos compró, sin que, por tanto, exista base alguna de hecho ni de derecho para establecer el vínculo de mancomunidad o de solidaridad en el pago del precio, por no existir pluralidad de sujetos deudores de una misma obligación, ya que los hermanos Baranera, mandatarios o comisionistas de los otros tres demandados, en nombre de los cuales actuaron con la conformidad del vendedor, no responden del pago del precio, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.709 y 1.716 del Código civil, con referencia a los mandatarios, y los artículos 246 y 247 del Código de comercio, respecto de los comisionistas, y como quiera que en el fundamento jurídico de la sentencia de primera instancia, aceptado en la recurrida, se estima que los hermanos Baranera responden mancomunada y solidariamente de la parte del precio pendiente de pago, y esto constituye la razón única de la condena que se le impuso en el fallo, siquiera en él no se repita el concepto de mancomunidad y solidaridad, es visto que la sentencia de instancia infringe por indebida aplicación de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, tal como se denuncia en el cuarto motivo del recurso, lo que determina la casación del fallo recurrido, sin necesidad de examinar el motivo primero por haber sido abandonado en el acto de la vista". (3.º considerando).

(74) Lo que impide afirmar que la distinción entre la indivisibilidad objetiva y la indivisibilidad subjetiva carece de relevancia, tal como afirma

o cuando se trata de una obligación unilateral de dar bienes fungibles o de hacer o abstenerse de hacer actividades fungibles, siempre que no se haya pactado nada en contra de la indivisibilidad. Caso este último que ejemplifica la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1875, en la que el arrendador reclama a dos arrendatarios que le entreguen 137 reses lanares (de las 280 que les dio en arrendamiento) que quedaban aún por devolver una vez extinguido el contrato. Tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia condenan a ambos arrendatarios al pago por mitad de las 137 reses o su equivalente en dinero, más la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. Basado el recurso en pretender imputar las 143 reses ya devueltas a uno de los arrendatarios solamente (75), el Tribunal Supremo lo rechaza, puesto que no se probó que tal entrega fuera sólo por cuenta de uno de aquéllos (76).

categoricamente CICALA: "Sia l'oggetto della prestazione indivisibile per la valutazione media delle valutazioni individuali, cioè per il generale giudizio (indivisibilità oggettiva, commisurata all'utilità oggettiva del bene), sia l'oggetto della prestazione indivisibile per una valutazione speciale del singolo, cioè per un particolare giudizio (indivisibilità isoggettiva, commisurata ad un'utilità isoggettiva del bene), l'indivisibilità è, in ogni ipotesi, impossibilità di frazionamento in *parti* Ed in quanto è, in ogni ipotesi, dell'oggetto della prestazione, l'indivisibilità è sempre *oggettiva*: la dicotomía indivisibilità oggettiva-indivisibilità oggettiva attiene soltanto al momento genetico dell'indivisibilità. Considerati nella loro essenza, e nella loro funzione di comunicare l'indivisibilità al rapporto rendendolo idoneo alle vicende proprie dell'obbligazione indivisibile, l'oggetto oggettivamente indivisibile e l'oggetto oggettivamente indivisibile sono equivalenti". *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968. Vid., p. 640. Vid. también del mismo autor: *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*. Napoli, 1953, pp. 172 y ss.

(75) "1.º Que al condenar la sentencia a los recurrentes a la entrega por mitad de las 137 reses reclamadas, se infringía el contrato de 4 de julio de 1871, que es ley para los contrayentes, por el cual Alvarez dio en arrendamiento el rebaño a los García, y éstos se obligaron mancomunadamente a devolverle al vencimiento del contrato; pues siendo una verdad en el pleito que Saturnino García devolvió a Alvarez, y éste recibió 143 reses, número superior a la mitad del rebaño arrendado, es claro y evidente que el Saturnino había cumplido la obligación que se había impuesto, y que no puede afectarle responsabilidad alguna por la falta del Vicente García en cumplir por su parte la obligación aceptada.

2.º La Ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, pues por el contrato de 4 de julio Saturnino y Vicente García se obligaron a devolver al vencimiento de aquél las 280 reses lanares que Alvarez les dio en arrendamiento, y esta obligación simple fue entonces y es hoy mancomunada, no siendo responsable cada uno más que de la mitad de las reses entregadas: que esto supuesto, y siendo una verdad que el Saturnino García ha entregado a Alvarez 143 reses, también lo es que él ha cumplido su obligación y que no puede afectarle en manera alguna la falta del Vicente en cumplir la suya, y por lo tanto que la sentencia que establece la mancomunada para la devolución de las 137 reses reclamadas, y que era obligación del Vicente entregar, infringe clara y abiertamente la citada ley".

(76) "Considerando que según la Ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, cuando dos se obligan simplemente, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad, salvo si en el contrato se dijese que cada uno sea obligado *in solidum* o entre sí, o en otra manera fuese convenido e igualado.

Dependiendo pues la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones, en primer lugar, de un dato objetivo como es el de la divisibilidad de las prestaciones en el sentido estudiado y, en segundo lugar, de la interpretación de los negocios jurídicos fundamentalmente referida a una cuestión de hecho (el sentido negocial de los datos presentados al Juez), parece lógico que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1950, acorde con el artículo 1.151 —ser o no ser susceptible de cumplimiento parcial— (especialmente en el párrafo tercero del mismo: carácter de la prestación en cada caso particular”), señalase en su último considerando que el criterio adoptado por dicho artículo para determinar la divisibilidad o la indivisibilidad de las obligaciones de hacer es puramente fáctico, por lo que su impugnación en casación habrá de hacerse por el número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (77). Sin embargo, íntimamente ligada con esta labor de hecho de la interpretación se encuentra la labor jurídica de calificación. Y esa sí que resulta recurrente por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como lo prueba la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1912, en la que, frente al criterio de la Audiencia, se recoge el recurso basado en la indivisibilidad de la obligación.

Interpretación del negocio en la que se encuentran estrechamente ligadas las cuestiones de hecho y las de derecho, como lo prueba el cuarto considerando de la sentencia (78) mencionada. Y es aquí donde importa señalar, haciendo uso precisamente del recurso de la parte demandante en dicha sentencia, la posible dificultad interpretativa que

Considerando que la Sala sentenciadora conforme a ese principio definió el contrato de 4 de junio de 1870, en el que no consta que los recurrentes se hubiesen obligado *in solidum*, razón por la que los condenó al pago por mitad de las 137 reses e indemnización de perjuicios; y en atención a que no se probó si la entrega de las 143 reses al demandante se verificó por cuenta de uno o de ambos demandados, reservó su derecho a don Saturnino García, reserva perfectamente conforme con la declaración que se refiere a la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento fue objeto de la demanda, y al resultado de los autos, y por consiguiente no infringió el contrato ni la ley recopilada antes citada”.

(77) “lo cual no es del todo exacto, ya que directa o analógicamente están legalmente definidos los conceptos, de manera que la apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad es también una cuestión de derecho en el aspecto que concierne a la integración del hecho en la norma”. HERNÁNDEZ-GIL. Op. cit. Vid. p. 163.

(78) Vid. la nota número 54.

En contra, MUCIUS SCAEVOLA: “De todo lo que resulta que hay un solo criterio para distinguir las obligaciones divisibles de las indivisibles, que es la posibilidad o imposibilidad respectivamente de su cumplimiento parcial; que esta posibilidad se determina, más bien que por la naturaleza de las cosas, por la intención de los contratantes y el propósito a que respondía la prestación estipulada; que por esto mismo las reglas del artículo 1.151 del Código son meras presunciones, contra las que cabe invocar la voluntad manifestada en el contrato, y que, por último, y como consecuencia, no hay un solo caso en la práctica que no constituya una simple cuestión de hecho sometida necesariamente a la apreciación de los Tribunales” Op. cit. pp. 820-821.

cabe a la hora de decidir si en una obligación se ha establecido la solidaridad o simplemente la indivisibilidad, o ambas cosas conjuntamente (79). Conviene recordar que, mientras que el artículo 1.137 sienta una presunción bastante fuerte a favor de la mancomunidad —“expresamente”— a pesar de la interpretación jurisprudencial que se ha venido dando a ese término, el artículo 1.138 acude directamente a la interpretación de la relación jurídica básica (“Si del texto de las obligaciones...”). De ahí que funcionemos claramente dentro del marco del artículo 1.138 cuando acudimos a la consideración de la contraprestación para decidir sobre la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación.

6. REGIMEN JURIDICO DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES

Naturalmente, aquí se trata de establecer el régimen de las obligaciones divisibles no solidarias, Según ya hemos visto, “el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros” (artículo 1.138).. Lo que quiere decir que la obligación se fragmenta en tantas obligaciones como deudores o acreedores haya. Obligaciones que siguen cada una su propia suerte y que en realidad suponen una división de la relación jurídica básica (80). Aquí ocurre el fenómeno inverso al que veíamos aparecer en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1950, donde la indivisibilidad de las obligaciones repercutía en la imposibilidad de aceptar la nulidad

(79) Señala PUIG BRUTAU en relación con este problema: “... parece que sólo debería preocupar la indivisibilidad resultante de la naturaleza misma de la prestación, pues si la ley o el contrato quiere evitar el fraccionamiento de la prestación cuando esta es materialmente divisible y concurren varios acreedores, le resultará mucho más ventajoso imponer o pactar la solidaridad, esto es, configurar la naturaleza del derecho, que transformar los caracteres de la prestación”. Op. cit. Vid. pp. 250-251.

(80) “per la ipotesi di pluralità originaria di soggetti (creditori o/e debitori) non è esatto discorrere di “frazionamento”, o “divisione”, dell’obbligazione: perchè il *frazionamento*, o *divisione*, presuppone un’unità, mentre qui l’obbligazione non esiste neppure per un sol momento come rapporto unico (dovendo applicarsi, fin dal momento della vicenda costitutiva, l’art. 1.314). Si costituiscono senz’altro, dunque, tante obbligazioni quanti sono i soggetti. Si la nascita contemporanea di più obbligazioni, una pluralità originaria di rapporti corrispondente alla pluralità originaria dei soggetti, non una successiva pluralizzazione del rapporto, non una pluralità di rapporti conseguente alla divisione di un rapporto originariamente unico”. CICALA, *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968. Vid. p. 649.

Cuando BLOMEYER mantiene la unidad de dicha relación jurídica básica, en realidad se está refiriendo a supuestos de indivisibilidad convencional derivada del carácter bilateral de las obligaciones: “Das Schuldverhältnis bleibt aber trotzdem einheitlich Die Einrede des nichterfüllten Vertrags kann der Schuldner jeder Teilforderung entgegenhalten, § 320.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts steht nur allen Gläubigern gemeinsam zu, § 356,1”. *Allgemeines Schuldrecht*. Berlin/Frankfurt, 1953. Vid. p. 327.

parcial de una transacción, es decir, determinaba la indivisibilidad del destino jurídico de la relación básica.

Hasta tal punto es cierta la total división de la relación jurídica básica cuando ambas contraprestaciones son divisibles que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1950 se plantea la posibilidad de una resolución parcial de un contrato de suministro de veinte mil postes. Solicitada la resolución parcial (con indemnización de daños y perjuicios) por parte de uno de los dos compradores, basándose en el incumplimiento del vendedor, es concedida por el Juez de Primera Instancia y por la Audiencia. El primer motivo del recurso de casación se basa en la improcedencia de una resolución parcial del contrato dada la indivisibilidad de sus prestaciones y la vinculación solidaria de los compradores (81). Lo que es aceptado por el Tribunal Supremo con el siguiente razonamiento:

(81) "Primero.—Fundado en los números primero y séptimo de dicho artículo 1.692. La Sala, haciendo suyos los razonamientos jurídicos de la primera instancia, admite que en un contrato de suministro, en virtud del cual el vendedor ha de entregar 20.000 postes a los compradores asociados para la adquisición conjunta, puede uno de éstos, con total y absoluta independencia del otro comprador, ausente del pleito, entablar la acción derivada del artículo 1.124 del Código civil y solicitar la resolución parcial del contrato; es decir, dejándolo sin efecto en cuanto al actor, y, en cambio, vivo y subsistente en la otra mitad correspondiente al otro estipulante, que no llegó a demandar, con cuyo criterio se infringe, por interpretación errónea y aplicación indebida, el precitado artículo 1.124 del Código civil que otorga la acción resolutoria a cada una de las partes contratantes, supuestas las condiciones fundamentales para su ejercicio; pero a base de que, si los interesados son varios de uno y otro lado, el Derecho de resolución haya de actuarse "por todos y contra todos"; de donde resulta que la acción competía, no al señor Díaz solamente, sino a éste y al señor Bériz y, al no entenderlo así la Sala, infringe además en el mismo concepto la sentencia de 29 de septiembre de 1930, porque al establecer ésta la posibilidad de resolver ciertas obligaciones claramente recíprocas, dejando subsistentes las demás del negocio surgido entre los dos únicos contratantes que litigaron, ventila un caso de resolución parcial objetiva diferente del que se plantea en este recurso, y no cabe apreciar tampoco que siendo dos los compradores existan en rigor dos contratos en lugar de un sólo, como cree la Sala apoyándose en el artículo 1.138 del Código civil, porque este precepto, infringido por interpretación errónea y aplicación indebida —y lo mismo su precedente— son aplicables en la mera concurrencia de deudas o créditos que se presumen divididos en tantas partes iguales como deudores o acreedores haya, pero no cuando se trata un contrato de suministro, de relaciones complejas, cuya alteración al dejarlas vigentes en parte sí y en parte no, destruye la unidad "económico jurídica" del contrato convirtiéndolo en otro distinto. Se equivoca también la Sala al decir, con el Juzgado, que la obligación contraída por los señores Díaz y Bériz no era solidaria, sino mancomunada simple "en cuanto ambos asumieron el compromiso de satisfacer el importe de los 20.000 postes" y comete error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante del contrato suscrito por las partes el 3 de marzo de 1941, que demuestra que hubo bastante más que eso, porque en la cláusula cuarta se convino que "el cobro de los importes de las facturas se hará efectivo en el Banco de Crédito Navarro, esta plaza, del depósito que se haya hecho para este fin", documento que acredita la equivocación evidente del juzgador y que es auténtico conforme al artículo 1.225 del Código civil y el 60 de la Ley de Enjuiciamiento, vulnerados con el consiguiente error de derecho, y también incide la Sala en error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo los

“Considerando que como probados son hechos esenciales de la sentencia recurrida: Primero. Que en 3 de marzo de 1941 los señores Díaz y Berriz, y don Esteban Maisterra, suscribieron un contrato comprometiéndose éste a entregar a aquéllos en el plazo de un año o antes, si era posible, 20.000 postes de diferentes medidas, y a precios distintos, en relación con éstas. Segundo. Que el vendedor inició el cumplimiento del compromiso, suministrando a los compradores cierta cantidad de postes, cuyo precio percibió negociando dos letras de cambio aceptadas por el actor en el Banco de Crédito Navarro, de Pamplona. Tercero. Que asimismo, los compradores se habían obligado a constituir en el mencionado Banco un depósito para el pago de facturas correspondientes al suministro de la mercancía vendida, sin que ni antes, ni después de la fecha del contrato, fuera aqué constituido. Cuarto. Que como el vendedor, después de las entregas indica-

artículos 1.232 del Código civil y 570 de la ley rituarial, que valoran la confesión judicial, ya que, al absolver al señor Díaz la posición cuarta reconoció la subsistencia de la mencionada cláusula, como no podía menos de ser por hallarse en el documento contractual que él mismo ha presentado como fundamento de su acción. Fijada así esa cláusula cuarta del contrato —punto de hecho— surge, alrededor de ella, un problema de derecho que se enfoca por el primero del artículo 1.692 de la ley procesal para llegar a la consecuencia de que el señor Maisterra no se conformó con que los compradores respondiesen personalmente del precio, sino que les obligaba, en forma solidaria a la constitución de un “patrimonio especial” afecto al abono del precio de los postes, solidaridad que surge del contexto de las estipulaciones desconocidas por la Sala y que es de apreciar aun cuando no se haga de la palabra mención expresa, según sentencias de 8 de julio de 1915 y 11 de febrero de 1927, que se infringen por violación, como se hecha de ver considerando que si cada uno de los compradores hubiese intentado situar la mitad de los fondos desentendiéndose de si el coestipulante podía o no hacer lo mismo, el depósito resultaba de viabilidad muy problemática y, por tanto, de insegura observancia la cláusula cuarta. Y esto sentado, se infringe, por interpretación errónea y aplicación indebida, el artículo 1.151 del Código civil, en cuanto se pretende en el fondo, hacer divisible la constitución de un depósito indivisible, porque eso equivale al fraccionamiento del contrato en dos como lo hace, en realidad, la Sala, y ella misma lo proclama, también por interpretación errónea y aplicación indebida, el 1.137 del mismo Código, ya que si tal precepto niega la presunción de solidaridad, aquí aparece expresamente pactada, y al no reconocerlo así el Tribunal “a quo” infringe, por violación, los artículos 1.089, 254 y 1.091 de dicho Código, que impone la obligatoriedad de los convenios y que por lo mismo amparan la tesis del recurso y se infringe en igual concepto, el artículo 1.281 del Código civil, que ordena atenerse en la interpretación de los contratos al sentido literal de sus cláusulas. Por ello con la resolución parcial del contrato se quebrantan las garantías estipuladas y ya no puede el señor Maisterra exigir de cualquiera de los dos compradores, indistintamente, la totalidad del pago de los postes —siquiera se entregase al señor Díaz, por ser el único que tenía su domicilio en Pamplona— y se lesionan también los derechos del comprador ausente de la litis señor Berriz a quien sin demandarle, y por consiguiente sin oírle, se le carga irrevocablemente la mitad del contrato, infringiéndose por violación el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído, recogido en sentencias de 8 de julio de 1902 y 2 de febrero de 1929, y la doctrina de que la acción encaminada a combatir la eficacia jurídica de los contratos ha de dirigirse contra todos los que en ellos intervinieron, según sentencias de 14 de octubre de 1931, precedida entre otras de la de 21 de enero de 1930, asimismo infringidas por violación”.

da, suspendiese el suministro, fue verbalmente requerido por el actor para que cumpliese lo pactado, inhibiéndose aquél de su compromiso.

Considerando que a base de estos hechos, estimada la demanda, resuelto parcialmente el contrato y condenado el recurrente a indemnizar al recurrido la mitad del importe de los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del contrato, los problemas que el recurso plantea se contraen a decidir: si el Tribunal de instancia ha infringido los preceptos legales que se enumeran en los cuatro motivos del recurso, y muy singularmente, los relativos a la falta de acción del demandante; no sólo por haberla ejercitado a solas, pidiendo la resolución parcial del convenio, sino también porque la resolución de las obligaciones no puede nunca declararse a instancia de quien empezó por incumplir las suyas.

Considerando que es doctrina de este Tribunal Supremo, proclamada en decisiones constantes, que para que una obligación tenga el carácter de solidaria, no se precisa usar de tal expresión, si, de su texto, según la excepción con que se inicia el artículo 1.138 del Código civil, se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fue la de crear la unidad en la obligación, y la responsabilidad *in solidum* de los cointeresados.

Considerando que aceptados como hechos indiscutidos: que el recurrente se comprometió a suministrar a los compradores cierta cantidad de postes, cuyo valor importaba unas 710.325 pesetas, que habría de hacerse efectivo del depósito que aquéllos hubieran constituido en la entidad bancaria mencionada, es claro que el fin económico perseguido por las partes contendientes no pudo ser, como afirma el Tribunal de Instancia, el de crear dos obligaciones separadas y convergentes, sino una sola, con una condicional y excluyente forma de pago, al efecto de asegurar éste y precaver toda contingencia desfavorable; y al no entenderlo así la Sala sentenciadora, basándose fundamentalmente en la divisibilidad de la obligación, ha incidido en las infracciones que a este respecto se aducen en el motivo primero del recurso, ya que si no cabe desconocer la divisibilidad de la operación, tampoco es dable olvidar que la solidaridad radicaba en el vínculo creado al contratar y no en lo que es materia y objeto del contrato.

Considerando que si de lo expuesto se infiere que el actor carecía de derecho para poder exigir la resolución parcial del compromiso, tampoco podía ejercitar la acción resolutoria, ni reclamar, en consecuencia, indemnización de daños y perjuicios, por cuanto la facultad de resolver las obligaciones recíprocas sólo la otorga el artículo 1.124 del Código civil, al que cumple la obligación por su parte contraída, puesto que el que no la cumple no puede exigir que la contraria haga aquéllo a que se comprometió; a menos que la falta de incumplimiento de la que reclama fuere consecuencia precisa —como en-

seña la jurisprudencia de esta Sala— del incumplimiento de la otra” (82).

Obsérvese, y esto es lo que señalaba en primer lugar, cómo no se rechaza la idea de que el contrato pueda resolverse parcialmente, ya que equivale (como apunta el primer motivo del recurso) a considerar la existencia de dos contratos de compraventa (escisión total de la relación jurídica básica). Lo que parece altamente problemático en un contrato complejo como es el de suministro (83). El Tribunal Supremo funciona sobre la base de que la forma de pago prevista era esencial e implicaba la vinculación solidaria de los compradores al contrato, por lo que la no constitución del depósito suponía ya un incumplimiento por parte de aquéllos, que los inhabilitaba para una utilización del artículo 1.124. Yo entiendo que la cláusula en cuestión no implicaba la solidaridad, pero sí la indivisibilidad del crédito, contraprestación de las partes, y, consecuentemente, de todo el contrato. Si se observa la redacción del tercer considerando, parece equiparar la indivisibilidad convencional con la solidaridad, lo que, evidentemente es erróneo, Repitiendo lo señalado en el apartado anterior, diremos que, mientras que esta última ha de acordarse expresamente, aquélla se puede deducir de una interpretación del contrato. Esto es lo que ocurría en este caso. Si ya la divisibilidad de un contrato de suministro es sumamente problemática (a pesar de la forma en que se estableció el precio), en este caso la forma de pago reforzaba la idea de que el pedido era indivisible. Vemos aquí un nuevo ejemplo de como la configuración de una de las prestaciones puede incidir en la indivisibilidad de la otra, aunque ambas sean naturalmente divisibles.

(82) Cinco primeros considerandos de la Sentencia.

(83) “formalizaron contrato de compraventa, bajo las siguientes estipulaciones: Primera. El señor Maisterra se comprometía a entregar a los señores Bériz y Díaz la cantidad aproximada de 20.000 postes, de ellos 6.000 de ocho metros; 6.000 de nueve; 5.000 de diez; 1.500 de once, y 1.500 de doce. Segunda. El precio que se estipulaba para dichos postes era el de 4 ptas. metro lineal para los de ocho metros, 4,25 para los de nueve y diez, y 4,50 ptas. para los de once y doce, puestos sobre estación de Pamplona, siendo de cuenta de los señores Bériz y Díaz el cargue de los mismos. Tercera. Se comprometía el señor Maisterra a hacer la entrega de estos postes en el plazo de un año o antes, si las circunstancias lo permitían, y el plazo se alargaría caso de fuerza mayor. Cuarta. El cobro del importe de las facturas se haría efectivo en el Banco de Crédito Navarro, de Pamplona, del depósito “que se haya hecho para este fin”. Quinta. En el caso de que no se pudieran cargar los postes por carencia de vagones, el importe de los mismos se cobraría en dos mitades; el 50 por 100 a los quince días de entregarlos y el resto al finalizar otro período de igual tiempo. Sexta. Asimismo, se comprometían unos y otros a no comprar ni vender a otra persona de la provincia poste alguno, si no era con el consentimiento de ambas partes. Séptima. Si para hacerse cargo y recibir los postes fuera necesario un receptor, los gastos de manutención del mismo correrían a cargo del señor Maisterra, entendiéndose que no se admitiría el desplazamiento de este receptor nada más que cuando se hubiera reunido una cantidad de postes que no fuese inferior a quinientos. Cláusula adicional. Cada cuatro meses se verificaría la revisión de los precios marcados”.

Conviene señalar que aunque el artículo 1.138 habla de una fragmentación en parte iguales de la obligación, ello está —como la misma divisibilidad de la obligación— a resultas de una interpretación adecuada de ella. Y esta puede señalar, expresa o tácitamente, un reparto en partes desiguales. Esa es la razón por la que al hablar de divisibilidad no se habla de partes cuantitativamente iguales, sino cualitativamente iguales y, por lo que se refiere al aspecto cuantitativo, basta con que las partes sean proporcionales al todo. Lo mismo cabe decir con respecto a las deudas indivisibles. Lo que resulta especialmente relevante cuando, no llegándose al cumplimiento “*in natura*” de las mismas, hay que optar por su sustitución con una indemnización de daños y perjuicios.

Un ejemplo de distribución desigual de la contribución a una deuda, resultado de la interpretación negocial, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1889 en donde, como se recordará (Vid. el apartado anterior), el arrendatario reclamaba a los arrendadores incumplidores la devolución de parte de las rentas anticipadas, así como una indemnización de daños y perjuicios. La prestación, inicialmente indivisible, de permitir el disfrute de las fincas arrendadas, había pasado a ser una obligación pecuniaria y divisible. El conflicto se planteó en torno al problema de saber si la división de la deuda había de hacerse en partes iguales o en partes desiguales. Condenados los cuatro arrendadores demandados, acuerdo el embargo y depósito de bienes “suficientes a cubrir la cantidad de 8.597 pesetas en que habían sido condenados, con 1.500 pesetas más para el pago de costas”, uno de los arrendadores promovió incidente de previo y especial pronunciamiento, pidiendo que se declara que al solicitante no correspondía indemnizar o pagar más que la parte proporcional de beneficios, daños y perjuicios a que se refería la condena de la sentencia en proporción a las 18 fanegas y 8 celemines que de las del arriendo... y venta después... habían sido de su pertenencia” (84). Petición a la que accedió la Audiencia. En los motivos del recurso de casación (85) se insiste en que, dado el ca-

(84) “que estando basada la demanda dirigida contra los cuatro en el perjuicio que cada uno de ellos había ocasionado en relación con la participación que respectivamente tenían en las fincas arrendadas y vendidas, era evidente que siendo el alegante dueño tan sólo de 18 fanegas y 8 celemines de tierra, sin que pudiera arrendar ni vender el resto de fincas que no eran suyas, la responsabilidad de los daños y perjuicios demandados no le podían alcanzar más que en la parte proporcional correspondiente a las fanegas de su procedencia, por no haber entre los demandados mancomunidad ni solidaridad, que nunca pueden presumirse, sino que han de constar expresamente”.

(85) “1.º El principio de derecho reconocido por todas las legislaciones, de que las resoluciones firmes de los Tribunales han de cumplirse tal y como son, sin que sea lícito, a pretexto de aclaraciones de dudas u obscuridades que no existen, alterar aquéllas, como sucede en el presente caso, en que claramente se impuso la obligación mancomunada, o sea, por iguales partes, a todos los demandados, y a pesar de esto se pretende que respondan sólo a proporción de las fincas que cada uno haya vendido; dándose el caso, nada extraordinario por cierto, de que sólo tenga con qué responder el que ha

rácter mancomunado de la obligación debe prorratearse igualitariamente entre todos los deudores. Argumento que rechaza el Tribunal Supremo (86). En efecto, una interpretación correcta del contrato de arrendamiento llevaba en este caso a la conclusión de que, puesto que se había realizado sobre la base de las propiedades respectivas de cada arrendador, éstos habían participado en la obligación en la proporción correspondiente a su propiedad respectiva; lo que se reflejaba necesariamente a la hora de prorratear la indemnización de daños y perjuicios entre todos los deudores.

Conviene insistir por último, una vez más, en que el régimen previsto por el artículo 1.138 para las obligaciones divisibles mancomunadas constituye una excepción a las reglas establecidas en los artículos 1.157 y 1.169 sobre la integridad del pago en defensa del acreedor.

7. REGIMEN JURIDICO DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

El estudio del régimen jurídico de las obligaciones indivisibles nos remite a los artículos 1.139, 1.149 y 1.150 del Código civil, cuyos escasos preceptos son los únicos previstos por nuestro codificador para regular este tipo de obligaciones.

La exégesis que se puede llevar a cabo sobre los artículos 1.139, 1.149 y 1.150, y que normalmente brinda nuestra doctrina (87) al hablar de esta categoría de las obligaciones indivisibles, es la que a continuación se expone. Puesto que los deudores tienen que actuar

enajenado una pequeña porción de fincas, y sean insolventes los que hayan vendido las mayores porciones, burlando de esta suerte las ejecutorias que tras largos sacrificios obtuvo el recurrente.

Y 2.º La ley 10, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que expresamente consigna que las obligaciones se entienden siempre mancomunadas, a no ser que se pacte lo contrario; pues no apareciendo en el presente caso ningún pacto que modifique la obligación nacida del contrato de arrendamiento ni la impuesta por la sentencia, es evidente que ha de entenderse necesariamente por partes iguales”.

(86) “Considerando que la ley 10, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación “establece que si dos personas se obligasen simplemente por contrato o en otra manera alguna para hacer cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligado cada uno por la mitad, salvo si en el contrato se dijese que cada uno sea obligado *in solidum*”.

Considerando que bajo tal precepto, no constando expresamente consignada la solidaridad en el contrato de arrendamiento, cuyo cumplimiento es la base de la indemnización de perjuicios reclamados por el arrendatario don Doroteo Gómez Adán, la sentencia que condena al pago de los mismos no puede tener otro alcance que los propios de la obligación simple, y por ello la recurrida no infringe el principio de derecho ni la ley citados en los motivos 1.º y 2.º”.

(87) Vid. ALBALADEJO. Op. cit., p. 40; BORRELL Y SOLER, *Derecho Civil Español*. T. III. Barcelona, 1955, pp. 108-109; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. I. Madrid, 1970, pp. 418-419; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil*. Vol. III. 3.ª ed. Madrid, 1970, p. 101; MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. T. VIII. 4.ª ed. Madrid, 1929, pp. 215-216; PUIG BRUTAU. Op. cit., p. 249.

conjuntamente para el cumplimiento de la obligación, parece lógico que en cuanto que falle alguno de aquéllos se produzca la imposibilidad del cumplimiento "in natura", por lo que habría que transformar la obligación en una indemnización de daños y perjuicios, prestación pecuniaria divisible por excelencia, a la que se podrá aplicar el régimen de las obligaciones mancomunadas divisibles establecido en el artículo 1.138 (división de la obligación entre los distintos deudores) con aplicación retroactiva de la responsabilidad individual de cada deudor por la parte que le ha correspondido. De ahí que "los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir..., no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación" (artículo 1.150).

De esta guisa no se llega a percibir en principio de un modo claro en qué medida los preceptos del artículo 1.150 modifican a los del capítulo segundo del título I del libro IV (artículos 1.094 a 1.112), ya que en dicho capítulo queda ampliamente recogida la idea de que cuando la prestación "in natura" no resulte posible, quedará en todo caso abierto el recurso a la indemnización de daños y perjuicios. Lo que se deduce de una simple lectura del artículo 1.101, así como de la referencia que se hace al mismo en el párrafo 1.º del artículo 1.096. Se podría pensar entonces que la particularidad del régimen de las obligaciones indivisibles reside en la inaplicabilidad al mismo de los artículos 1.096 y siguientes, considerando que "desde que cualquiera de los deudores faltan a su compromiso", *automáticamente* la obligación se resuelve en indemnizar daños y perjuicios. Sin embargo, no parece que exista ninguna razón que justifique semejante restricción a las posibilidades de actuación del acreedor insatisfecho.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1941 nos brinda incidentalmente un apoyo. Se recordará que en el caso correspondiente se trataba de aplicar la pena convencional prevista como consecuencia del incumplimiento de la obligación contraída de constituir una sociedad para la fabricación de ladrillos. En los considerandos de la segunda sentencia el Tribunal Supremo se ocupa de interpretar el contrato con el fin de cubrir la laguna existente en el mismo para el supuesto que después se produjo. En efecto, se había previsto el incumplimiento de una de las partes contratantes; pero, al producirse el de dos, se trataba de saber si cada una había de pagar 50.000 pesetas de pena convencional o habrán de ser pagadas entre las dos. El Tribunal Supremo optó por esta segunda solución, señalando la divisibilidad de la pena (pecuniaria), a pesar de la indivisibilidad de la obligación (cuarto considerando de la segunda sentencia) (88). Pero esta segunda sentencia resulta especialmente interesante

(88) "Considerando que esta interpretación no roza siquiera el problema de la incongruencia, porque no se trata ya de la obligación principal, que es indivisible, sino que se está en presencia de la obligación sustituida o accesoria de indemnización pactada en concepto de pena, con prestación mancomuna-

ahora por su primer considerando (89). Se observará que al enumerar las premisas de las que parte dicha segunda sentencia, en la tercera se considera que el demandante podía haber acudido al cumplimiento forzoso en vez de renunciar a él y acudir a la pena (o a la indemnización de daños y perjuicios). Lo que confirma que la primera frase del artículo 1.150 no puede ser interpretada literalmente. Cabe acudir al cumplimiento forzoso antes de que la obligación se transforme en indemnización de daños y perjuicios.

La interpretación que Hernández-Gil da al artículo 1.150 señala cómo se trata con él de ofrecer al acreedor la facultad de acudir directamente a la indemnización de daños y perjuicios y a la resolución de la obligación bilateral, frente al criterio del artículo 1.124, que tiende a una mayor conservación, en la medida de lo posible, de dichas obligaciones, dejando siempre abierta en último extremo la vía de la resolución (90). Sin embargo, no parece que el legislador haya pensado precisamente en eso al redactar el artículo 1.150, puesto que la redacción de la segunda fase indica que en principio no prevé la resolución. De lo contrario, los únicos que deberían la indemnización de daños y perjuicios serían los deudores que faltaron a su compromiso.

Precisamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1912 la parte recurrente alega a favor de dicha interpretación la base literal de la expresión “se resuelve” del artículo 1.150. Pero yo entiendo, contrariamente a lo mantenido en dicho recurso de casación, que la expresión en cuestión no tiene ahí un sentido técnico-jurídico. Hay que desechar la interpretación según la cual el artículo 1.150 se refiere a la resolución de la obligación bilateral (art. 1.124). “*Se resuelve*” quiere decir en este caso *se transforma*, de acuerdo con el sentido recogido en el Diccionario de la Lengua: venir a parar

da o divisible entre varios deudores, salvo pacto en contrario, y es lícito en técnica procesal, por las razones expuestas en la sentencia de casación, conceder menos de lo pedido, procediendo en su virtud declarar que los demandados vienen en el deber de pagar al demandante la suma total de 50.000 pesetas por partes iguales, o mitad cada uno de ellos, juntamente con la de 6.000 pesetas, también por mitad, en concepto de gastos del arbitraje, anticipados por el demandante según se convino en la misma cláusula quinta de la escritura de 1934”.

(89) “Considerando que son premisas de esta segunda sentencia: 1.º Que en el fallo de casación se declara que los demandados han incumplido la obligación principal de constituir una Sociedad anónima mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. 2.º Que ante este evento los litigantes convinieron por la cláusula quinta de la escritura de 4 de agosto de 1934 una sanción penal a cargo de la parte que faltase a lo estipulado; y 3.º. Que no utilizada por el demandante la acción encaminada al cumplimiento forzoso de la obligación principal, sino la de efectividad de la cláusula penal, y consentida por los demandados la declaración de instancia sobre procedencia del cumplimiento de la pena únicamente modificada por el fallo de casación en el sentido de que por ser total y no parcial el incumplimiento del contrato, la sanción penal no es susceptible de moderación, *es preciso concretar ahora la extensión o cuantía de dicha obligación accesoria, actuando al efecto esta Sala como Juzgado de instancia*”.

(90) Vid. Op. cit., pp. 168-169.

una cosa en otra. Y ello se confirma con la frase siguiente del artículo. En ella se pone un límite a la indemnización de los codeudores que estaban dispuestos a cumplir, lo que no tendría sentido si la indemnización de daños y perjuicios fuera necesariamente unida a la resolución del contrato. En dicho caso, la indemnización corresponderá sólo al deudor que faltó a su compromiso. Así pues, “*se resuelve*” quiere decir “*se transforma*” y, según los casos, la indemnización tendrá uno u otro alcance. Cuando acompañe a la resolución tendrá el valor señalado en el último considerando de la sentencia mencionada. Cuando no acompañe a la resolución (porque ésta no sea posible, o porque el acreedor prefiera el cumplimiento, o porque la obligación sea unilateral), entonces se extenderá además al precio de la cosa, que se prorrateará entre todos los deudores.

Esto no quiere decir que la tesis de Hernández-Gil resulte incorrecta en su conclusión, pero creo que dicha conclusión se puede deducir del mismo sentido genérico al que corresponde la regulación especial de las deudas indivisibles —la protección del acreedor frente a los cumplimientos parciales— sin necesidad de acudir a una exégesis directa del artículo 1.150.

Así pues, el artículo 1.150 no constituye una alteración de los preceptos contenidos en el capítulo II, título I, libro IV del Código civil para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones, puesto que ya hemos visto que no hay razón para prescindir de inmediato del cumplimiento forzoso “*in natura*” cuando ello sea posible. En efecto, a pesar de la interpretación que podría darse “*a sensu contrario*” al artículo 1.149 en base a las palabras utilizadas en él (“no altera ni modifica”), el artículo 1.150 se limita sin más a regular un caso no previsto en dicho capítulo: la fórmula de resolver los casos en que uno de los deudores (o varios, pero no todos —porque eso sí que está previsto en los artículos 1.094 y siguientes por tratarse directamente de un incumplimiento total—) de la obligación divisible se niega (o no puede, por insolvencia) a cumplir, mientras que los demás están dispuestos a hacerlo. En dicho sentido se puede decir que rellena una laguna legal no regulada en los artículos 1.094 a 1.112.

Combinada con la idea de no negar al acreedor el recurso al cumplimiento forzoso “*in natura*”, se encuentra la de facilitar en la medida de lo posible la satisfacción “*in natura*” del acreedor, es decir, que éste logre realmente el fin perseguido al constituirse la obligación. Y en tal sentido cabe preguntarse si no será posible (en aquellos supuestos en que el dar o el hacer no sean personalísimos —el no hacer lo es en todo caso—) que el acreedor evite la transformación de la obligación en una indemnización de daños y perjuicios prestándose a cubrir él el compromiso del deudor (o deudores) que no está dispuesto a cumplir o que no puede cumplir por insolvencia (art. 1.139). En las obligaciones de dar esto resulta totalmente factible cuando recaiga sobre una cosa genérica indivisible o cuando, aun

contestación no es sencilla, ya que, como ha señalado algún autor, en principio no cabe decir que las acciones judiciales perjudican o favorecen, Tienen un carácter neutro, y sólo a "posteriori", según el contenido de la sentencia, se podrá decir si aquéllas tienen un carácter positivo o negativo para el crédito (96).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1907 se inclinan por una contestación negativa a la pregunta formulada. Firmada una transacción en la que se reparten los bienes de una Capellanía entre los que se creen con derecho a ellos (97), una de las

dor carece de eficacia para poner en mora al deudor o interrumpir la prescripción". *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. III. 10.^a ed. Madrid, 1967. Vid. p. 134.

El ordenamiento jurídico alemán no permite esta extensión de las actuaciones favorables de un acreedor a sus coacreedores. Concede, pues, el mismo trato a dichas actuaciones que a las perjudiciales y sólo permite la actuación individual de cada acreedor con relevancia para todos a la hora de exigir el cumplimiento al deudor. ENNECERUS/LEHMANN, recogiendo el contenido del párrafo 2.º del parágrafo 432 del BGB, señalan: "Todos los demás hechos que afectan sólo a la persona de un acreedor no surten efecto, a favor y en contra de los demás; tales son, especialmente, la culpa, el requerimiento y sus consecuencias, el ofrecimiento, la prescripción, la confusión, la sentencia firme, la cesión y la asunción de deuda". *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Vid. p. 470.

(96) La actitud adoptada al respecto por HERNÁNDEZ-GIL resulta sumamente ambigua, puesto que en un principio se declara radicalmente contrario a que un solo acreedor pida el cumplimiento, y, sin embargo, a continuación acepta la posibilidad de que un acreedor actúe en beneficio de todos: "Algún sector de la doctrina sostiene que para instar el cumplimiento no se requiere la actuación conjunta de los acreedores. Si bien es cierto que la norma no es todo lo clara que cupiera desear, hay que llegar a la conclusión de que también se precisa la actuación conjunta. Mediante la fórmula de que sólo perjudicarán a los acreedores los actos colectivos, lo que propiamente se pretende es excluir toda actuación individual, porque la circunstanciada discriminación de lo perjudicial y lo no perjudicial, necesariamente apreciable "a posteriori", desembocaría en un complicado e inseguro casuismo. Luego una actuación individual dirigida al cumplimiento también perjudica al conjunto de los acreedores. Por otra parte, si el artículo 1.139 dice con toda claridad que en el caso de concurrencia de varios deudores hay que proceder contra todos ellos para hacer efectiva la deuda, el recto sentido de la norma recíprocamente inversa es el de que los acreedores han de proceder también conjuntamente para hacer efectivo el crédito.

Sin perjuicio de lo indicado, debe admitirse la posibilidad de que actúe uno siempre que lo haga en beneficio de todos. Si entre los varios acreedores media una relación de comunidad—caso no infrecuente—, entonces la actuación de uno en interés de la comunidad está plenamente amparada por la jurisprudencia (...). No hay inconveniente en admitir igual solución aunque falte la relación de comunidad, siempre que se actúe en razón de un interés común". Op. cit. Vid. p. 167.

(97) "Resultando que durante la tramitación del pleito se otorgó escritura pública en la misma ciudad de Villena en 25 de febrero de 1897 por los herederos de doña Virtudes Herrero, entre los que figura doña Sinforosa Román de Santiago, expósita, y don Joaquín Candel Pérez, en representación de sus tres hijos, de una parte, y de otra, doña Salvadora Selva y Puche, estipulando, con otros particulares que no son del caso: que cualquiera que fuese la sentencia de adjudicación de los bienes de la Capellanía que en el pleito recayera los dividían en tres porciones iguales, adjudicando una de ellas a la doña Salvadora y las dos restantes a los herederos de doña Virtudes, en la proporción que tenía

partes exige a la que resulta obligada por la transacción el cumplimiento total de la misma. Tanto el Juzgado como la Audiencia fallan a favor de la parte demandante. El recurso de casación se basa en que, no habiéndose acordado la solidaridad, la parte demandante no podía reclamar más que la parte de la transacción que se refería a ella (98). El Tribunal Supremo rechaza el recurso fundándose en la necesidad de apreciar conjuntamente la obligación nacida de la transacción (99). Se trata pues, de que todo acuerdo transaccional por

establecida en su testamento, siendo para estos mismos las rentas recaudadas durante la administración de los bienes por doña Virtudes, para doña Salvadora las que ella había percibido con el mismo carácter de administradora, y distribuyéndose en la forma establecida para el capital de la Capellanía las que se recauden desde aquella fecha en adelante; y habiendo comparecido en autos como opositor, con posterioridad a dicha escritura, don José Antonio Selva, convino éste con los demás interesados otorgantes de la escritura referida, en documento privado de 18 de febrero de 1898, en apartarse del pleito tan luego como se firmara este documento y en que una vez adjudicados los bienes como libres a cualquiera de los demás opositores y cumplida por éstos la escritura de transacción mencionada, le abonarían del producto de los bienes la mitad de las costas que se le había ocasionado en estos autos”.

(98) Resultando que doña Salvadora Selva y Puche interpuso recurso de casación, fundado en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citando en su apoyo como infringidos: primero, la Ley 51, libro 14, título 7.º del Digesto, que define la acción como un derecho a pedir en juicio lo que se debe al que usa de ella, en el concepto de que, según tal precepto, ni doña Sinforosa Román podía pedir a la recurrente más que el cumplimiento de lo con ella convenido ni la Sala sentenciadora acordarlo; sin embargo de lo cual el fallo recurrido le obliga a cumplirlo, no sólo con la demandante, sino también con don Joaquin Candell, en representación de sus hijas, que nada han reclamado, según manifestación de la misma demandante; y segundo, el artículo 1.137 del Código civil, que dispone que la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma; porque, en efecto, la demandante podía pedir para sí a la recurrente el cumplimiento de la obligación, pero en modo alguno pudo reclamar por los demás contratantes, ya que éstos ninguna petición hicieron a la recurrente, ni menos podía utilizar un beneficio de pobreza concedido a doña Sinforosa Román para litigar derechos propios”.

(99) “Considerando que reducida la cuestión del presente pleito a determinar si doña Salvadora Selva y Puche viene obligada al cumplimiento de la transacción que estipuló con los herederos de doña Virtudes Herrero y don José Antonio Selva por escritura pública del 25 de febrero de 1897 y documento privado del 18 de febrero de 1898, a virtud de lo cual se dividirán entre aquéllos los bienes de la Capellanía intitulada La Esperanza, en la proporción establecida en aquella escritura, previa la redención de cargas y pago de costas en el pleito entonces existente sobre la adjudicación de los referidos bienes, la sentencia que condena a la recurrente al cumplimiento de las referidas obligaciones resuelve de acuerdo con la demanda formulada por doña Sinforosa Román, que en concepto de heredera de doña Virtudes Herrero concurrió al otorgamiento de la transacción, sin que, dados los términos del fallo, congruente con la demanda, pueda estimarse que el Tribunal sentenciador haya cometido extralimitación alguna, habiendo tenido necesidad de apreciar en su unidad y conjunto la obligación contraída por la parte recurrente.

Considerando, en consecuencia, que no son de estimar las infracciones alegadas en los dos motivos que constituyen e integran el recurso promovido por doña Salvadora Selva, porque sobre la antes expresada base es innegable la

recayendo sobre una cosa específica indivisible, ésta no fuese propiedad de los deudores (por lo que éstos se habrían comprometido en realidad a proporcionársela al acreedor, actuando de mediadores en un sentido económico). En cambio, si la obligación de dar está montada sobre la cotitularidad de los deudores con respecto a la cosa, sólo cabe acudir al cumplimiento forzoso "in natura" para obtener la satisfacción correspondiente.

Pues bien, los intereses de los deudores dispuestos a cumplir no parecen contrarios a semejante actuación del acreedor, por lo que ésta ha de admitirse de acuerdo con la buena fe que debe imperar en el cumplimiento de las obligaciones (artículo 1.258 del Código civil). Y lo mismo que hemos señalado para las obligaciones de dar cabe decir para las de hacer cuando no se trate de una actividad personalísima de los deudores y, consecuentemente, insustituible por el acreedor o por un tercero pagado por aquél (91).

Naturalmente, semejante sustitución constituiría el pago de un tercero, y, por lo que se refiere al deudor sustituido, daría lugar a las consecuencias previstas en los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210 del Código civil.

El concepto de indivisibilidad de las obligaciones que hemos estudiado está, ya lo hemos visto, estrechamente relacionado con la protección de los intereses de los deudores y de los acreedores, según que exista una pluralidad de aquéllos o de éstos. Lo que quiere decir que acogerse a dicho régimen es una facultad que el ordenamiento brinda al acreedor, pero a la que éste puede renunciar. En tal sentido conviene señalar que si existe alguna posibilidad material de cumplimiento parcial de la deuda, aunque ésta no sea divisible en el sentido propio que hemos estudiado, y el acreedor está dispuesto a aceptarla, reservándose las acciones pertinentes frente a los deudores incumplidores, los deudores que estuviesen dispuestos a cumplir no tendrán posibilidad de oponerse a dicha exigencia por parte del acreedor, pretendiendo recurrir a imponer la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 1.150 del Código civil. La interpretación del régimen legal de las deudas indivisibles debe ser realizada en el mismo sentido del artículo 1.169 del Código civil, como una facultad del acreedor. Así pues, esto tiene especial aplicación por lo que se refiere a la indivisibilidad convencional y a la indivisibilidad de los derechos. Si el acreedor se conforma con que los dos deudores dispuestos a cumplir le entreguen veinte camiones de los treinta estipulados (como deuda indivisible), reservándose la acción oportuna contra el tercer deudor que no está dispuesto a cumplir,

(91) La postura de MUCIUS SCAEVOLA en este problema no resulta clara: "Y ¿qué quiere decir que los demás no suplirán la falta del insolvente? Pues que esta parte será a disminuir del derecho del acreedor, y que, por lo tanto, de serle entregada la cosa debida estará obligado a indemnizar, al que pague, la parte del precio correspondiente a dicha participación, aparte del derecho de este deudor a resistir el pago, con arreglo al artículo 1.150, satisfaciendo sólo su parte de precio o valor". Op. cit. Vid., pp. 824-825.

aquéllos no podrán oponerse a entregar los mencionados veinte camiones. Si el acreedor se conforma con que dos de los tres propietarios proindiviso de un inmueble le transmitan sus cuotas en la comunidad, reservándose la acción que corresponda contra el tercer copropietario, aquéllos no podrán esgrimir el artículo 1.150 del Código civil para acudir a la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios con cargo al deudor que no estaba dispuesto a cumplir, o al pago del precio de la cosa junto con la indemnización.

El artículo 1.139 fija el régimen jurídico normal de las obligaciones indivisibles: tanto los acreedores como los deudores han de actuar conjuntamente a la hora de exigir el cumplimiento y a la hora de llevarlo a cabo, así como pagar conjuntamente a todos los acreedores (92). Sin embargo, conviene matizar la generalidad de dicho régimen en algunos supuestos.

Empecemos por el caso en que exista una pluralidad de acreedores. "Sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos", dice el artículo 1.139 del Código civil (93) (94). Quedan pues a salvo de la necesidad de actuación conjunta los actos que favorecen el crédito (interrupción de la prescripción, puesta en mora, exigir la constitución de garantías nuevas...) (95). ¿Se extiende esta imposición de actuación colectiva a las acciones judiciales? La

(92) ENNECCERUS/LEHMANN: "Si existe una pluralidad de acreedores, el deudor puede prestar únicamente a todos ellos y no tiene que hacer la prestación a uno sólo, a menos que por su naturaleza la prestación favorezca necesariamente a todos, como, por ejemplo, la construcción de una obra en una finca, que se debe a varios copropietarios de la misma". (Vid. pp. 467-468).

"el deudor no se libera prestando a uno solo de los acreedores, ya que esta prestación no es conforme con el contenido de su deuda. Sin embargo, frente al que recibió la prestación, si exige que aquélla se haga una vez más, aunque sea a todos, se da una *exceptio doli*; frente a los demás acreedores únicamente en tanto que la prestación hecha al que la recibió les favoreciera mediatamente" (Vid. p. 469).

"basta que uno de ellos (los acreedores) no acepte, o niegue su indispensable cooperación para el cumplimiento, para que todos incurran en *mora accipiendi*, pues, toda vez que sólo es posible la aceptación hecha por todos, concurren en ese caso los dos requisitos de la *mora accipiendi*, a saber, el ofrecimiento y la no aceptación" (Vid. pp. 469-470). *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Barcelona, 1954.

Vid. en el mismo sentido, BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*. Berlín/Frankfurt, 1953, p. 345; ESSER, *Schuldrecht*. I. 4. Aufl. Karlsruhe, 1970, pp. 430-431.

(93) Por ello, aunque el artículo 1.194 aplique la confusión a las obligaciones mancomunadas, no hay que olvidar que se está refiriendo a las mancomunadas divisibles (art. 1.138) y no a las indivisibles, puesto que ni siquiera cabría aplicar el supuesto al que se refiere el mencionado artículo del C. c., dado que precisamente las obligaciones indivisibles son aquellas que no cabe fraccionar en partes.

(94) "Por lo tanto, un solo acreedor no puede concertar la cesión del crédito, ni la novación, ni remitir la deuda, ni en general realizar cualquier acto que implique la disponibilidad del derecho indivisible atribuido". HERNÁNDEZ-GIL. Op. cit. Vid. p. 167.

(95) En contra, CASTÁN: "Los acreedores han de proceder colectivamente para reclamar el crédito y, en consecuencia, la reclamación aislada de un acree-

sus propios caracteres resulta indivisible; por lo que no cabe su cumplimiento parcial. De ahí que, aún sin darse la solidaridad, tampoco cabe hablar de simple concurrencia (artículo 1.138) de acreedores. Es éste un caso muy claro en donde, a pesar de la posible divisibilidad de la relación obligatoria resultante (hasta el punto de que quizá se pueda fragmentar, como aquí ocurre, el cumplimiento frente a cada acreedor), la propia naturaleza del acuerdo impide la apreciación fragmentaria de la misma. Y, como hemos visto, en él se admite la acción de uno de los acreedores sin necesidad de que concurren los demás (99 bis).

Sin embargo, DÍEZ PICAZO se ha pronunciado en contra de esta solución (100), basándose, fundamentalmente, en el interés de los acreedores, ya que, de lo contrario, se vería burlado el derecho que tienen todos ellos a ponerse de acuerdo sobre el tipo de acción que más les conviene frente a un incumplimiento del deudor (por ejemplo, cumplimiento forzoso o resolución del contrato) y, en segundo lugar —y éste quizá es el argumento decisivo para el mencionado autor—

acción de doña Sinforosa Román para pedir en la forma en que lo hizo, cualesquiera que sean por ahora las consecuencias concretas en ejecución de sentencia del fallo condenatorio, mientras los otros interesados en el contrato no pidan lo que a ellos pueda pertenecerles; todo lo que es independiente de las condiciones con que dicha acción fue ejercitada, y distinto asimismo del caso a que se refiere el artículo 1.137 del Código, toda vez que en el actual no se trata de mera concurrencia de dos o más acreedores en una sola obligación, según lo expuesto en el anterior considerando”.

(99 bis) Esta misma postura aparece recogida, aunque incidentalmente, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1972, en cuyo segundo considerando se citan, además, otras sentencias que, según el Tribunal de instancia, se pronuncian en el mismo sentido.

Con dicha postura cabe relacionar también la jurisprudencia que ha venido manteniendo reiteradamente que cualquiera de los comuneros puede ejercer por su cuenta las acciones que competen a la comunidad. Así, recientemente, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1972, 28 de enero de 1972 y 18 de marzo de 1972.

(100) En el mismo sentido, Vid. MUCIUS SCAEVOLA. Op. cit., pp. 822-823. Aunque añade: “Pero si exige la acción *colectiva*, aunque esto se entienda, naturalmente, reducido a la necesidad de que cada acreedor al producir su reclamación se halle debidamente apoderado por los demás, ¿qué sucederá en el caso de que alguno de ellos se mantenga en actitud pasiva?”

Una de dos cosas: o que deberá ser obligado a concurrir a la gestión, demandando o apoderando para que se demande, o que podrá la acción ejercitarse sin su concurso. De otra manera, la pasividad de uno de los acreedores equivaldría al perdón total de la deuda.

Pero la primera de estas soluciones es absurda, porque no se puede ejercer coacción sobre nadie para que reclame lo que es suyo, y mucho menos cuando no es discutible su derecho de perdonar la parte que le corresponde en un crédito. Se impone la segunda solución, por lo tanto, y se entenderá que hay acción colectiva, aunque uno de los acreedores no intervenga en la reclamación, siempre que se le haya hecho conocer en forma el propósito de reclamar, y más adelante, asimismo, la prestación de la demanda. Esto bastará para hacer imposible la excepción del deudor fundada en la falta de colectividad, y servirá, además, para producir otra consecuencia: la de que, al hacerse efectivo el crédito, los acreedores reclamando reserven el pago de la parte que correspondía al que permaneció inactivo” (pp. 823-824).

resulta que la sentencia tendría valor de cosa juzgada para todos los acreedores, aunque no hubiesen participado en la acción judicial (101).

Frente a esta postura, conviene señalar que la falta de legitimación activa no es apreciada de oficio, sino que constituye una excepción que puede oponer discrecionalmente, según estime conveniente a sus intereses la parte demandada; con lo que resulta dudoso considerar que el interés de los acreedores va a quedar salvaguardado a través del interés del deudor. Además, la cita en este caso del artículo 1.252 constituye un argumento más para aceptar en principio la posible actuación judicial de uno de los acreedores sólo. En efecto, si ello no fuere posible, dicho precepto sería superfluo puesto que constituyéndose válidamente la relación procesal con el concurso de todos los acreedores, lógico sería que la sentencia correspondiente tuviese valor de cosa juzgada para todos. Precisamente por que esto no es necesariamente así, es por lo que el artículo 1.252 tiene que extender dicho efecto a todos los acreedores no participantes en la acción (102). Se trata pues, de un efecto propio de la indivisibilidad (tanto la natural, como la convencional) que no cabe imputar a un arrastre histórico del primitivo régimen de las obligaciones solidarias atribuido a las obligaciones indivisibles, ya que el artículo 1.252, párrafo tercero, es nuevo con respecto al Anteproyecto de 1851 (artículo 1.226 del mismo).

Desde el momento en que no se puede argumentar con el interés de los acreedores para imponer su actuación conjunta en la demanda, cabe preguntarse si, en todo caso, esto no vendrá impuesto por el interés del deudor; se entiende, por el interés del deudor que sea digno de protección, ya que, de lo contrario, carecerá de sentido dotarle (al deudor) de una excepción al respecto. El interés legítimo del deudor está en liberarse en su momento de la deuda, de manera que los demás acreedores no puedan impugnar el pago realizado. Por ello éste debe ser conjunto, es decir, realizado a todos, consignándolo en su caso (aplicación analógica del artículo 1.176) (103). En tal sen-

(101) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. I. Madrid, 1970, p. 409.

(102) Resulta curioso observar cómo CASTÁN no utiliza este argumento, aunque se dé cuenta de la superfluidad consecuente del artículo 1.252 en este punto: "En orden a los efectos de la cosa juzgada, cuando uno sólo de los deudores fuere condenado al cumplimiento de una obligación indivisible (caso que no será normal dentro del régimen de reclamación conjunta de nuestro Código civil), dispone el artículo 1.252, apartado último, que el fallo favorece o perjudica a todos los deudores de la obligación indivisible" Op. cit. Vid. página 135.

En este sentido, Vid. PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas del Derecho de Obligaciones* de ENNECCERUS/LEHMANN. Vol. I. Barcelona, 1954, p. 472.

(103) "Si los demás acreedores no están dispuestos a cooperar con aquél para hacerse cargo de la prestación reclamada por el demandante, el deudor podrá denegar la prestación, y el demandante sólo tendrá derecho a exigir que se declare la existencia de su crédito. Si el deudor está dispuesto a hacer efectiva la prestación a todos los acreedores y uno de ellos niega su colaboración,

tido podrá oponerse a la demanda de uno de los acreedores que exija que se realice todo el pago frente a él sólo. Pero es que entonces nos encontramos con una actuación claramente perjudicial para los demás acreedores en el sentido del artículo 1.139. En cambio, cuando el acreedor demandante se limita a pedir el cumplimiento o la indemnización de daños y perjuicios frente a todos los acreedores, no existe razón para dotar al deudor de una excepción frente a ella. Y así lo hemos visto recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1907. Y es que la demanda de un acreedor no tiene en principio otra virtud que clarificar definitivamente la situación jurídica existente en torno al cumplimiento de la obligación; lo que, evidentemente, no constituye algo que perjudique a sus coacreedores (104). Por otra parte, esta solución impide que la conducta dolosa o culposa de alguno de los acreedores pueda obstaculizar la reclamación del pago (105).

Con todo, el argumento que aporta Díez-Picazo a favor de su tesis, en relación con el artículo 1.252 del Código civil, tiene importancia, ya que pone de relieve el peligro que existe en permitir que cualquiera de los acreedores pueda actuar judicialmente por su cuenta, sin ponerlo en conocimiento de los demás coacreedores, desde el momento en que estos últimos se van a ver implicados en el resultado, a través del efecto de la cosa juzgada. Tanto una conducta dolosa como un proceder culposo de dicho acreedor demandante pueden dar lugar a la pérdida del derecho de todos sus coacreedores. Por otra parte, no deja de tener razón el mencionado autor al señalar que los acreedores tienen un derecho indudable a ponerse de acuerdo sobre la acción que mejor conviene a la realización de sus intereses. Pienso que, *de lege lata*, la única forma de proteger a todos los acreedores frente al resultado judicial adverso provocado por la conducta de uno o algunos de los acreedores demandantes será responsabilizando fuertemente a estos últimos frente a los demás. Extendiendo su responsabilidad hasta el supuesto de culpa levisísima y entendiendo que, en principio, han de responder en todo caso de los perjuicios causados

podrá proceder a consignar el objeto, adeudado con arreglo al artículo 92". VON TUHR. Op. cit. Vid. p. 282.

(104) En este sentido se pronuncian expresamente el C. suizo de las obligaciones: "Lorsque l'obligation est indivisible et qu'il y a plusieurs créanciers, chacun d'eux peut en exiger l'exécution intégrale et le débiteur est tenu de se livrer envers tous" (art. 70, párr. 1.º), y el BGB: "Si varios han de exigir una prestación indivisible, siempre que no sean acreedores solidarios, el deudor sólo puede efectuar prestación a todos en común y cada acreedor sólo puede exigir la prestación a todos. Cualquier acreedor puede exigir que el deudor consigne para todos los acreedores la cosa debida o, si no es apropiada para la consignación, que se la entregue a un depositario a designar judicialmente" (párrafo 432-1).

(105) "Lo que sí nos parece indudable es que siendo exigible la obligación y requerido uno de los acreedores para que concurra a hacerla efectiva, si se niega quedará expedito el derecho de los otros, del que en justicia no puede él disponer". MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. T. VIII. 4.ª ed. Madrid, 1929. Vid. p. 183.

cuando actuaron sin una previa notificación e incitación a sus coacreedores para una actuación judicial conjunta. Y aún más, cuando su actuación judicial se produzca después de una negativa razonable de los coacreedores para proceder de esa forma.

En segundo lugar, se plantea el caso en que la pluralidad es de deudores. "Sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores", dice el artículo 1.139 (106). En todo caso, es evidente que —si ello es posible— cualquiera de los deudores podrá pagar la deuda por todos o hacer cualquier cosa que favorezca a todos (107). El problema radica en saber si la regla general contenida en el artículo 1.139 no es susceptible de excepciones.

Por lo pronto, conviene señalar, volviendo al tema del cumplimiento forzoso "in natura", que cuando uno (o varios) de los deudores se opongan al cumplimiento (supuesto del artículo 1.150), mientras que los demás estén dispuestos a ello, parece lógico que el acreedor que persigue el cumplimiento forzoso "in natura" demande únicamente al deudor que está faltando a su compromiso. Así, si uno de los copropietarios de la cosa debida se niega a consentir para la entrega de la cosa y la transmisión del derecho.

Pero, además, existe un caso especialmente interesante en el que cabe plantearse de nuevo el problema, siendo ahora la solución menos clara. ¿Puede demandarse sólo a uno de los deudores cuando es él quien tiene la cosa específica debida por todos? El punto de partida para mantener una respuesta positiva puede ser la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1931, que ya hemos visto en el apartado 5, al estudiar la indivisibilidad convencional de las obligaciones. Se recordará que el Tribunal Supremo consideró injustificadamente en aquella ocasión que la deuda reclamada era divisible, quizá con el fin de favorecer a la parte demandante para no apreciar la falta de legitimación pasiva en la demanda. Pero con ello esquivó tomar una postura sobre el tema que aquí nos interesa. En efecto, conviene tener presente que si, en aquel caso, doña Petra Sáiz Saizar dirigió la demanda contra doña Antonia Redil, no fue casualmente, eligiendo al azar cualquiera de los obligados, sino precisamente a aquel de ellos que poseía el resguardo de la fianza y percibía consecuentemente los intereses de la misma. Cabe entonces preguntarse si es válida la demanda dirigida contra uno sólo de los deudores

(106) CLEMENTE DE DIEGO parece no tener en cuenta este precepto del C. c. al asimilar el régimen de la deuda indivisible al de la deuda solidaria: "El efecto de las obligaciones indivisibles cuando haya varios deudores es que cada codeudor o cada heredero del deudor pueda ser constreñido a pagar el total de la prestación, porque ésta no admite división o pagos parciales; pero el deudor demandado tiene el derecho de hacer citar y emplazar a los demás para que comparezcan en el juicio y sean condenados al cumplimiento conjunto de la obligación, o por lo menos que se establezca el derecho que tiene al reembolso de la parte que toque a los demás en el cumplimiento. Esto no lo dice el Código, pero se deduce de la analogía con las obligaciones solidarias y de lo que establece el artículo 1.084". Vid. Op. cit., p. 73.

(107) Vid. Díez-PICAZO. Op. cit., p. 417.

cuando éste es el que posee el bien indivisible sobre el que recae la obligación y tiene el poder de disposición correspondiente. El problema se reduce a saber en qué medida puede beneficiar —legítimamente, se entiende— al deudor demandado el que la demanda haya de dirigirse también contra todos sus codeudores. Volvemos a repetir con carácter general, ¿no podría pedirse, ante la voluntad contraria al cumplimiento de alguno de los deudores, la ejecución forzosa sobre el bien, esto es, su entrega forzosa? Sólo hay un caso en el que puede producirse un resultado contrario al régimen de las obligaciones indivisibles y éste es cuando alguno de los deudores es insolvente. En efecto, en tal caso, dice el artículo 1.139, “no estarán los demás obligados a suplir su falta”. Ahora bien, este inconveniente se salva acudiendo al régimen que el artículo 1.084, párrafo segundo, establece para las deudas del causante, es decir, concediendo en tales casos al deudor demandado la facultad de hacer citar y emplazar a sus codeudores —no se olvide que este régimen es el histórico de las obligaciones indivisibles y no el de las obligaciones solidarias— o simplemente permitiéndole oponer semejante excepción (aplicación análoga del artículo 1.148). Salvado pues este inconveniente, no parece que haya ninguna razón para dificultar la acción del acreedor, exigiendo en los casos en cuestión que su demanda se dirija contra todos los deudores (108). Otra cosa sería, naturalmente, que demandase a uno de los deudores que no tuviese el bien específico sobre el que recae la prestación.

Apuntemos finalmente, por lo que se refiere a estas deudas indivisibles, que una aplicación análoga del régimen señalado para los acreedores unido a la necesidad de proceder en general contra todos los deudores para obtener el cumplimiento de la obligación, permite afirmar en este caso también que sólo los actos realizados frente a todos ellos les perjudica. Así, por lo que se refiere a la interrupción de la prescripción (109) y a la puesta en mora (110), o a la resolu-

(108) En contra, MUCIUS SCAEVOLA: “Pero si efectivamente existen varios deudores y sólo uno puede cumplir la obligación, como si, por ejemplo, se han obligado Juan, Luis y Pablo a entregar un reloj que se halla en poder del último, ¿bastará con que se reclame de Pablo, o deberá procederse contra todos? Nos inclinamos a lo último, no sólo porque así lo dispone el artículo 1.139, sino porque, aun dando por supuesto que el legislador no hubiera tenido criterio cerrado en la cuestión, nada se opone a que la reclamación se dirija contra todos los deudores, y, por el contrario, debe suponerse que cuando todos se obligaron, con su cuenta y razón lo hicieron, y que, en último término, al acreedor le es indiferente que la obligación le sea cumplida por uno o por el otro”. Op. cit. Vid. p. 825.

(109) El párrafo 3.º del artículo 1.974 no se puede aplicar a las obligaciones mancomunadas indivisibles, puesto que, como decíamos al hablar del artículo 1.194, no cabe fraccionarlas en partes. Además, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ha puesto de relieve cómo dicha norma no es ni siquiera aplicable a las obligaciones mancomunadas divisibles, ya que, en realidad, se refiere a las solidarias: “El párrafo final del artículo 1.974 parece dar a entender que en las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros codeudores. Pero ello sería contrario a los principios que

ción del contrato (artículo 1.124 del Código civil). Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1972 establece en su tercer considerando la necesidad de notificar a todos los arrendatarios la decisión del propietario de oponerse a la prórroga del arrendamiento rústico para explotar directamente la finca (110 bis).

rigen la interrupción de la prescripción y las obligaciones mancomunadas. En efecto, según el Código, en las obligaciones mancomunadas, "el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros" (art. 1.138 C. c.). Por tanto, sería incongruente que el ejercicio de la acción contra uno de los deudores interrumpiera la prescripción de una deuda que es ajena a este deudor.

La incongruencia se explica porque este párrafo final del artículo 1.974 proviene—como se indica en el *Anteproyecto*—del artículo 1.988 del Proyecto de 1851. Pero aquí obligaciones mancomunadas significa otra cosa distinta que en el Código: son las obligaciones *solidarias*. La regla antes indicada tiene en el Proyecto de 1851 pleno sentido. En principio, en las obligaciones solidarias cualquier acto, que interrumpa la prescripción en contra de uno de los deudores perjudica a los demás (cfr. art. 1.059 del Proyecto de 1851). Pero excepcionalmente no perjudica a los demás, cuando el acreedor se limita a reclamar de uno de los deudores solidarios la parte que le corresponde en la deuda. Y esto, según García Goyena, está fundado "en que el mismo acreedor ha dividido la deuda". *El Anteproyecto del Código Civil Español* (1882-1888). Madrid, 1965. Vid. p. 756, nota 382.

(110) "L'indivisibilité ne devrait pas produire les effets dits secondaires de la solidarité, qui ne peuvent s'expliquer que par l'idée de représentation. Cependant l'article 2.249, al., 2. C. civ. admet que l'interruption de la prescription faite a l'égard de l'un des codébiteurs indivisibles vaul a l'égard de tous. Cette disposition, que l'on justifie par les facilités qu'elle donne au créancier, est exceptionnelle. Aussi refuse-t-on d'étendre a l'indivisibilité les autres effets secondaires de la solidarité: la mise en demeure adressée a l'un des codébiteurs indivisibles reste sans effet a l'égard des autres, hors l'interruption de la prescription; le jugement rendu a l'égard de l'un des codébiteurs indivisibles ne lie pas ses codébités; et c'est pourquoi l'article 1.225 C. civ. permet au codébité poursuivi demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs. Mais la jurisprudence décide, ce qu'elle n'admet pas en matière d'obligations solidaires, que si les codébiteurs se trouvent ensemble dans la cause, une voie de recours interjetée par l'un d'eux profite aux autres". MAZEAUD/DE JUGLART, *Leçons de Droit Civil*. T. II. 4.^a ed. Vol. 1.^o. París, 1969. Vid. p. 952.

Vid. también COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de Droit Civil*. T. II. París, 1959, pp. 978-979; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II. Vol. 1.^o. París, 1962, pp. 779-780.

(110 bis) "... ha de estimarse preferente el derecho de la propietaria demandante a recabar la finca arrendada para su explotación directa, al de los demandados de obtener la prórroga del arrendamiento, pues si bien la primera notificación efectuada por aquélla en 17 septiembre de 1969 manifestando su voluntad de confirmar como fecha de extinción del arrendamiento la de vencimiento del plazo contractual el 29 septiembre de 1970, no sería en sí misma suficiente para determinar tal preferencia, *al haberse hecho a uno de ellos que no consta llevara él sólo la explotación de la finca ni representara a los demás*, y al no expresarse en la misma el propósito de la arrendadora de explotar directamente la finca, si se tiene en cuenta la notificación después efectuada por los arrendatarios ejercitando su derecho de prórroga y la contestación de aquélla en que hacía constar su oposición a ésta, y su propósito de cultivo directo, ha de llegarse a distinta conclusión..." (el subrayado es mío).

8. LA DIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES SIN PLURALIDAD DE SUJETOS

Al hablar del concepto de las obligaciones indivisibles y divisibles ya apuntábamos cómo éste conectaba estrechamente con la existencia de una pluralidad de acreedores o de deudores en la relación obligatoria. Sin embargo, no olvidábamos cómo también la divisibilidad (y, consecuentemente, la indivisibilidad) de las obligaciones trasciende dichos supuestos de pluralidad para adquirir relevancia jurídica en supuestos de unidad de deudor y de acreedor (111).

Dentro de este sector cabe hacer una distinción entre un concepto estricto de la divisibilidad, que es el estudiado hasta aquí, y otro amplio, en el que se puede hablar de divisibilidad desde el momento en que las partes en que se pueda fraccionar materialmente la prestación conserven un propio valor económico (112).

Por lo que se refiere a la divisibilidad estricta relacionada, ya lo hemos visto, con la fungibilidad de las partes en que se puede fraccionar la prestación, su relevancia jurídica en estos supuestos se pone de relieve fundamentalmente al atender a la regulación que el Código civil prevé para la confusión parcial (artículo 1.194), la compensación parcial (artículo 1.196) y la imputación parcial del pago (artículo 1.174). En efecto, parece claro que todas ellas son instituciones que han de funcionar sobre la base de la divisibilidad en el sentido visto de las obligaciones afectadas.

En cambio, la divisibilidad en sentido amplio será relevante a la hora de apreciar la posibilidad de un pago parcial de las obligaciones (113) (naturalmente aquí se incluye también la divisibilidad en sentido estricto). Ya hemos considerado cómo el propio artículo 1.154 prevé la posibilidad de una moderación de la pena convencional no sólo cuando se haya producido un cumplimiento "en parte" (divisibilidad perfecta o en sentido estricto), sino también cuando haya habido un cumplimiento "irregular" (divisibilidad imperfecta o en sentido amplio).

Pero quizá sea en el arrendamiento de obra el lugar del Código civil donde mejor se aprecia la posible eficacia jurídica de la divisibilidad a la hora de apreciar el pago parcial. Basta con reproducir los artículos 1.592 y 1.595:

"El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha" (artículo 1.592).

(111) En el mismo sentido, Vid. CICALA, *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968, p. 648.

(112) Distinción recogida por BLOMEYER al hablar por un lado de "teilbare Leistungen" y por el otro de "Teil der Leistung". Vid. Op. cit., p. 33.

(113) Por ello, ALBALADEJO se refiere a estos dos tipos de divisibilidad cuando habla de la necesidad de distinguir, como supuestos distintos, entre la divisibilidad de las obligaciones y su cumplimiento parcial. Vid Op. cit., p. 40.

“Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona.

En este caso el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio.

Lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad” (artículo 1.595).

En ellos queda contenida la idea de que, a pesar de los artículos 1.157 y 1.169, cuando el cumplimiento parcial tenga un valor económico para el acreedor y no quepa imputar al deudor el incumplimiento parcial, aquél habrá de ser aceptado de acuerdo con la buena fe que ha de imperar en las obligaciones (artículo 1.258).

Vemos, pues, cómo la consideración de las obligaciones divisibles e indivisibles en estos casos nos remite a diversas instituciones: pago, confusión, compensación. Será en ellas el lugar oportuno para llevar a cabo un estudio detallado de los efectos simplemente mencionados en este último apartado.

El dolo-vicio de la voluntad en el Derecho civil argentino

(Estudio doctrinario y jurisprudencial)

JORGE A. CARRANZA

Profesor de la Universidad Católica
de Córdoba (Argentina)

SUMARIO: I. Noticia histórica.—II. Concepto del dolo como vicio de la voluntad y del acto jurídico.—III. Fundamento de la ineficacia jurídica del acto obrado por dolo.—IV. Condiciones para que el dolo determine la ineficacia del acto: 1. Que haya sido grave. 2. Que haya sido determinante del acto. 3. Que ocasione un daño importante. 4. Que no haya habido dolo por ambas partes. 5. Particularidades del dolo en el régimen matrimonial.—V. El dolo negativo u omisión dolosa.—VI. El dolo incidental.—VII. El dolo del tercero.—VIII. El dolo del representante.—IX. Efectos del dolo.—X. Aspectos procesales vinculados al dolo.—XI. Prescripción.—XII. Política legislativa.—XIII. Conclusión.

I. NOTICIA HISTORICA

1. Este medio de impugnación del acto jurídico encuentra, como otras instituciones, sus raíces remotas en el Derecho Romano desde donde débese partir para conocer su evolución a través del antiguo Derecho francés, luego, hasta su recepción por el Derecho codificado.

Lo primero a mostrar en este aspecto histórico es que los textos romanos que versan sobre el dolo han sido utilizados en dos sentidos principales (1). Algunos parecen aludir a su condición de *vicio de la voluntad*, en el que se aparea a la violencia y el error. En este cauce debe ubicarse el texto básico de Ulpiano (Dig. 4, 3, 1 § 2), sobre el que hacen pie quienes ubican al dolo como un engaño que causa el error de quien declara bajo su influjo. De otro costado cabe señalar que también arranca de los estudios romanistas la mostración del dolo, no tanto como captación de la voluntad ajena, sino *como maniobra enderezada a ejer-*

(1) Conf.: FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, «El negocio jurídico», ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 147.

cer indebita influencia sobre otro. A ella se refería la definición de Labeon (L. 1, Digesto, § 2, De dolo malo), quien lo concibió como «*omnem calliditatem fallaciam, machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitan*», que no se limitaba —sin más— al error causado sino que trataba de sancionar la mala fe (Paulo, D. 17, 2, 3, § 3).

Vale la pena recordar (2) que el dolo, concebido como los manejos engañosos no constituían, originariamente en Roma, causa de invalidez de acto. Esa ineficacia advino recién hacia fines de los tiempos de la República, por creación del Derecho honorario, y se llegaba a ella por vía de excepción («*exceptio doli*»), contenida en el principio de la «*bona fides*» ínsita en toda fórmula procesal. Es decir, que si en la época clásica la excepción hallaba su fundamento en el error desencadenado al sujeto pasivo por el autor del dolo, en los tiempos post-clásicos se amplió el concepto de *dolus* y la «*actio de dolo*» y la «*restitutio in integrum ob dolum*» procedían en todos los casos de perjuicios causados por cualquier clase de actos desleales y contrarios a derecho (3), por lo que puede concluirse que, en la materia, el Derecho Romano evolucionó de una concepción subjetiva. (error provocado) a otra más objetiva (protección de la buena fe).

2. En el antiguo Derecho francés reaparece la consideración psicologista del dolo, bajo la influencia del creciente consensualismo, que lo convierte en uno de los vicios de la voluntad (4). El arranque del nuevo punto de vista ha sido ubicado en Domat (5) y sobre sus aguas se desplazan las enseñanzas de Pothier (6) quien, sin embargo, abre paso ya a la solución objetivista al recordar que «sólo lo que hiera abiertamente la buena fe, ante el fuero externo e interno, es considerado como un verdadero dolo».

No obstante esa apertura, cabe señalar que a comienzos del siglo XIX, en los umbrales de la codificación, era manifiesto el predominio de la tesis subjetiva, que no hallaba otro lugar para el dolo que no fuese entre los vicios de la voluntad. Así llegó al Código civil francés (art. 1.116), al Proyecto Español de 1851 (art. 992), y aun, casi un siglo después, al Código civil alemán (§ 123) (7).

(2) Como lo hacen JÖRS-KUNKEL («Derecho Privado Romano», ed. Labor, 1937, pág. 155).

(3) Conf. JÖRS-KUNKEL, op. cit., p. 369 y nota 5.

(4) Así lo afirma ALFRED RIEG («Le Rôle de la volonté dans l'acte juridique», París, 1961, p. 14).

(5) «Les Lois», t. XVIII, sección III, tomo I, p. 120, ed. París, 1771.

(6) «Tratado de las Obligaciones», ed. «Bibliográfica Omeba», Bs. As., 1969, pág. 28.

(7) Aunque para este último hay que computar que se produjeron serias resistencias, al tiempo de la redacción del BGB, ante la recepción del dolo como vicio subjetivo y psicológico. Véase, sobre el particular, REIG, op. cit., p. 147.

II. CONCEPTO DE DOLO COMO VICIO DE LA VOLUNTAD Y DEL ACTO JURIDICO

La palabra dolo es una voz equívoca, que tiene más de una acepción.

1. Como vicio de los actos jurídicos (rectius: de la voluntad, en el acto voluntario) se designan con ella las maniobras empleadas por una de las partes con destino a captar la voluntad de la otra en la celebración del acto jurídico. En este sentido, se entiende por tal cualquier forma de engaño que sea utilizado para determinar a una persona a celebrar un acto jurídico (8).

Desde este ángulo conviene recordar que el C. c. argentino dice en el artículo 931 que «acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin». En otro lugar analizaremos sus requisitos y efectos. Aquí solamente corresponde puntualizar que, de acuerdo a las más modernas reglas de técnica legislativa, no se justifica que la ley proceda a una definición que debe ser deferida a la labor de la doctrina (9). En ese defecto —cabe acotar— incurrieron el Anteproyecto Bibiloni (art. 283) y el Proyecto de 1936 (art. 146), habiéndose salvado el error en el Anteproyecto de 1954. La correcta técnica ha sido observada, también, por los más modernos plexos normativos (10).

Esta acepción de la voz dolo ha sido sistematizada, en el Código civil argentino, dentro de la teoría general de los hechos y actos jurídicos, en seguimiento del método del Esboço de Freitas.

2. Otra significación del vocablo es la que apunta a caracterizar el dolo como presupuesto subjetivo del hecho ilícito civil delicto. En esa materia, que aquí deberemos limitarnos a mencionar por contraste, el dolo designa la *intención* de provocar el daño que es consecuencia del obrar antijurídico del agente, por oposición a la culpa o negligencia, que tipifica el acto ilícito cuasidelictual. De allí que el art. 1.072 del Código civil defina a aquél como el acto ejecutado «a sabiendas y con intención de dañar la persona a los derechos de otro».

Es decir, que, como enseña Cossío (10 bis), se impone separar perfectamente de un concepto genérico de dolo, relativo a cualquier maquinación, engaño, artificio o fraude, *otro concepto más específico*, que se limita a cualquier actuación conscientemente encaminada a producir antijurídicamente un daño a otro, que es la que caracteriza, precisamente, al hecho delictivo.

Por ello, como enseña Orgaz (11), ambos términos —delito y dolo—

(8) Como enseña LLAMBIAS («Tratado de Der. Civil», P. Gral., II, p. 506).

(9) Conf. DE GASPERI-MORELLO, «Obligaciones», t. I, p. 442.

(10) V. gr., Código civil alemán, Código Federal suizo de las Obligaciones, Código brasileño y Código de la República de China, que sólo legislan sobre los efectos del dolo, omitiendo su definición.

(10 bis) «El dolo en el Derecho civil», Madrid, 1955, pp. 10-11.

(11) «La Culpa (actos ilícitos)», ed. Lerner, Bs. As., 1970, págs. 62 y 65.

se corresponden mutuamente en el área de los hechos ilícitos, en un todo de acuerdo con la fuente romana. Con lo que va dicho que para que se configure el delito civil debe darse, inexcusablemente, la *intención*, el *propósito* o *voluntad de dañar*, siendo insuficiente la mera representación psicoológica del resultado perjudicial por el agente (12).

Agreguemos que, en el Derecho civil argentino, la distinción entre delitos y cuasidelitos continúa conservando su importancia, ya que, según promedie dolo o culpa, serán diversas las consecuencias de la solidaridad (arts. 1.081/2 y 1.109, 2.^a parte), la que se exceptúa en los casos de los arts. 1.121 y 1.135; la facultad judicial de morigerar la indemnización, en ciertas circunstancias (art. 1.069) y el alcance de las consecuencias a reparar (arts. 905/6) (13).

3. La tercera acepción de la voz dolo es la que apunta a caracterizar una especie típica de incumplimiento por el deudor de las obligaciones a su cargo, bien sea por incurrir en mora o por liso y llano incumplimiento.

Tradicionalmente se ha distinguido el dolo obligacional, del delictual y del configurador de vicio de la voluntad. Respecto de los dos primeros, más proclives a ser objeto de confusión, se ha marcado generalmente por la doctrina de los autores el siguiente contraluz: mientras el dolo que es presupuesto del acto ilícito importa la intención de causar daño (art. 1.072 C. c.), el dolo en el incumplimiento de las obligaciones se limita a puntos menos: es suficiente la mera conciencia de que se está incurrido en inejecución, de suerte que quien pudiendo cumplir no lo hace, incurre en dolo (14). Es decir, que se configura con la simple violación consciente de la obligación, como enseñaba Ihering (15), con la inejecución ocurrida «ex-profeso», adrede o de propósito, y en cuya virtud el deudor no cumple lo que debía o podía cumplir (16).

Dentro de este marco se distinguía en el Derecho civil argentino una diferente responsabilidad del deudor, según que éste hubiera obrado con culpa (negligencia) o con dolo (incumplimiento intencional) en la inejecución de la obligación. Era el sistema subjetivo, recibido de Pothier, y acuñado por el Código Napoleón (arts. 1.150/1), el Código italiano de 1865 (art. 1.228) y el actual (art. 1.225), el español (artículo 1.107), el peruano (art. 1.328), el colombiano (art. 1.616), etc., que se traducían en un encarecimiento de la responsabilidad por dolo,

(12) Conf. ENNECERUS-NIPPERDEY, «Tratado», t. I, § 196.

(13) Sobre las diferencias del régimen legal de delitos y cuasidelitos, después de la reforma de la Ley 17.711, v. CASEAUX-TRIGO REPRESAS, «Derecho de las obligaciones», III, editora Platense, La Plata, 1970, p. 191. Excluyendo la indemnización del daño moral en los cuasidelitos, LLAMBIAS, «Reforma del Código civil», ed. Jurisp. Argentina, Bs. As., 1968, pág. 139.

(14) Tesis mayoritaria. Conf.: LAFAILLE, «Obligaciones», t. 1, p. 167; COLMO, «Obligaciones», núm. 103; REZZONICO, «Obligaciones», t. 1, p. 146; y BUSSO, C. C. Anotado, t. 3, com. art. 506. Contra: exigiendo la intención de perjudicar: SALVAT, «Obligaciones», t. 1, p. 126.

(15) «La faute en droit privé», p. 58.

(16) Conf. LLAMBIAS, «Estudio de la Reforma del Código civil», J. A., Bs. As., 1969, p. 132.

ya que el deudor culpable sólo respondía de los daños intrínsecos o «circa rem» (art. 520 C. c.), mientras que el autor de dolo respondía no sólo de aquellos daños sino también de los extrínsecos o «extra rem» (art. 521 del C. c.) (17). Esta diferente aprehensión del dolo y la culpa en materia obligacional se patentiza, asimismo, en el tratamiento legislativo por separado de la mora culposa e intencional y del liso y llano incumplimiento por culpa o por dolo (arts. 506, 507, 511, 512, etc.).

Este era el cuadro que ofrecía la legislación argentina hasta la Ley 17.711. Porque es del caso que la reforma de 1968 resolvió borrar la palabra dolo del art. 521 y usó en su lugar la expresión «si la inejecución de la obligación fuere *maliciosa...*», a la que insertó como presupuesto subjetivo de la responsabilidad agravada que se describe en el precepto citado.

Algunos autores no encuentran diferencia alguna entre el dolo y la inejecución maliciosa, a la que adosan idénticas consecuencias que las que antes se adjudicaban al dolo en el incumplimiento de las obligaciones (18). Pero esa interpretación —que, en rigor, mantiene el mismo sistema del Código— no es pacífica. Porque el mentor más ostensible de la reforma ha sostenido que al introducirse la voz «malicia» se ha querido encarecer un dolo calificado por la intención de causar daño (19), con lo que se parifica el concepto de dolo en materia de obligaciones con el de dolo delictual (art. 1.072 C. c.).

Además, de esta nueva interpretación resulta que habría dos especies de dolo obligacional. Uno, configurado como la mera conciencia de estar incurso en inejecución, que es apareado al incumplimiento culposo, rigiéndose ambos por el art. 520; y otro, el dolo calificado o malicioso, que quedaría aprehendido por el art. 521, con el agravante de la responsabilidad para el deudor.

Esta tesitura había sido ya sostenida por su autor antes de la reforma (20), manifestando que «no hay razones para agravar la responsabilidad del deudor doloso, porque —dice Borda— en materia de responsabilidad contractual *el Código no ha distinguido entre dolo y culpa*». En esa oportunidad agregó que considera lícito el incumplimiento doloso de la obligación en especie, que se convierte legalmente en el deber de prestar daños y perjuicios. Por lo que sólo el incumplimiento malicioso, sería ilícito.

Tal postura interpretativa, ahora llevada a la ley por la reforma de 1968, si bien tiene un aspecto positivo cual es el de tender un puente propicio a la unificación de las responsabilidades contractual y extracontractual, puede ser objeto de serias objeciones. Contiene, por lo

(17) Ve la lúcida exposición que sobre el tema hace ORGAZ en «Nuevos Estudios de Derecho civil», p. 150 y ss.

(18) LLAMBIAS, op. cit., p. 132 y SPOTA, «Sobre las reformas al Código civil», ed. Depalma, Bs. As., 1969, p. 15.

(19) BORDA, «La reforma del Código civil. Responsabilidad contractual», en «El Derecho», t. 29, núm. 2327.

(20) BORDA, «Manual de Obligaciones», págs. 82/83.

pronto, un flanco débil: el de aplicar igual rasero al incumplimiento doloso de la obligación que al simplemente culposo, vulnerando los principios básicos que vertebran la teoría de la obligación, a la que se la concibe, generalizadamente, como una restricción de la libertad del deudor, para zafar de la cual debe éste proceder de acuerdo al interés del acreedor (21) y también conforme a la regla moral (ínsita en el esquema subjetivo aceptado por nuestro Código civil), que no mira con indiferencia que el deudor incurra o no en falta y que ésta sea más o menos grave, tal como lo puntualizara Galli (22), quien afirma que no puede desconocerse que existe «una evidente diferencia de orden ético entre las dos formas de retardo o incumplimiento» (23). Esa solución preconizada por la reforma es más propia del sistema objetivo «de la reparación integral», que sigue el Código alemán (arts. 249, 252 y 276), pero que no fue receptada por nuestro Derecho, el que acepta en cambio, y según se vio supra, la distinción de la responsabilidad según la gravedad de la falta imputada (24).

Agréguese a lo dicho que, en la mentada interpretación, se sostiene que el incumplimiento simplemente doloso (es decir, no malicioso), es lícito. Afirmación que no se compadece con el concepto de dolo, que siempre importa «una conducta deliberada contra derecho» (25) o «una infracción de un deber jurídico» (26), por lo que, consecuentemente, no puede nunca ser lícito.

Finalmente cabe acotar, en detrimento del esquema elaborado por el conductor de la reforma, al insertar esta anómala solución dentro de un marco legislativo que ha quedado ahora falto de equilibrio sistemático y conceptual, que, para él, la expresión malicia sería comprensible tanto de la intención de causar un daño cuanto de la indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que previsiblemente advendrán al acreedor por el incumplimiento (27), con lo que se incluye en el art. 521 tanto el dolo directo como el dolo eventual, traídos de la doctrina del Derecho penal al plexo del Derecho civil. Tal solución es

(21) Conf. MICHELE GIORGANI, «La Obligación», ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 216.

(22) En SALVAT, «Obligaciones», t. I, p. 194.

(23) Conformes con esta concepción de la obligación: BETTI, «Cours de D. Civil Comparé des Obligations», ed. Giuffré, Milano, 1958, p. 88; PEDRO LEÓN, «Obligaciones», Clases magistrales, Cba., ed. T.A.P.A.S., p. 128 y «Rasgos esenciales de la obligación», en Cuadernos del Instituto de Derecho civil, Boletín III, 1957, p. 45 y ss.; LLAMBIAS, op. cit., p. 133 y ss.; MORELLO, «Indemnización del daño contractual», t. I, p. 167 y ss.; Cam. Nac. Civ., Sala E, en J. A. 1963-III, p. 549; etc.

(24) Como lo hizo notar, ya antes de la reforma, PEDRO NÉSTOR CAZEAUX («El texto auténtico del art. 521 C. c.», en «La Ley», t. 112, p. 886), refutando la concepción de BORDA y recordando la opinión de COLMO (op. cit., p. 115, número 145).

(25) VON TUHR, «D. Civil», III, 168.

(26) LARENZ, «Obligaciones», I, p. 284.

(27) BORDA, en «El Derecho», t. 29, núm. 2327.

excesiva, aun dentro de la economía de la interpretación que comentamos, porque —en todo caso— el dolo eventual debería quedar adscrito al régimen de art. 520, junto a la culpa y al dolo no calificado (28).

III. FUNDAMENTO DE LA INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO OBRADO POR DOLO

Ya anticipamos (Cap. I) que el dolo ha sido considerado, desde sus comienzos, a partir de distintos puntos de vista: en unos casos, como vicio de la voluntad y, por tanto, a la luz de una concepción subjetiva o sicologista, que lo visualiza como obstativo del consentimiento («dolo causan dans»); y, en otra vertiente, como un obstáculo objetivo que se patentiza en la violación de la buena fe constitutiva de la atmósfera del acto jurídico.

Aquí corresponde precisar cuál es la instancia actual del problema y, a esos fines, nos parece adecuado enfocar el asunto en dos momentos: *a)* Como tendencia de la doctrina moderna, es decir, «de lege ferenda», con prescindencia del Derecho positivo, y *b)* Como solución de «lege lata», en el seno del Código civil argentino.

a) Parece claro que un estudio del dolo, en profundidad y sin limitaciones legales, debe llevar a la conclusión de que su definición como vicio de la voluntad está en trance de ser superada, si es que no fue rebasada ya. Así resulta de la circunstancia de que, si el dolo es concebido como desencadenante de una declaración por un error provocado, la causa de la anulabilidad del acto por déficit de la voluntariedad no se halla en la maniobra dolosa sino en el error en que incurre el sujeto pasivo de aquélla (29).

Es decir, que, en ese cauce, es forzoso buscar otra explicación diferente y ella se encuentra en la ilicitud patente de la maniobra engañosa, en el carácter reprobable del actual insidioso de quien induce a la declaración. Esa violación de la buena fe, objetivamente exigida por la ley para el acto jurídico, es la causa de la anulación y también de la indemnización de los daños y perjuicios a que tiene derecho la víctima, por el acto ilícito que constituye la maniobra dolosa.

Esta es la dirección actual del tema, que permite una protección más amplia y flexible de quienes padecen los artificios engañosos de los contratantes. Así se explica la cuestión en la doctrina española (30), en

(28) Como piensa, acertadamente a nuestro ver, JORGE MOSSET ITURRASPE («Responsabilidad por daños», ed. Ediar, Bs. As., 1971, t. I, p. 101). Sobre dolo eventual v., CUELLO CALON, «D. Penal», Barcelona, 1951, I, p. 400; VON HIPPEL, «Manuale di Diritto Penale», p. 188 y ss. y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, «Tratado de Derecho penal», Bs. As., 1962, ed. Losada, t. V, p. 585.

(29) Así lo precisa RENE SAVATIER, «La theorie des obligations», ed. Dalloz, París, 1969, pág. 151, quien agrega expresivamente que «el lenguaje clásico, asimilando el dolo a un vicio del consentimiento, toma la causa por el efecto».

(30) V., DE CASTRO Y BRAVO, op. cit., p. 150 y JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, «El principio de buena fe», ed. Bosch, 1965, p. 61 y s.

francesa (31), en la alemana (32) y aun en la argentina, después de la tesis de Guillermo Borda sobre el «Error de hecho y de derecho».

Según este autor la sanción de la nulidad por dolo no se funda en el error provocado en el otro contratante, como lo sostiene la teoría de los vicios del consentimiento, sino en el hecho ilícito (33). Y, para probarlo, ejemplifica con el caso del dolo recíproco que no da lugar a la nulidad, pese a que habría error provocado (art. 932, inc. 4, del Código civil), porque no es esto lo que funda la ineficacia sino la violación de la buena fe, y el Derecho queda indiferente cuando las dos partes se han conducido torpemente enderezando sus pasos a la vulneración del orden jurídico.

Téngase en cuenta que la discusión sobre los fundamentos del dolo trasciende el ámbito de lo puramente académico para contener implicancias prácticas evidentes: si la anulación obedece al vicio del consentimiento, sólo se deben los perjuicios inmediatos y los mediatos previsibles, que es la regla en materia de responsabilidad contractual (artículos 520 y 521); mientras que si la nulidad se funda en el hecho ilícito del autor del dolo, la reparación debe ser integral (arts. 1.078, 90, etc.) (34).

b) De «lege lata», en cambio, no es posible hesitar acerca del carácter de vicio de consentimiento que revista el dolo en el Código civil argentino. El afecta el presupuesto psicológico intencional de la voluntad jurídica como un error provocado por un comportamiento engañoso. Es la opinión de la doctrina mayoritaria (35) y también la de la jurisprudencia nacional, que tiene declarado con uniformidad que «el dolo consiste en inducir deliberadamente en error a la otra parte con el objeto de hacerle celebrar un acto jurídico» (36).

En esta tesitura subjetivista se distingue con precisión el dolo del error-vicio, no sólo por su forma de presentarse (uno provocado; el otro espontáneo), sino porque, fundamentalmente, el error provocado puede no ser *esencial* (sino meramente accidental) y aparejar, sin embargo, la anulabilidad del acto, si ha sido vehiculizado por un dolo grave, dañoso y determinante, lo que permite comprobar la autonomía del vicio dentro de la economía del plexo normativo vigente (37). Sería el caso de

(31) V., REIG, op. cit., p. 166/67; P. BONNASSIES, «Le dol dans la conclusion des contrats», Lille, 1955, p. 437 y art. 16 del Avant-projet, que ha suprimido la regla del art. 1.116 del C. Napoleón, haciendo un giro copernicano hacia la concepción objetiva.

(32) Ve, LEHMANN, § 34-IV-3b; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 176.

(33) «Tratado», P. Gral., t. II, 5.^a ed., p. 311.

(34) Aunque cabe acotar que, para BORDA, después de la reforma de la Ley 17.711, el caso del art. 521 —conducta maliciosa— tiene igual tratamiento que el del acto ilícito delictivo.

(35) Conf. LLAMBIAS, op. cit., núm. 1752; BUSSO, t. III, com. art. 506, número 30; DE GASPERI-MORELLO, op. cit., t. I, p. 438, nota 1 y SPOTA, Tratado, t. I, vol. 36, pág. 584; Contra: BOR, op. cit., loc. cit.

(36) J. A. 1956-IV-383; «La Ley», 89, 94; J. A. 1959-III-455; «La Ley», 94, 26; «La Ley», 104, 313; J. A. 1964-IV-649; J. A. 1969-4, 375; «El Derecho», 5, p. 850; «La Ley», 109, 642; «La Ley», 126, 388; etc.

(37) Como lo señala SPOTA, op. cit., p. 585.

un error (por dolo) que recayera sobre los *motivos*, o el *valor*, que suelen ser aspectos insuficientes para configurar el error esencial y, sin embargo, pueden desencadenar la anulación por dolo.

También se ha marcado el contraluz entre el error, «sensu stricto», y las maniobras engañosas que lo provocan, al hacerse notar que para que pueda articularse el error como vicio de la voluntad, además de ser esencial debe ser *excusable*, es decir, no obedecer a una negligencia culpable del «errans». Spota considera que este tópico acentúa las diferencias de ambos vicios de la intención porque en el caso de dolo puede invocarse la nulidad no obstante la conducta negligente de la víctima, es decir, aunque hubiere sufrido los efectos de una maquinación que pudo llegar a descubrir con el debido cuidado (38). Nos permitimos discrepar con esa opinión de autoridad, con base en las conclusiones divergentes a que arriba la jurisprudencia, receptando los casos que provee la cantera vital del mundo de los negocios. Así se tiene resuelto, por ejemplo, que «los hechos constitutivos del dolo deben ser bastante graves para que *un hombre sagaz y prudente* haya podido ser engañado» (39) y que es necesario que «la víctima no haya podido evitar ser inducida a error, a pesar de haber actuado *con la diligencia y prudencia* que es dable exigir en toda contratación» (40). Lo que demuestra que la praxis del tema se inclina, también, por la exigencia de la excusabilidad de la conducta de la víctima de dolo.

IV. CONDICIONES PARA QUE EL DOLO DETERMINE LA INEFICACIA DEL ACTO

Pero, además de la definición de dolo, el Código civil enuncia las *circunstancias* que deben concurrir, a la manera de elementos, *condictio-juris* o presupuestos, para que el dolo configure un vicio de la voluntad y apareje la anulabilidad del acto.

En este cauce, expresa el art. 932 que el dolo es jurídicamente relevante a condición de que sea *grave, perjudicial y determinante* —tres recaudos positivos—, al tiempo que *no pueda imputarse* —condición negativa— *dolo a ambas partes*. Analizaremos, de seguido, tales requisitos.

1. *Que haya sido grave*. Esta inicial exigencia apunta a señalar la necesidad de que la maniobra o maquinación dolosa sea *idónea* para captar la voluntad ajena e inducir a error. Es decir, que posea una *aptitud* o *entidad* tal que sea suficiente para crear una falsa representa-

(38) Aut. cit., op. cit., pág. 587.

(39) «La Ley», t. 101, p. 24.

(40) J. A. 1969-4, 375. También se tiene dicho que el dolo no es causa de la nulidad del acto cuando la víctima «ha podido comprobar, sin mayores dificultades, la veracidad de las afirmaciones de la otra parte» (Cám. Civ. Cap., F, en J. A., t. 4, 1969, p. 129) y cuando la maniobra «no era apta para engañar a una persona que hubiera puesto el cuidado corriente en el manejo de sus asuntos», Cám. N. Civ. E., en «La Ley», 132-113.

ción de las cosas. El artificio empleado debe ser capaz de engañar (41).

Este requisito debe ser juzgado en cada caso concreto y particular, sin que sea permitido, al respecto, elaborar fórmulas generales y abstractas. Todo dependerá de los hechos, personas, tiempo y lugar en que se produzca la acción u omisión dolosa. Pero sobre algo hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia: la *gravedad* del dolo debe ser apreciada en concreta relación con la condición personal y subjetiva de la víctima, ya que no es igual elegir como destinatario de un aparato comercial doloso a un analfabeto o a un inexperto, que a una persona culta y de experiencia (42). También la edad, el sexo y el estado de salud pueden ser elementos de la mayor importancia para juzgar la gravedad del dolo (43).

Según puede verse de lo hasta aquí explicado, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a considerar el vicio de dolo desde un punto de vista eminentemente subjetivo, computando las circunstancias personales de la víctima para juzgar acerca de la captación de su voluntad a través de la maniobra engañosa, con lo que se hace excepción al principio contenido en el art. 909 del Código civil, donde se establece que «para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada...», criterio objetivo e impersonal que es dejado de lado en la materia en análisis por imperativo de una aspiración de justicia concreta y realista.

2. Que haya sido la *causa determinante del acto*. Para que se produzca el efecto principal del dolo, es decir, la anulabilidad del acto, se hace necesario que el artificio, maniobra o maquinación dolosa (por acción u omisión), hayan sido la causa determinante de la declaración de voluntad: «*dolus causam dans*». Es decir, en menos palabras, que debe tratarse de un *dolo principal*, sin el cual el acto no se hubiera realizado. Este carácter, consecuentemente, permite distinguir el referido dolo *principal* (que es causa del negocio) del dolo *incidental*, «que

(41) Enseñaba desde antiguo SEGOVIA (t. 1, p. 246, núm. 30). Así lo explica también COSSÍO Y CORRAL («El dolo en el Derecho civil», p. 328). Y lo encarece la jurisprudencia: «... la maniobra debe ser *apta* para que la víctima entre en engaño» (Cám. Nac. Civ. F, en J. A., t. 4-1964, p. 129); no revistiendo el carácter de grave «cuando el medio empleado es absolutamente carente de *idoneidad*... como para que un hombre sagaz y prudente haya podido ser engañado» (Cám. Civ. Cap. E, en J. A. 1961-I, p. 6 (núm. 40)).

(42) Así lo ha resuelto la jurisprudencia en múltiples casos: J. A. 1959-III-455; J. A. 1963-II-605; «La Ley», 82, 596; «La Ley», 94, 26; «La Ley», t. 110, p. 498; J. A. 67, 500; etc. En igual sentido: BORDA (op. cit., p. 313) y SPOTA (op. cit., p. 595). En la sentencia obrante en J. A. 1967-V-303 se resume este principio de la siguiente manera: «La gravedad del dolo debe juzgarse con arreglo a la condición intelectual y de cultura del sujeto que lo padece».

(43) Conf. COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 330). Los Tribunales también han receptado el principio explicado en el texto. La Cám. Civ. Cap. Sala A, tiene declarado que «la gravedad del dolo debe apreciarse con relación a la condición de la víctima» (J. A. 1963-II, p. 606) y a igual conclusión ha arribado la Cámara Comercial de la Capital, Sala B, en sentencia obrante en J. A. 1959-I, p. 368 (nota 12).

no es causa eficiente del negocio», en los términos del art 934 (44).

Pensamos que, también en esta área, será fundamental el arbitrio del juzgador para establecer la vinculación causal entre la maniobra dolosa y la captación de la voluntad de la víctima. Al respecto sólo cabe apuntar que, de acuerdo al criterio receptado en nuestra ley civil desde la reforma de 1968 (v. art. 908 del C. c.), debe mediar un nexo de causalidad *adecuada* entre el engaño doloso y la declaración (45).

También deberá computarse acerca de este recaudo que los arbitrios dolosos deberán ser empleados antes de la convención o contemporáneamente con ella, para que puedan considerarse causa principal del acto, corriendo por cuenta de la víctima la prueba de esa decisiva circunstancia (46).

La jurisprudencia vernácula tiene hecha reiterada aplicación de estos principios. Así, la Cámara Civil de la Capital, Sala D, tiene sentenciado que «... el dolo debe ser también *la causa determinante* del acto, es decir, que sin él, el acto no se habría realizado» (J. A., T. 4-1969, p. 375); en tanto que la Cámara Civil 1.^a de Mar del Plata ha declarado que «el dolo no vicia por sí solo el consentimiento de la otra parte, sino en la medida en que *determina* el error de ésta» (J. A. -1964-IV, p. 649).

Es por ello que se ha podido concluir judicialmente que «existe dolo cuando se exageran las utilidades del fondo de comercio vendido», porque ello ha determinado la voluntad del comprador (Cám. Com. Cap., Sala B, en J. A. 1959-I p. 363); y que si bien «es normal que el vendedor exagere las virtudes del producto que pretende vender y esta actitud no conforma dolo, no es menos cierto que lo habrá si la exageración alcanza tal grado *que sea la causa determinante* de la adquisición» (Cám. Civil La Plata, Sala III, en J. A. 1966-V, 537). También se ha considerado determinante el dolo operado «mediante la publicación de balances falsos de una sociedad anónima, con cuyo ardíd se obtuvo la suscripción por terceros de una emisión de acciones» (en J. A. 22, p. 1034).

3. Que ocasione un *daño importante*. El art. 932, en su inciso 3.º, exige también para la anulación del acto jurídico en razón de dolo, que las maniobras hayan irrogado a la víctima «un daño importante».

Al pronto se advierte aquí la inconsecuencia del legislador. Porque, para que quede configurado el vicio del consentimiento que el dolo importa no es indispensable, en rigor, la producción del perjuicio, ya

(44) COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 350) ejemplifica así el texto: «tiene el concepto de causante (determinante) cuando sirve de ocasión para el contrato, que de no mediar la astucia no se habría celebrado; y se llama incidental si sólo facilitó la celebración».

(45) Así lo aconsejaba ya SPOTA (op. cit., p. 596), antes de la sanción de la Ley 17.711. Sobre el nexo causal en el acto ilícito, v. mi trabajo «Notas para un estudio de la relación causal en el acto ilícito civil», publicado en la Rev. Jurídica «La Ley», del 28 de febrero de 1972, p. 1 y s.

(46) Conf. DE GASPARI-MORELLO, t. I, p. 448; PLANIOL Y RIPERT, op. cit., t. II, p. 805, 366 y 364; DEMOGUE, op. cit., t. I, p. 572.

que basta con que haya engaño grave y que él haya movido a la víctima a contratar. El otro requisito exigido ahora por la ley —el daño— será presupuesto esencial del otro efecto del dolo: el que resulta de su carácter de acto ilícito, aspecto que aparece aquí promiscuamente incluido entre las condiciones del dolo-vicio cuando solamente hace a la concepción del dolo-acto ilícito (47).

Mas, como la ley positiva exige este requisito, es necesario concluir que, dogmáticamente, es indispensable la presencia del «daño importante», para obtener la anulación del acto (48). Por ello, si no hay daño alguno o éste es insignificante no se pondrá en movimiento el aparato judicial para aplicar la máxima sanción civil: la nulidad del acto. Ello es así porque, como recuerda el aforismo romano: «de minimis non curat Praetor» (49).

El daño que la ley exige como consecuencia de la acción u omisión dolosa puede ser patrimonial o extra-patrimonial, incluyendo el daño moral. La importancia del daño económico es cuestión de prueba reservada a la prudente apreciación de los jueces, ya que la ley carece de parámetros preelaborados al respecto (50). La posibilidad de accionar cuando el daño es extra-patrimonial asegura la visibilidad de la demanda de anulación por dolo, también en los casos de los «negocios jurídicos familiares» (v. gr., arts. 91 y 109 de la Ley de Matrimonio Civil). Y en cuanto al caso de daño moral, su procedencia es inexcusable por tratarse el dolo de un típico delito civil (conf.: arts. 1.072 y 1.078 Código civil).

De otro costado debe tenerse presente que la ley no exige que el daño se haya producido en el momento de otorgarse la declaración de voluntad. El puede ser posterior y es suficiente que exista al deducirse la demanda, aun como daño futuro (51).

4. *Que no haya habido dolo por ambas partes.*—He aquí otro requisito exigido por el art. 932, inc. 4, del Código civil, que no parece fundarse en la concepción del dolo como vicio de la voluntad, sino en la ilicitud esencial de la maniobra de mala fe que el dolo también importa. Porque, en verdad, aunque haya promediado la bilateralidad del dolo, él habría existido como vicio para ambas partes (52). Pero es lo

(47) Conf. COSSÍO Y CORRAL (op. cit., pág. 325) y, entre nosotros, SPOTA (op. cit., pág. 598).

(48) Así lo considera, sin fisuras, nuestra doctrina: LLAMBIAS (op. cit., página 509); DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 449) y BORDA (op. cit., p. 314). Y también la jurisprudencia: «La Ley», t. 62, p. 441, donde se sentenció que «por censurable que sea ante la moral el dolo empleado para inducir a una persona a realizar un acto, no es jurídicamente atacable *si no causa perjuicio*».

(49) Como ocurre, análogamente, en materia de infortunios laborales, donde la Ley 9.688 (art. 3.º), exige que la lesión padecida produzca una incapacidad de por lo menos seis días hábiles para que funcione la mecánica resarcitoria.

(50) Conf. DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 449).

(51) Así lo explica SPOTA (op. cit., p. 103), en seguimiento de TRABUCCHI, «El dolo», pp. 230 y 231.

(52) Como agudamente lo hace notar DÍEZ-PICAZO («Fundamentos del Derecho civil patrimonial», ed. Tecnos, 1971, Madrid, núm. 108, p. 119).

cierto que aquí la ley hace aplicación de la regla moral inordinada en el principio «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» (53), que veda escuchar en justicia a quien ha obrado con dolo aunque, a su turno, lo haya padecido simultáneamente.

Esta solución del plexo normativo argentino se funda en un precepto de Marciano (54), receptado por el Derecho Común, después de pasar por la glosa. De allí la tomó Chardon, citado por Vélez Sarsfield en la nota al art. 932. Cabe tener en cuenta que el Proyecto español de 1851 —que fue fuente del Código civil argentino— no contenía este inciso, el que recién aparece en el Código español de 1888, que lo califica de «nuevo», y menciona en su apoyo al Código civil de Vélez Sarsfield (55).

Cabe tener en cuenta que, pese a que el tema es objeto de disputas en la doctrina, no se trata aquí de un caso de «compensación» de dolos. como lo entendieron los autores del derecho intermedio: «*dolus cum dolo compensatur*». Así como en la culpa concurrente, en materia de hechos ilícitos, no es legítimo hablar de «compensación» de culpas, sino de distribución de responsabilidad, así aquí se produce la veda legal de la «*actio doli*» por mala fe recíproca, ofensiva duplemente del orden jurídico y moral. El amparo judicial se niega no porque los dolos se anulen recíprocamente, sino porque las dos partes carecen del derecho a la justicia, porque cada uno de ellos, individualmente considerados, «no tienen las manos limpias» (56).

5. *Particularidades del dolo en el régimen matrimonial.*—La ley argentina de Matrimonio admite expresamente la invocación del dolo como vicio de la voluntad respecto del acto jurídico familiar o extramatrimonial del matrimonio (v. art. 16, Ley 2393). El legislador se ha apartado así de la regla imperante en el Derecho europeo y, en especial, de la doctrina francesa que acuñó la máxima «*en mariage trompe qui peut*», la que, sin embargo, ha sido cuestionada sosteniéndose —aun en Francia (57)— que los textos legales conceden argumentos decisivos para considerar anulable el matrimonio por dolo. Mas, repetimos, la cuestión es ajena al Derecho argentino, donde se insertaba de manera expresa en la ley la causal de dolo como vicio de la voluntad en el acto matrimonial.

Interesa, eso sí, establecer los requisitos que el engaño debe llenar para aparejar el grave efecto disolutorio del vínculo conyugal, tema de

(53) Sobre ese principio, ve PEDRO LEÓN, «La regla «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» en el proyecto de Reforma», en «Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba», núm. 8, pág. 3 y s.

(54) Digesto, 4, 3, 36: «*si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent*».

(55) Conf. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO («El negocio jurídico», Madrid, 1967, p. 155 y n. 23). El requisito es exigido, asimismo, por el art. 28 del Cód. Fed. Suizo de las Obligaciones y el art. 123 del BGB, entre otros Códigos.

(56) Como gráficamente decide la Equity, en el Derecho anglosajón: «*he who comes to equity must come with clen hands*» (HANBURY, 1, 2, 6, p. 47), cit. por DE CASTRO Y BRAVO (op. cit., p. 155, n. 25).

(57) JOSSEMAND, «Cours», I, núm. 833.

suyo significativo habida cuenta que el art. 16 de la Ley de Matrimonio, no califica de manera alguna al dolo, limitándose a enumerarlo como causal de anulabilidad. Sobre el particular cabe puntualizar que, pese a las diferencias que median entre los actos patrimoniales y los no patrimoniales, hay criterio uniforme en exigir que el dolo en el matrimonio debe ajustarse a los requisitos generales impuestos por el art. 932 del Código civil y, en especial, cabe exigirle el de *gravedad* y el de ser *determinante* de la acción, que encarece aquella prescripción legal para los actos jurídicos patrimoniales (58).

Al respecto conviene recordar solamente que la *gravedad* de la maniobra sugiere que ella haya sido idónea para inducir en engaño a la víctima, no obstante el obrar prudente de ésta, por lo que ha podido concluirse que el requisito de la *gravedad* del dolo es paralelo al de la excusabilidad del error (59). Y, en cuanto a la condición de *determinante*, ya tenemos dicho que debe ser entendido por este elemento el de la causación del acto, es decir, el de haber revistado el engaño como razón por la cual la víctima celebró el matrimonio.

Apenas cabe recordar, adosando las conclusiones jurisprudenciales a las doctrinarias, que los Tribunales tienen declarado que resolver si el dolo es *grave* y *determinante* constituye una situación de hecho y que, en orden a las particularidades del acto jurídico matrimonial, es dable aceptar como causa de nulidad al dolo múltiple, que recae sobre plurales aspectos de la personalidad del cónyuge, correspondiendo en tal caso —se declaró por la Cámara Nacional Civil, Sala E (60)— apreciar la gravedad y el carácter determinante del vicio *en su conjunto*.

Si se cotejan los alcances del dolo como causa de anulabilidad del matrimonio, con los que produce el error como vicio de la voluntad matrimonial, se advierte al punto que este último está limitado por el artículo 16 de la L. M. a los casos en que recaiga «sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil», por lo que ha podido concluirse que no es pertinente la anulación del vínculo cuando se trata de un mero error cualitativo (61).

En cambio cuando promedia dolo, es decir un error maliciosamente provocado para desencadenar el acto jurídico matrimonial, se admite la anulabilidad por dolo, aunque el engaño no recaiga sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil, siendo suficiente para los Tribunales *que el engaño verse sobre un motivo legítimo del con-*

(58) Conf. GUASTAVINO, Elías, «Aspectos del dolo en el régimen de la nulidad matrimonial», en «La Ley», t. 132, p. 593 y s.; BUSO, Eduardo, «Código civil comentado», t. II, p. 89, núm. 107; BORDA, Guillermo, «Trat. de Derecho civil», Familia, I, núm. 125; Cám. Nac. de Apelaciones, en «La Ley», t. 79, p. 711 y t. 108, 798.

(59) Conf. LÓPEZ OLACIREGUI, José María, en SALVAT, ad. 2361 A.

(60) En «La Ley», t. 132, p. 593, con nota aprobatoria de Elías GUASTAVINO.

(61) Conf. FASSI, «Estudios de D. de Familia», 1962, pág. 148; BELLUSCIO, t. II, p. 55; SPOTA, «Tratado», vol. 11, núm. 65 y MAFFIA, en «La Ley», t. 108, p. 1125, núm. 12.

sentimiento, fórmula de suyo más elástica que la limitativa de la anulación por error (62).

De allí que el cotejo error-dolo, en materia matrimonial, muestre que el dolo posee una *función ampliatoria* respecto de las posibilidades de articular la ineficacia del acto jurídico familiar de que se trata, configuración extensiva que se justifica habida cuenta de la naturaleza esencialmente diferente del dolo, fundado en una maniobra engañosa que suma a su condición de vicio de la voluntad la operatividad simultánea de un hecho ilícito, que obliga a reparar —también— el daño material y el moral por él causado.

V. EL DOLO NEGATIVO U OMISION DOLOSA

Pero la maniobra dolosa no solamente puede consistir en hechos positivos de aserción de lo que es falso sino que puede, también, asumir la forma de omisión o reticencia dolosa.

En tal sentido dice el art. 933 del Código civil que

«La *omisión dolosa* causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa.»

Ya la definición del art. 931 contiene la posibilidad de considerar el llamado «dolo negativo», al hacer referencia expresa a la «disimulación de lo verdadero», por el agente. Es la «*calliditas*» de la ley romana (63) y el «*callase engañosamente*», de la ley de Partidas (64), donde también se usa la expresión «por palabras... encubiertas o coloradas que dicen con intención de engañar».

Es que no cabe dudar acerca de que la voluntad del contratante puede ser determinada y captada por el silencio de quien calla hechos o circunstancias cuyo conocimiento hubiera podido cambiar el parecer de la parte y hubiera podido hacerla desistir de la celebración del contrato. En tal caso, el engaño se produce por omisión y es legítimo hablar de dolo negativo (65).

La arista más significativa de este tema se halla en la determinación de cuándo puede considerarse condenable el insidioso y oscuro disimulo. Sobre el particular, y aunque en principio se tiene dicho que la represión del dolo negativo se reduce a una cuestión de hecho que cae bajo la prudente apreciación del juez (66), puede establecerse que la

(62) Conf. LAFAILLE, «Familia», núm. 61; BUSO, t. II, p. 90; ORGAZ, «Nuevos Estudios de D. Civil», p. 379 y ZANNONI, en «La Ley», t. 119, p. 127.

(63) Dig., De dolo, L. 1, § 2.

(64) L. 1, t. 16, part. 7.^a

(65) Conf. DÍEZ-PICAZO (op. cit., p. 118) y FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (op. cit., pág. 152, núm. 202). Así lo diseña, asimismo, nuestra jurisprudencia: «... los artificios o maquinaciones no sólo pueden ser hechos positivos sino también consistir en el silencio o la ocultación del verdadero estado de cosas» (Cám. Civ. Cap. Sala D, en J. A., t. 4-1969, p. 375).

(66) Conf. DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 446).

omisión dolosa es causa de la anulación del acto, en todos aquellos casos en que la buena fe imponga el deber de informar al otro contratante sobre los hechos relevantes en punto a las circunstancias que rodean al contrato. Es el deber de *noticiar*, de que habla Spota (67), impuesto por las reglas del tráfico, los usos y costumbres y el principio de buena fe (68).

En ciertos actos jurídicos, que presuponen una fiducia o una actitud franca, el deber de informar se acentúa. Es lo que acaece, v. gr., en los contratos signados por la especulación (la compraventa, p. ejemplo), si bien la obligación de anoticiar existe (arts. 2.169 y 2.176 Código civil), no tiene el alcance decisivo que reviste en los casos supra dichos.

En tal cauce, y haciendo aplicación de un tal distinguo, se tiene judicialmente resuelto que «existe *reticencia dolosa* apta para hacer presumir que el hijo no hubiera realizado la cesión de la herencia sin ella, si la madre *no le hizo conocer* el dato que duplicaba el monto del acervo sucesorio, puesto que no es dable exigirle que entre en averiguaciones sobre la fecha de adquisición de un inmueble, para apreciar si pertenece o nó a la sucesión de su padre, por la *confianza* que debía tener en las manifestaciones de aquélla» (Cám. Civil Capital, Sala A, en J. A. 1962-V-365).

Además de la ocultación insidiosa, que debe ser contemporánea a la celebración del acto impugnado, se exige por la jurisprudencia que el autor de la omisión dolosa haya sabido o estado en condiciones de saber aquello cuyo conocimiento no se trasmite al co-contratante. Al respecto es ilustrativa la sentencia dictada por la Cámara Civil 1.^a de La Plata, Sala III (en J. A. 1966-V-537), donde se declaró que «cuando se trata de la venta de un motor que no se lo adquiere por razón de la cosa misma sino por causa de su destino o resultado, *la ocultación de defectos o vicios que lo hagan inapropiado conforma el dolo*, cuando esa circunstancia es conocida o debe serlo por el vendedor».

En todo caso, conviene concluir, la omisión dolosa aparejará el mismo efecto anulador del negocio jurídico, que el dolo positivo o por acción (70).

(67) Aut. cit., op. cit., p. 606.

(68) Conf. VON TUHR, «Derecho civil», vol. II, pp. 295 y 296. La jurisprudencia francesa tiene construida igual doctrina. V. MANUEL ORUS, en J. A., «Reseñas», 1970, p. 52.

(69) V. el caso de la reticencia dolosa en el art. 498 del C. de Com. y en la Ley de Seguros (art. 5, Ley 17.418). En el ámbito del Derecho de Seguros es numerosa y concordante la jurisprudencia elaborada acerca de la omisión dolosa. Valga esta muestra como ejemplo: «La reticencia (en el seguro) consiste en un propósito deliberado de ocultar o falsear la verdad, para obtener mediante engaño la contratación del seguro» (Cám. Com. Cap., Sala A, en J. A. 1964-III-284). Para tener un panorama del criterio seguido por los Tribunales en esta materia, v. «Ley de Seguros núm. 17.418», ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, anotada por Fernando Payá (h) y Jorge M. Santillán, pág. 66 y s. Asimismo consúltese HALPERIN, Isaac, «El Juez y la aplicación del contrato de seguro», en «Revista del D. Com. y de las Obligaciones», año 3, núm. 13, febrero de 1970, pág. 1 y s.

(70) Así se tiene resuelto que «debe declararse la nulidad del convenio de

Agreguemos, finalmente, que el dolo por omisión puede configurarse también a través de una reserva mental practicada al tiempo de una declaración de voluntad de signo contrario a la que íntimamente se adhiere, y en cuya virtud se dice querer algo que en verdad no es deseado. El campo propicio para la ocurrencia de esta hipótesis es el de la reserva mental dolosa en caso de matrimonio, cuya plena demostración con prueba idónea y concordante, autoriza la anulación del acto jurídico familiar de que se trata, por imperio de lo dispuesto por los arts. 16 y 85, inc. 3.º, de la Ley de Matrimonio Civil (71).

VI. EL DOLO INCIDENTAL

El art. 934 del Código civil establece que

«El dolo incidente no afectará la validez del acto; pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que haya causado. Es dolo incidente el que no fue causa eficiente del acto.»

Este precepto da base para el distingo clasificatorio entre «dolo principal» y «dolo incidental». El primero es el engaño determinante de la voluntad ajena («*dolus causam dans*»), que anula la declaración; al tiempo que el segundo no impide que la voluntad se declare, aunque si no hubiese ocurrido el «dolo incidente», el interesado la habría exteriorizado en otras condiciones (v. gr., adquiriendo a menor precio la cosa comprada, o exigiendo garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación, etc.) (72).

El origen de esta modalidad del dolo no es hallable en el derecho romano clásico, pero sí en el derecho justiniano y en el de los glosadores. De allí la tomó Freitas cuyo Esboço establecía, en el art. 474: «Sin embargo, en los casos del artículo anterior, aunque el acto no resulte viciado, el autor del dolo podrá ser demandado por la indemnización de cualquier daño que haya causado». Esta es la fuente del art. 934 del Código civil argentino.

En las legislaciones modernas el distingo no se ha conservado sino excepcionalmente. Tal es el caso del art. 1.440 del Código civil italiano, donde se dice que: «...si las maniobras no han sido determinantes del

liquidación de la sociedad conyugal, si el consentimiento de la mujer no fue producto de una voluntad sana, sino de la *acción y omisión dolosa* del marido que la indujeron en error» (Cám. Civil Cap. Sala D, en «La Ley», t. 137, p. 601).

(71) Al respecto cabe consultar la sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala D, obrante en «La Ley», t. 140, p. 713 y s., donde se demostró que el cónyuge había declarado su voluntad matrimonial derechamente y sin reticencia, por lo que no cabía la anulación por dolo, pero donde se dejó establecido que, en otras circunstancias fácticas, la demanda hubiere sido viable. Con nota aprobatoria de Jorge Adolfo MAZZINGHI, «La reserva mental como supuesto de dolo».

(72) Los ejemplos son de SPOTA (op. cit., p. 614 y 615).

consentimiento, el contrato es válido, aun cuando sin ellas se hubiera concluido en condiciones diversas; pero el contratante de mala fe responde de los daños».

Esta tendencia a la erradicación legislativa del dolo incidental obedece a las dificultades prácticas de su aplicación. Porque si el engaño es ingrediente de él —como en el dolo principal—, la diferencia entrambos es muy sutil y depende de considerar que, en el hecho, la maniobra no ha sido determinante de la declaración —no ha revistado como causa eficiente de ella—, traduciéndose solamente en condiciones más onerosas que, de otro modo, no se hubieran aceptado por la víctima (73); todo lo que es fácil establecer desde el punto de vista lógico pero de engorrosa aplicación práctica, por lo que se lo ha tildado de «especioso, habiendo contribuido a oscurecer la materia» (74).

Esa es, también, la opinión de la doctrina extranjera. Así, para Laurent (75), la distinción tradicional entre dolo principal e incidental «sólo sirve para inducir a error, porque ella es *falsa*», y en parecidos términos se expresan Huc, Demogue (76) y Messineo (77).

Tal vez la ventaja de la conservación de una tal regla, como la que instituye el art. 934, resulte de la posibilidad legal que se otorga a la víctima del dolo, para que, aun en casos en que no sea posible demostrar que el engaño fue la causa determinante del acto (78), se le permita accionar no por la anulación del negocio, sino por los daños y perjuicios que esa actitud del contratante doloso le irrogó, aun cuando el engaño hubiese recaído en un elemento accidental del acto, lo que no es poco beneficio ya que se adecua la solución a la conservación del contrato, sin mengua del principio de justicia (79).

VII. EL DOLO DEL TERCERO

Un caso especial es el tratado por el art. 935 del Código civil, que, textualmente, establece:

«El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera

(73) Conf. Cám. Civil 2.^a, en J. A. 1955-I-498 y Sup. Corte de Bs. As., en «La Ley», 57, 9. A su turno la Cám. Civ. Cap., Sala A, en J. A. 1959-III, p. 455; declaró que «el engaño es requisito indispensable a fin de que se configure el llamado dolo incidental».

(74) Conf. SPOTA (op. cit., pág. 613).

(75) T. XV, pág. 599, núm. 523.

(76) Citados por DE GASPERI-MORELLO, op. cit., p. 453.

(77) «Doctrina general del contrato», t. I, pág. 285.

(78) Así lo tiene declarado la jurisprudencia argentina: «El dolo incidental también debe ser grave» (en «Gaceta del Foro», t. 15, pág. 311), pero «es indiferente que haya sido o no determinante para la realización del acto» (Cám. Civil Capital, Sala D, en «La Ley», t. 82, p. 596).

(79) Por eso, RIPERT y BOULANGER (t. II, p. 83, núm. 228) defienden la manutención del *distingo* entre dolo principal e incidental.

persona. Si proviene de tercera persona, regirán los artículos 941, 942 y 943.»

Todo lo hasta aquí explicado se refiere a los casos de dolo cometido por una de las partes. Ahora examinaremos las hipótesis en que el engaño proviene de un tercero, es decir, de quien no es parte en el acto jurídico (80).

Conviene precisar la evolución histórica de un tal precepto, habida cuenta de las particularidades que alcanza la solución por él impostada en la Ley argentina. En el derecho romano el dolo cometido por un tercero no aparejaba, en principio, la nulidad del acto. Y ello era así porque la acción de dolo tenía carácter infamante y era eminentemente personal, por lo que no afectaba —se entendía— la validez del negocio, sino personalmente a su autor (81).

El sistema era diferente, siempre en el Derecho romano, si se trataba de la *violencia* ejercida por un tercero. En este último caso sí correspondía la nulidad del acto, porque se entendía que la violencia turba el orden social más gravemente que el dolo (82).

Esta doctrina fue receptada por los artículos 1.111 y 1.116 del Código civil francés, en una solución legislativa que ha sido objeto de críticas, porque distingue —sin razón suficiente— dos hipótesis substancialmente idénticas: la añagaza del tercero y la violencia del extraño, siendo que, como explica agudamente Larombiere (83), «allí donde se presenta la misma necesidad debe haber el mismo remedio».

Pese a tales objeciones, el precepto francés, servilmente seguidor de la tradición romana, fue acogido por el Código civil chileno (arts. 1.457 y 1.458); el italiano de 1865 (arts. 1.111 y 1.115); el Código español (arts. 1.268 y 1.269) y el Código Federal Suizo de las obligaciones (artículos 24 y 26), entre otros.

Apartóse Freitas de una tal solución en su Esboço (art. 475), adonde fue a informarse Vélez Sarsfield, de suerte que el art. 935 se separó también de la corriente legislativa romano-francesa y sentó el principio de la indiferencia del origen de las maniobras dolosas: el engaño afecta la invalidez del acto, provenga de la parte o de tercera persona; e igual solución se adopta en el caso de violencia.

De allí en más la brecha quedó abierta: El Código civil brasileño (art. 95) y el Proyecto de Reformas al Código civil francés (84), acogieron el sistema de Freitas y de la ley común argentina, que ha sido

(80) Sobre el concepto de *tercero*, ve, Alfredo ORGAZ, «Hechos y actos o negocios jurídicos» (ed. de Zavalía, Bs. As., 1963, pág. 108). Coincidentemente, COSSÍO y CORRAL (op. cit., pág. 339).

(81) Dig., Libro 4, t. 3, Leyes 15 y 16.

(82) Conf. MAYNZ (t. II, p. 177) y MOLITOR (t. I, p. 156).

(83) Aut. cit., t. I, p. 85; núm. 8, com. art. 1.116.

(84) Ve, TRAVEAUX, 1947-1948, p. 211 y MAZEAUD («Lecciones de Derecho civil», t. II, 1, p. 211, núm. 192).

encomiado «como el que mejor responde a los principios que deben regir esta materia» (85).

Cabe agregar, sin embargo, que el Código civil alemán —respecto de las declaraciones recepticias (art. 123)—, el Código civil italiano de 1942 (art. 1.439) y el Código civil suizo (art. 28, núm. 2), consideran irrelevante el dolo del tercero, salvo que al co-contratante le fuera conocido (o debiera haber conocido) en engaño doloso (86). Es decir que la norma de las legislaciones modernas tiene en cuenta el dolo del tercero solamente en los casos en que promedia complicidad del contratante beneficiario del engaño (no otra cosa significa exigir su conocimiento), lo que apareja una hipótesis de dolo por omisión, ya que no una coautoría activa junto al tercero.

La solución del Código argentino, donde no hay inconveniente alguno en desprender igual regla a tenor de lo legislado en materia de dolo por omisión, acierta al no distinguir entre los efectos de la violencia y el dolo del tercero: ambos son vicios que coartan la voluntad que, en nuestro tiempo, como con lucidez se ha afirmado (87), «a menudo es más fácil resistir a la violencia manifestada que defenderse de un error causado por maniobras insidiosas».

Veamos ahora las distintas hipótesis que pueden presentarse. Por que puede ocurrir, en efecto, que el destinatario de la declaración de voluntad de la víctima (del dolo del tercero) haya conocido la existencia del dolo. En tal caso esa parte deberá ser considerada como cómplice de la maniobra del autor del engaño, respondiendo solidariamente —en tal caso— con el tercero por las consecuencias dañosas irrogadas a la víctima (88).

También puede suceder que el co-contratante (receptor de la declaración de la víctima) no haya tenido ninguna participación en el engaño doloso. En esa hipótesis, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas e intereses», en los términos del art. 935 y sus correlativos: arts. 942 y 943 del Código civil.

Aún es posible considerar un tercer caso. Aquel en que concurrirían el dolo del tercero y la negligencia culpable del destinatario de la declaración de voluntad, que no alcanza a ser co-autor ni cómplice del autor del engaño, pero cuya imprudencia posibilita el dolo del tercero sobre la víctima, al darle la ocasión propicia para que la maniobra se

(85) Conf. LLAMBIAS (op. cit., núm. 1773); BORDA (op. cit., núm. 1157); SPOTA (op. cit., núm. 1934) y DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 451, n. 35).

(86) Esta solución se repite en el Código civil portugués de 1966 (artículo 254, 2.º).

(87) Conf. COLIN, CAPITANT y DE LA MORANDIERE, «Cours», 8.ª edición, t. II, p. 42 y 43, núm. 45.

(88) Es el caso jurisprudencialmente sentenciado en Francia ante la conclusión de un hombre y una mujer que simulaban ser esposos para obtener la conclusión de un contrato de locación, engañando al locador (cit. por REIG, «Le rôle de la volonté dans l'acte juridique», París, 1961, p. 149, n. 14).

produzca. En tal evento funcionaría, también, la responsabilidad solidaria del co-contratante culpable (89).

Finalmente, si el dolo cometido por el tercero fue ignorado por ambos contratantes —con lo que concluye así la densa casuística de hipótesis posibles—, la responsabilidad recaerá, exclusivamente, sobre el autor del engaño (90).

VIII. EL DOLO DEL REPRESENTANTE

Párrafo aparte merece la consideración de los casos en que el dolo provenga del representante de uno de los contratantes.

Por de pronto, cabe asentar como principio en esta materia que el dolo del representante no configura una hipótesis de «dolo del tercero». ni es tampoco dolo del representado, porque se entiende que no hay mandato para delinquir, por todo lo que debe considerarse un caso autónomo susceptible de reglas especiales.

Al respecto conviene distinguir la hipótesis de que promediase dolo del representante e ignorancia del representado, quien —suponemos en este caso— no intervino en el engaño ni observó una conducta negligente. En tal evento el acto es válido, no se anula, y el representado sólo queda obligado a responder de los daños y perjuicios en la medida en que se hubiera enriquecido. Es la solución que inscribió Freitas en el Esboço al disponer que «... el dolo cometido por cualquier representante voluntario o necesario de una de las partes se reputará cometido por sus representados, *solamente para el efecto de la responsabilidad civil de éstos hasta la suma que alcance el provecho que hayan tenido*, pero sólo será procedente la acción criminal por este delito contra los propios representantes, autores del dolo».

Mas, para que la solución del caso no riña con el principio de justicia, cabe reconocer al representado la acción en reparación de daños y perjuicios, emergentes del dolo del representante y en contra de éste, por haber obrado fuera de los límites del mandato, el que nunca puede haberle facultado para operar el engaño doloso (91).

Puede ocurrir, sin embargo, que el mandatario haya obrado ilícitamente en virtud de instrucciones recibidas de su instituyente. A este respecto cabe resolver que el autor del dolo no será sino el representante, que es parte del acto jurídico como persona en cabeza de quien han de producirse sus efectos, por lo que a él habrá que reclamar la anulación del acto y la restitución de lo percibido, más los daños y perjuicios (92).

Es pertinente indagar si tales principios, válidamente invocables

(89) Conf. SPOTA (op. cit., p. 617). En igual sentido: COSSÍO Y CORRAL (op. cit., pág. 338).

(90) Conf. DE GASPERI-MORELLO (op. cit., pág. 452).

(91) Conf. COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 340).

(92) Es la solución preconizada por la doctrina francesa: BAUDRY-LACANTINERIE (t. XII, p. 154); AUDRY ET RAÜ (t. IV, p. 303); LAURENT (t. XV, p. 607); etc.

para casos de representación voluntaria, son también aplicables a las hipótesis de representación necesaria o legal. Al respecto conviene tener en cuenta que, en este linaje de intermediación, la persona representada no ha tenido parte en la elección del representante, por lo que —se concluye— no debe responsabilizárseles del dolo de éstos, quienes serán sometidos a la regla del «dolo del tercero», cargando con la subsecuente responsabilidad por daños y perjuicios (93).

En todo caso deberá recordarse que, en materia de contratos, el Código civil argentino contiene previsiones expresas acerca de la hipótesis de dolo del incapaz: los arts. 1.165 y 1.166, el segundo de los cuales dispone que: «Si el incapaz hubiese procedido con dolo para inducir a la otra parte a contratar, ni él, ni sus representantes o sucesores tendrán derecho para anular el contrato, a no ser que el incapaz fuere menor, o el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad» (94).

En cuanto al caso del dolo cometido por el representante de una persona jurídica, conviene hacer remisión al texto expreso de los artículos 36 y 43 del Código civil. El primero de ellos fija la irresponsabilidad del ente colectivo en lo que excede de los límites del mandato y, como «per procuratorem son delinquentur», sólo queda responsable el agente. Mas, respecto del tercero co-contratante con el representante que incurrió en dolo, debe atenderse también el régimen del art. 43 aplicable a toda hipótesis de acto ilícito ejecutado por los órganos de las personas jurídicas, y que hace responder al ente representado si el daño causado por los administradores —y todo ello desde la reforma de la Ley 17.711— lo fue «en el ejercicio o con ocasión de las funciones», de acuerdo a la fórmula de *incumbencia* que reemplazó en la ley la reiterada doctrina correctora impuesta desde antiguo en la jurisprudencia (95).

IX. EFECTOS DEL DOLO

La doble condición de vicio de la voluntad —que luce prevalentemente en la responsabilidad contractual «in contrahendo»— y de hecho ilícito, contrario a la ley y los derechos de la víctima —que se avizora desde la buena fe violada—, pone en la pista de que los efectos del dolo han de ser por lo menos dos: la anulación del acto jurídico que ha hecho eje en la voluntad viciada del autor de la declaración, por una parte; y la indemnización resarcitoria que genera toda infracción al orden jurídico que aparece resultados dañosos para la víctima. Examinaremos, de seguidito, los casos que pueden presentarse:

1. Si la maniobra dolosa reúne los requisitos exigidos por el artículo 932 del Código civil da lugar a los efectos relacionados supra.

(93) Conf. DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 455).

(94) Sobre el particular, v. MOSSET ITURRASPE, Jorge («Teoría General del Contrato», ed. Orbir, 1970, pág. 209 y s.) y FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALLA («Teoría de los Contratos», ed. de Zavalla, 1971, p. 133 y ss.).

(95) V. sobre el particular, SPOTA (op. cit., p. 618).

De un lado, el perjudicado podrá deducir la acción de nulidad (Rectius: anulabilidad), en los términos del art. 954 de la Ley común (96). Redunda recordar que estamos en presencia de un acto jurídico anulable (aunque el art. 1.045 no menciona al dolo), de nulidad relativa (artículo 1.048), en razón de tratarse de un vicio no manifiesto y sujeto a prueba, al tiempo que no compromete sino el interés particular del perjudicado. Apenas cabe insistir, asimismo, que en caso de que la parte beneficiada por su propio dolo o el del tercero pretenda exigir el cumplimiento de los efectos del acto, la víctima podrá valerse de la excepción de nulidad que estatuye el art. 1.058 bis del Código civil (97).

De otro costado, y en esa misma hipótesis, la víctima del engaño está autorizada a demandar la indemnización de daños y perjuicios que, en el caso de que el acto se hubiese ejecutado, consistirá en el «interés negativo» de la parte perjudicada, para usar la expresión de Ihering; es decir que el autor del dolo vendrá obligado a responder por las erogaciones efectuadas por la víctima con motivo del acto anulado (98). La indemnización deberá ser plena e integral, a tenor del régimen vigente para los casos de responsabilidad extracontractual —recuérdese que el dolo es un acto ilícito, también—, la que tendrá extensión que corresponde a la indemnización causada por delito (arts. 1.083, 905, 906 y concordantes del Código civil).

2. La parte perjudicada es dueña de declinar a acción de anulación —ya se vió que la nulidad por dolo es relativa— y poner en juego, solamente, la indemnización resarcitoria, nacida de la fractura del orden jurídico por el hecho ilícito del autor del dolo, que es acción autónoma y concurrente con la de anulación (99). Aquí conviene tener en cuenta que la ley civil no concede esta acción, expresamente, al tratar del dolo sino para el caso de «dolo incidental», pero hay dos órdenes de razones para considerar que el sistema creado para esa especie de dolo no puede ser negado cuando ocurre el «dolo principal», frente al cual la víctima declina la demanda de anulación. Una de ellas reside en la circunstancia de que la recta interpretación del íntegro plexo legal exige, lógicamente, aplicar al caso del dolo-delito civil las mismas normas que rigen el caso de la responsabilidad extracontractual en general. La otra es la que se desprende de una interpretación racional de la solución arbitrada por la ley: si ésta autoriza la reparación de daños en los casos de «dolo incidental» (art. 934 Código civil), con mayor motivo debe con-

(96) En «El vicio de lesión en la reforma del Código civil» hemos explicado la inconsecuencia legislativa que significaba hablar de actos nulos, en el art. 954, cuando todas sus hipótesis son de actos anulables (v. CARRANZA JORGE A., op. cit. ed. Abeledo-Perrot, 1969, pág. 41).

(97) Sobre el particular, v. JORGE A. CARRANZA, «La nulidad como excepción», en J. A., Sección Doctrina, 1971, p. 609.

(98) Conf. LLAMBIAS (op. cit., p. 510). En el mismo sentido y considerando el caso como una hipótesis de «culpa in contrahendo», se expresa LABBE (Nota en «Recueil Sirey», 1882, 2, p. 249), cit. por COSSIO Y CORRAL (op. cit., p. 271).

(99) Conf. COSSIO Y CORRAL (op. cit., pp. 302 y 366 y ss.).

cederse ese recurso a la víctima en casos de dolo «*causa dans*» (principal o determinante, en los términos del art. 934, inc. 2.º, del Código civil) (100).

3. Si el engaño operado no se nutre de los requisitos exigidos por el art. 932 del Código civil, va sin decirlo que no dará lugar a la acción de nulidad, pero la víctima de la acción u omisión dolosa podrá reclamar la indemnización de daños, a condición de que —a su turno— no haya (él también) incurrido en dolo, hipótesis que se excluye en virtud de la aplicación de la regla «*nemo auditur...*».

4. Si el dolo es *incidental* no corresponde la anulación del acto, porque no ha sido *determinante* de la declaración de voluntad, es decir, porque no ha operado sus efectos el vicio del consentimiento, induciendo a error a la víctima (arts. 934 y 932, inc. 2.º). No obstante lo cual cabe la indemnización de perjuicios en razón de haberse obrado un acto ilícito (art. 934) (101).

5. Finalmente, si las maniobras engañosas provienen de *tercero* los efectos serán ambos a dos: la anulación del acto (art. 935) y la indemnización de perjuicios (art. 935, 941, 942 y 943 del Código civil) (102).

X. ASPECTOS PROCESALES VINCULADOS AL DOLO

Por su elevado interés práctico se recomienda un sumario análisis de los diversos aspectos procedimentales atañedores al dolo civil. Los examinaremos refiriéndonos a la carga de la prueba; contra quién debe establecerse la demanda; la excepción de nulidad fundada en dolo; etc.

1. Es claro que no cabe hesitar acerca de que, como principio rector en la materia, luce el de que la prueba del dolo corresponde a la parte que lo invoca. Ello es así porque, según se vio, el acto jurídico en que promedió dolo es *anulable*, es decir de aquellos cuyo vicio o anomalía debe ser objeto de demostración. El «*onus probandi*», obviamente, recae sobre quien pretende anular el acto claudicante, porque el dolo no se presume (103).

(100) Conf. MARCADE («*Exposition du C. Civil*», IV, art. 1.116); LLAMBIAS (op. cit., p. 510); COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 363); etc. BORDA (op. cit., p. 314) agrega otra razón: si los arts. 935 y 942 obligan a indemnizar el dolo del tercero, con más razón cabrá exigirlo de la parte.

(101) Igual solución en el Derecho español (art. 1.270, párr. 2.º).

(102) Contra, sosteniendo que el dolo del tercero no vicia el consentimiento por no provenir del co-contratante, LUIS DÍEZ-PICAZO (op. cit., p. 119), quien llega a esa conclusión por un excesivo apego a la literalidad de la ley española que define al dolo como las maniobras engañosas «*de uno de los contratantes*», y el tercero no lo es. La objeción no es válida para el derecho argentino ya que el art. 931 no incluye esa expresión limitativa.

(103) Conf. BORDA (op. cit., p. 316, núm. 1160) y COSSÍO (op. cit., p. 352); en igual sentido: sentencia del Trib. Supr. de España, del 26 de diciembre de 1944; fallo de la S. Corte de Bs. As., en J. A., t. 7-1970, Secc. Prov., p. 644 y Cám. 3.ª en lo Penal de La Plata, en J. A., «*Reseñas*», 1970, p. 344, núm. 22.

2. El actor, impugnante de la validez del negocio por dolo, puede valerse de toda clase de pruebas, incluso la de presunciones (104). La conclusión se recomienda por sí sola en razón de que quien acude al dolo para decidir a su co-contratante cuidará de no dejar huellas de sus añagazas. Por ello no nos parece atinada la enseñanza de Cossio y Corral (105), para quien, como el dolo se traduce en una conducta exterior que se vehiculiza en hechos materiales, «es susceptible de prueba directa». Creemos que el aparato procesal no debe limitar la actividad probatoria, en un tema en el que está en juego la actitud aviesa de uno de los contratantes, por lo que nos decidimos por la tesis amplia acogida por nuestra jurisprudencia.

Desde luego, si la acción ensayada es la de indemnización resarcitoria, será también a cargo del actor la prueba de los daños padecidos. Y, en caso de duda sobre la existencia del dolo, debe estarse por la negativa (106).

3. Ya quedó visto, supra, además, que la víctima no sólo tiene a su alcance la acción de nulidad fundada en el dolo, sino que, en el caso de que el autor de las maniobras engañosas fuese quien tomase la iniciativa, puede obrar con la *excepción* de nulidad para oponerse a la pretensión del contratante doloso que procura culminar su «iter criminis» (art. 1.058 bis del Código civil).

4. El demandado por dolo, a su turno, puede argüir que promedia una causa obstativa de la acción de nulidad. Tal ocurre si el engaño no reuniese los requisitos del art. 932.

Al efecto, el reclamado puede aducir, por ejemplo, que el dolo no fue *determinante* del contrato y proceder a acreditar, v. gr., que el contratante que se supone víctima, a pesar de las maquinaciones, tenía conocimiento de la realidad de los hechos, e igual hubiese actuado sin aquéllas.

Asimismo puede ocurrir, en este cauce, que el demandado por nulidad aduzca que el actor también incurrió en dolo («*dolo reciproco*»). En cuya hipótesis, y por aplicación del principio procesal según el cual «reus in exceptione fit actor», estará a cargo del excepcionante la demostración del dolo del demandante (107).

5. La demanda de nulidad debe dirigirse en contra del autor del dolo, sea el co-contratante o un tercero. Es que se trata de obtener la declaración judicial de ineficacia del acto y, al mismo tiempo —acumulación objetiva de acciones— la de responsabilidad por daños y perjuicios, a que da lugar el hecho ilícito que el dolo comporta.

Para el caso de que el co-contratante, autor del dolo, hubiese a su vez enajenado a un tercero lo obtenido de la víctima del engaño, es

(104) Conf. Cám. Civ. Cap., Sala A, en «La Ley», 108, 669; «El Derecho», t. 5, p. 521; CSN, en fallo citado por PARRY, en J. A., 24, 390; SALVAT, P. Gral., 6.ª ed., núm. 2385; Cám. Civ. Cap., Sala D, en J. A., t. 4-1969-375; etcétera.

(105) Aut. cit. (op. cit., p. 354).

(106) Conf. Cám. Civ., 2.ª Capital, en «La Ley», 62, 441.

(107) Conf. LLAMBIAS (op. cit., p. 514, núm. 1.774).

recomendable que la demanda se enderece también en contra del tercero adquirente, como aconseja Salvat (108), a fin de que los efectos de la sentencia alcancen también a quien detenta actualmente la cosa. En esta hipótesis deberá tenerse en cuenta que el actor deberá acreditar la mala fe del tercero o que el negocio jurídico obrado lo fue a título gratuito, en los términos del art. 1.051 del Código civil (reformado por la ley 17.711), si el acto jurídico versó sobre inmuebles.

XI. PRESCRIPCION

En lo que atañe a la prescripción de las acciones emergentes del dolo —ya se vió que da lugar a una acción de anulación y a otra por indemnización de daños y perjuicios—, el régimen legal del Código civil argentino fija, para ambas, un plazo de *dos años* (109). Así resulta del juego armónico de los arts. 4.030 y 4.037, que se refieren a las acciones de nulidad por dolo y a la de responsabilidad extracontractual, respectivamente.

Solamente cabe agregar que el plazo de prescripción de la primera comienza a contarse *desde que la maniobra dolosa fuese conocida por la víctima*, en los términos expresos del art. 4.030 del Código civil. Ese momento para comenzar a computar el término de acción es uniformemente establecido por el D. Comparado.

XII. POLITICA LEGISLATIVA (110)

Una visión de conjunto de las soluciones provistas por el dolo en el actual Derecho Comparado (y no sólo en el llamado «derecho continental», sino también en el anglo-sajón), así propio como la doctrina sentada por los Tribunales (con todas las ventajas e inconvenientes que fluyen de ese «derecho vivo»), y la que emerge de la literatura jurídica,

(108) Aut. cit. (op. cit., núm. 2.663).

(109) Cabe acotar que en el Derecho español la prescripción de la acción de nulidad por dolo tiene un plazo de vigencia de 4 años (art. 1.301), en tanto que la de responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años. En el Derecho francés la prescripción de la acción de nulidad por dolo se produce a los cinco años (art. 1.304, reformado en 1968). El BGB, a su vez, le fija un plazo de un año, a contar del momento en que se descubrió el vicio (§ 124), para accionar por la anulación del acto. En cambio, el plazo es mucho más extenso si se trata de la acción de indemnización de perjuicios (Conf. RIEG, op. cit., p. 167).

(110) Nos decidimos a introducir este capítulo acerca de la «política legislativa» en materia de dolo, a fin de aglutinar en él los lineamientos del Derecho Comparado y los que brinda la Sociología Jurídica junto con las posibles directrices de futuro en el tema, en seguimiento de la buena técnica inaugurada en Francia por el profesor JEAN CARBONIER («Derecho civil», ed. Bosch, Barcelona, 1960, traducción de Manuel María Zorrilla Ruiz), la que ha sido encomiada por la mejor doctrina (v. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL en el prólogo a la referida obra, p. 5).

nos pone al pronto sobre la pista de una tendencia evolutiva suficientemente afianzada respecto del dolo.

Ella ha consistido, históricamente considerada —lo hemos visto antes—, en un ir desde la concepción romana del dolo-delito, que puede ser calificada de *objetiva*, en cuanto se consideraba al dolo como una actitud condenable contraria a la ley, hacia la estructura normativa que lo configura como un vicio de la voluntad, concepción que puede ser aprehendida como *subjetiva*, habida cuenta de que se atiende más a la víctima del engaño que a la entidad delictual de las maniobras. Este estadio queda patentizado en las enseñanzas de Domat, que inspiran a los autores del siglo XIX y se reflejan en los códigos tradicionales y aun en producciones científicas que llegan a nuestros días, como es la antes analizada tesis de Borda (111).

Pero al elaborarse el Código civil alemán, en 1900, se tornó a poner el acento en la concepción objetivista del dolo, receptándose lo como una conducta contraria a la buena fe, que es el fundamento —se dijo (112)— de «una teoría positiva del dolo». De esta guisa se prescinde de la exigencia de que la maquinación o maniobra engañosa provenga del co-contratante (que era propia del esquema subjetivista, v. gr., del Código civil francés) y se acepta el caso concreto de que el dolo provenga de un tercero.

Igual tendencia renovadora se advierte en el propio derecho francés, donde, por una parte, la jurisprudencia ha tratado de limitar todo lo posible la interpretación del art. 1.116, que exige, para configurar el dolo-vicio, que el engaño provenga del otro contratante (113); y, por otra parte, la «Comission de Réforme du Code civil», ha proyectado suprimir la regla del art. 1.116, recomendando la fórmula siguiente: «La voluntad es viciada cualquiera sea el autor del dolo...».

Otro dato corroborante de esa tendencia en la apreciación del dolo resulta de la apertura que las sentencias de los Tribunales hacen acerca del reconocimiento, cada vez más amplio, del silencio o reticencia dolosa, que devienen condenables cuando se endereza en contra de la buena fe y con mengua de la costumbre generalmente aceptada en el mundo de los negocios, parámetros claramente *objetivos*, que sirven ahora de pautas para calibrar la maniobra engañosa.

Es decir que, aun en el Derecho continental (y sea en el Derecho francés, en el español o en el alemán), puede hoy comprobarse que se consideran viciados por dolo negocios jurídicos en que no hubo error sino indebida influencia de quien declara, generalizándose al respecto la utilización del principio de buena fe, con lo que se pone en armonía —como se ha dicho con acierto (114)— la etapa de perfección del contrato con la de su ejecución y cumplimiento, en la última de las

(111) En la que, según se vio supra, el dolo es considerado sólo como una variante del error-vicio de la voluntad.

(112) Conf. BONASSIES (cit. por Rieg, p. 167, n. 93).

(113) Conf. RIEG (op. cit., p. 161 y jurisprudencia que cita).

(114) Conf. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO («El negocio jurídico», Madrid, 1967, p. 150).

cuales se exige, expresamente, la observancia de la buena fe (art. 1.198 Código civil argentino).

En el «common law», a su turno, se ha marchado también en una dirección similar, desde el caso «Pasley vs. Freeman», en que se condenó la ocultación maliciosa de un intermediario (Freeman) que conociendo la insolvencia del comprador (Falch), convenció al vendedor (Pasley) que el adquirente era digno de crédito, haciéndole enajenar a su favor la cosa, cuyo precio nunca pudo cobrar éste.

En esa ocasión se declaró que «si bien la transgresión de deberes morales y sociales no pueden servir de fundamento a una acción... *hay ciertos deberes sociales cuya transgresión es objeto de una acción civil*. Si no se ha causado ningún perjuicio con la mentira no será posible conceder una acción; *pero si aquélla causa un daño*, entonces constituye la fuente de una acción» (115). Es la teoría de la «misrepresentation», equiparada al dolo del derecho continental, la que se describe como toda falsa representación a otra persona, con la intención de hacer que ésta se obligue en un contrato, concluya una operación jurídica o modifique su situación de una manera perjudicial. En cuyo caso hay lugar a la rescisión del contrato. Acción a la que se suma la de indemnización de daños y perjuicios, si la falsa representación ha sido *fraudulenta*.

Con tales herramientas jurídicas se ha construido en el derecho anglosajón una doctrina de singular flexibilidad en materia de dolo, que permite englobar un número de casos mucho más amplio que el que cabe dentro de la estructura normativa del derecho continental, con lo que se consigue combatir mejor la malicia, que aguza el ingenio en sus maniobras engañosas a medida que se afinan los procedimientos de la mecánica contractual, como nota característica de una realidad social que —también en ese campo— se halla en evolución constante (116).

XIII. CONCLUSION

Dos posiciones antitéticas juegan frente al dolo, como vicio del acto jurídico. Una, haciendo eje en el dogma de la voluntad, le juzga como un vicio psicológico y, a nivel específicamente *subjetivo*, exige que la víctima haya sido diligente en la captación de la maniobra engañosa, ya que —en caso contrario— no le concede la acción de anulación o le frustra sus efectos aniquilantes. Otra, en cambio, haciendo

(115) Conf. COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 354 y s.).

(116) A ello debe agregarse que el plexo jurisprudencial del «common law» incluye la posibilidad de anular el negocio jurídico obrado en base a una *inducción en error que no sea dolosa*, lo que ocurre en el caso de la llamada «innocent misrepresentation», que consiste en el aprovechamiento de las consecuencias de un error ajeno ocasionado por la conducta del co-contratante, que pretende beneficiarse con su actitud equívoca desencadenante del desajuste del «errans». Conf. GINO GORLA («El contrato», I, ed. Bosch, Barcelona, 1959, pág. 459), quien cita en su apoyo a POLLOCK («Contracts», p. 426 y s.).

arista en el principio de la buena fe y de la confianza, de angulación eminentemente *objetiva*, se limita a comprobar la añagaza dolosa para anular el acto, sin descender a los meandros psicológicos del engañado.

Nos parece que en este tema es menester abandonar el método exegético y también las influencias dogmáticas para hacer pie, más bien, en el aspecto *funcional y estructural* del negocio, procurando armonizar el reconocimiento de la voluntad con la protección de la confianza (117), de suerte de arribar a una solución menos formalista y logicista que la hasta hace algunos años vigente, la que sería reemplazada por un sistema ecléctico que se vertebraría sobre la teoría de la confianza, que obliga a responder de la declaración de voluntad siempre que ella no haya sido objeto de captación por el agente del dolo —dogma de la voluntad—, y a condición de que la víctima de la maniobra haya podido ser engañada en razón de la *gravedad* del dolo —nota objetiva de la doctrina de la confianza—.

Se llegaría así a una solución capaz de materializar la justicia sustancial que apeetece buscar en este asunto, de una manera parecida y simétrica a la que se viene elaborando desde hace ya treinta años —fue acuñada por el Código italiano de 1942—, para el vicio de error, en punto a la exigencia de la *recognoscibilidad* —aspecto objetivo— al que se hace predominar antes que el principio de culpabilidad del «errans» —aspecto subjetivo— en una elaboración legislativa de la que se ha dicho que tiene un «significado casi revolucionario» (118).

Se exige, entonces, un cambio de actitud en el intérprete del acto, con vistas a captar la real función y estructura del negocio: No mirar exclusivamente a la víctima, como sujeto psicológicamente afectado, sino atender prevalentemente a la entidad del dolo, con prescindencia de la conducta de la víctima y, si él es *grave* —elemento objetivo paralelo a la *recognoscibilidad* del error— dar carácter nulificante al vicio.

Esta nueva posición del intérprete debe advertir, sobre todo, en la jurisprudencia argentina, donde se sigue encareciendo un recaudo que no es exigido expresamente por la ley: la diligencia de la víctima, a la que se pide un comportamiento «no culpable» que, al no darse en el hecho, parece tener la virtualidad de borrar el efecto maléfico del dolo (119). Se distorsiona así el sistema de la ley respecto del dolo, el hecho, parece tener la virtualidad de borrar el efecto maléfico del Código civil) y cuya suplantación tiene pedida la doctrina (120), por-

(117) Como hace renovadoramente VITTORINO PIETROBON, en su reciente «El error en la doctrina del negocio jurídico», ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1971.

(118) Conf. PIETROBON, op. cit., p. 10.

(119) Así ocurre en los fallos que rolan en J. A., t. 4-1969, p. 375; J. A. t. 4, 1969, p. 129; J. A. 1961-I, p. 6 (núm. 40); «La Ley», t. 132, p. 113, etc., en todos los cuales se rechaza la pretensión anulatoria en razón —se dice— de que el sujeto pasivo no obró con la diligencia, la prudencia o los cuidados corrientes para superar el engaño.

(120) V. ORGAZ, en «La Ley», t. 71, p. 5; «Primeras Jornadas de Derecho

que se entiende que es suficiente que promedie el error esencial, con prescindencia de su excusabilidad o inexcusabilidad, que constituye un aspecto —la culpabilidad de la víctima— del todo ajeno al vicio de que se trata.

En conclusión: Así como en el error se ha encontrado un límite *objetivo* al principio dogmático de la voluntad, por vía de la reconocibilidad, así debe marcharse con igual tendencia en materia de dolo, haciendo eje en la condición —también objetiva— de la *gravedad* de la maniobra, lo que permitirá armonizar mejor los valores en juego y dar cima al principio de la buena fe, que debe presidir la celebración y ejecución de los negocios jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS RECIBIDOS (1)

- ALARCAO (Rui). *A confirmação dos negócios anuláveis*. Vol. I. Atlántica editora. Coimbra 1971, 251 págs.
- BECKER GÓMEZ (Fernando). *Régimen jurídico, fiscal y contable de las Sociedades mercantiles*. Imprenta «P. López». Madrid, 1971; 533 págs.
- BERKOWITZ RODRÍGUEZ CANO (Rodrigo). *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*. Editorial Moneda y Crédito. 1971, 170 págs.
- BETTI (Emilio). *Teoría de las obligaciones*. Tomo II. Traducción y notas de Derecho español por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1970; 493 págs.
- BROSETA PONT (Manuel). *Manual de Derecho mercantil*. Editorial Tecnos, S. A. Madrid, 1971; 708 págs.
- CAREAGA VILALLONGA (Ignacio). *La ruptura conyugal. I. Estatuto separatorio del matrimonio en España*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1971; 311 páginas.
- GALVAO TELES (Inôcencio). *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*. Centro de Estudios de Derecho Civil da facultade de Universidade de Lisboa. Estudos o documentos. Lisboa, 1971, 294 págs.
- GALLEGO ANABITARTE. *Administración y Jueces: Gubernativo y Contencioso. Reflexiones sobre el antiguo régimen y el Estado constitucional y los fundamentos del Derecho Administrativo Español*. Instituto de Estudios Administrativos. 1. Cuadernos de Historia de la Administración. Madrid, 1971; 161 págs.
- GARCÍA PADRÓN (Manuel). *Las Sociedades Cooperativas en el Derecho privado español (Introducción a su estudio)*. Servicio de publicaciones de la Caja de Ahorros de Santa Cruz de Tenerife. Número 7 (Derecho y Economía. 1). Santa Cruz de Tenerife, 1971; 258 págs.
- GARRIGUES (Joaquín). *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*. Escritos, Lecciones y Conferencias. Editorial Tecnos. Madrid, 1971; 372 págs.
- GÓMEZ-FERNER MORANT (Rafael). *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*. Prólogo de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA. Editorial Tecnos. Madrid, 1971; 238 págs.
- HOMENAJE A JOAQUÍN GARRIGUES. *Estudios Jurídicos*. Editorial Tecnos. Madrid, 1971. Tomo I, 502 págs. Tomo II, 525 págs. Tomo III, 525 págs.
- LACRUZ BERDEJO (José Luis), SANCHEO REBULLIDA (Francisco de Asís). *Derecho de Sucesiones. I. Parte general. Sucesión voluntaria*. Librería Bosch. Barcelona, 1971; 792 págs.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA (Fernando J.). *Teoría de los contratos. Parte general*. Víctor P. de Zavallía. Editor. Buenos Aires, 1971; 473 págs.

(1) En esta sección se dará cuenta de los libros recibidos. Sin perjuicio de publicar más tarde, en su caso, reseñas bibliográficas o notas críticas sobre ellos; de este modo no se retrasará indebidamente su noticia a los lectores.

- OJEDA AVILÉS (Antonio). *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos. Estudios de trabajo y previsión. Madrid, 1971; 301 págs.
- PIETROBON (Vittorino). *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho español por MARIANO ALONSO PÉREZ. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971; 779 págs.
- PUIG PEÑA (Federico). *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II. Derecho de familia. Vol. II. *Paternidad y filiación*. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1971; 604 págs.
- RIVERO HERNÁNDEZ (Francisco). *La presunción de paternidad. Estudio de Derecho comparado y Derecho español*. Prólogo de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO. Editorial Tecnos. Madrid, 1971; 562 págs.

“EL SEGURO PRIVADO EN ESPAÑA (Problemas actuales)”. Colegio Nacional Sindical de Agentes de Seguros. Madrid, 1972, 481 págs.

Se publican en este volumen las Conferencias pronunciadas en el primer Curso de Perfeccionamiento Profesional para Agentes de Seguros que, organizado por la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Bilbao y la Delegación Norte de la S.E.A.I.D.A., tuvo lugar en Bilbao bajo el patrocinio del Colegio de Agentes de Seguros de Vizcaya.

Se abordan en estas Conferencias aspectos diversos del seguro. Como afirma el Profesor SÁNCHEZ CALERO en el prólogo a la obra, se ha pretendido «estudiar desde la perspectiva que ofrecen varias disciplinas jurídicas y económicas, algunos de los más importantes problemas del Seguro Privado en España».

Ante la imposibilidad de referirnos a todas y cada una de las Conferencias, nos limitaremos a un breve comentario de aquellas que presentan una mayor relevancia desde un punto de vista jurídico-mercantil.

La Conferencia del Profesor FERNÁNDEZ RUIZ «*Seguridad social y seguro privado*» aborda un tema de gran interés, si se tiene en cuenta que las fronteras que separan ambas instituciones son cada vez más problemáticas debido a la evolución de determinadas modalidades de seguro privado, en el sentido de asimilarse en ciertos aspectos al régimen de la seguridad social.

Tras delimitar el ámbito subjetivo de la seguridad social en la actualidad, se examinan las diferencias y analogías existentes entre ésta y el seguro privado con especial referencia a determinadas modalidades que por sus peculiares características (seguro obligatorio de viajeros y seguro del automóvil) o por el riesgo que cubren (seguro de vida) se asemejan más a aquella.

Si las analogías son notables, las diferencias no permiten una asimilación entre ambas instituciones. Particularmente no cabe olvidar que en el seguro privado, aun cuando en ciertas modalidades exista un marcado interés público, subsiste el contrato que, sin embargo, desaparece en la seguridad social. Tampoco es definitiva para la distinción, afirma FERNÁNDEZ RUIZ, la calificación de pública o privada que ostente la entidad que gestione el seguro. Se ponen de relieve por lo demás otra serie de diferencias en cuanto a procedencia de los recursos del asegurador, cuotas y primas, relevancia de la culpa del asegurado, topes máximos de cotización y las que se refieren particularmente al seguro de vida.

La situación particular de los agentes de seguros en relación con la seguridad social es objeto de consideración en una última parte de la conferencia. Se analizan las causas de su no inclusión y la vía a través de la cual deben ser incluidos, a través de su calificación como trabajadores autónomos, ya que desde 1965 (Orden de 21 de diciembre) están integrados en la Organización Sindical como Colegio Profesional Sindical, por lo que se examinan a continuación las prestaciones de la seguridad social en relación con los trabajadores autónomos.

En «*Algunos problemas derivados de la responsabilidad civil por delitos culposos cometidos en el uso y circulación de vehículos de motor*», el Profesor RUIZ VADILLO analiza la problemática que suscita en el ámbito del seguro obligatorio del automóvil la valoración económica de los daños y perjuicios indemnizables. Se pone de relieve, cómo en los delitos culposos, la víctima pone toda su atención en la consecución del resarcimiento de los daños sufridos. Pero si a una efectiva reparación de esos daños se ha tendido con la implantación de la responsabilidad objetiva y el seguro obligatorio, en la práctica se plantean numerosos problemas entre los que se encuentra el que es objeto de la conferencia. La falta de criterios jurisprudenciales uniformes en esta materia determina un estado de inseguridad nada deseable. Se expone la problemática relacionada con la indemnización de daños (sujetos, daños indemnizables y especialmente métodos de valoración) con una amplia reseña de la postura mantenida por la jurisprudencia en las diferentes cuestiones. Como resultado de este análisis se señalan una serie de conclusiones entre las que cabe destacar por lo que se refiere a la valoración de los daños, la necesidad de unos criterios objetivos de valoración de los daños reales relegando la discrecionalidad al ámbito del daño moral. Por otro lado, a la uniformidad en esta materia contribuiría de modo decisivo el que los Tribunales inferiores especificaran en el fallo los elementos de la indemnización a fin de que sus resoluciones pudieran ser revisadas posteriormente por el Tribunal superior, «pudiendo y debiendo también someterse a revisión la facultad discrecional en cuanto a los daños morales».

La conferencia del Profesor ZARZALEJOS ALTARES «*Algunos aspectos del seguro obligatorio de Automóviles*», presenta una serie de consideraciones sobre la incidencia socio-económica y especialmente jurídica del automóvil. La masa de riesgos creada por éste, ha conducido al establecimiento del seguro obligatorio como fórmula de paliar sus consecuencias; seguro en el que se implantaron determinadas especialidades como la responsabilidad objetiva, cuya problemática es analizada a lo largo de la conferencia. Sin embargo, a pesar de ello el resultado conseguido dista mucho de ser satisfactorio. A través del análisis de la incidencia real de la responsabilidad objetiva, los límites máximos de indemnización y la acción directa se pone de relieve que el seguro obligatorio se ha quedado a medio camino. Parece por ello necesaria una adecuación de este seguro a la realidad socio-económica (sin olvidar que dado el progresivo desarrollo de la circulación habrá de sufrir un continuado proceso de adaptación) que no suponga una cobertura ilusoria pero que tampoco provoque una excesiva confianza en el automovilista.

La conferencia del señor RUIZ SALAS, «*Algunos aspectos del seguro de vida*», ofrece, por una parte, un análisis de determinadas cláusulas del seguro de vida. Concretamente se exponen la utilidad y licitud de la indisputabilidad de la póliza,

la inembargabilidad del capital y la cláusula relativa al suicidio del asegurado. Por otra parte, se estudian las causas del escaso desarrollo del seguro de vida entre las que ocupa un lugar destacado junto al excesivo costo del seguro, la devaluación monetaria, verdadero cáncer del seguro de vida —dice RUIZ SALAS— a cuyas consecuencias con respecto a este seguro no ha dado solución definitiva el Decreto de 12 de septiembre de 1970 sobre inversión de reservas técnicas.

El Profesor SOTOMAYOR Y GIPPINI realiza en su conferencia «*Seguros de Responsabilidad civil*» un estudio de los seguros de responsabilidad profesional, precedidos de una exposición de la problemática general del seguro de responsabilidad excluido el seguro obligatorio de automóviles.

Los supuestos fundamentales del Seguro de Responsabilidad civil general, su reciente nacimiento, su posterior expansión y sus causas, son expuestos brevemente, ofreciendo un amplio cuadro del desarrollo alcanzado por las diferentes clases de seguros integrados en esta modalidad, en Alemania, Estados Unidos y Francia.

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil profesional, presupuesto del seguro de profesionales, normalmente será contractual, aunque también puede darse la extracontractual. Sin embargo, en caso de conjunción de ambas se pone de relieve cómo, aunque para algunos autores la primera absorbería a la segunda, habrá de analizarse cada caso ya que pueden producirse diferencias entre ambas que no cabe olvidar (prescripción, grado de culpa exigible, competencia de juzgados y tribunales y carga de la prueba). Con respecto al grado de culpa exigible, podrían reconducirse ambos supuestos (art. 1.089 y 1.101 del Código civil) al art. 1.104 del Código civil, es decir, a la diligencia exigible según la naturaleza de la obligación.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que el carácter de la prestación del profesional será normalmente de medios y no de resultados, lo que repercutirá en una mayor dificultad a la hora de la prueba.

En nuestro país el escaso desarrollo de estos seguros se debe, afirma SOTOMAYOR, siguiendo la doctrina mantenida por STOLFI para Italia, a la mentalidad que ha rodeado la actividad profesional, como actividad del hombre libre casi siempre gratuita. Sin embargo, esta mentalidad está cambiando y, por otra parte, existe en nuestro país base personal suficiente para un adecuado desarrollo de estos seguros. No cabe olvidar, sin embargo, que para el asegurador este tipo de seguros plantea ciertos inconvenientes por lo que se refiere a la determinación cuantitativa y cualitativa del riesgo.

Por último, se expone la responsabilidad civil de médicos, abogados y notarios en el Ordenamiento español. La responsabilidad civil del médico se basa o bien en un contrato de arrendamiento de servicios, o en una gestión de negocios sin mandato (arts. 1.101 y 1.888 respectivamente del Código civil) o bien se tratará de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, habrá que distinguir siempre la responsabilidad del médico de la hospitalaria.

La responsabilidad del abogado prevista en el art. 43 del Estatuto general de la abogacía de 28 de junio de 1946 será normalmente contractual, pero puede darse la extracontractual. Se examina también la responsabilidad en caso de asociaciones de estos profesionales.

En cuanto a los notarios, en contra de SANTOS BRIZ, opina SOTOMAYOR que la

responsabilidad (art. 23 de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862) no será contractual, sino que responderá como funcionario público.

El estudio de una posible formulación unitaria de las diversas categorías que integran lo que en la práctica aseguradora se denominan seguros industriales es el objeto de la conferencia «*Los seguros industriales: algunos problemas*» del profesor CABALLERO SÁNCHEZ, poniéndose de manifiesto la situación en diferentes países y en el nuestro. Tema de gran importancia tanto para las entidades aseguradoras, como para las posibles empresas aseguradas teniendo en cuenta la gran magnitud de los riesgos, como se pone de relieve en la conferencia.

A pesar de las dificultades que supone dar un concepto de estos seguros, ya que normalmente no se consideran como una modalidad independiente sino como una suma de diversas modalidades, los seguros industriales —dice CABALLERO SÁNCHEZ— «son todos aquellos susceptibles de cubrir los distintos riesgos a que se hallan expuestos los diversos elementos (personales, materiales e inmateriales) que integran las actividades y patrimonio de una empresa industrial o cualquier otro complejo patrimonial asimilado a ella a efectos de seguro».

Se estudian los riesgos comprendidos y las clases de actividades que deban entenderse amparadas, así como las diferentes clases de S. I., para lo cual se hace una exposición de los seguros que habría de contratar una empresa asegurada modelo durante las diferentes fases de su existencia. A continuación se examinan los sistemas de contratación, tarificación, coaseguro, reaseguro y prevención y se adjuntan tablas ilustrativas de las diferentes cuestiones tratadas.

El profesor SÁNCHEZ CALERO, dedica dos conferencias a cuestiones relativas a los agentes de seguros según el nuevo régimen implantado por la Ley y el Reglamento de Producción de Seguros de 30 de diciembre de 1969 y 8 de julio de 1971 respectivamente.

En la primera de ellas, «*El estatuto profesional de los agentes de seguros*», se analiza el régimen de los agentes de seguros según la nueva regulación.

Se expone, en primer término, la evolución sufrida en esta materia en las sucesivas regulaciones (Código de Comercio, Ley de 1908, Ley de 1934 y O. M. de 1947) poniéndose de relieve la insuficiente e insatisfactoria regulación que a la situación de los agentes se había dado.

Tras precisar el concepto dado por la Ley (art. 3.1) y el Reglamento (art. 3) y notas características del agente, estima SÁNCHEZ CALERO que la nota definitoria del agente de seguros es su independencia, el realizar su actividad bajo su propio riesgo, nota a la que se conecta el estudio de la posibilidad de calificar a los agentes de seguros como empresarios mercantiles. Se inclina SÁNCHEZ CALERO por la calificación de empresario mercantil del agente de seguros con carácter general (si bien parecen oponerse a ello el art. 5 de la Ley en relación con el 10-3.º y 16-1.º del Reglamento), en base a que el agente es siempre titular de una determinada empresa, su agencia de seguros, que ejercita en su propio nombre y por propia cuenta. Calificación que será válida aún cuando en ciertos casos la organización creada por el agente no se refiera más que a elementos materiales. En este caso será irrelevante para el Derecho Laboral y la Seguridad Social, pero no para el Derecho Mercantil. La calificación aludida se ve avalada, además, por lo establecido en los arts. 13 y 21 del Reglamento ya no podrán ejercer la profesión de agentes las personas incurso en las prohibiciones del art. 14 del C. c. y se les obliga a llevar una determinada contabilidad.

El nuevo régimen, por otra parte, establece la exclusividad en la producción de seguros a favor de los agentes, con excepción de las compañías aseguradoras que la lleven a cabo «a través de sus servicios siempre que ellas mismas asuman la cobertura del riesgo en las operaciones de acuerdo con las tarifas aplicables y disposiciones vigentes» (art. 2-1.º R. P. S.). Tema en el que se precisan los diferentes supuestos que pueden darse exponiendo la solución que en cada caso ha de prevalecer con el fin de que no se burle el sentido de la excepción.

Analizando el régimen de incompatibilidades se pone de manifiesto cómo con la disposición transitoria segunda, al no concederse efectos retroactivos a este régimen, «se llega al absurdo de tolerar situaciones en las que el asegurado no tenga libertad para decidir en orden a la contratación de seguros o a elegir la empresa aseguradora» en base a la justificación de los derechos adquiridos. Por último, se analizan algunas cuestiones referentes a las obligaciones legales (art. 15 y ss. R.P.S.) de los agentes, tales como la limitación de las facultades disciplinarias del Colegio de Agentes y la posible responsabilidad de la entidad aseguradora cuando se haya verificado una infracción del art. 15 del Reglamento por el agente.

La 2.ª conferencia de SÁNCHEZ CALERO «*Aspectos del contrato de agencia de seguros*», presenta un análisis de las cuestiones planteadas por la nueva regulación en torno al problema de las personas jurídicas como agentes de seguros y el contrato de agencia y subagencia.

Tras una exposición del concepto y notas características de los agentes afectos y clasificación según las sucesivas regulaciones, examina el régimen anterior en el que eran admitidas las personas jurídicas como agentes, con especial referencia al caso de las S. A. agentes. El régimen vigente limita, sin embargo, la posibilidad de ser agente a las personas físicas. Sólo aquellas personas jurídicas que vinieran ejerciendo tal actividad con anterioridad al régimen vigente podrán continuar su ejercicio. Para ello se exigen determinadas condiciones que se analizan a continuación.

Sin duda, la existencia de personas jurídicas agentes dificultaba la vigilancia de posibles incompatibilidades y eran vistas por los agentes individuales con desconfianza, pero la admisión de aquellas que venían ejerciendo la profesión con anterioridad, por una parte, crea obviamente un privilegio a su favor y, por otra, esta disposición no tiene en cuenta las necesidades de los agentes en ciertas modalidades de seguros y la evolución precisamente de signo contrario en otras profesiones.

El nuevo régimen por otra parte, tipifica el contrato de agencia que vincula al agente con la entidad aseguradora, tipificación que no existía con anterioridad. Se examina el concepto, notas características, legislación aplicable, carácter imperativo o dispositivo de las normas, entendiéndose SÁNCHEZ CALERO en este punto, que parece deba entenderse como un régimen esencialmente imperativo, especialmente con todo lo que signifique tutela de los derechos del agente ya que una finalidad clara de la Ley ha sido la protección de éste. En esta misma línea de protección al agente estaría la exigencia de contrato escrito que únicamente tendría una función probatoria y de control.

La posibilidad de realizar contratos tipo de agencia es analizada a continuación poniéndose de manifiesto que ni la Ley ni el Reglamento conceden al Colegio de agentes ni a la Asociación de aseguradores la facultad de establecer una contratación colectiva por lo que si bien podría hacerse no tendría un valor normativo, sino que simplemente operaría como un modelo.

La última parte de la conferencia se dedica al contrato de subagencia, analizando en primer término la noción y notas características del subagente, poniéndose de relieve la escasa regulación que sobre este punto establece el Reglamento. En cuanto al problema de la naturaleza jurídica del contrato de subagencia se inclina SÁNCHEZ CALERO por su carácter de contrato atípico y mercantil aunque no lo especifiquen la Ley ni el Reglamento, al que serán aplicables «mutatis mutandis» las normas del contrato de agencia.

Por último se examinan el control por la Administración de la actividad de los subagentes a través del libro de registro y la aplicación del régimen de incompatibilidades.

Como puede apreciarse por los títulos de las conferencias y el breve comentario realizado, la obra reseñada será de gran interés para todos aquellos que sigan de cerca el desarrollo del Seguro, por la diversidad y actualidad de los temas tratados.

M.^a ANGELES CALZADA CONDE

Colaboradora. Departamento Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca

ALVAREZ VIGARAY, Rafael: La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Universidad de Granada, 1972. Secretariado de Publicaciones. Un volumen de 247 págs.

Estamos ante un estudio monográfico que aborda uno de los importantes extremos en que se debate la contratación privada, donde el legislador, la jurisprudencia y sobre todo la doctrina han pretendido reforzar el aspecto ejecutivo del tráfico jurídico negocial mediante la posibilidad de resolver las obligaciones bilaterales cuando una de las partes no cumple con la prestación prometida.

El estudio se realiza empleando una metodología al uso, histórico-exegética y dogmática-comparativa dentro del área europea continental de tradición romanista. Así, partiendo del Derecho romano, se continúa con un examen del Derecho histórico castellano para llegar a ver la influencia decisiva del Derecho canónico en la resolución por incumplimiento hasta concluir con el Derecho francés anterior a la codificación. El autor comprueba (pág. 30) la falsedad de la tesis que afirma que la condición resolutoria tácita tiene su origen a través de la generalización que experimentó en el Derecho consuetudinario francés la «lex commissoria» romana debiendo, por el contrario, buscar las raíces del instituto en el Derecho canónico y en el régimen jurídico de los contratos innominados del Derecho justinianeo.

El capítulo segundo aborda el examen de Derecho comparado de las codificaciones europeas (francesa, italiana, alemana, austríaca, portuguesa y suiza), pasando al tercero en que se analiza el concepto, naturaleza y fundamento de la resolución por incumplimiento concretando las teorías de la condición resolutoria tácita, de la causa recíproca, del sinalagma genético y del sinalagma funcional, de la sanción de la ley, de la equidad y de la equivalencia, concluyéndose por el autor (pág. 75) que el fundamento de esta institución se encuentra en la interdependencia de las obligaciones recíprocas surgidas del contrato bilateral en el cual las obligaciones

asumidas por cada una de las partes constituyen la causa de las que incumben a la contraparte.

Sobre el carácter dispositivo de la resolución por incumplimiento y los pactos modificativos del régimen legal (pacto comisorio y el término esencial) son la materia específica del capítulo cuarto, con un preciso examen jurisprudencial. A continuación, el capítulo quinto se dedica al ámbito de aplicación y requisitos para el ejercicio de la resolución por incumplimiento (reciprocidad de las obligaciones, gravedad y prueba del incumplimiento y cumplimiento por el actor, así como la existencia en el deudor demandado de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, o la aparición de un hecho que de modo definitivo lo impida), concluyéndose con la cuestión dudosa de si es necesaria la previa constitución en mora del deudor.

La forma de realizarse y los efectos de la resolución por incumplimiento constituyen el capítulo siguiente para terminar con el examen, en el capítulo séptimo de algunos aspectos de la aplicación del art. 1.124 del Código civil español a determinados tipos de contratos en particular (contratos bilaterales excluidos, los bilaterales de tracto sucesivo y en algunos unilaterales).

José BONET CORREA

DE PEREDA MATEOS, Alberto: Los Servicios Comunes de la Seguridad Social. Ed. Ministerio de Trabajo. Madrid, 1972, 221 págs.

Es un hecho notorio la creciente importancia que en todos los países va tomando la Seguridad Social. Tal fenómeno ofrece perspectivas de interés bajo muy diversos prismas y en concreto bajo el jurídico. Como Perrin afirma, «Las realizaciones contemporáneas en materia de Seguridad Social parecen caracterizadas por las simultáneas firmeza de las tendencias fundamentales y la inestabilidad de las formas jurídicas que las encarnan en un momento dado (*«La sécurité Sociale come mythe et comme réalité. Droit Social, 1967-4, pág. 253»*).

Si de modo simplista puede decirse que el fin de la Seguridad Social es la protección específica de situaciones de necesidad, el mejor cumplimiento de aquél en su propia servidumbre jurídica, dado lo cambiante de la realidad acotada en el sistema, o como dice Alonso Olea, el «dinamismo de la Seguridad Social».

De ahí, que para una consagración definitiva de la autonomía de la Seguridad Social sean precisos estudios que vayan perfilando, con rigor científico, los principios informantes de la disciplina y sus instituciones centrales, de modo que adquieran una estabilidad superadora de la coyuntura concreta.

En el plano legislativo la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 y su texto articulado, constituyeron un paso de gigante. En el plano doctrinal, de gran interés al respecto, las obras generales de Alonso Olea, Borrajo, Almansa y De la Villa, entre otros. Pero como es natural, resulta preciso para lograr una madurez en el tratamiento de las instituciones, ahondar monográficamente en los aspectos parciales.

El libro de Pereda supone, a mi juicio, una aportación muy notable a la

bibliografía española de la Seguridad Social. Y ello es así por dos razones de peso: el tema elegido y el rigor doctrinal con que lo trata.

Los Servicios Comunes de la Seguridad Social son el vivo ejemplo de la disociación entre el texto legal y el campo de los hechos. Tras el silencio de la Ley de Bases, el Texto Articulado es muy parco y, sin embargo, son instituciones de una gran riqueza de funciones y contenido, con, asimismo, una considerable importancia práctica. Además, en un plano teórico su problemática es compleja como inteligentemente sabe agotarla Pereda.

El autor de este libro ha sabido hacer algo que yo resumiría en pocas palabras: dar altos vuelos al tema, encuadrarlo en la teoría general y simultáneamente descender al detalle. Por eso me parece acertado que esta obra fuera galardonada con el Premio «CARLOS PINILLA TURINO» 1972, del Instituto Nacional de Previsión.

Tras un planteamiento general, a manera de presentación y esquema del estudio, Pereda sistematiza su trabajo en tres partes. Tal división, como antes decía, está bien pensada, pues el lector va, escalonadamente apreciando todo el armazón de los Servicios Comunes. Aquí no se da aquello de que «el árbol no deja ver el bosque» puesto que en el «bosque» de la Seguridad Social va entrándose pausadamente hasta llegar al examen concreto de esos «árboles», tan frondosos, como son los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Así, dedica un capítulo a la determinación del entorno en el que están situados y en el que actúan los Servicios Comunes, otro al estudio general de la institución y finalmente hace un análisis particularizado de los distintos Servicios Comunes.

En los dos primeros capítulos se aprecia el profundo conocimiento del autor de los temas de Seguridad Social, como además lo viene demostrando en la inapreciable labor que realiza en la Dirección General correspondiente del Ministerio de Trabajo.

Sucesivamente, y con ayuda de la mejor doctrina administrativa, estudia la posición del Estado ante la Seguridad Social y ante la *gestión* de la misma. Este segundo apartado, sobre todo en lo que se refiere a la clasificación de los entes gestores, me parece muy clarificador.

Pero realmente, y a mi juicio, el núcleo y mérito del libro está en el estudio general que Pereda hace de los servicios Comunes. Es la primera vez que se efectúa un estudio global de los mismos y para el futuro hay que contar con las aportaciones del autor, que tienen sólido fundamento y auténtica originalidad.

Tras el examen detallado del fenómeno de la descentralización administrativa y administración indirecta, el autor concluye, con la valentía que da la convicción razonada, que los Servicios Comunes están bajo la especie de funciones centralizadas aun cuando se *descentren* en direcciones opuestas. Y ello a pesar de que dicha función central no haya sido concretada orgánicamente, lo cual, añado yo, es de lamentar.

Para Pereda la institución es una medida orgánica positiva para la coordinación interna de la Organización Gestora de la Seguridad Social.

De este capítulo resulta de especial interés las páginas que el autor dedica al intrincado problema de la personalidad jurídica de los Servicios y al de su naturaleza jurídica.

La última parte del libro es muy útil por la labor clasificatoria e informativa que hace el autor en todos los Servicios Comunes, incluso con unas indicaciones valiosas sobre los que podrían serlo de «lege ferenda».

En conclusión, creo que se trata de un importante libro hecho con honestidad intelectual y que alcanza buenos resultados a efectos del tratamiento científico de la Seguridad Social.

JUAN A. SAGARDY BENGOCHEA

R E V I S T A S

Por Antonio Manuel MORALES MORENO

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

PÉREZ GORDO, Alfonso: *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho positivo español*, RJC, 1972, pp. 571-582.

El control jurisdiccional de la inconstitucionalidad de las leyes está ínsito en el artículo 7.º-1.º L.O.P.J.

El sistema de recurso de contrafuero, establecido en la LOE y desarrollado por la LRC, de reformarse dando entrada a la posibilidad de que los particulares puedan obligar al Consejo Nacional del Movimiento o a la Comisión permanente de las Cortes a la interposición del recurso y otorgando carácter vinculante al dictamen de la ponencia ante el Consejo del Reino, pudiera ser un vínculo eficaz para el control de la constitucionalidad de las leyes con eficacia *erga omnes*.

RASEHORN, Theo: *Rechtsfindung und Gerichtspraxis*, NJW, 1972, págs. 81-86.

Consideraciones sobre el preponderante papel del juez en la creación del Derecho.

REDEKER, Konrad: *Legitimation und Grenzen richtlicher Rechtsetzung*, NJW, 1972, págs. 409-415.

El tema de la legitimación y los límites de la elaboración judicial del Derecho es un tema vivo en nuestro tiempo. El Derecho que crean los jueces se destaca por su contenido volitivo, bajo el cual descansa una decisión valorativa del propio juez, decisión que alcanza un significado de política jurídica. Su legitimación se encuentra en la propia configuración de las leyes (normas en blanco, leyes abiertas). Sus límites radican en la Constitución (aunque a veces la judicatura se haya orientado a restar fuerzas al orden de valores de la misma) y en sus relaciones con el Poder legislativo y ejecutivo. Se apuntan además los peligros de esta reacción normativa: quedar sustraída a la legitimación democrática.

2. Derecho de la persona

ELLINGER, H. y KRAUSE, H.: *Zum neuen Betäubungsmittelgesetz*, NJW, 1972, páginas 1177-1179.

Proceso de formación y crítica de la nueva ley alemana de estupefacientes, publicada el 10-1-1972. Se advierte cómo con ella no se ha conseguido, como en principio se pretendiera, un eficaz instrumento para el control del tráfico de estupefacientes y de lucha contra la toxicomanía.

JAUERNIG, O.: *Anstaltsnutzung und Minderjährigenrecht*, NJW, 1972, págs. 1-5.

El trabajo se refiere al tema de la utilización por menores de edad de los servicios de un establecimiento, partiendo de una conocida sentencia del L. G. de Bremen, en la que se condenaba a un pasajero clandestino de ocho años al pago del precio del viaje y a una multa, según las previsiones de las «condiciones generales de transporte».

Se contesta a dos preguntas:

1.^a ¿Cómo pueden llevarse a cabo una tal relación de utilización de servicios?

2.^a ¿Puede un menor, por sí, constituirla?

LUKES, Rudolf: *Der Satzungsinhalt beim eingetragenen Verein und die Abgrenzung zu sonstigen Vereinsregelung*, NJW, 1972, págs. 121-128.

En torno al problema de si los estatutos de la asociación inscribible, además del contenido que prescriben los §§ 57, 58, han de recoger necesariamente otras normas reguladoras, se estudia: I, El necesario contenido de los estatutos. II, Las normas de la asociación que queda fuera de los estatutos. III, Los criterios para delimitar lo que debe ser contenido de los estatutos.

3. Derechos reales

BONET BONET, FRANCISCO VICENTE: *Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo*, RGLJ, julio-agosto 1971, págs. 103 a 128.

Considera la accesión en general y sus clases. En las generalidades trata del concepto y naturaleza, y de la exclusión de los frutos del concepto de accesión. Ofrece criterios de sistematización.

PUENTE MUÑOZ, T.: *Crítica a la Ley de julio de 1971 sobre comarcas y fincas mejorables*, RJC, 1972, págs. 627-639.

Se refiere a los siguientes aspectos: Finalidad de la Ley. Proyección de la Ley en el Derecho de propiedad. Régimen jurídico de las garantías ofrecidas a los propietarios de las fincas declaradas mejorables. Crítica final de la Ley.

4. Obligaciones y contratos

BARTL, Harold: *Die Urlaubreise und ihre Beeinträchtigung*, NJW, 1972, páginas 505-511.

Los contratos celebrados con las agencias de viaje tienden a obtener prestaciones de otros sujetos (hotel, agencia de transporte...). Esta pluralidad de sujetos exige una delimitación de su responsabilidad respectiva en aquellos casos en que se originen daños para el cliente, tema al que se dedica el trabajo.

DANIELS, Jürgen: *Probleme des Haftungssystems bei stationärer Krankenbehandlung*, NJW, 1972, págs. 305-309.

En este tipo de contratos, calificados de naturaleza civil, se estudian las pretensiones en orden a la responsabilidad, derivadas del contrato y de delito.

SAGRERA, M. y MARTORELL, J. M.: *Hacia un mayor conocimiento del contrato de Leasing*, RJC, 1972, págs. 561-570.

Se describen las fases: Oferta del cliente y adquisición de la sociedad de leasing del bien. Arrendamiento del bien al cliente. Opción final concedida al cliente.

SCHMIDT-FUTTERER, Wolfgang: *Die Unzulässigkeit Mieterhöhungen durch Vereinbarung*, NJW, 1972, págs. 1171-1173.

A tenor de los §§ 3, 4 de la Ley alemana de protección del arrendatario, frente a la denuncia del contrato por el arrendador en materia de viviendas (Kündigungsschutzgesetzes für Wohnraum), de 25-11-1971 sostiene el autor, en contra de otras opiniones, que una elevación del alquiler sólo es admisible y eficaz si se mantiene dentro de los presupuestos reales y formales que prevé la Ley. Las determinaciones de la voluntad negocial quedan así en este terreno puestas.

SCHMIDT-FUTTERER, Wolfgang: *Die Mieterhöhung für nicht preisgebundenen Wohnraum nach neuem Recht*, NJW, 1972, págs. 86-89.

Aspectos de la ley alemana de 25-11-1971, protectora del arrendatario, referidos a la elevación del alquiler en las viviendas de renta libre.

SCHMIDT-FUTTERER, W.: *Der Kündigungsschutz für Wohnräume nach neuem Recht*, NJW, 1972, págs. 5-8.

La ley alemana de 25-11-1971 ha limitado transitoriamente (hasta 31-12-74) el anterior derecho de libre denuncia del contrato de arrendamiento de viviendas, que tenía el arrendador. El artículo se refiere a dicha ley.

TOVILLAS ZORZANO, José J.: *La comunicación escrita como requisito de eficacia del despido*, RJC, 1972, págs. 535-559.

Contiene: Origen histórico de la comunicación escrita, régimen jurídico y naturaleza de la misma.

5. Derecho de familia

GIESEN, Dieter: *Das Wohl des Kindes im Falle eines Elternkonfliktes zwischen Serge- und Verkehrsberechtigtem*, NJW, 1972, págs. 225-229.

El § 1.634 BGB reconoce el derecho a mantener un trato personal con el hijo (*persönlichen Verkehr*) a aquel de los padres que ha perdido la potestad de cui-

dar del mismo, potestad que en el Derecho alemán, es normalmente ejercida por el padre y la madre (§ 1.626 BGB). Tal derecho puede, sin embargo, ser judicialmente suprimido cuando así lo exija el provecho del niño.

En el conflicto que pueda plantearse entre el padre legitimado para cuidar del niño y el que conserva una simple facultad de trato con él es de mayor peso el interés del niño en un uniforme y continuado desarrollo bajo la dirección y supervisión de aquél. Sin embargo, una total privación de la facultad de trato es una medida demasiado dura.

6. Derecho de sucesiones

BARTZ, Gerhard: *Testamentsauslegung bei Vermögenserwerb des Erblassers nach Testamentserrichtung*, NJW, 1972, págs. 1174-1176.

Aborda el problema de la interpretación de la voluntad del testador cuando después del otorgamiento del testamento se ha producido un cambio favorable en la situación patrimonial de aquel sujeto.

O'CALLAGHAN Muñoz, Xavier: *La preterición en Cataluña*, RJC, 1972, páginas 495-534.

Estudia el Derecho Romano, el Derecho Germánico y el Derecho Catalán, con especial referencia a la Compilación de Derecho civil. Respecto a ésta se refiere a los siguientes aspectos: casos, sujetos, requisitos y subsanación, distinción con la desheredación injusta, efectos, la acción de preterición, extinción, jurisprudencia.

PÉREZ TORRENTE, José Antonio: *El suplemento de la legítima en la Compilación y en la Ley Hipotecaria*, RJC, 1972, págs. 49-63.

La acción para pedir el complemento de legítima en Derecho Catalán no pierde su carácter personal, ni siquiera en caso de mención de tal derecho en el Registro de la Propiedad (art. 15 LH, 140 C. Cat.). Al legitimario reducido al suplemento de nada le sirve la mención de la legítima.

ROCA DE LAQUE, M. E.: *La extinción de la legítima*, RJC, 1972, págs. 699 a 747.

Tras una introducción estudia la materia en dos apartados: No nacimiento de la obligación del causante de atribuir la legítima a quien corresponda. Extinción de la legítima por actos del legitimario.

VALLET MAS, Luis María: *La protección contra gravámenes cualitativos de la legítima y la «Cantela Socini» en la Compilación catalana*, RJC, 1972, páginas 251-279.

Estudia: la llamada «cantela socini»; la protección de la legítima frente a los gravámenes cualitativos en la Compilación catalana; la «Cantela Socini» en rela-

ción con las normas protectoras de la intangibilidad cualitativa de la legítima en la Compilación catalana. Añade cuestiones de Derecho constituyente.

II. DERECHO HIPOTECARIO

BARBY, Hanno von: *Die vorläufige Sicherung des Kaufanwärters von Eigenheimen und Wohnungseigentum durch Vormerkung*, NJW, 1972, págs. 8-11.

La acordada anotación preventiva sólo tiene acceso al Registro si el inmueble está ya dividido o si, en otro caso, el lugar y la magnitud de la parte que se va a adquirir están perfectamente delimitados. Además, por razón de la disponibilidad provisional, sólo se autorizará si el titular de la expectativa de compra ha pagado completamente el precio o aparece justificada, ponderados los intereses de las dos partes.

III. DERECHO MERCANTIL

BARZ, Carl Hans: *Das Ende der GmbH & Co. KG*, NJW, 1972, págs. 465-468

Consideraciones con vistas a la reforma de esta forma de sociedad comanditaria, en la que los socios no comanditarios están constituidos por una sociedad de responsabilidad limitada.

IV. DERECHO PROCESAL

MUÑOZ SABATÉ, Luis: *La ineficacia de las reclamaciones judiciales de cantidad en España*, RJC, 1972, págs. 65-112.

Se enumeran todas aquellas causas que, en opinión del autor, contribuyen a restar operatividad práctica a las reclamaciones de cantidad, como muestra del bajo rendimiento de la justicia. Se apuntan soluciones.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

- BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).
- BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
- BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
- BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
- BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- ODA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).

- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciali e del Diritto Generale delle Obbligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).

- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo
José María CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

RECURSO GUBERNATIVO: PROCEDENCIA.—SÓLO PUEDEN INTERPONERSE CUANDO LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSPENDA O DENEGUE LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO, PERO NO CUANDO EL ASIENTO SE HA EXTENDIDO. (Resolución de 11 de noviembre de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 1970).

Hechos.—Por escritura autorizada ante el Notario don Lorenzo de Irizar y Avilés, el 8 de julio de 1908, en Alicante, doña Mariana Moreno y Pérez de Vargas, en representación de su primer marido, entonces enfermo, don José de Rojas y Galiano, cedió a los religiosos don José Calasanz y Marqués y otros, representados por don Pascual Ghione y Cazzulo, un terreno situado en la calle del Empeinado, esquina a la de Castaños y Bazán, de Alicante, que fue inscrita en el Registro bajo el número 19.015, inscripción 1.ª, con determinadas condiciones.

Fallecido don José de Rojas y Galiano, sus herederos, doña Mariana Moreno y Pérez de Vargas, don Miguel, don Carlos y don José de Rojas Moreno, en Alicante y ante el mismo Notario anterior, acordaron con los religiosos beneficiarios de la donación la permuta del anterior solar por otro de mayores dimensiones, sito en la calle Zurbano esquina a la de O'Donnell y Prim, también en Alicante, estipulndose las siguientes condiciones, equivalentes a las que gravaban la finca permutada: "A) Los señores Calasanz, Balsario, Iñigo de Angulo y Bentanachs, o los que les sucedan en su lugar y derechos, deberán levantar en el terreno que en permuta se les ha cedido un edificio destinado a educación de niños pobres según los principios de la religión católica, pudiendo también construir oratorios o capillas, lo mismo que talleres y cualesquiera otras obras que, a juicio de los adquirentes, conduzcan a tal fin. B) Dichos señores deberán, dentro del plazo de dos años, contados desde hoy, tener cerrado el solar que se les ha cedido, y dentro de los diez años, también contados desde esta fecha, terminadas las obras proyectadas, considerando como terminación de ellas el haberse levantado el local destinado a escuela. Si no se cumpliese, quedará sin ningún valor ni efecto la cesión del solar descrito en el párrafo VII, que, con todas las obras en él realizadas, volverá a poder de los cedentes o de sus causahabientes, sin que tengan éstos que abonar a aquéllos, por dichos conceptos, más cantidad que la de dos mil novecientas noventa y ocho pesetas, quince céntimos... D) Si después de construidos los edificios a que la cláusula A) se refiere, se cerrasen por abandono de los adquirentes o cualquier otra causa imputable a los mismos y permaneciesen cerrados durante el espacio de un año, se efectuará la reversión establecida al final de la cláusula B), pero sin obliga-

ción por parte de los cedentes de entregar siquiera las dos mil novecientas noventa y ocho pesetas, quince céntimos”.

Que la finca así descrita y la cláusula condicional fue inscrita bajo el número 19.806, inscripción primera, aunque posteriormente y al amparo de la Ley de 11 de julio de 1941 se siguió procedimiento para inscribirla a nombre de la Congregación Salesiana, por ser sus anteriores titulares personas interpuestas, y a tal efecto se dictó sentencia en la que constaba que la finca en cuestión “carecía de gravámenes”, lo que provocó que al extender la inscripción se suprimiese la condición antes transcrita. Posteriormente, la Caja de Ahorros de Levante de España hipotecó el solar en garantía de un préstamo, cuya inscripción fue la tercera. El 25 de enero de 1969 se presentó por los herederos de los primitivos titulares un escrito solicitando, al amparo del artículo 321 del Reglamento Hipotecario o en su defecto el artículo 329, la rectificación del asiento correspondiente a la inscripción segunda de la mencionada finca, haciendo constar en ella las condiciones canceladas.

Presentada en el Registro dicha solicitud, sufrió la correspondiente calificación, que literalmente dice: “Denegada la solicitud del asiento correspondiente a la segunda inscripción de la finca a que se refiere, por la actividad exclusiva del Registrador, conforme al artículo 321 del Reglamento Hipotecario, por no estar comprendido el caso en ninguno de sus supuestos que hacen referencia a los errores materiales y de concepto respectivamente, por cuanto no se trata de ninguno de los primeros, pues la omisión de la condición resolutoria es evidente que altera por su importancia el sentido general de la inscripción o al mesno alguno de sus conceptos, saliéndose por tanto de la definición que de los mismos da el artículo 212 de la Ley, y en cuanto a los segundos por no resultar claro si el supuesto error es del asiento — caso c) del artículo 40 de la Ley o del título (testimonio de la sentencia) — caso d) del mismo artículo— por coincidir en esencia el contenido de ambos y no constar si el Registrador omitió la condición resolutoria por adaptarse al mandato judicial o por error. Por lo que hace a los otros procedimientos suplementarios para practicar la rectificación, como son el acuerdo unánime de los interesados y del Registrador o la Resolución judicial a que hacen referencia el párrafo 1.º del artículo 217 y el 218 de la Ley invocados a través del artículo 329 del Reglamento, por el solicitante, se suspende la rectificación interesada hasta tanto exista acuerdo entre los interesados o recaiga resolución judicial, en su caso. No se solicita anotación preventiva”.

Los interesados, a través de los Procuradores don Vicente López Dubon y don Ignacio Zaballos Ferrer, interpusieron recurso de reforma y subsidiario gubernativo alegando el hecho de que la supresión de la condición en la inscripción segunda de la finca ha dado lugar a la aparición de un tercero hipotecario titular de un crédito con garantía real y puede provocar la aparición de otros, concretamente de una sociedad que ha comprado parte de la finca. Que consideran de aplicación el artículo 217, 1.º de la Ley en relación con el 9.30 y 40 c) y al amparo de la dispuesto en el artículo 521 del Reglamento. Que supletoriamente se ha indicado la aplicación del artículo 328 en relación con el 329 del Reglamento. Que el Tribunal sentenciador no tenía más misión que la declaración de titularidad de dichos bienes sin hacer relación a las cargas, no debiendo

nunca ser incluidas las condiciones por no ser tales. Que si el funcionario entendió existir algún error debió convocar a las partes a fin de proceder a su rectificación y extender nota comprensiva del acuerdo o de su falta, llevando el acta al archivo, conforme al artículo 329 del Reglamento.

El Registrador en su informe consideró no aplicables ni el artículo 213 ni el 217 de la Ley Hipotecaria, excluyendo con ello el 321 del Reglamento, al no tratarse de error material. Que caso de ser error de concepto sería aplicable el artículo 329 del Reglamento que exige previo acuerdo de todos los interesados reflejado en acta, que no la hubo.

Se solicitó informe al Juez especial sobre bienes de la Iglesia, pero no pudo lograrse al haber desaparecido dicho organismo. A su vista, el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador en base de análogas razones expuestas por el mismo y la Dirección General de los Registros y Notariado confirma dicho auto, desestimando el recurso por ser la cuestión planteada ajena a su competencia. Todo ello sobre la base de la siguiente doctrina.

Doctrina.—“Considerando que el recurso gubernativo puede interponerse solamente cuando la calificación del Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando este asiento se ha extendido, como sucede en el presente caso, en que el título —la Sentencia de 20 de junio de 1955 del Juzgado especial sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Bienes Eclesiásticos— tuvo acceso a dicho Registro, y los derechos que proclama están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria;

Considerando que en realidad lo que se pretende con la nueva presentación de la Sentencia indicada no es impugnar una calificación denegatoria o suspensiva del Registrador puesta en un título inscribible, sino exclusivamente tratar de dejar sin efecto cierta nota de cancelación ya extendida en los libros registrales, para lo que el recurso gubernativo, como se indicó anteriormente, no es el medio idóneo por faltar los presupuestos indispensables para su formalización, y si el peticionario entiende que el asiento aparece erróneamente extendido, deberá acudir a los procedimientos que para la rectificación de errores se recogen en el respectivo Título VII de la Ley y Reglamento Hipotecario o quizá el contenido en el apartado d) del artículo 40 de la primera de las disposiciones legales citadas, que exige el consentimiento del titular registral o en su defecto resolución judicial;

Considerando que entre los errores, tanto si son materiales como de concepto, hay unos que pueden ser rectificadas en algunos casos unilateralmente por el mismo funcionario calificador —artículos 213 y 217 de la Ley Hipotecaria—, pero en la mayor parte de ellos se precisa el consentimiento de todos los interesados y del propio Registrador en el procedimiento correspondiente, o en su defecto la providencia judicial que lo ordene, sin que este Centro Directivo tenga facultad para suplir aquellas voluntades o desviarse del procedimiento legal establecido, lo que viene a reforzar la idea ya expresada de la imposibilidad de que estas cuestiones pueden resolverse por la tramitación de un recurso gubernativo

Considerando que dado que parece —según el informe del funcionario califi-

gador— que por la oposición del actual titular registral no ha podido intentarse la formalización del convenio necesario para la rectificación pretendida, siempre cabe que por los interesados se acuda a los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos o de las obligaciones que en ellos se contengan y pueda decidirse acerca de una cuestión para la que la vía gubernativa no es competente”.

Consideraciones críticas.—La cuestión central sobre la que gira el presente recurso es el problema de la competencia objetiva o de lo que debe ser objeto del recurso gubernativo, sin perjuicio de que también se aclaren ciertos puntos sobre el discutido problema de la rectificación registral. Marginalmente también puede tenerse en cuenta la referencia que en dicha resolución se hace del Juzgado especial sobre inscripción de bienes eclesiásticos, cuya decisión parece provocar el problema de fondo que aquí se discute. Por todo ello, examinaremos separadamente estos problemas:

A. *Competencia objetiva del recurso.*—El recurso gubernativo procede, conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes reglamentarios, “contra la calificación hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de justicia para ventilar y contener entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos”. De ello resulta que, en principio, el amplio término “asiento solicitado” permite incluir dentro de la materia calificable todo documento en el que se solicite la extensión de cualquier asiento practicable en los Registros, bien sea de inscripción, de cancelación, nota marginal, anotación preventiva o cualquiera de las modalidades que en cada caso se presenten, incluido el llamado *asiento de rectificación conforme a los artículos 215 y 219 de la Ley Hipotecaria*.

En un posterior y ponderado examen, al tener que relacionar dicho artículo con otras, resulta de una parte que sólo pueden ser objeto de calificación los “documentos inscribibles”, entendiéndose por tales aquellos a que se refiere el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y los escasos supuestos en los que se admite el documento privado. Las solicitudes de inscripción por muy expresas o tácitas que sean (artículo 39 del Reglamento Hipotecario) no pueden provocar nunca una calificación, aunque su ausencia, en algunos casos, si puede generar un defecto que impida la inscripción (véase el artículo 44 del Reglamento Hipotecario y el 50 del mismo texto, para los supuestos de inscripción como una sola finca y los casos de agrupación, división, segregación y agregación). Tampoco creo que las solicitudes de expedición de certificación registral, con posibilidades de generar un asiento de presentación conforme al artículo 416 del Reglamento Hipotecario, puedan ser objeto de calificación aunque provoquen en algunos casos la extensión de notas marginales al ser expedidas (artículo 131 de la Ley Hipotecaria, 32 del Reglamento Hipotecario etc.). La calificación, en su proyección jurídica, exige un acto inscribible o susceptible de serlo y un documento o título que lo contenga.

En principio, por tanto, el Registrador al extender la nota en la solicitud presentada no estaba *calificando* el documento y lo único que estaba realizando era precisar que no se trataba de un *error material* el que se pedía por los interesados que se rectificase y que, por ello, no entraba dentro de su competen-

cia el rectificarlo y que a su entender el posible *error de concepto* no se podía concretar si el mismo tenía su origen en un error o en un defecto del título. El procedimiento del acuerdo rectificatorio o de la resolución judicial, también solicitado subsidiariamente, no procedía a su juicio mientras no exista, cosa que los hechos no demuestran. En suma, lo único que el Registrador "calificó" es el carácter del error para dar paso a su posible procedimiento rectificatorio. Todo ello aun y a pesar de esa coletilla en la que dice que "no se solicita anotación preventiva" y que parece convertir esa nota en calificatoria a la que se refiere el artículo 106 del Reglamento Hipotecario ("nota expresiva del defecto o defectos que éste contenga, los motivos en que se base la calificación y el alcance de ésta"). Aunque se hubiese solicitado la anotación preventiva no hubiese procedido porque, en principio, la calificación fue denegatoria y, en segundo lugar porque caso de ser suspensiva no encajaba dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 66 de la Ley Hipotecaria en relación con el 42 de la misma.

Si no se trataba de una calificación, no procedía a nuestro entender el recurso gubernativo. Los cauces que la Ley marca para la rectificación del Registro en los casos de nulidad o error no discurren nunca por el camino gubernativo del recurso, sino por los señalados en el artículo 40, letras *c* y *d* del mismo. Esto es lo que en el fondo, pero de otra forma, dice la Dirección General: "el recurso gubernativo puede interponerse solamente cuando la calificación del Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando este asiento se ha extendido como sucede en el presente caso... y los derechos que proclama están bajo la salvaguardia de los Tribunales y se producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria". En el segundo considerando de la Resolución es más precisa la Dirección, ya que dice que en este caso el recurso gubernativo "no es el medio idóneo por faltar los presupuestos indispensables para su formalización".

B.—*El problema de la rectificación registral.*—El problema de la rectificación —bien o mal enfocado por nuestra legislación— se estructura sobre la base de la distinción entre errores materiales y errores de concepto y, dentro de dicha clasificación, cabría distinguir los errores que pueden ser rectificables por el Registrador directamente y de los que necesitan el consentimiento de los interesados o la resolución judicial.

La distinción entre errores materiales y de concepto no está muy precisamente perfilada por la legislación hipotecaria, pero pudiera tener ciertas semejanzas —a efectos de su comprensión— con la teoría del error de hecho y el de derecho, aunque la teoría del conocimiento aquí se traduce en una representación externa de un proceso intelectual: la fórmula empleada para la redacción de la inscripción. Parece claro el concepto del error de hecho o material que puede consistir en la omisión de circunstancias equivocación de las mismas o escritura de unas palabras por otras. "sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos". Indudablemente todo error que no reúna estas circunstancias será de concepto, bien sea provocado por la redacción vaga, ambigua o inexacta

del título primitivo o porque al ser expresados en la inscripción se altere o varíe su verdadero sentido.

Órgano legitimado para decidir cuándo se está ante un error material o de concepto es el Registrador de la Propiedad, quien podrá rectificar, por supuesto bajo su responsabilidad, los errores materiales a que se refiere el artículo 213 de la Ley Hipotecaria y los de concepto cuando la inscripción respectiva baste para darlos a conocer. En otros casos se hace necesario el consentimiento de todos los interesados o la decisión judicial. El que el Registrador estime la existencia de un error material o de concepto no supone, como antes hemos apuntado, una calificación sino, una determinación del procedimiento a seguir. Contra su decisión siempre cabrá la demanda judicial, teniendo en cuenta el principio de que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales, ya que la Dirección General de los Registros y del Notariado no puede suplir —como dice la Resolución— “aquellas voluntades o desviarse del procedimiento legal establecido”.

El Registrador en su nota descarta la posibilidad de que se trata de un error material y se inclina más por considerarlo como de concepto, aunque la duda se plantee en el origen del error: no se sabe si se debió a error conceptual del funcionario que extendió el asiento o bien a la redacción vaga, ambigua o inexacta de título. ¿Es posible esta duda sobre el origen del error? Entiendo que sí, ya que el límite legal de la consulta a que se refiere el artículo 273 de la Ley Hipotecaria se ciñe a las materias objeto de la “calificación” y aquí de lo que se trata es de una decisión que inclina el procedimiento a seguir a los efectos de rectificación. Entiendo, además, que en el caso presente no aparece muy claro que la sentencia que provocó la supresión de la cláusula condicional se presentase con la solicitud, pues en caso contrario ya sería más problemático el que la duda pudiera mantenerse. Pudiera ser que la intención del Registrador al plantear la duda fuese llegar a la última conclusión a que la teoría del error en los asientos ofrece: la responsabilidad del Registrador, pues no cabe duda que no es lo mismo el error cometido alterando o variando el sentido del título, que el que se produce por la redacción vaga, ambigua o inexacta del título. En el primero hay responsabilidad y en el segundo no, al ser imputable al Registrador. Digo esto porque si se le presentó el título pudo perfectamente darse cuenta de su redacción vaga, ambigua o inexacta y exigir un “título nuevo” para la rectificación si las partes convienen en ello o así lo declara una sentencia judicial. Así parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley Hipotecaria y el 218 de la misma, que le faculta a una confrontación entre el asiento y el título que lo provocó, pudiendo oponerse a la rectificación.

C. Juzgado especial de bienes eclesiásticos.—Para evitar los efectos de la legislación desamortizadora la Iglesia, las Ordenes y Congregaciones religiosas acudieron al procedimiento indirecto de inscribir los bienes a nombre de personas interpuestas. A los efectos de que dichas entidades pudieran recuperar dichos bienes cuando las personas titulares hubieran fallecido o desaparecido se dictó la Ley de 11 de julio de 1941, complementada por diversas disposiciones posteriores, disponiéndose un procedimiento especial, seguido por los trámites de los incidentes para que la entidad acreditase la verdadera propiedad.

citándose debidamente a herederos y causahabientes de los titulares registrales y los posibles terceros. El procedimiento termina en sentencia, sin recurso.

Este procedimiento no era más que un artilugio legal para solucionar una "inexactitud" registral provocada por un título que adolecía de simulación. Se inscribió tal finca a nombre de tal persona, pero en realidad pertenecía a tal institución. Existía una divergencia —como dirían Carnelutti y Betti— entre el fin práctico y la causa típica del negocio. Y todo ello tanto en el caso de que la persona "interpuesta" fuese la adquirente directa de otra persona o de la eclesiástica que con esta ficticia enajenación tratase de amparar los bienes. Claro que la solución registral del tracto sucesivo no hubiese sido igual para cada caso:

— En el primero, que es el caso contemplado en la resolución, los iniciales adquirentes de la finca, que luego acceden a permutarla, son personas "interpuestas" que adquieren para la Congregación Salesiana, pero que inscriben a su favor, aceptando la donación y las condiciones impuestas en ella.

Al pronunciarse la sentencia del Juzgado especial, no procedía, a mi entender, una cancelación de la inscripción hecha a nombre de los "interpuestos" para que recibiera la de los donantes, sino una inscripción "solucionadora" del tracto a nombre de la Congregación Salesiana, pero con todos los requisitos y circunstancias de la inscripción anterior.

— En el segundo cuando es la entidad eclesiástica la que enajena o dona a persona *interpuesta* para que esta inscriba a su nombre, caso no contemplado en el supuesto, lo procedente sería cancelar dicha inscripción para que reviviese la anterior a nombre de la Congregación.

En el caso de la resolución parece que lo que ocurrió fue lo primero y, por ello, resulta más incomprensible que en base de esa sentencia y al procederse a la nueva inscripción a favor de la Congregación Salesiana se suprimiese la condición que figuraba en la inscripción anterior.

Todo este problema, sin embargo, es ajeno al recurso en el que no pueden ser discutidas estas materias, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir si quieren a los Tribunales ordinarios para contender y ventilar entre sí la validez o nulidad de los títulos o de las obligaciones que en ellos se contengan y sean éstos los que en última instancia decidan si el error procedía del Registrador al redactar el asiento o del título en cuya virtud se practicó la inscripción.

La doctrina de esta resolución ha sido mantenida invariablemente por la Dirección General en una serie de resoluciones que sólo enumeramos en honor a la brevedad: Resoluciones 17 de septiembre y 4 noviembre 1927, 16 de junio de 1948 y 9 de agosto de 1955. aparte la que en números próximos comentaremos y que lleva por fecha 21 de mayo de 1971.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA: JUNTA GENERAL.—1. ES VÁLIDA LA CELEBRACIÓN DE JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA CONVOCADA JUDICIALMENTE EN LA VILLA EN QUE ESTÁ DOMICILIADA LA SOCIEDAD. AUNQUE NO FIGURASE EN LA CONVOCATORIA EL LOCAL EN QUE TENDRÍA LUGAR LA REUNIÓN, QUE SE CELEBRÓ EN EL JUZGADO POR PERNECER CERRADO EL DOMICILIO SOCIAL.—2. EL ACUERDO DE SEPARAR A ALGUNO DE LOS ADMINISTRADORES NO VULNERA EL ORDEN DEL DÍA, YA QUE EN ÉSTE FIGURABA LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—3. DADAS LAS ESPECIALES CIRCUNSTANCIAS, HAY QUE CONSIDERAR CUMPLIDOS LOS TRÁMITES RESPECTO A LA REDACCIÓN Y APROBACIÓN DEL ACTA. (Resolución de 11 de febrero de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 4 de marzo 1970).

Hechos.—El Procurador don Juan Benavente Pérez, en representación de doña María Louise Labiste, conocida también como Dominique Aubriel, y don Antonio Fernández Vicente, como accionistas de la entidad mercantil “Amigos de Carboneras, S. A.”, interpone recurso gubernativo ante el Registrador de Almería por su negativa a inscribir una certificación de un acta de Junta General extraordinaria de la referida sociedad.

Un número de accionistas poseedores de cuatrocientas veinte acciones de las mil que tiene la sociedad “Amigos de Carboneras, S. A.”, domiciliada en la villa de Carboneras, solicitaron del Juzgado de Primera Instancia de Vera, la convocatoria de la Junta General extraordinaria, conforme al siguiente orden del día: a) Renovación del Consejo de Administración de modo total. b) Constatación del estado real económico de la sociedad y nuevas directrices en cuanto a la administración y gestión de la sociedad, así como revisión de los poderes o atribuciones concedidos al Administrador, en su caso.

El Juzgado acordó por Resolución de 13 de agosto de 1969 que la Junta extraordinaria tuviera lugar el 11 de septiembre del mismo año, a las once horas en primera convocatoria y en segunda a la misma hora del día siguiente, para el caso de no existir “quorum” en la primera, designando al letrado don Antonio Jurado Jiménez para presidirla. El día 12 de septiembre a las doce y media, se celebró en los locales del Juzgado de Paz de Carboneras la referida Junta General y con asistencia de cuatro socios poseedores de seiscientos setenta acciones de mil pesetas, siendo mil el total de ellas y un millón el capital social, acordó respecto del punto primero nombrar consejeros a los siguientes señores: don Alfred Ange Auguste Tomatis (como presidente), don Antonio Fernández Vicente (como secretario), don Pedro Martínez Guijarro, don Edgar Pillet y don Marcel Antonine Raphael Guy, quienes aceptaron en el mismo acto sus respectivos cargos, menos el señor Martínez Guijarro, que no había asistido a la Junta.

Presentada en el Registro Mercantil de Almería certificación legitimada notarialmente del acta reseñada fue calificada por el Registrador del siguiente tenor: “No admitida la inscripción de la precedente certificación que fue reintegrada a esta oficina el día 25 de septiembre último, acompañada del “Boletín Oficial del Estado”, número 201 y una certificación expedida por don Pedro Mulero Navarro, secretario del Juzgado de Primera Instancia del Juzgado

de Vera, fecha 16 de septiembre último, por los defectos insubsanables siguientes: 1.º No constar en la convocatoria de la Junta el lugar de la celebración de ella, ya que no se ha efectuado en el domicilio social ni se trata de Junta universal (artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre de 1967), 2.º No consignarse tampoco en dicha convocatoria, como asunto a tratar, el de la separación de los administradores de la sociedad, lo que resulta obligado, pues sin previa separación no puede verificarse la renovación total del Consejo de Administración (artículos 53, 73 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas), y 3.º No establecerse en la referida Junta, sin constar en los Estatutos, la forma de renovación parcial del Consejo de Administración nombrado, por tratarse de renovación total del mismo (artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas). Se observan, además, los siguientes subsanables: 1.º No acreditarse el requerimiento notarial previo a los administradores para la convocatoria de la Junta, que requiere el artículo 11 de los Estatutos Sociales. 2.º No justificarse con la certificación legitimada correspondiente que se haya vertido referida Acta de la Junta al Libro de Actas de Juntas Generales de la Sociedad que exista, al respectivo habilitado al efecto (artículo 33 del Código de comercio y artículos 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil) y 3.º En cuanto a nombramiento del consejero señor Martínez Guijarro, a falta de documento acreditativo de su aceptación, conforme al artículo 108 del citado Reglamento. La naturaleza insubsanable de los tres defectos primeramente expresados, no permite anotación preventiva”.

Frente a esta calificación y por el citado Procurador, en la representación ostentada, se interpuso el correspondiente recurso de reforma y subsidiariamente el gubernativo, alegándose los siguientes argumentos en su defensa: el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige más que las Juntas se celebren en la localidad donde tenga la sociedad su domicilio y el día de la convocatoria, no señalando el artículo 53 la expresión del local; la Junta tuvo lugar en Carboneras, lugar del domicilio del presidente que no quiso convocar dicha Junta y que por eso se acudió al Juzgado para su convocatoria y que la reunión quiso celebrarse en los locales de la Sociedad, pero al permanecer cerradas sus puertas, el Comisionado por el Juez decidió celebrar la misma en el Juzgado, pues de otra forma no hubiese podido realizarse; que dejaron de asistir el presente y el secretario, los cuales no pueden alegar ignorancia dada la publicidad de la convocatoria; que la cita de la Sentencia de 25 noviembre 1967 no es procedente ya que se trataba de una Junta de sociedad domiciliada en Madrid y que se celebró en Barcelona y que en el presente caso la distancia entre el domicilio y el Juzgado era de doscientos metros. Respecto del segundo defecto, se estima que no era preciso fijar en la convocatoria la separación de administradores, ya que figuraba en la misma la renovación total del Consejo que lleva implícito lo primero, aparte de la facultad que a la Junta concede el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas y que en la realidad se redujo a la sustitución de un consejero. En cuanto al tercer defecto conforme al artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas, es cierto que la renovación debe hacerse parcialmente cuando la Administración se confíe a varias personas, pero sin que se determine forma y tiempo (artículos 71 y 72), por lo que no

puede hablarse de transgresión de norma, y menos en el caso presente que sólo existía un administrador. Por último, en cuanto a los defectos subsanables se dice que se cumplió debidamente el requerimiento hecho al administrador, como se acreditó ante el Juez, que el acta no se pasó al Libro por no encontrarse, habiendo quedado copia del acta en el Juzgado, y que la falta de aceptación del señor Martínez Guijarro es potestativo del mismo su decisión y caso de no hacerse se procederá a cubrir su vacante.

El Registrador mantuvo su calificación a pesar de dichas alegaciones, considerando necesaria la fijación del domicilio o lugar de celebración de la Junta; que la Sentencia citada prueba a "sensu contrario" la necesidad de consignar el lugar de celebración salvo que se trate de Junta universal; que salvo que sea universal la Junta, no puede dejar de incluirse en la convocatoria la separación de los consejeros, pese a la facultad del artículo 75 que lo autoriza en cualquier tiempo, pero no al momento de celebración de la misma; que conforme al artículo 53 la separación debe ser expresa y terminante y no inducida; que la Resolución de 26 febrero de 1953 sólo admite la separación no incluida en la orden del día en caso de rendición de cuentas, y que la ley sólo admite una excepción a todo ello como se deduce del artículo 80; que la delegación de facultades del Consejo en el Presidente es un supuesto de designación de consejero delegado (conforme al artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas), que es algo muy distinto del Administrador único. Por último, que al ser admitidos por el recurrente los defectos subsanables, el recurso sólo se refiere a la denegación.

Doctrina.—La Dirección General de los Registros y Notariado acuerda revocar los tres defectos insubsanables y el segundo subsanable de la nota del Registrador en el recurso gubernativo entablado contra la decisión registral en el de reforma interpuesto. Su doctrina es la siguiente:

"Considerando que en cuanto al primer defecto de la nota, es necesario resaltar la trascendencia que la convocatoria y el lugar de celebración de las Juntas tiene, porque como parece elemental y obvio, sólo su conocimiento previo y con exactitud permitirá al accionista asistir a la misma con la posibilidad de intervenir en los debates y discusiones planteados, exponer su criterio y en definitiva ejercitar el derecho de voto, que en su caso sancionará los acuerdos que se adopten y han de regir la vida social;

Considerando que en consonancia con lo anterior, el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la necesidad ineludible de fijar en el anuncio de la convocatoria la fecha en que se reunirá la Junta, y por otra parte el artículo 63 exige que la misma se celebre "en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio", sin que necesariamente haya de ser la reunión en este último sitio, pues en ocasiones podría parecer conveniente hacerlo en otro lugar más cómodo, sin que por ello el interés del accionista resulte lesionado si, en efecto, ha tenido en tiempo oportuno conocimiento de esta circunstancia;

Considerando que al no contener la Ley de Sociedades Anónimas ninguna prevención acerca de la obligatoriedad de hacer constar en el anuncio de la convocatoria el lugar, siempre dentro de la localidad del domicilio social, donde ha de reunirse la Junta, y aunque casi siempre los propios estatutos con debido acatamiento a la norma del artículo 63 establezcan la forma en que

los administradores darán cumplimiento a esta circunstancia, no cabe duda que, en la mayoría de los casos, la falta de publicidad o de consignación en la convocatoria de local distinto al del domicilio social donde la Junta ha de celebrarse, implica en principio una falta de conocimiento en el accionista, que puede motivar su no posibilidad de impugnar los acuerdos que, en su caso, hubieran podido adoptarse;

Considerando que, ello no obstante, hay supuestos en que, en Sociedades Anónimas de escaso número de socios, la celebración de la Junta en lugar distinto del domicilio social sin haberlo indicado previamente en la convocatoria puede, por las especiales circunstancias que lo motivan, no implicar por parte de los socios un desconocimiento de la reunión —aparte, claro es. del caso de Junta universal—, y que amparar entonces una falta de asistencia —máxime cuando se trata de un requisito esencial de la convocatoria— que ha tenido su origen, no en tal desconocimiento, sino en una positiva y cierta voluntad de impedir la celebración de la Junta, supondría autorizar y convalidar una conducta dirigida a paralizar la actuación de los órganos sociales, con los obligados perjuicios para la sociedad así como a los propios accionistas, que se encontrarían desprovistos de la facultad de censurar la gestión de los administradores;

Considerando que, en efecto, en el presente supuesto de sociedad anónima cuasi familiar se advierte una decidida actitud contraria a la celebración de la Junta general, por parte del presidente y secretario del Consejo de Administración frente a la mayor parte de los socios, según se deduce de la certificación del acta de la Junta, calificada, ya que al haberse tenido que convocar por el Juez de la Primera Instancia conforme al artículo 57, se impide con la conducta adoptada de cerrar las oficinas de la Empresa, que pueda celebrarse en el propio local del domicilio social, por lo que hubo de reunirse en el Juzgado de Paz de la misma villa de Carboneras, lugar de aquel domicilio social, con una asistencia de cuatro socios representantes del 67 por 100 del capital, quedando fuera los mencionados presidente y secretario, circunstancias extraordinarias que abonan no tomar en consideración el defecto dado que el escaso número de edificios de la localidad y su misma cercanía permitían enterarse fácilmente dónde iba a celebrarse la Junta; que la designación del sitio exacto de celebración dentro de la localidad donde la sociedad esté domiciliada no es mención expresamente exigida por las leyes vigentes, y por último, que no puede darse por legítima —ni digna de protección por vía interpretativa, cumplidos todos los trámites legales de convocatoria— una conducta que tiende a desconocer y dejar sin efecto lo ordenado por la Autoridad judicial y de la que caso de derivarse daño o perjuicio, siempre serían responsables sus mismos autores;

Considerando en cuanto al segundo defecto de la nota que si la expresión orden del día con todos los asuntos que ha de tratarse, es otra de las menciones que exige el artículo 53 se haga en el anuncio de la convocatoria a fin de que el accionista conozca con anticipación las materias a discutir, y no pueda entrarse en el examen de aquéllas que de una manera clara no han figurado en el expresado orden del día, en el caso cuestionado no se ha vulnerado el mencionado precepto legal, al hacerse constar en aquél que una de las finalidades de la Junta era la renovación del Consejo de Administración, ya que

es presupuesto lógico y necesario para que esto sea posible, la separación o revocación del nombramiento de todos o algunos de los actuales;

Considerando que en cuanto al tercer defecto, que el artículo 73 se refiere a la "renovación" parcial del Consejo de Administración en circunstancias que pudieran entenderse como normales, mientras que el artículo 75 al establecer la separación de los administradores "en cualquier momento" concede una facultad sancionadora o defensiva a la Junta general y está redactado para situaciones extraordinarias o anormales por lo que no hay ninguna incompatibilidad entre el contenido de los dos preceptos, y permite que la Junta pueda proceder a la destitución de uno o varios administradores, sin tener que someterse a aquella norma de renovación parcial, facultad omnimoda de la Junta que tiene un claro fundamento en el principio de libre revocabilidad de los administradores, sancionado en todas las legislaciones;

Considerando en cuanto a los defectos subsanables, y pese a que el funcionario calificador no entra en su examen por entender que no se ha recurrido respecto de ellos, no parece deducirse esto del escrito interpuesto, en donde no sólo se solicita por el recurrente la totalidad de la revocación de la nota, sino que igualmente se intenta justificar que ello tenga lugar tras exponer los pertinentes argumentos en defensa de su posición, si bien en cuanto al tercero de los defectos reconoce que procede lo exigido por el Registrador —aceptación del Administrador— aunque esta circunstancia sea ajena a la Sociedad, y la existencia del defecto impedirá, tan sólo la inscripción de este nombramiento de administrador, pero no de los restantes;

Considerando pues, en cuanto al primero de los defectos subsanables, que según el artículo 54 del Reglamento del Registro Mercantil, sólo podrán ser discutidas en el recurso las cuestiones basadas en los documentos presentados en tiempo y forma, sin que baste —como en este caso— el ofrecimiento de presentación del testimonio de las actuaciones judiciales, pues al no tenerlo a la vista el Registrador, le han faltado los elementos de juicio necesarios para la debida calificación;

Considerando, por último, en cuanto al segundo de los defectos subsanables, que dadas las circunstancias especiales de oposición a que se celebre la Junta, por parte de algún administrador, que motivó tuviera lugar fuera del domicilio social, es natural que el acta de la Junta no se transcribiera en el Libro correspondiente, que no pudo encontrarse ni se entregó con posterioridad por el secretario, pese a haber sido requerido para ello, pero las medidas de garantía y seguridad adoptadas por el presidente de la Junta —persona que actuaba como delegado de la Autoridad judicial— permiten entender cumplidos los requisitos legales, dado que la certificación presentada es copia de la que se encuentra archivada en el propio Juzgado y constituye reflejo auténtico de lo ocurrido en la sesión y de los acuerdos adoptados".

Consideraciones críticas.—Lo más conveniente, ya que así parece estructurarse la Resolución, es dividir la materia en dos grandes partes: una referida a las faltas insubsanables así calificadas por el Registrador y otra destinada a las subsanables, sin perjuicio de que en cada parte hagamos una especial mención de cada uno de los defectos alegados en la nota por el funcionario.

A.—Defectos insubsanables.—Conforme a la nota hemos visto que son tres:

el primero es la falta de constancia en la convocatoria el lugar de celebración de la Junta; el segundo se refiere a la ausencia de la materia a tratar en la misma y el tercero no constar en la referida Junta la forma de renovación parcial del Consejo de Administración. Prácticamente, son estos tres problemas los que ocupan la mayor parte de los considerandos de la Resolución y a los cuales en forma separada les vamos a dedicar un comentario.

a.—*Precisión de circunstancias de la celebración de Junta general.*—Del conjugado examen de preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas y preceptos complementarios se deduce que toda convocatoria de Junta general debe contener como mínimo los siguientes requisitos: ser convocada mediante anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado” y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, por lo menos con quince días antes de la fecha fijada para su celebración, expresándose en dicho anuncio “la fecha” de la reunión y “todos los asuntos” que han de tratarse. Del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas así se deduce, añadiendo el artículo 63, que las Juntas generales se celebrarán en la “localidad” donde la Sociedad tenga su domicilio.

Esta parece ser la normativa legal en torno a los requisitos de la convocatoria, pero no hay que olvidar, conforme dice Rubio y García Mina, que la norma del artículo 63 que impone la reunión de la Junta en donde la sociedad tenga su domicilio es de carácter inderogable, como consecuencia de la del artículo 5.º, que establece rígidamente esta cláusula para evitar, en garantía de socios y acreedores, localizaciones amañadas de Juntas con propósitos irregulares (salvo el caso de Junta universal a que se refiere el artículo 119 del Reglamento del Registro Mercantil).

Por ello, sigue diciendo dicho autor, aunque la ley no alude directamente en el párrafo 2.º del artículo 53, que fija los requisitos de la convocatoria al local (edificio) de la reunión, probablemente por entender queda establecido por el apartado e) del número 3.º del artículo 11 (así interpreta el artículo 105 del Reglamento del Registro Mercantil), si no se especifica claramente en la convocatoria la concurrencia en un local distinto, podrá considerarse la Junta mal convocada.

Garrigues-Uría, en sus conocidos comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, consideran que aunque la Ley no haga referencia al lugar de celebración de la Junta, no debe omitirse esta mención, imprescindible para que el accionista pueda acudir a la asamblea: No basta saber que el artículo 63 de la Ley ordena la celebración de la Junta en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, pues la Junta aún reuniéndose en la localidad en que esté domiciliada la sociedad puede hacerlo en local distinto del domicilio social. Lo correcto será mencionar la localidad, calle, número del inmueble en que la Junta ha de celebrarse.

Conforme a todo ello parece ser que la convocatoria no era “correcta”, ya que si bien expresaba localidad y hora, no especificaba el posible “lugar” distinto de celebración de la Junta, lo cual, como dice la Dirección General, “implica en principio una falta de conocimiento en el accionista, que puede motivar su no asistencia a la Junta, una lesión a sus derechos como socio y, por tanto, la posibilidad de impugnar los acuerdos que, en su caso hubieran podido adop-

tarse”, todo ello conforme al artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas.

No obstante, en el caso que contempla la resolución, esta posible anomalía jurídica viene justificada por razones de “equidad” y sobre la base de los hechos ocurridos. Aceptando que la convocatoria de la Junta “en su literalidad legal” pudiera reputarse bien hecha, lo que no podría admitirse es que la Junta se celebrase en un lugar distinto del “*domicilio*” de la sociedad sin que “claramente la convocatoria lo hubiera previsto”.

Es evidente que la actitud del presidente y secretario no asistiendo a la Junta y obstaculizando la celebración de la misma evidenciaban su propósito de evitar que ésta se celebrase, pero ello no es argumento bastante para justificar la celebración de la Junta en lugar distinto, en este caso el Juzgado de Paz. Lo procedente en este caso hubiese sido pedir autorización judicial, previo levantamiento de acta notarial de imposibilidad de realizar la Junta por hallarse cerrado el local social, para penetrar en el mismo y celebrar la Junta en el lugar a que “implícitamente” se estaba refiriendo la convocatoria.

La Dirección General, invocando razones morales y de equidad, valora actitudes y define conductas que podrían llevar a una situación injusta caso de haber solucionado el recurso en otra forma, pero ello puede resultar enormemente peligroso en casos sucesivos en los que una “aparente” imposibilidad lleve a la celebración de Juntas en sitios distintos del domicilio social.

b.—*Precisión de los asuntos a tratar.*—Como hemos visto, el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas impone que en la convocatoria se haga constar “todos” los asuntos que han de tratarse”. La calificación registral estimó que no se hacía constar en dicha convocatoria “la separación de los administradores”, aunque sí la “renovación del Consejo de Administración”. Ello lo aprovecha la Dirección General y estima que cuando la convocatoria dice “renovación del Consejo” ello supone o lleva implícito la separación o revocación del nombramiento de todos o alguno de los administradores.

Dicen Garrigues-Uría que el contenido del anuncio de la convocatoria debe llevar lo que la Ley llama “orden del día” (artículos 64, 65 y 80) o, lo que es lo mismo, la relación de cuantos asuntos hayan de tratarse en la decisión de la asamblea. El accionista necesita conocer anticipadamente los asuntos sobre los cuales ha de manifestar su voluntad emitiendo el voto, y de ahí que sea absolutamente procedente esa exigencia legal que no hace más que recoger una práctica inveterada. El orden del día debe ser claro y completo, desterrándose del mismo expresiones genéricas que por su ambigüedad solamente puedan dar una idea aproximada de los asuntos sometidos a la Junta. Para que el “orden del día” sea completo deberá comprender todos y cada uno de los asuntos sobre los que ha de manifestarse la voluntad de la Junta, pues la misma no puede adoptar acuerdos válidos sobre materias que no figuran en la orden del día (artículo 48), confirmando dicho aserto en virtud del artículo 80, que permite ejercer acción de responsabilidad contra los administradores por los asuntos que no figuren en el orden del día. Esto no obstante acaso el principio no debe llevarse a sus últimas consecuencias, pues por razones de verdadera urgencia en casos excepcionales es aconsejable admitir que las Juntas puedan acordar sobre algún asunto que no figure en el orden del día.

Aunque esta opinión doctrinal parezca decidir la cuestión, todo puede de-

pender también del criterio interpretativo que se utilice para “descifrar” las convocatorias y en este aspecto la Dirección —con un criterio progresivo, pero no exento de peligrosidad— descarta la literalidad y se atiende a las consecuencias que en “cascada” pueden aparecer de actos comprendidos en el “orden del día”. Siguiendo una línea de interpretación amplia en la que el poder para practicar participaciones hereditarias supone la autorización para la “aceptación” de la herencia, y la autorización para hipotecar lleva consigo la de enajenar se llega al caso presente en el que la renovación del Consejo supone la separación o revocación de todos o alguno de los administradores.

Quizá hubiese sido mejor argumento —aparte la razón equitativa que guía al supuesto— el haber utilizado el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas en el que se faculta a la Junta general “en cualquier momento” para separar a los administradores, sin que pueda alegarse la necesidad de que ésta sea parcial como parece exigir el artículo 73 de la misma Ley, pues este artículo, según criterio de Garrigues-Uría, sólo entra en funciones al finalizar el período por el cual fue nombrado el administrador, permitiendo distinguir el término “renovación” al cual se refiere el artículo 73 y el de “separación” al que alude el artículo 75. Y aunque la convocatoria hablaba de “renovación”, al utilizar la expresión “*de modo total*” permitía admitir la idea de la separación, ya que la renovación hemos visto que sólo puede ser parcial. Ese argumento junto con la idea de que “por razones de verdadera urgencia en casos excepcionales es aconsejable admitir que las Juntas puedan acordar sobre algún asunto que no figure en el orden del día”, hubiesen supuesto razones de más densidad a la solución.

c.—*Falta de expresión de la forma de renovación.*—Es el defecto de menor entidad que el Registrador utiliza, sobre todo habiéndose ya superado por la doctrina la idea de que el artículo 73 no es incompatible con el 75 de la Ley de Sociedades Anónimas. Prácticamente este es el argumento que utiliza la Dirección General y sobre el cual estimamos no merece la pena extenderse.

B.—*Defectos subsanables.*—La Dirección General mantiene dos de los defectos subsanables señalados por el Registrador y revoca el segundo todo aún y a pesar de que el Registrador no entra en el examen de los mismos por entender que no se ha recurrido respecto de ellos, cosa que no se deduce del escrito del recurrente en el que se solicita la revocación “total” de la nota.

El Registrador señalaba correctamente que no se había acreditado el requerimiento notarial previo a los administradores y que no podía inscribir el nombramiento del administrador señor Martínez Guijarro, porque no había aceptado. Estos dos defectos los mantiene la Dirección General. El primero sobre la base de que “sólo pueden ser discutidas en el recurso de las cuestiones basadas en los documentos presentados en tiempo y forma, sin que baste —como en este caso— el ofrecimiento de la presentación”. Todo ello conforme con el artículo 54 del Reglamento del Registro Mercantil. La falta de aceptación de uno de los administradores nombrados impide su inscripción, pues si bien el artículo 86,5 del Reglamento del Registro Mercantil parece dar a entender que será inscribible solamente “el nombramiento” debe de ser entendido dicho precepto en relación con el 108 del mismo que regula la forma de la aceptación. El nombramiento no se perfecciona —como las donaciones— hasta su aceptación.

Revoca el segundo de los defectos que el Registrador señalaba en torno a la certificación legitimada del acta de la Junta y no del Libro del actas, ya que las medidas de seguridad y garantía tomadas por la persona que actuaba como delegado de la Autoridad judicial —archivo de copia del acta en el propio Juzgado— constituyen un fiel reflejo de lo ocurrido en la sesión. Creo que esta decisión de la Dirección debe ser recibida con auténtico “aplauzo” jurídico al haber sabido interpretar con tanta flexibilidad un requisito legal.

SOCIEDAD ANÓNIMA.—JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA.—NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO ESTATUTARIO QUE ESTABLECE QUE LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA SE HARÁ MEDIANTE CARTA CERTIFICADA, SIN AJUSTARSE A LOS REQUISITOS FORMALES SEÑALADOS PARA LA ORDINARIA. (Resolución de 23 de abril de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 3 de junio de 1970).

Hechos.—El 11 de noviembre de 1969 el Notario de La Bisbal, don Mariano Navarro Castelló autoriza una escritura de constitución de la Sociedad “Catalia, S. A.”, en cuyos estatutos se encuentra el siguiente precepto: artículo 29 “La convocatoria para la Junta general extraordinaria no necesitará de los requisitos formales exigidos para la ordinaria y se hará mediante notificación personal a cada accionista, por carta certificada y con acuse de recibo”.

Esta escritura se presentó en el Registro Mercantil de Gerona y fue calificada con la siguiente nota: “No admitida la inscripción del precedente documento por cuanto el artículo 29 de los Estatutos de la Sociedad en el mismo constituida infringe lo que respecto a los requisitos de publicidad para las convocatorias de las Juntas estatuye el artículo 5 en relación con el 54, 55 y concordantes de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas; todo ello teniendo en cuenta la interpretación que de los citados preceptos hace la Exposición de Motivos de la propia Ley, la doctrina de los autores y las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964. El citado defecto se califica de insubsanable, por lo que no procede tomar anotación preventiva”.

El Notario autorizante de la escritura interpone el correspondiente recurso de reforma y subsidiariamente el gubernativo contra la anterior calificación en el que los argumentos fundamentales se reducen a aducir que en sociedades de tipo personalista de un corto número de accionistas no parece articularse todo el sistema de publicidad de convocatoria que se emplea para las grandes sociedades, aparte de que dentro de la Ley de Sociedades Anónimas no se encuentra un precepto que indique la necesidad de la publicación en el “Boletín Oficial” y en un periódico de difusión para la convocatoria de la Junta extraordinaria, lo cual permite la aplicación subsidiaria del Código civil en el cual el artículo 1.255 admite el principio de autonomía de la voluntad, sin que sea obstáculo la Exposición de Motivos de la citada Ley de Sociedades Anónimas, que al regular la publicidad de las reuniones de las Juntas no equipara a la ordinaria con la extraordinaria, aparte de que las sentencias citadas en la nota calificadora no se refieren al mismo problema suscitado, ya que la primera supone una convocatoria judicial y la segunda parece sustentar una opinión contraria a la sostenida por la calificación. Por supuesto, el defecto en último extremo debe calificarse

como subsanable, ya que la redacción de un artículo estatutario nunca podría suponer la anulación de la constitución de la sociedad, dando lugar a una impugnabilidad del acuerdo social.

El Reigstrador Mercantil dictó acuerdo manteniendo la calificación en base de una contradicción de los argumentos empleados por el recurrente, diciendo que claramente de la 'Exposición de Motivos se deduce la equiparación de las Juntas ordinaria y extraordinaria, así como de los artículos 53, 54 y 55 de la Ley de Sociedades Anónimas, no pudiendo ser alegado el Código civil en su artículo 1.255, con su principio de libertad, ya que la Ley de Sociedades Anónimas supone un caso de limitación en este aspecto y que tanto la doctrina como las citadas sentencias, claramente permiten deducir lo contrario de lo alegado por el recurrente. Por último, tanto el artículo 44 como el 5 del Reglamento Mercantil exigen y obligan al Registrador a denegar la inscripción si el título contuviera alguna falta por no contener los requisitos legales el título presentado, pudiendo entrar dentro de las insubsanables.

Doctrina.—La Dirección General de los Registros y Notariado en el recurso gubernativo contra la decisión registral del de reforma, acuerda confirmar la nota del Registro si bien cambiando el carácter de la misma, pues el defecto se califica como de subsanable. Se basa en las siguientes razones:

“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si los requisitos formales establecidos por la Ley de Sociedades Anónimas para la convocatoria de Junta General son de aplicación tanto para la ordinaria como para las extraordinarias, y en consecuencia si es inscribible la cláusula estatutaria que establece que la convocatoria de la Junta General extraordinaria se haga solamente mediante notificación personal a cada accionista con acuse de recibo;

Considerando que en la vigente legislación sobre sociedades anónimas se mantiene un ordenamiento jurídico unitario tanto para la gran sociedad, que cotiza sus títulos en Bolsa y acude al ahorro público para su financiación —para la que indudablemente está pensada la Ley— como a la pequeña sociedad de carácter familiar o causi-familiar, basada en “el intuitus personae” con pactos que limitan la libre transmisión de las acciones, para impedir la libre entrada o salida de sus miembros, y esta unidad de ordenamiento para ambas situaciones no deja de producir en ocasiones, sobre todo para las últimas, tensiones difíciles de solucionar, máxime frente a la rigidez de algunas normas legales por lo que de “iure condendo” se ha afirmado la conveniencia de una regulación diferente para los dos tipos de sociedad, como ha ocurrido ya en algunas legislaciones y en otras se está en vías de proyecto para realizarlo;

Considerando que aun cuando a estas sociedades familiares se pretendió encuadrarlas dentro del marco de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, no siempre resulta adecuado este tipo de sociedad —pese a su mayor flexibilidad, y a que desde la Ley de 5 de diciembre de 1968 se aumentó el tope de la cifra capital— y por eso continúa acudiéndose a la forma de Sociedad Anónima con el consiguiente obstáculo de una mayor exigencia de formalidades cuyo incumplimiento comporta graves consecuencias para la Sociedad —normalmente la nulidad del acto— y que una jurisprudencia progresiva ha de tratar de salvar, en la medida de lo posible, y siempre con el debido acatamiento a las disposiciones legales de tipo imperativo que no cabe desconocer;

Considerando que el presente caso, la validez de la cláusula discutida podría fundarse en que la Ley de Sociedades Anónimas al establecer los requisitos de convocatoria de las Juntas en los artículos 48, 49 y 53 se refiere literalmente a las ordinarias, en tanto que en los artículos 54 y 55 emplea tan sólo los términos “Junta General” y “Junta”. respectivamente, para aludir en el artículo 56 a la convocatoria de la Junta General extraordinaria sin indicar en este último, si se precisan, también, los requisitos establecidos en el artículo 53 para las ordinarias, pero es lo cierto, que al emplear la ley estos términos en forma poco precisa y al asimilar el artículo 57, 2.º ambos tipos de Juntas en las convocatorias judiciales, hay que deducir que para la convocatoria de unas y otras deben cumplirse los mismos requisitos, lo que no podría ser de otro modo pues los motivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer las formalidades de convocatoria tiene todavía una mayor razón de ser cuando se trata de Juntas extraordinarias, dada su peculiar naturaleza, ya que no tienen una época determinada de celebración, lo que obliga a extremar más el cuidado, a fin de que todos los interesados tengan el debido conocimiento de la reunión;

Considerando que idéntica solución manifiesta el Tribunal Supremo en las Sentencias de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964 sobre todo en la primera en donde una Junta extraordinaria de una Sociedad Anónima convocada de acuerdo con el artículo 13 de sus estatutos —inscrita por cierto la cláusula en el Registro Mercantil— que permitía que se omitiese el anuncio de su celebración en el “Boletín Oficial del Estado” sin dar cumplimiento por tanto a lo ordenado en el artículo 53 de la Ley, declaró que carecía de validez, porque cualquiera que sea el carácter de la Junta si no se ha cumplido con toda exactitud cuando la Ley exige, “se imprime tacha a la Junta que con tan insalvables defectos iniciales, haya podido celebrarse”.

Consideraciones críticas.—La resolución que se nos ofrece es un prodigio de equilibrio tratando de llegar en sus conclusiones a lo que técnicamente se denomina jurisprudencia progresiva y, por supuesto, mantener la constante “paridad” interpretativa con las soluciones dadas por el Tribunal Supremo. La resolución resuelve un caso de interpretación legal en orden a los requisitos de convocatoria de la Junta general, pero incidentalmente hace alusión a un problema de la pequeña Sociedad Anónima a la que con tanta insistencia está aludiendo en sus estudios La Cámara. La solución final del carácter subsanable de la falta resuelve el problema de fondo de la validez o nulidad de la escritura constitucional. Breves han de ser nuestros comentarios. Por un orden anárquico vamos a exponer los problemas:

A.—*Las Sociedades Anónimas familiares.*—Doctrinalmente la distinción entre sociedades personalistas y capitalistas, y dentro de estas últimas las llamadas sociedades abiertas y cerradas, ha sido difundido con cierta prudencia por diversos autores prestigiosos, siendo Manuel de la Cámara (“Estudios de Derecho Mercantil” Centro de Estudios Tributarios Madrid 1972) el que ha intentado sacar sus últimas conclusiones. Una cosa —dice el autor— es que las condiciones personales de los socios sean jurídicamente irrelevantes, y otra el hecho de que no le importe a la sociedad quiénes sean sus accionistas. Nunca, por muy anónima que sea la sociedad, es indiferente la persona del socio. Dentro de ellas cabe incluir de una parte las sociedades “familiares”, sino también a las

entidades, a veces de gran envergadura económica, que pertenecen a un círculo selecto y reducido de poderosos financieros. Puede ser la versión española de lo que en el derecho anglosajón se denomina "clase corporation". En la sociedad anónima cerrada el "intuitus personae" vuelve por sus fueros y pasa a ser de nuevo ingrediente fundamental. Su triunfo más importante lo obtiene gracias a las limitaciones estatutarias a la transmisión de acciones. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo dio un gran paso en el proceso de "personalización" de la sociedad anónima a través de la conocida Sentencia 5 abril de 1961, sin perjuicio de que luego retroceda sensiblemente en esta línea progresiva a través de la Sentencia de 17 abril de 1967 que afirma que la ley "no tiene para nada en cuenta las condiciones personales de los socios, pues en ella el "intuitus personae" está sustituido por el "intuitus pecuniae".

La Cámara, sin embargo, sigue creyendo en esta especie de sociedades —cuya existencia acusa indudablemente la resolución comentada—, pero a la hora de perfilar sus posibles modalidades sólo hace referencia a la transmisión de la cualidad de socio, la dirección y administración de la sociedad y el derecho de información y examen de cuentas, no abordando el problema de los requisitos de las convocatorias.

Sea cualquiera la precisión doctrinal a este respecto sobre la existencia de estas sociedades y su posible "provenir" en torno a una economía que exige una gran acumulación de capitales para una lucha competitiva —de producto, de publicidad, de distribución y de ventas— es lo cierto que a la hora de la realidad legislativa la normativa se considera "unitaria" y de ahí que si lo ideal sería "exigir la publicación del anuncio en otros diarios o periódicos e incluso que la convocatoria se curse personalmente por carta o telegrama", no bastan estos últimos requisitos si no se cumplen los exigidos expresamente por la Ley para toda clase de sociedades.

B—*Requisitos de convocatoria de la Junta extraordinaria.*—Toda la argumentación de la Dirección General —al distinguir las dos posibles clases de sociedad anónima y prever la posibilidad de una regulación diferente en su día— se queda reducida a una afirmación de "unitarismo" normativo y a un criterio de asimilación del carácter de las Juntas al amparo del artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La argumentación legal parece difícil de "superar" pero en cierto modo la entiendo rigurosa. La Resolución dice que los "motivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer las formalidades de convocatoria, tiene todavía una mayor razón de ser cuando se trata de Juntas extraordinarias, dada su peculiar naturaleza, ya que no tiene una época determinada de celebración, lo que obliga a extremar más el cuidado a fin de que todos los interesados tengan el debido conocimiento de la reunión", pero ese argumento puede utilizarse en contra si examinamos a la luz de la realidad las dos fórmulas que se proponen: una de ellas es la legal, exige publicación en el "Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación mientras que la fórmula estatutaria determina notificación personal a cada accionista —evidente valoración del "intuitus personae"—, carta certificada y acuse de recibo; los interesados preguntado, ¿quedan más enterados por el "Boletín Oficial del Estado", periódico

ciertamente muy leído, y la inserción del anuncio en un periódico de mayor circulación o por una carta personal, certificada y con acuse de recibo?

El legislador, cuando de recaudación de tributos se trata, no acude a la publicidad que el periódico oficial proporciona, dando vida a la máxima de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", sino que se asegura con notificaciones "intuitus personae" con acuse de recibo. ¿Por qué será esto?

C.—*Consecuencias de la falta de legalidad del artículo estatutario.*—No cabe duda, que la posible invalidez, nulidad o irregularidad de la cláusula estatutaria en la que se fijan la convocatoria de la Junta extraordinaria no proyecta su defecto en el resto de la constitución social y de ahí que el defecto calificado por el Registrador como insubsanable —que obligaría a una nueva redacción, otorgamiento y autorización de escritura pública— es insostenible. Cabría alegar aquí toda la teoría del negocio jurídico y de sus cláusulas esenciales y accidentales, pero considero que una posible "desviación" legal (muy dudosa, ya que no está lo suficientemente clara), no puede provocar nada menos que la consideración de una nulidad en la voluntad constitucional de la sociedad. Es ni más ni menos que un defecto subsanable, como claramente afirma la Dirección.

INVERSIONES EXTRANJERAS.—EL RÉGIMEN APLICABLE AL SÚBDITO EXTRANJERO CON RESIDENCIA EN ESPAÑA QUE QUIERE INVERTIR CAPITAL ÍNTEGRAMENTE NACIONAL EN SOCIEDADES ESPAÑOLAS, SERÁ EL GENERAL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SALVO LO ESTIPULADO EN TRATADOS INTERNACIONALES. (Resolución de 22 de julio de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 9 de septiembre de 1970).

Hechos.—Por escritura de 4 de diciembre de 1962, que se otorgó ante el Notario de Barcelona, don José Gramunt Subiela, se constituyó la Compañía Mercantil "Nativa, S. A.", que fue inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el 2 de junio de 1964, con un capital de quinientas mil pesetas, representado por doscientas acciones de dos mil quinientas pesetas cada una, de las cuales ciento noventa y siete pertenecían a don Roger Cantaloup Bruno, de nacionalidad francesa y residente desde hacía tiempo en Barcelona, donde ejercía el comercio; una acción pertenece a doña Simone Rossignol de Cantaloup; otra a doña Suzanne Camps de Rossignol y la acción restante a "Prenatal, Sociedad Anónima".

Posteriormente y en Junta General extraordinaria celebrada el día 2 de marzo de 1967, se acuerda aumentar el capital social en quinientas mil pesetas representadas por doscientas nuevas acciones de dos mil quinientas pesetas cada una, que se adjudicaron, previa renuncia de los otros accionistas al ejercicio del derecho de suscripción preferente, en su totalidad a don Roger Cantaloup Bruno por la aportación de un establecimiento mercantil de su propiedad que venía legalmente funcionando bajo el nombre de "Galerías Malda" en la calle del Pino, número 5 de Barcelona. Consecuentemente con ello se reformó el artículo 5 de los estatutos referente al capital social ahora compuesto de un millón de pesetas representado por cuatrocientas acciones ordinarias de dos mil quinientas pesetas cada una.

Sobre la base de la certificación del acuerdo y autorización al presidente del Consejo don Roger Cantaloup Bruno se otorgó la correspondiente escritura ante el Notario de Barcelona, don José María Vilar y de Orovio, el 3 de marzo de 1969.

Presentada primera copia de la misma se calificó por el Registrador en nota que decía: "No practicada operación alguna respecto al aumento de capital, suscripción y desembolso de acciones y modificación del artículo 5 de estatutos sociales, por superar la participación extranjera en el capital de la sociedad el cincuenta por ciento del mismo y no acreditarse la previa autorización del Consejo de Ministros preceptuada por el artículo 5 del Decreto Ley de 27 de julio de 1959".

Por el procurador don Ramón Barbany Pons, en representación de la compañía mercantil "Nativa, S. A." se interpone el correspondiente recurso de reforma y subsidiariamente el gubernativo, basándose en la idea genérica de que el señor Cantaloup Bruno al ser dueño de un establecimiento mercantil y estar considerado como comerciante, quedaba limitado a transferir divisas al extranjero, pero no el aportar dicho negocio a la sociedad, pues no se aportaba en dicho caso capital procedente de transferencia a España de divisas extranjeras, sino bienes consistentes en un establecimiento comercial adquirido en España con dinero español y legalmente autorizado. La Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939 fue modificada por Decreto Ley de 27 de junio de 1959 en lo relativo a las industrias, pero no respecto del comercio. Al establecerse en dicho Decreto Ley el tope del 50 por 100 de la participación extranjera habló en vez de industrias de "empresas", lo cual creó un gran confusionismo, pero ello no evitó que se inscribieran con anterioridad numerosas sociedades comerciales que superaban esta cifra.

El Registrador Mercantil mantuvo su calificación considerando que se violaba el artículo 5 del Decreto Ley de 27 de julio de 1959, sin que pueda presumirse lo que quiso decir el legislador, debiendo cumplirse el requisito de la previa autorización del Consejo de Ministros. El 11 de febrero de 1970 se consultó a la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno sobre el caso planteado y dicho organismo contestó que no era precisa la autorización del Gobierno en dicho caso.

Ello hizo que la Dirección General de los Registros y del Notariado resolviese el caso revocando el acuerdo y la nota del Registrador con los siguientes argumentos que copiamos literalmente.

Doctrina.—"Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si la previa autorización del Consejo de Ministros establecida en el artículo 5 del Decreto Ley de 27 de julio de 1959 para el "caso de que la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la empresa" se requiere igualmente en los supuestos en que esta participación tiene lugar mediante aportación hecha por extranjero residente en España y con capital íntegramente español;

Considerando que el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 significó un profundo cambio respecto de la legislación entonces en vigor —Ley de 5 de noviembre de 1939 de Protección a la Industria Nacional— en cuanto que pretendió, según declara su preámbulo "adoptar las previsiones oportunas para obtener el máximo rendimiento a las aportaciones de capital extranjero" y por eso en el ar-

título 1.º somete la transferencia a España de capitales en moneda extranjera para la modernización, ampliación o creación de empresas españolas“ en igualdad de condiciones que los nacionales residentes en España y de acuerdo con lo establecido en este Decreto-Ley”, en cuyo artículo 5.º exige la previa autorización del Consejo de Ministros cuando la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la empresa objeto de inversión;

Considerando del estudio y análisis del citado artículo 1.º del Decreto de 27 de julio de 1959, juntamente con el también artículo 1.º del Decreto de 24 de diciembre del mismo año que enumera las formas que pueden revestir la inversión de capital extranjero, resulta que esta variada y abigarrada legislación se aplica exclusivamente a los supuestos en que el sujeto activo aportante sea un español con residencia habitual en el extranjero, o un extranjero o persona jurídica extranjera de naturaleza privada, siempre que el objeto de la aportación proceda además del exterior, pero sin que se encuentren comprendidos los casos en que la inversión lo es de moneda o capital nacional;

Considerando que esta conclusión parece avalada por el informe de la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno, al que se hizo antes referencia, que indica no cabe una aplicación extensiva del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 dado su carácter restrictivo, sin olvidar, por otra parte que la Exposición de Motivos se refiere reiteradamente a las aportaciones de capital extranjero y que cuando el legislador ha querido referirse a personas extranjeras lo ha matizado perfectamente como ocurre con el Decreto de 22 de marzo de 1962, que prohíbe la transmisión a extranjeros de determinados bienes inmuebles de naturaleza rústica o en la Orden de 15 de marzo del mismo año sobre inversiones extranjeras por compra de valores mobiliarios españoles, en donde tras establecer un régimen similar al del Decreto-Ley de 1959 establece que “las personas físicas extranjeras residentes en España podrán realizar dichas adquisiciones con pesetas si bien no gozarán de los derechos de transferencia de beneficios y capitales que para los otros casos se establece”;

“Considerando en consecuencia que al no estar comprendido el supuesto de este expediente dentro de la limitación del artículo 5 del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 tantas veces citado, el régimen aplicable al súbdito extranjero con residencia en España que quiere invertir capital íntegramente nacional en sociedades españolas será el general establecido en el artículo 15 del Código de Comercio que sanciona el sistema de libertad, salvo lo establecido en Tratados y Convenios Internacionales”.

Consideraciones críticas.—Sorprende profundamente al extranjero que intenta descubrir sus “derechos” en España ese criterio de igualdad que campea en el artículo 27 del Código civil y que es preciso leer literalmente al extraño para que se cerciore de este trato magnánimo que España le ofrece. Ello, sin embargo, no debe provocar llegadas a país “conquistado” ni por supuesto intentos de “colonización” anticipada. Un trato de igualdad puede ser una cortesía, pero no debe pasarse de ahí: la mano nunca puede ser confundida con el pie.

Llego a esta Resolución de la Dirección General muy mediatizado por el comentario que de la misma hace La Cámara en sus “Estudios de Derecho

Mercantil" y ello, aunque inicialmente puede provocar en mí grandes deseos de una "orientación distinta", inclina balanzas por soluciones que tanto él como Tirso Carretero han propuesto. Mi labor, por tanto, se reduce a una exposición de criterios.

Todo el problema, como se apunta tanto en las situaciones de hecho, como en los considerandos, reside en si es precisa o no autorización del Consejo de Ministros para que la participación hecha por extranjero "residente" en España y con capital íntegramente español, exceda del 50 por 100 que el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 regula.

Se hace difícil estructurar la esencia de la resolución, pero creo que podríamos simplificar las diferentes partes de la misma, distinguiendo:

a.—*Admisión de participación extranjera superior al 50 por 100.*—El Decreto de 18 de abril de 1963 concede a ciertas sociedades, sin previa autorización, para que puedan tener participación extranjera superior al 50 por 100 de su capital, e incluso que la totalidad de éste pertenezca a extranjeros. Se trata de una serie de sociedades que exploten una lista de industrias que allí se enumeran.

Doctrinalmente, a la lista del Decreto se añadió el supuesto de todas aquellas sociedades cuyo objeto fuera exclusivamente "comercial", pues la Ley de 24 de noviembre de 1939 modificada sólo en parte por el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959, sólo a sociedades "industriales" se refería. Así opinan Pelayo Hore Vallet de Goytisolo y Benzo Mestre.

Frente a esa idea, y teniendo en cuenta las sucesivas disposiciones que han desarrollado las ya dichas en las que se habla de "empresas", la mayor parte de la doctrina opina que la intención del legislador era aplicar las limitaciones que establecía "a toda clase de sociedades". Militan en esta idea Lucas Fernández, La Cámara Alvarez y Bérnago Llabrés al advertir este último el ancho portillo que se abría al fraude de la ley. Tirso Carretero se adscribe a este grupo considerando que tanto la aportación en pesetas como la que se realiza en el caso resuelto de la resolución debe regirse por la misma norma.

b.—*Personas a las que afecta la limitación de participación.*—Las limitaciones de participación en sociedades españolas afecta —conforme al Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 y Ley de 24 noviembre de 1939— a las personas jurídicas extranjeras, aunque tengan sucursales o establecimientos en España, a los españoles con residencia habitual y a los extranjeros en general.

De esas disposiciones —dice La Cámara— no surgía ninguna distinción entre extranjeros residentes en España y no residentes, pero la Orden de 15 de marzo de 1962 tiene en cuenta la misma y la limitación del 50 por 100 se refiere a los extranjeros que aporten pesetas procedentes de la conversión de divisas o pesetas convertibles, pero a los extranjeros que residen en España y aporten pesetas normales u ordinarias.

c.—*Forma que puede revestir la inversión del capital extranjero.*—Más que a las diferentes formas de inversión a que se refiere el Decreto de 24 de diciembre de 1959, lo interesante es destacar la modalidad de inversión "en moneda o capital nacional". Para que las limitaciones del 50 por 100 no afecten al extranjero residente en España se hace preciso que el capital que aporte —en pesetas o en bienes— sea un capital "íntegramente nacional", aplicándose en este caso

el régimen de plena libertad a que hace referencia el artículo 15 del Código de comercio.

Todo el problema reside en saber el criterio que debe seguirse para distinguir cuándo estamos ante un capital "íntegramente nacional". La solución que al caso concreto se da es sobre la base de un establecimiento mercantil propio de un extranjero residente, pero en los demás casos habrá que optar —como dice La Cámara— por una presunción en favor de la procedencia extranjera o de la española. Adoptando el primer criterio se dificulta enormemente la participación extranjera y siguiendo el segundo se corre el riesgo de una "colonización" extranjera de empresas españolas.

De todo ello se deduce que la Resolución comentada ha puesto de nuevo sobre la mesa del legislador una serie de problemas de urgente solución en una posible normativa remozada y puesta al día en coordinación con las razones políticas y económicas que mediaticen sus disposiciones. Se hacen muy interesantes, por supuesto, las sugerencias que La Cámara hace sobre la distinción entre "la propiedad y procedencia del capital", la necesidad de una prueba de que el dinero aportado por el extranjero no es procedente de importación de divisas o que los bienes adquiridos lo son con dinero que no procede del extranjero, etc.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

La constitución tácita de servidumbre en la partición hereditaria

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo del
26 enero 1971)*

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho que da lugar a la doctrina del Tribunal Supremo.—2. La destinación realizada por el padre de familia en su propia finca y la conservación del estado de hecho del servicio de paso por sus herederos.—3. La falta de declaración contraria a los signos aparentes y su no destrucción en el momento de división de la finca por partición hereditaria.

1. El supuesto de hecho que da lugar a la doctrina del Tribunal Supremo.

En el presente caso existieron varias fincas pertenecientes a dos hermanas y sus hijos, que procedían de una sola por herencia de su padre, que falleció en el año 1938, y cuyas fincas permanecieron en estado de indivisión hasta el año 1966, en que se procede a su adjudicación.

Cuando las fincas eran propiedad del padre y abuelo de los litigantes, ya existían los caminos objeto de debate, por lo que los signos aparentes y su ejercicio se mantuvieron y continuaron una vez divididas las fincas. Sin embargo, con posterioridad una de las partes negó a la otra el paso que venía ejercitando, por lo que da lugar a una acción negatoria de servidumbre.

Iniciado el pleito, el Juez de Primera Instancia sentencia que no existe servidumbre de paso alguna sobre las fincas de que es propietaria una de las hermanas, ni en favor de ninguna otra finca, edificación, ni instalación de dichos demandados, por lo que carecen de todo derecho a transitar a través de las referidas fincas y se manda que se abstengan de pasar en lo sucesivo.

Apelada la anterior resolución por la representación de la parte demandada ante la Audiencia Territorial, ésta dicta sentencia con fecha 29 de enero de 1970, revocando la del Juzgado, desestimando la demanda y absolviendo de la misma a los demandados.

Entablado recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley, interpretación errónea e indebida aplicación del art. 541 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial, el alto Tribunal establece:

«CONSIDERANDO, que reconocida por las partes en sus escritos y probado además por el resultado conjunto de las practicadas, la existencia de los caminos que atraviesan las fincas de los actores, el problema del recurso lo entraña si tales

caminos tienen el carácter de servidumbre por destinación del padre de familia, o sólo han sido tolerados, es decir, si tales caminos tienen su encaje legal en el art. 541 del Código.»

«CONSIDERANDO, que por el resultado conjunto de la prueba... hay que estimar firme la declaración de la Sala, de que tales caminos, como están en la actualidad existían desde principios de siglo, es decir, con mucha anterioridad o cuando las fincas que cruzan, pasaron a ser propiedad de las partes, por herencia de la madre en 1953 y por herencia del tío en 1938, y por consiguiente que ambos dueños anteriores los permitieron, y si uno se introdujo en el terreno del otro, tal introducción fue aceptada como constituída cuando Monte Palacio y Monte Charcón eran una sola finca, como afirma el considerando segundo de la sentencia al expresar que se adjudicó por mitad y pro indiviso, en usufructo vitalicio a las hermanas contendientes la Dehesa Monte Charcón, que formó parte de la llamada Monte Palacio, con la que había quedado colindante y al Este, y como no se ha justificado la desaparición de tales caminos al hacer la división de las fincas, para demostrar la falta de voluntad de que existieran, no puede menos de apreciarse que tales vías de paso de una a otra finca pueden ubicarse en el ámbito del artículo 541 del Código, pues cada dueño de la finca que fue una y luego se ha dividido, aceptó el paso por ella del dueño de la otra, y como no es preciso que el signo de la servidumbre lo establezca el mismo dueño anterior o por los que después dividieron, pues basta para ello que unos y otros hayan mantenido o conservado el servicio, establecido con anterioridad más o menos remota, por otras personas como aquí se asegura que las dos fincas fueron una sola, la conservación del signo aparente del uso establecido, revela la voluntad de los propietarios de mantenerla.»

Ante el presente caso conflictivo, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión, nuevamente, para enfrentarse con dos cuestiones fundamentales de la problemática de esta modalidad constitutiva de las servidumbres, conocida por «destinación del padre de familia» y que, como sabemos, viene recogida por el art. 541 del Código civil.

La primera cuestión planteada es la referente al criterio interpretativo establecido acerca del requisito legal de que el signo aparente ha de ser realizado por el mismo propietario al que pertenecieron ambas fincas, o conservado por los que le sucedieron. La segunda cuestión de interés que aparece es la referente a la posición voluntarista que se adopta por el propio Tribunal Supremo al deducir, de la conservación del signo aparente entre las fincas, una intencionalidad de las partes para mantener aquel estado de servidumbre.

Mientras que la primera cuestión trata de una interpretación extensiva, reiterada y comúnmente aceptada, en cambio, la segunda resulta muy polémica doctrinalmente, especialmente a partir de la vigencia del «Codice civile» italiano de 1942 (art. 1062), considerado por la doctrina (1) y la jurisprudencia italiana (2),

(1) Cfr. BRANCA, *Destinazione del padre di famiglia e dichiarazione relativa alla servitù*, en *Il Foro Italiano*, I (1965), p. 252 ss.; GRECO, *Le servitù per destinazione del padre di famiglia*, en *Il Nuovo Diritto*, (1965), p. 328 ss.; BIONDI, *Le servitù*. Milano, 1967.

(2) A la jurisprudencia italiana le bastó adoptar una postura contraria a la posición voluntarista de la destinación del padre de familia declarando que es un

como una modalidad legal de constitución de las servidumbres, criterio también seguido por un cierto sector doctrinal español (3) y determinados fallos de nuestro Tribunal Supremo (4).

2. *La destinación realizada por el padre de familia en su propia finca y la conservación del estado de hecho del servicio de paso por sus herederos.*

Entre los requisitos considerados como imprescindibles tradicionalmente (en el Derecho común y en el Derecho moderno) para la constitución de las servidumbres por «destinación del padre de familia», destaca el del establecimiento de los signos aparentes del servicio similar al de una servidumbre concreta (de paso, de acueducto, de luces y vistas, etc.), sea realizado por el mismo propietario de dos fincas, o de una que se divide en dos, y que con entidad propia cada una pasa a diferentes propietarios.

El requisito es fundamental y esencialmente constitutivo, por lo que a la hora de recogerse y perfilarse normativamente por nuestro legislador —que lo importaba del «Code Napoléon» (5)—, se expresaba concretamente en el art. 541 de nuestro Código civil diciendo que el signo aparente de servidumbre entre dos fincas debe de haberse «establecido por el propietario de ambas».

La razón de ser de este requisito está en la potestad dominical o del dominio del titular de la finca, o fincas, única capaz de poder transformar el contenido y límites del derecho de propiedad que se ejercita directamente en beneficio propio e, indirectamente, sin abuso para los demás, quienes, precisamente ante este uso concreto, se mantienen *erga omnes* en una actitud de respeto y abstención.

De aquí que los meros titulares de un uso o del aprovechamiento de las fincas, como los arrendatarios, administradores, precaristas o detentadores, carezcan del poder suficiente para poder llevar a cabo una transformación del contenido material y jurídico de la finca o inmueble de que disfrutan. Por eso, el acto a actos de destinación que crea el signo aparente del servicio establecido entre una o dos fincas

modo constitutivo no negocial, así: Cass. 20 marzo 1952, en *Il Foro Italiano*, Mass. (1952) c. 184; o, que para determinarla no exige una indagación sobre la voluntad efectiva del único propietario: Cass. 24 enero y 6 febrero 1948, en *Il Foro Italiano*, Rep. (1948), n. 69 y (1947-1948), n. 65.

(3) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 7.^a ed., II (Madrid, 1950), p. 500 ss., y como ponente de la S. 3 marzo 1942, seguido por BONET RAMÓN, en *Revista de Derecho Privado*, XXVI (1942), p. 409 ss.; OSSORIO MORALES, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 171 (1942), p. 547 ss.; BORRELL, *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.^a ed., II (Barcelona, 1944), p. 194; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. Derecho de cosas*. Barcelona, 1953, p. 399; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español, III, Derechos reales. I. Teoría general de los derechos reales*. Barcelona, 1953, p. 394; LUCAS FERNÁNDEZ, *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*. Murcia, 1963; PÉREZ SERRANO, *Dictámenes*, I (Madrid, 1965), p. 193.

(4) La Sentencia 3 marzo 1942 decía que «se ha limitado a reconocer una servidumbre de luces y vistas constituida legalmente». La Sentencia 18 diciembre 1954 reputaba «en su consecuencia legalmente establecida esa servidumbre». También, la Sentencia 4 marzo 1959 dice que el «signo aparente, conforme al art. 541 y a la S. 6 enero 1932, es considerado como título (por ministerio de la ley)».

(5) Cfr. D'ORS y BONET CORREA, *En el centenario del Proyecto Isabelino de Código civil*, en *Información Jurídica*, 96 (1951), p. 495; últimamente mi obra «*La constitución de las servidumbres por signo aparente*». Madrid, 1970, p. 87.

ha de ser realizado —o consentido fehacientemente— por su mismo titular o propietario. Por ser hechos o actos que afectan a la estructura esencial del contenido del derecho de dominio sobre las cosas inmuebles, su establecimiento requiere la propia actuación del propietario o, al menos, su intervención manifiesta, sea mediante su intención expresa o ya tácita. Como tenemos dicho para la Sentencia de 21 de enero de 1960 (6), la destinación implica un acto, o actos, que entran dentro de la categoría de los negocios de disposición, por lo que disentimos de la opinión de quienes la consideran como un mero acto de administración ordinaria o extraordinaria (7).

Es que, si los motivos de ciertos y determinados hechos del propietario pueden ser pasajeros, intrascendentes o sin importancia, los «actos de destinación» en cambio, no son meramente arbitrarios ni accidentales; son actos de naturaleza constitutiva en cuanto implican la realización de un servicio fundamental para las fincas o finca que se explota y que, por la misma razón utilitaria o de destino objetivo que presta, tienen un contenido similar al de un *ius in re aliena*, cuando en su día se separen y pertenezcan a distinto propietario. Precisamente, porque el propietario es consciente de obtener un servicio útil, que trasciende a la propia naturaleza de las fincas —la *scientia* que proclamaban los juristas clásicos— y porque lo mantiene de un modo continuado y aparente a través del tiempo —la *patientia* exigida por aquellos mismos juristas—, corroborado posteriormente por las partes al momento de la enajenación, el servicio ejercitado y aparente resulta con la idoneidad propia ante las partes para que lo acepten o rechacen como un derecho de servidumbre.

Si los actos de destinación y el hecho de llevarlos a cabo (como abrir una ventana, hacer un camino o construir un acueducto) suponen una alteración de contenido del propio derecho de propiedad, cuando se hace de una manera permanente y no ocasional (pensemos, incluso, en los actos de destinación que hoy hacen las empresas y sociedades inmobiliarias para sus urbanizaciones y edificios), no cabe duda de que la parte compradora es consciente y acepta la finca o inmueble tal como se lo presentan, según el condicionamiento a que viene sometido por razón de su estructura material y formal.

De aquí la importancia que adquiere la apariencia de los signos externos de los servicios existentes (meramente «servicios» mientras su titularidad es única y está en una sola mano) (*nemini res sua servit*) para el adquirente, los cuales van a «continuar», según expresión propia del art. 541, como una servidumbre.

La importancia de esta apariencia en la organización de los inmuebles, llevada a cabo por los particulares en el tráfico económico y jurídico, no podía menos de ser amparada por el legislador para evitar posibles conflictos y mantener la paz social. Por eso, el que se llevase al ordenamiento positivo el supuesto de la destinación del propietario a través de una modalidad de prueba, como es una «presunción *iuris tantum*», y se equiparase la apariencia de los signos a un título, pues al quererlo las partes (tácitamente) queda reconocido, y al rechazarlo expresamente

(6) «La posibilidad de impedir la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria. Comentario a la S. 21 enero 1960», en *Anuario de Derecho civil*, XIII-2 (1960), p. 629 ss.

(7) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Disposición onerosa de bienes gananciales*, en *Revista de Derecho Notarial*, XXI-XXII (1958), p. 192.

o destruirlo consecuentemente no se constituye la servidumbre. Además, de este modo se cumple el principio de identidad e inalterabilidad del bien transmitido, objeto de la prestación del negocio jurídico contraído.

Que sea el propietario de dos fincas, o de la que se divide, quien haya realizado el acto o actos de destinación, es un requisito fundamental. Que aquel estado de servicio realizado sobre la propia finca o entablado entre otras suyas sea, posteriormente, mantenido todavía conjuntamente en una situación de cotitularidad, como sucedió en el caso de autos de la presente Sentencia objeto de comentario, supone una confirmación de la *scientia* y *patientia* de los copropietarios.

Lo que no es necesario e indiferente, según viene declarado por el propio Tribunal Supremo en la Sentencia del 10 de octubre de 1957, es que «el signo aparente fuese establecido por el propietario que enajenó o por los que practicaron la división, bastando que unos y otros hayan conservado el establecido anteriormente por otras personas». Eso sí, esas «otras personas» tienen que haber sido propietarias de la finca o fincas en que aparece el signo aparente de la destinación.

Resulta, pues, que con esmerada técnica jurídica e indudable sentido de equidad, el Tribunal Supremo haya hecho justicia en su presente fallo al decidir «que tales vías de paso de una a otra finca, pueden ubicarse en el ámbito del art. 541 del Código, pues cada dueño de la finca que fue una y luego se ha dividido, aceptó el paso por ella del dueño de la otra», reiterando la doctrina anterior de que «no es preciso que el signo de la servidumbre lo establezca el mismo dueño anterior o por los que después dividieron, pues basta para ello que unos y otros hayan mantenido o conservado el servicio establecido con anterioridad más o menos remoto por otras personas como aquí se asegura que las dos fincas fueron una sola».

3. *La falta de declaración contraria a los signos aparentes y su no destrucción en el momento de división de la finca por partición hereditaria.*

El caso de la destinación del propietario alcanza su punto álgido una vez que llega el momento de la enajenación. Si hasta aquel momento su actuación es todavía unilateral, autónoma y particular, a pesar de haber alterado la estructura esencial del contenido de su derecho dominical, sin embargo, adquiere ya una relevancia objetiva cuando va a desprenderse de parte de su finca, o fincas, y sigue manteniendo aquel estado de cosas, sin destruirlas, resultando evidente que su ánimo y voluntad es de transmitir las tal y como aparecen, con su actual estructura material y formal.

Así lo entiende también la doctrina francesa, especialmente Colin y Capitant (8) y Planiol y Ripert (9), para quienes el acto de destinación no es propiamente el acto generador de la servidumbre, sino que quien le da vida a esta última es el acuerdo tácito de las partes al mantener el estado de hecho conformado por el padre de familia.

(8) COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil francés*, trad. esp., II (Madrid, 1923), p. 1071.

(9) PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil*, trad. cubana, III (La Habana, 1942), p. 807.

Mientras la doctrina alemana, por un camino diametralmente opuesto, ha tratado de fundamentar la constitución de las servidumbres por destinación del propietario en las mismas facultades que otorga el propio derecho de dominio, lo que SCHMIDT-RIMPLER (10) llamó «autónoma adopción de disposiciones» y, por tanto, dar la posibilidad de constituir derechos reales en cosa propia, solución suscrita por su jurisprudencia (11) y plenamente admitida por el Código civil suizo (artículo 733) (12), la doctrina actual de los pueblos latinos se orienta preponderantemente hacia una solución respetuosa con la concepción romanista de los *iura in re aliena*, si bien de matiz positivo y legalista, en cuanto que se considera que el «título» constitutivo de la servidumbre no es producto de la voluntad del propietario destinante y de la tácita postura del adquirente, sino como un efecto querido y sancionado por la ley.

La polémica doctrinal, pues, se plantea sobre si el «título» de constitución de la servidumbre es un título voluntario o es un título legal. Frente a quienes han podido creer que tal debate es bizantino por carecer de importancia práctica, consideramos lo decisivo que resulta para las partes el dejar establecido si han de seguir un régimen voluntario o legal y cómo ha de salvarse la contradicción de los que consideran la constitución de la servidumbre por efecto de la ley sin explicarnos su desenvolvimiento bajo un régimen voluntario a lo largo de su existencia hasta su extinción. Por lo demás, si bastase una constitución legal y automática, para qué haber concedido las facultades potestativas, o la posibilidad que tienen las partes para declarar lo contrario en el momento de la enajenación respecto de los signos aparentes de servidumbre, o el poder de llevar a cabo su destrucción, tal como se reconoce expresamente por el propio art. 541, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas.

El momento en que se produce la separación de la propiedad de las fincas, o finca que se divide en dos, es el de su enajenación. Como sabemos, la enajenación, en cuanto modalidad genérica, abarca concretamente todos aquellos actos y negocios jurídicos que implican la transmisión del dominio y de la propiedad de las cosas, ya sea por acto *inter vivos* o por acto *mortis causa*, por lo que a la entrega de los bienes en la partición, los herederos siempre tienen la posibilidad de manifestarse en favor —ya afirmando la servidumbre expresamente, o bien

(10) SCHMIDT-RIMPLER, *Die Eigentümerdienstbarkeit. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Konfusion dinglicher Rechte nebst einem Exkursun über die Erbenhaftung im BGB.* Halle, 1911; FALKENSTEIN y HAUSER, *La servidumbre a favor del propietario*, en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 61-65 (1930). pp. 14, 93, 178 y 312. El dictamen: «*Servidumbre de cosa propia: si es inscribible su adquisición*», en *Revista de Derecho Privado*, IV (1917), p. 167 ss.; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I (Barcelona, 1948), p. 363; TAMAYO, *El derecho real de servidumbre*. Barcelona, 1956, p. 89; DÁVILA GARCÍA y VALVERDE MADRID, *Servidumbre en cosa propia entre bienes privativos gananciales*, en *Revista de Derecho Notarial*, VIII (1955), p. 365.

(11) BGCHZ, 14 noviembre 1933, cfr. HEICHLER, *Institutionen des Sachenrechts*. II-2. *Die dinglichen Rechte*. Berlín, 1960, p. 601; BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 3.^a ed. München, 1966, p. 273.

(12) Cfr. HUBER, *Die Eigentümerdienstbarkeit. Ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung*, en *Festgabe für Hermann Fitting* (1902) y en «*Los derechos reales en el Derecho privado suizo*», trad. esp. Madrid, 1916, p. 56.

por un acto omisivo, tácitamente— y en contra de la servidumbre o signos inherentes.

La importancia y trascendencia de la destinación del propietario está en la consecuencia que comporta la apariencia de los signos por él creados, puesto que al guardar silencio ambas partes en el momento de la transmisión, no cabe interpretar su voluntad más que de dos maneras: que nada quisieron, ni vieron, por su negligencia, o que viéndolas y aceptándolas tácitamente, las dejaron como estaban; en ambos casos se trata de una voluntad deducida por la actitud pasiva de las partes; por eso, el legislador, para salvar la incertidumbre, presume la titularidad voluntaria de las partes cuando dejan permanecer el signo, no lo destruyen ni dicen expresamente nada en contrario. De aquí que sea indiferente para el caso de la transmisión hereditaria el conocer, o no, cuál era la supuesta y última voluntad del *de cuius*, ya que es suficiente la permanencia de los signos aparentes para evidenciar y justificar su título voluntario que los sucesores habrán de aceptar, expresa o tácitamente, o que habrán de rechazar y destruir. Para la protección del tráfico jurídico resulta suficiente el que se haya dejado constancia del signo aparente de servidumbre y de la permanencia mediante su mantenimiento a través del tiempo. Como sabemos, la apariencia de los signos externos de servidumbre es un estado de legitimación del que resulta el mismo efecto de publicidad registral que el de un título inscrito (13).

No cabe, pues, adoptar una interpretación restrictiva para excluir el caso de la sucesión intestada de la constitución de las servidumbres por destinación del padre de familia, según ya pretendió SÁNCHEZ ROMÁN (14), puesto que la presunción de libertad de la propiedad no puede ser considerada en este caso al venir negada rotundamente por los propios signos aparentes de la servidumbre de que se trata y porque el tenor literal del art. 541, al referirse a cualquier acto de enajenación o separación de la propiedad de las fincas debe entenderse incluido el supuesto de la partición hereditaria.

Por las mismas razones, tampoco me parecen sostenibles los argumentos de Sancho Rebullida (15), según tengo expuesto en otros escritos (16), puesto que los herederos, en el momento de la partición, si efectivamente quieren rechazar la servidumbre, tienen ocasión de manifestarse expresamente en contra de los signos aparentes, fuera del cuaderno particional o de cualquier otro modo documental, tal como ha confirmado el propio Tribunal Supremo al considerar, concretamente, di-

(13) Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I (Barcelona, 1948), p. 363. SS. 31 marzo 1902, 12 octubre 1904, 22 diciembre 1906, 7 noviembre 1911, 1 febrero 1912, 14 abril 1914, 9 julio 1917, 4 julio 1925 y 11 mayo 1927. «Es título suficiente para que continúe activa y pasivamente la servidumbre establecida en el art. 541 del Código civil —dice la S. 3 abril 1959— la existencia de un signo aparente hacia el exterior que la revela, sin que importe que esta circunstancia se haya hecho o no constar en el Registro de la Propiedad». En el mismo sentido las SS. 23 enero 1962 y 20 diciembre 1965.

(14) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., III (Madrid, 1900), p. 649.

(15) SANCHE REBULLIDA, *¿Puede la fatalidad originar servidumbres? En torno al art. 541 del Código civil*, en *Universidad de Zaragoza*, IV (1946), p. 39 ss.

(16) «La posibilidad de impedir la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria», en *Anuario de Derecho civil*, XIII-2 (1960), p. 635 ss., y en «La constitución de las servidumbres por signo aparente», *cit.*, p. 99 ss.

versos casos de partición por sucesión abintestato (17), aclarando aquella posibilidad que tienen las partes, cuando dice que «por la manifestación de voluntad expresa o tácita efectuada al realizarse la partición de unos bienes que fueron heredados, manteniéndose sobre tales bienes unos signos aparentes que, en ese momento de la partición o separación de los fundos reflejan verdaderas servidumbres de unos en beneficio de otros».

Lo frecuente es que, en la mayor parte de los casos, los herederos no se preocupan de estas incidencias y aceptan o reciben las fincas tal como se encuentran. Pero ya no es por falta de las garantías que el ordenamiento establece o legitima, por lo que se consolidan las situaciones o relaciones que implican una expectativa basada en el signo aparente, sino por la actitud tácita, o la falta de diligencia y hasta de dejadez de sus mismos titulares. *Ius civilis vigilantibus scriptum est*, advertirá el viejo brocardo para quiénes no permanecen vigilantes y atentos a situaciones o relaciones que les afectan jurídicamente. La imputabilidad subjetiva recae en el propio sujeto que, pudiendo limitar el alcance de un derecho no lo hace por falta de su propia actitud negatoria, confirmatoria o negligente. La opción potestativa que el art. 541 establece a este respecto es bien clara y patente cuando dice que el signo aparente se considerará como título constitutivo de la servidumbre, «a no ser que» al tiempo de separarse la propiedad de las fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo.

Es éste otro aspecto que nos revela la naturaleza voluntaria y no legal de la constitución de la servidumbre por destinación, pues si bien es la ley el cauce idóneo para el contenido y expresión de las facultades dispositivas que tienen las partes, en definitiva, son ellas quienes deciden acerca de la permanencia o supresión de los servicios aparentes que podrán vincularles, dada su actitud manifestada expresamente, o bien de una manera tácita con su conducta al guardar silencio ante los hechos concluyentes, resultando establecidos como *ius in re aliena* una vez que la titularidad de las fincas se diversifique entre distintos propietarios.

Recientemente, se han valorado con gran atino y encomiable crítica por un gran autor y especialista en la materia, el ilustre notario de Madrid, Lucas Fernández (18), los argumentos contrarios a una constitución tácita de la servidumbre por destinación del padre de familia. Adhiriéndose a las posiciones de Barassi hace hincapié en que por el negocio de enajenación llevado a cabo por las partes, éstas pretenden la traslación del dominio, pero no la constitución de una servidumbre, por lo que atribuirles un consentimiento presunto no es más que una ficción jurídica. También abunda con Ferrara que, cuando una norma de carácter dispositivo (como es el art. 541) tiende a representar la voluntad media de las partes o su intención probable «no reposa sobre la presunta concreta voluntad de los contratantes; el principio dispositivo tiene carácter autónomo, vale no porque haya sido querido tácitamente, sino porque la ley así lo ha ordenado».

(17) SS. 7 noviembre 1883, 21 octubre 1892, 26 junio 1893, 5 abril 1906, 17 noviembre 1911, 7 enero 1925, 6 enero 1932, 3 marzo 1942, 21 enero 1960 y 20 diciembre 1965.

(18) LUCAS FERNÁNDEZ, en *Anuario de Derecho civil*, XXV-1 (1972), p. 308 ss.

Tanto uno como otro argumento de los autores italianos me hubieran convenido si se tratase de un negocio de enajenación de otro bien que no fuese un inmueble y que careciese de un signo aparente. La transmisión de un bien inmueble indudablemente requiere y tiene un negocio de enajenación como causa principal, pero no excluye, y sí implica, la adquisición de la finca en las condiciones reales en que se encuentra; esto es algo que la propia evidencia del bien enajenado no pueden soslayar las partes y sobre las que tendrán que decidir expresa o tácitamente, para admitirlas o negarlas, o dejarlas; y esto, no es ninguna ficción jurídica. Una ficción jurídica sería si faltase el dato real, el del signo aparente de servidumbre, para tener que deducirlo por la ley; pero, este no es el caso. En el negocio de enajenación lo que falta es tan solo una declaración de voluntad «expresa» por las partes, respecto del signo aparente de servidumbre, lo que no excluye su intencionalidad o actitud tácita confirmativa, al guardar silencio, ante una evidencia real del signo aparente. «Quien caya no dice nada; ahora bien, quien caya debiendo hablar, y no habla, otorga»; tal es la lógica jurídica de los llamados «*facta concludentia*» (*qui tacet consentire videtur*) que la doctrina alemana ha elaborado desde su Pandectística hasta nuestros días y es comúnmente aceptada por la doctrina del negocio jurídico (19).

El negar y excluir a las partes cualquier otra intencionalidad que no sea la del exclusivo negocio de enajenación, ante unos signos aparentes de servidumbre de la finca que se transmite me parece ponerse de espaldas a la realidad cotidiana y a la evidencia jurídica que la posesión y apariencia de los bienes tiene en el tráfico. Cuando el más rudo y analfabeto labriego compra una finca con entradas y salidas, con canales y riegos, u otros signos aparentes, sabe muy bien lo que compra y cómo lo compra; no le hace falta tener el más mínimo conocimiento de leyes, ni mucho menos del art. 541; allí no hay sorpresa para él, sabe lo que significan; no se produce ningún automatismo porque lo quiera sólo la ley; las servidumbres si él las acepta, las niega o las destruye, antes de la enajenación, expresa o tácitamente, tendrán o no realidad; en definitiva, todo dependerá de la actitud que adopte. Verdaderamente, no podremos decir que en este negocio de enajenación ha sido en base a la ley, por su automatismo, cómo han nacido las servidumbres, si las partes han tenido la opción para admitirlas o negarlas.

El mismo Tribunal Supremo, a pesar de que adoptó a veces el fundamento legalista de la constitución de las servidumbres por destinación del padre de familia, en esta última década, viene admitiendo lo contrario, confirmando que hay una actitud tácita de las partes, como ocurre en el caso de que se dejan sentados en la finca los signos exteriores consistentes en canales de riego (Sentencia 5 enero 1963), o al considerar específicamente que el hecho constitutivo de las servidumbres «se origina, precisamente, por la manifestación expresa o tácita efectuada al realizarse la partición de unos bienes que fueron heredados, manteniéndose sobre tales bienes unos signos aparentes» (Sentencia 20 diciembre 1965) e, incluso, cuando de una manera concreta y rotunda concluye que: «el establecimiento tácito de la ser-

(19) Cfr. ENNECERUS, KIPP, WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I-2. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 14.^a ed., de NIPPERDEY. Tübingen, 1955, p. 642 ss. Von THUR, *Parte general del Derecho civil*, trad. esp. 2.^a ed. Madrid, 1927, p. 117.

vidumbre de luces y vistas que ahora se discute con indiscutible signo aparente» (Sentencia 15 junio 1968). Con la presente Sentencia de 26 de enero de 1971, también se confirma esta posición interpretativa sobre la intencionalidad tácita de las partes al conservar el signo aparente.

JOSÉ BONET CORREA
Profesor de Investigación del C.S.I.C.

II. SENTENCIAS ANOTADAS

1. Servidumbre de luces y vistas. Subsistencia de la servidumbre en base a los signos aparentes. Aplicación del artículo 541 del Código civil.

La doctrina emanada de esta Sala en repetidas sentencias, que estiman, de acuerdo con el art. 541 del Código civil, que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una de ellas, subsistiendo dicho signo, como título suficiente para que aquélla continúe activa y pasivamente, salvo se haga constar lo contrario en el documento de enajenación de cualquiera de ellas, al tiempo de formalizarse la transmisión, manifestación ésta, que ha de ser clara y terminante, sin que sea suficiente la declaración de que la finca se vende libre de cargas (SS. 10 octubre 1957, 30 abril 1959, 31 enero 1960, 16 abril 1963, entre otras muchas). Además el simple hecho de no haberse expresado el propósito de la constitución de la servidumbre sobre el fundo contiguo no lleva en sí, ni puede deducirse de ello, la inexistencia de aquélla, porque la doctrina jurisprudencial sienta que, al no haber sido destruidos los signos que la exteriorizan, ni hacerse constar en la enajenación nada en contrario, de forma clara y terminante, ha de entenderse subsistente la servidumbre (S. 2 junio 1972).

NOTA.—El Tribunal Supremo abunda en la imprecisión de considerar que la servidumbre que, en realidad, se constituye, «continúe activa y pasivamente», cuando lo único que continúa es el estado de servicio a que fue sometida la finca sirviente cuando estaban dichas fincas en manos del mismo propietario. Entonces, al estar comprendidas bajo un único derecho de dominio, regía el principio *nemini res sua servit* y, aunque aquel servicio resultaba preponderante, por la vocación objetiva e inherente que le hubiese impreso su propietario, mediante la destinación continua y aparente, todavía carecía de la categoría de servidumbre.

Sin embargo, el interés de esta sentencia radica en la interpretación voluntarista que se hace por el Tribunal Supremo en cuanto a una presunción o manifestación tácita de las partes que intervienen en la enajenación de las fincas. La apariencia del signo, así como su continuidad y subsistencia, son suficientes como título, ya que «el simple hecho de no haberse expresado el propósito de la constitución de la servidumbre sobre el fundo contiguo no lleva en sí, ni puede deducirse de ello, la inexistencia de aquélla», como tampoco basta que se declare simplemente que «la finca se vende libre de cargas», ya que la expresión carece de una manifestación concreta, «clara y terminante», sin revelar la verdadera intención de las partes. tratándose más bien de una práctica instrumental notarial, o «cláusula de estilo», sin eficacia derogatoria de los signos aparentes, tal como ya tiene manifestado el propio Tribunal Supremo anteriormente (SS. 22 diciembre 1870, 10 julio 1880, 6 febrero 1904, 5 enero 1963, 20 diciembre 1965 y 2 junio 1972).

2. Servidumbre de luces y vistas en base al artículo 541. No ha lugar por falta de presupuestos necesarios.

Para que pueda darse como constituida la servidumbre aparente entre dos predios pertenecientes al mismo propietario y para que continúe, salvo pacto en contrario, al ser vendido cualquiera de ellos, no basta con que exista el signo aparente, sino que es necesario que el predio sirviente reúna las condiciones necesarias para poder soportarla íntegramente; en el caso presente, el que hubiera tenido, al menos, la anchura mínima suficiente (art. 582 y 585 del Código civil) para que el gravamen no hubiera afectado a la propiedad ajena colindante, y como a partir de la vertical del voladizo terraza, la anchura media del patio posterior que hubiera de soportar las vistas, tiene sólo un metro setenta y cinco centímetros. El dueño de ambos fundos no pudo por sí y ante sí, sin invadir la propiedad del vecino, constituir la servidumbre que la Sentencia, con apoyo del art. 541 del Código civil, da por establecida (S. 6 julio 1972).

NOTA.—El Tribunal Supremo, en esta sentencia, cuando manifiesta que «no basta con que exista el signo aparente, sino que es necesario que el predio sirviente reúna las condiciones necesarias para soportarla íntegramente», ha precisado con exactitud el contenido o posibilidades materiales del signo aparente de servidumbre en relación con los predios dominante y sirviente, ya que si a tal signo aparente le falta la idoneidad consiguiente para que dé lugar a la figura jurídica de una servidumbre de luces y vistas, no tiene lugar la destinación del propietario o del padre de familia.

Aquí las condiciones de hecho, o materiales, habrán de permitir que su apariencia y modo de quedar dispuestas lo sean con la efectividad que implicaría una servidumbre si se llegan a dar los demás requisitos de constitución. Ahora bien, si faltan dichos presupuestos materiales también resultan de imposible aplicación los requisitos formales que dispositivamente se contienen en el art. 541 del Código civil, entre ellos el de que exista un signo aparente entre las fincas de acuerdo con la servidumbre pretendida.

JOSÉ BONET CORREA

III. SENTENCIAS

A cargo de Agustín AGUILERA RAMOS, Rodrigo BERCOVITZ, Juan CADARSO PALAU, José DIAZ ECHEGARAY, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Juan DE DIOS DÓVAL DE MATEO, Gaudencio ESTEBAN VELASCO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Rafael GARCÍA VILLAVARDE, Juan José GÓMEZ FONTECHA, María GÓMEZ MENDOZA, José PERE Y RALUY, José POVEDA DIAZ, Carlos ROGEL VIDE, Ricardo RUIZ SERRAMALERA, Adolfo SEQUEIRA, Jaime ZURITA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. FIANZA DE LA MUJER EN NAVARRA: DESUSO: VALOR DE LAS COMPILACIONES PRIVADAS: *Si bien es cierto que el Derecho romano sigue vigente en Navarra, no lo es menos que uno de los primeros principios del Derecho navarro es la validez de la costumbre incluso contra ley, y que aquélla ha ido eliminando todo lo que venía condicionado por contingencias históricas periclitadas y amoldándolo a su propia manera de ser y reales circunstancias y que en el campo de las obligaciones, y concretamente en lo relativo a la capacidad de la mujer para ser fiadora, las primitivas fuentes romanas han caído en total desuso, como así aparece bien claro de la moderna compilación, elaborada por eminentes juristas y elevada a la Diputación foral, y cuya Ley sesenta y una dice que la mujer, con licencia del marido, puede afianzar, obligarse de cualquier modo a dar garantía real, tanto en favor del mismo marido como de otra persona, criterio confirmado por la quinientos cuarenta y una, que no establece más incapacidad para ser fiador que la de los religiosos profesos que por razón de sus votos carezcan notoriamente de patrimonio; y si bien es cierto que mientras estas recopilaciones no se promulguen como leyes no tienen fuerza vinculante para los Tribunales, lo que no pueden éstos ignorar es el hecho notorio del desuso por ser la costumbre en Navarra la fuente primera del Derecho privado, siendo ya el criterio citado el oficial, pues la Ley sesenta y una de la recopilación privada que aceptó la Diputación foral ha sido aprobada y hecha propia por la Comisión especial para el Derecho navarro de la Comisión General de Codificación.*

INCONGRUENCIA: *No son impugnables por incongruencia las sentencias absolutorias, ya que la absolución resuelve todas las cuestiones propuestas y debatidas.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: FALTA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN: *Dado el carácter extraordinario del recurso de casación, y el rigorismo formal de su técnica, hay que ajustarse en su redacción estrictamente a los requisitos exigidos por la Ley para su viabilidad y entre ellos, de modo especial, conforme al artículo 1.720 L. E. C., a la claridad y precisión al citar el precepto o doctrina que se cree infringido y el concepto en que lo haya sido de los*

que determina el artículo 1.692 en su número primero; y se falta a esa claridad cuando se citan conjunta e indiscriminadamente, cual sucede con el motivo, que agrupa cuestiones tan variadas y heterogéneas como la aplicación indebida del artículo 1.591, la inaplicación de los artículos 1.157 y 1.166, la interpretación errónea de los artículos 1.258, 1.124 y 1.100, todos del Código civil, así como la doctrina de varias sentencias relativa a la excepción de contrato no cumplido; todo lo que determina, conforme al artículo 1.729 L. E. C., la desestimación del motivo. (Sentencia de 13 de junio de 1972; no ha lugar.)

II. Derecho de la persona.

1. SOCIEDAD ANÓNIMA: RUPTURA DEL HERMETISMO DE LA PERSONA JURÍDICA: *El motivo incurre en una petición de principio que provoca su inviabilidad por hacer supuesto de la cuestión, al dar por probado aquello que había de demostrar, quedando rechazada la posibilidad de aplicación por falta de prueba de la doctrina sobre la ruptura del hermetismo de la persona jurídica, fundada sobre el fraude a la Ley o al abuso del Derecho, aun dando por supuesto que sea factible en nuestro ordenamiento jurídico positivo.*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Nuestra Ley de Enjuiciamiento civil no contiene una completa regulación de los defectos que puedan implicar irregularidad en la constitución de la relación procesal, ni tampoco una construcción sistemática del llamado litis consorcio necesario, existiendo por motivo de la relación jurídico material, entre todas las personas que intervinieron en el contrato, una situación de litis consorcio pasivo necesario, que según reiterada jurisprudencia, a partir de la Sentencia de 27 junio 1944, exige la presencia en el juicio de todas las personas a quienes la resolución podría afectar, pudiendo ser apreciado de oficio por el Tribunal a quien incumbe cuidar que el litigio se ventile con todos los que claramente pueden resultar afectados por las declaraciones de la sentencia; en consecuencia, habiendo sido prestado el aval por un demandado por otras personas no demandadas, no cabe decidir sobre tales pretensiones a espaldas de todos los que han intervenido en el negocio y tienen interés directo en su eficacia, puesto que la exclusión de uno de los avalistas por declaración de ser nulo el prestado por él lleva consigo la consecuencia de aumentar la responsabilidad de los demás.* (Sentencia de 18 de febrero de 1972; no ha lugar.)

Supuesto de hecho muy interesante en el que la Sindicatura de una quiebra ejercita acción para que se declare la unidad de empresa existente entre la quebrada y otra anónima, con base en una constitución puramente formal. Tal declaración de unidad de empresa tendría por consecuencia que los bienes ejecutados en juicio independiente por un Banco, deberían reintegrarse a la masa de la quiebra. Por falta de prueba el T. S. declara inaplicable la doctrina sobre la ruptura del hermetismo o del velo de la persona jurídica, popularizada entre nosotros por la traducción del conocido libro, de Esser. La posición hipotética de la sentencia —“aun dando por supuesto que sea factible en nuestro ordenamiento jurídico positivo”— no aclara la cuestión de si nuestro T. S. admite la referida doctrina. El recurso fue defendido por el profesor Díez Picazo. El recurso por quebrantamiento de forma fue resuelto con fecha 22 de junio 1971 (G. G. C.).

III. Derechos reales.

1. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: ACCIÓN REIVINDICATORIA DE ESCOMBRERAS DE PLOMO: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: *La sentencia a que este incidente de ejecución se refiere, en su pronunciamiento relativo a la indemnización de perjuicios, que declara procedentes, lo integra por dos sumandos: uno determinado por el canon del 10 por 100 del valor del mineral beneficiado indebidamente por las sociedades demandadas; y otro indeterminado por lucro cesante, hasta alcanzar los beneficios obtenidos en la explotación, remitiendo al período de ejecución de sentencia el fijar sus respectivos valores y su determinación, sin establecer al efecto otras bases específicas.*

PRUEBA: *No hay más problema para cumplir la ejecutoria que el que implica la necesidad de probar el volumen del material beneficiado y el valor exacto del mismo, estableciendo el auto recurrido que el canon debe fijarse en 2.080.789 pesetas; y añade que en cuanto a los restantes beneficios es difícil concretarlos, porque es inaceptable la posición de las ejecutantes, no sólo por las oscuridades e incorrecciones que presenta la documentación aportada, lo que equivale a no haber probado satisfactoriamente como era su obligación, sino porque no tienen en cuenta los gastos de las exigencias técnicas e instalaciones indispensables para la explotación y demás gastos generales, ni la cotización atribuida es la procedente, ni se puede aplicar el trato de los metales puros a los concentrados.*

CONCEPTO DE BENEFICIO: *Al hablar de la necesidad de comprender en la indemnización la totalidad de los beneficios obtenidos se olvida el recurrente que, por propia definición, el beneficio no es el producto, sino la utilidad o provecho, deducidos, lógicamente, los gastos de instalación y los generales y especiales de la instalación industrial.*

DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE SOBRE LA BASE DE LA RENTA OBTENIDA CON EL ARRENDAMIENTO: *No resulta ni contrario a la ejecutoria, ni falta de equidad este criterio valorativo que aplica el Tribunal "a quo" para suplir la falta de actividad de la parte recurrente. (Sentencia de 5 de abril de 1972; no ha lugar.)*

Es notable la disparidad que se observa en la cuantía de la indemnización entre las sentencias de primera y de segunda instancia (de casi trece millones y medio a poco más de cuatro millones). El beneficio de las minas es un fruto al que resulta aplicable el artículo 356 C. c. Sorprende también que la sentencia de casación diga que ha debido suplir la actividad probatoria de la parte.

IV. Obligaciones y contratos.

1. CONTRATO DE COMPRAVENTA: PAGO DEL PRECIO: *Acreditado por el actor la entrega de la mercancía y no aduciendo el demandado que no le fuera entregada la que figura en los albaranes y facturas que acompaña la parte actora, es visto que resulta correcta la condena al pago, cuando la reclamación de*

que el suministro del material no era el convenido y estaba en parte deteriorado, no se hizo dentro del plazo legal.

PRUEBA: HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA ACCIÓN E IMPEDITIVOS DE LA CONTESTACIÓN: *Hay que aceptar los hechos de la Sala, cuando las partes al no practicar prueba en la primera instancia, se sometieron a lo que se resolviera con arreglo a la facultad de los artículos 549 y 552 de la Ley de trámites, y la sentencia, acogiéndose a tales preceptos, ha estimado probados los hechos constitutivos de la acción y no los impeditivos de la contestación a la demanda, haciendo uso del artículo 1.214 del C. c.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: NO LO TIENEN LOS ESCRITOS DE LAS PARTES: *Es reiterada la doctrina de que no tienen el carácter de documentos auténticos, a efectos de casación, los escritos de las partes (Sentencias, entre otras, de 26 de enero de 1935, 13 de julio de 1936, 15 de octubre de 1940 y 10 de abril de 1947).*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: MOTIVO FUNDADO EN LOS ARTÍCULOS 512 Y 604 DE LA LEC.: *Tales preceptos de carácter exclusivamente procesal son ineficaces para fundamentar el recurso por infracción de Ley, como tiene resuelto el T. S. en Sentencias, entre otras, de 3 de febrero de 1947. (Sentencia de 12 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

2. **CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATANTES: EXISTENCIA:** *Con arreglo a los artículos 1.261 y 1.262 del C. c., para que haya contrato es requisito esencial, además de otros, el consentimiento, el cual, debiendo manifestarse por el concurso de la oferta y de la aceptación, sobre la cosa y la causa, es indispensable que conste por palabras que, con claridad lo expresen, ó por hechos que, con toda evidencia, lo signifiquen.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La interpretación de los contratos es materia reservada a los Tribunales de instancia, y cuando la exégesis aparece "corriente", no hay por qué aplicar la teoría que accede a la casación, cuando la interpretación sea absurda o insostenible.*

VALORACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTOS TENIDOS YA EN CUENTA POR LA INSTANCIA: *Intentar la corrección de la prueba, basándose en los mismos documentos que maneja la instancia, se encuentra "fuera de lo corriente", a lo que no alcanza, salvo casos excepcionales, el poder del recurrente.*

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: PRUEBA: NO ADMISIÓN: *Existe una insuficiencia formal, que hace desestimable un motivo, cuando no se cita ningún precepto valorativo de prueba como infringido, ni se fija el "concepto" en que se ha cometido la infracción, aludiendo sin más al artículo 580, párrafo último de la LEC y a los 1.225 y 1.218 del C. c., sin ninguna otra consideración. (Sentencia de 17 de marzo de 1972; no ha lugar.)*

3. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: DEFECTOS DEL SÚPLICO: PETICIÓN ALTERNATIVA: INCONGRUENCIA: *Para condenar a la Compañía Aseguradora tiene que dictarse un pronunciamiento estimatorio de la responsabilidad que quepa como demandados a los herederos del conductor autor del hecho, y como el súplico de la demanda dice que en su defecto se pasará a examinar dicha responsabilidad, esta fórmula de la referida demanda supone un obstáculo insuperable para el total éxito de la misma, que no puede atribuirse a error material de expresión, constituyendo un obstáculo poco conforme con el cuidado que debe ponerse en la redacción de los súplicos de los escritos originarios del juicio, y cuya solución no puede ser otra que la absolución de la Compañía recurrente, y en la condena sólo de los herederos del autor del hecho; de esta manera se cumplen los objetivos del súplico.* (Sentencia de 3 de marzo de 1972; ha lugar.)

4. CONTRATO DE SUMINISTRO EN EXCLUSIVA: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO REALIZADA UNILATERALMENTE: IMPROCEDENCIA CUANDO EXISTE CLÁUSULA COMPROMISORIA: *La facultad resolutoria implícita a que se refiere el artículo 1.124 Código civil no entra en juego por existir en el contrato pactos expresos que regulan y condicionan el ejercicio de la facultad resolutoria por parte de la sociedad concedente; si bien es cierto que en virtud del artículo 11 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, si el compromiso no se hubiera formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto, también lo es que la concurrencia de esta circunstancia origina el que la controversia quede sometida a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, de donde resulta improcedente e ineficaz la resolución del contrato llevada a efecto en requerimiento notarial.* (Sentencia de 4 de mayo de 1972; no ha lugar.)

5. PROMESA DE VENTA: *No cabe calificar como tal, sino de compraventa, al contrato en que no sólo se especifican la cosa, el precio y la forma de pago, sino que, además, se consuma en su mayor parte, pasando la cosa a poder de comprador, antiguo inquilino que deja de pagar la renta y abona, cumpliendo los plazos pactados, la mayor parte del precio.*

DAÑOS Y PERJUICIOS: *La petición de ejecución de una sentencia de desahucio que había sido dictada antes de consumarse la compra realizada por el arrendatario de la finca que ocupa, prevaleciendo de que en el contrato de compraventa no se hace alusión a ello, así como el intento no menos doloso de hacer valer la existencia de un gravamen sobre el subsuelo de la finca vendida que no constaba en la inscripción registral, conforme a la cual se efectuó la compra, son hechos que constituyen, al propio tiempo que los fundamentos de la resolución del contrato decretada, la base indispensable para apreciar la constancia de unos perjuicios intencionadamente causados a unos compradores de buena fe.* (Sentencia de 8 de febrero de 1972; no ha lugar.)

6. COMPRAVENTA SIMULADA: ERROR DE HECHO: DOCTRINA GENERAL: *En casación el error de hecho se sujeta a las siguientes reglas: 1.ª El recurso de casación por infracción de ley, como indica su propio nombre y su desarrollo*

casuístico, es un remedio extraordinario que se concede en interés de aquélla y que tiende a corregir posibles vulneraciones de normas sustantivas, unificando al mismo tiempo su aplicación, pero reservando a los Tribunales de instancia la delicada función de valorar las pruebas aportadas y de fijar, según su criterio, los elementos de hecho, como base de aplicación del derecho mismo; en lo que se acredita más claramente la diferencia esencial que existe entre una tercera instancia y este recurso extraordinario, a la que no empeece la circunstancia de que el número 7.º del artículo 1.692 L. E. C. admite la posibilidad, en casos verdaderamente excepcionales, de penetrar en la apreciación de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, si se dan los requisitos necesarios e indispensables que la ley establece para ello, y que, de no concurrir, determinará que aquel elemento fáctico se muestre como intangible a la hora de resolver el recurso de casación. 2.ª La apreciación y valoración de la prueba corresponde, en principio, a los Tribunales de instancia, en uso de sus facultades privativas y bajo su propia y estricta responsabilidad, siendo libres, dentro del marco legal para apreciarla como suficiente o no, al fijar los hechos sobre los que ha de recaer la aplicación de la ley; en cambio, tal apreciación tiene carácter excepcional en trance de casación, en el que no cabe revisar a prueba en su totalidad y al socaire de una presunción de mejor criterio por razones de superioridad jerárquica, limitándose la labor de este Tribunal, cuando se denuncia el error de hecho, al examen comparativo entre lo afirmado y negado en la instancia y los elementos de contraste que se aduzcan, taxativamente permitidos por la ley. 3.ª Tal contraste, tratándose de error de hecho, sólo puede hacerse mediante actos o documentos auténticos, entendiéndose por éstos únicamente los que por sí mismos, y a virtud de simple comparación, acrediten una realidad distinta a la fijada por el Tribunal de instancia, quien, por ello, ha de decirse que incurrió en una "equivocación", la que ha de ser "evidente", con lo que la ley muestra un criterio restrictivo, ya que esa evidencia ha de entenderse, no en su consideración subjetiva, proveniente de la clarividencia de quien conoce, sino en la "objetiva" que viene determinada por la propia nitidez de aquello que de conocer se trata. 4.ª La denuncia del error de hecho no trata de que entre en juego el criterio de esta Sala como superior, 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 ella se presenta simplemente como dudosa, pero no como evidentemente equivocada, la denuncia del error de hecho no puede prevalecer.

NO SON DOCUMENTOS AUTÉNTICOS LAS CARTAS SIN FECHA NI FIRMA: *El documento que se aduce para mostrar el error de hecho es una carta sin fecha ni firma, en la que se hace referencia a fincas que no se detallan, sin precisar si los envíos ofrecidos fueron realidad, y caso de que lo fueran a qué se destinaban, o si se trataba sólo de una ayuda económica a su hermano en momentos de apuro, por todo lo cual no puede decirse que sean demostrativos de una equivocación evidente del juzgador.* (Sentencia de 20 de octubre de 1972; no ha lugar.)

Sentencia docta de la que ha sido Ponente el excelentísimo señor don Emilio Aguado González, y que se recoge íntegra en su segundo considerando,

que viene a constituir la doctrina general de la Sala 1.^a sobre el error de hecho en casación.

7. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO: CUANTÍA EN CASO DE MUERTE DE LA VÍCTIMA: *Según doctrina reiterada la valoración de la indemnización es una cuestión de hecho, de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de instancia, pues cuando se trata de responsabilidades provenientes de culpa extracontractual, la valoración de los daños no patrimoniales, como la pérdida de la vida, no descansa en el resultado de una prueba objetiva, por lo cual corresponde fijar su cuantía prudencialmente al Tribunal de instancia, según las circunstancias de cada caso y conforme a las exigencias de equidad.* (S.S. de 2 de febrero de 1904, 24 diciembre de 1941, 2 de diciembre de 1946 y 7 de febrero de 1962). (Sentencia de 5 de julio de 1972; no ha lugar.)

8. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR CULPA DEL EMPLEADO: INCOMPETENCIA DE JURISPRUDENCIA: *Los daños que se produjeron al chocar la motocicleta de la víctima con una piedra larga puesta de punta en un socavón no se derivaron de la prestación normal o anormal de un servicio público, sino de la acción culposa de un empleado de la Administración, comprendido de lleno en el artículo 1.903 C c. y en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, siendo competente por ello la jurisdicción ordinaria.* (Sentencia de 10 de octubre de 1972; no ha lugar.)

El caso resuelto por esta sentencia puede ser ejemplo de una saludable reacción frente al fenómeno denunciado por GARCÍA DE ENTERRÍA (en el Prólogo a la obra de LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1970, pág. 15), como "empequeñecimiento de la responsabilidad civil entre nosotros". La víctima circula el 8 de mayo de 1969 hacia las nueve menos cuarto de la noche por la carretera C-641, conduciendo una moto de su propiedad, la cual choca contra una piedra colocada en un socavón. Al día siguiente del accidente el socavón es taponado diligentemente y retirada la piedra. Hay una presunción vehemente de un proceder negligente del empleado encargado de cuidar aquel trozo de la carretera.

G. G. C.

9. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS DE TRANSFORMADOR AL SER IZADO POR GRÚA: RESPONSABILIDAD POR RIESGO: PROBABILIDAD DE CULPA: DOCTRINA GENERAL: *Aunque nuestro Código civil se inspira en el principio de la responsabilidad basada en la culpa, por excepción no dejan de hallarse dentro de él casos en que el mero riesgo o peligro creado acarrea responsabilidad, habiéndose hecho eco nuestra doctrina científica de la importancia adquirida por la teoría objetiva, que reconoce la responsabilidad fundada en la creación de peligros para la comunidad, prescindiendo de la culpa del responsable, y manifestando la jurisprudencia de esta Sala sus criterio ecléctico, pues sin abandonar el estricto principio de la responsabilidad por culpa, admite alguna limitación al mismo basada en criterio de responsabilidad objetiva, dirección iniciada en la sentencia de 10 julio 1943 que admitió la presunción de culpa en accidente sobrevenido en el tráfico para cargar al autor de los daños producidos la obligación de desvirtuar la presunción, pero sin excluir que no habrá responsabilidad por falta de antijuridicidad y de culpa cuando se demuestre que el agente había*

procedido con la diligencia y cuidado debido según las circunstancias; y continuada en las SS. de 14 febrero 1944, 23 febrero 1950, 23 diciembre 1952 y 24 marzo 1953, para llegar a concretar la de 25 marzo 1954 que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo que prevenir y que no se hallaba completa la diligencia; consecuencia todo ello de la aplicación a la responsabilidad extracontractual de la teoría de la culpa contractual prevista en el artículo 1.104 C. c. en que no sólo se exige la diligencia simple, sino la que derive de la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, como claramente determinan las sentencias de 14 diciembre 1894, 2 marzo 1904 y 24 febrero de 1928 entre otras muchas; criterio ratificado por las S.S. de 30 junio 1959, 7 enero 1960, 14 octubre 1961, 5 y 9 abril, 14 mayo y 30 octubre 1963, y 29 noviembre 1967, proclamando la de 23 marzo 1968 que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, puede presumirse ésta y atribuir al autor del daño la carga procesal de desvirtuar la presunción de hecho, bien entendido que, para no tomar en cuenta la antijuridicidad y la culpa si en principio existen, es necesario demostrar que el autor del hecho causal del daño había cumplido con el deber de diligencia y cuidado, atendidas las circunstancias del hecho concreto y la situación personal del agente. (Sentencia de 8 de julio de 1972; no ha lugar.)

Hechos: El actor había contratado el transporte de un transformador desde Sabadell hasta Madrid. Una vez llegado al punto de destino el actor contrató los servicios de una entidad para efectuar la descarga del mismo, en cuyo momento cayó al suelo el transformador produciéndose daños cuya reparación importó la suma de 1.276.916 pesetas que fueron abonadas por el actor. El dictamen pericial sobre la causa del fallo de la grúa no pudo precisar si la rotura se produjo por un exceso de peso o por no estar el material en estado conveniente para su uso. La parte demandada pretendió que el accidente se debió a un caso fortuito.

Comentario: Se ha reproducido casi íntegro el tercer considerando de la sentencia para llamar la atención acerca de la constante erosión que el principio de responsabilidad por culpa está experimentando en la jurisprudencia del T. S. en una expansión constante de la responsabilidad por riesgo o de la presunción de culpa cuyos límites no se vislumbran en la práctica, y cuyo resultado final bien podría ser el de vaciar de vigencia al art. 1.902.

Desde otro ángulo llama la atención que no se invoque la responsabilidad *ex contractu*, ya que medió indudablemente un contrato de descarga que fue incumplido por la empresa demandada.

G. G. C.

10. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LESIONES POR EXPLOSIÓN DE UN BARRIL DE CERVEZA: PRUEBA DE PRESUNCIONES: *No incurrer en infracción del artículo 1.902 Código civil la sentencia que lo tiene en cuenta, aunque prescinda de su cita explícita; en materia de prueba de presunciones es doctrina reiterada conceder el máximo respecto a la libre apreciación de los Juzgadores de instancia, no siendo lícito en casación, sino examinar si está fundada la existencia de hecho que sirve de base a la presunción, y si es lógica la deducción que por el Juzgador se obtiene; en el presente caso ha quedado probado, tanto la realidad*

del daño como que éste ha tenido por causa la explosión del barril de cerveza, induciendo el Juzgador como acciones u omisiones atribuidas al demandado y jurídicamente valorizadas como culpables o negligentes, en el aspecto activo o de acción, el montaje completo e instalación del aparato de tiraje, suministro del barril y su acoplamiento en la referida instalación, inmediata retirada del mismo barril y accesorios una vez ocurrido el accidente, y colocación de válvulas de seguridad en las instalaciones de otros establecimientos, y en el pasivo, desatención a las diversas llamadas y avisos ante el anormal funcionamiento del aparato de tiraje, falta de vigilancia y asistencia técnica del mismo. (Sentencia de 14 de octubre de 1972; no ha lugar.)

Hechos: Se consideran como probados los siguientes: 1.º El actor y recurrido era propietario en la ciudad de Burgos de un establecimiento de bebidas denominado "Mesón Prudens", y convino con "Juan y Teodoro Kutz, S. A.", la exclusiva de venta de cervezas de su fabricación. "El León", instalándole, sin gasto alguno por su parte y a título de préstamo gratuito, el aparato para el tiraje de cerveza y correspondientes accesorios en el mes de febrero de 1969, pudiendo la sociedad propietaria de dichos aparatos marca Codifesa retirarlo cuando lo estimase conveniente, correspondiendo a los técnicos que en Burgos tiene la expresada sociedad la reparación de averías y vigilancia de la instalación y buen funcionamiento. 2.º Como en ocasiones anteriores, el sábado 2 de agosto de aquel año le fue suministrado un barril de cerveza por los empleados de la representación en Burgos de la sociedad los que procedieron a su acoplamiento y montaje en el referido aparato extractor —operación que vienen denominando "pinchado del barril"—; este aparato extractor no venía funcionando con regularidad, lo que había dado lugar a constantes reclamaciones e incluso se llegó a solicitar la retirada del mismo. 3.º El domingo 3 de agosto, después de varias llamadas y avisos no atendidos, al tratar el actor de comprobar que el barril seguía perdiendo cerveza en espuma por el grifo de salida, se produjo una explosión de la que resultó con gravísimas lesiones, la que tuvo lugar breves instantes después de que éste abandonase el local abierto al público, para entrar por el portal a la dependencia donde tenía instalado el aparato de tiraje. 4.º Que seguidamente a producirse el accidente, procedió la sociedad a la retirada del tan mencionado aparato, con todos sus elementos, incluido el barril, a lo que se debió no haberse podido precisar con exactitud las causas productoras del siniestro, así como el montaje en las instalaciones de otros establecimientos de una válvula de seguridad, de la que carecían, como el instalado en el Mesón del actor.

Comentario: Entre actor y demandada existe un contrato de suministro de cerveza en barril, y para el servicio al público instaló ésta determinados aparatos accesorios no fabricados por ella y que se entregaban a título de depósito o préstamo de uso. Un barril suministrado por la demandada hace explosión y causa graves lesiones al actor, de las que cura con defectos y deformidad. No deja de sorprender que la sentencia condene con base en la culpa extracontractual. Parece que el contrato de suministro lleva aneja una obligación accesoria de garantía por los daños que puedan originar los aparatos instalados por el suministrador; el régimen de esta acción en cuanto a la prueba, plazo de prescripción, etc., parece en principio más favorable para el actor. Dijérase que el 1.902 C. c. posee una intrínseca *vis atractiva*. Es de notar también que la casa constructora del aparato que explotó no interviene en este pleito. En principio parece que también podía haber sido demandada al amparo del 1.902; sin perjuicio de las relaciones contractuales que pueden existir entre "Juan y Teodoro Kutz, S. A." y la casa constructora de los aparatos Codifesa.

En cuanto a la prueba por presunciones de la relación de causalidad la sentencia anotada refleja cierta insuficiencia al declarar como hecho probado que la explosión se produjo al tratar el actor "probablemente" de comprobar

que el barril seguía perdiendo cerveza en espuma por el grifo de salida. La probabilidad no es certeza y el hecho sólo probable no puede considerarse probado. Por la vía de la acción *ex contractu* al actor le hubiera bastado probar el contrato y el hecho del incumplimiento de la obligación de garantía.

G. G. C.

11. SOCIEDAD CIVIL: EXISTENCIA DEL CONTRATO: CARGA DE LA PRUEBA: *Conforme al artículo 1.214 C. c. y jurisprudencia que le ha interpretado, incumbía al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, o sea, de los necesarios para que nazca la acción ejercitada.*

FALTA DE PRUEBA: EXISTENCIA DE RELACIÓN JURÍDICA NO LABORAL ENTRE LOS LITIGANTES: *La Sala de instancia estima probado, sin que su apreciación haya sido impugnada en el recurso, no sólo que ha existido una relación jurídica no laboral entre los litigantes, sino también que la organización administrativa era la del demandado, quien nombraba a los facultativos, intervenía por sí sólo en los problemas derivados de la construcción y venta de la finca, actuaba con exclusividad en cobros y pagos, y manejaba el dinero sin compañía ni autorización alguna, llegando a la conclusión de que aparece derivada la existencia de una sociedad, criterio objetivo y razonable que ha de prevalecer frente al subjetivo e interesado del recurrente, a quien no le es dable atenerse a uno solo de esos hechos y prescindir de todos los demás cuando el juicio del Tribunal a quo se funda en el conjunto de todos ellos, y porque, en todo caso, del hecho de la existencia de una relación jurídica no laboral entre los contendientes, no se deriva lógica y rigurosamente que tal relación jurídica sea precisamente la de un contrato de sociedad. (Sentencia de 28 de octubre de 1972; no ha lugar.)*

12. COMPRAVENTA: LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: *No habiendo sumisión expresa, ni tácita a ninguna jurisdicción determinada, ni figurando en los documentos aportados, el concepto en que viajó la mercancía recibida, de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial dictada en la interpretación de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que se hace eco el Dictamen del Ministerio Fiscal, deberá considerarse lugar de cumplimiento de la obligación, el del domicilio del vendedor donde éste tiene su establecimiento comercial. (Competencia-Sentencia de 13 de marzo de 1972.)*

13. OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL: MODIFICACIÓN EQUITATIVA DE LA PENA: *Es facultativa para los Tribunales cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. No procede en los casos de incumplimiento total.*

PENA COMPENSATORIA: FINALIDAD: *Liquidatoria del daño, con exoneración de aportar prueba sobre tal extremo.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA HECHA POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA: *Sólo puede ser impugnada eficazmente en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

SITUACIÓN DE REBELDÍA: *No puede el litigante que estuvo en rebeldía utilizar excepciones tardíamente alegadas, ni suscitar cuestiones distintas de las planteadas en la demanda.* (Sentencia de 3 de febrero de 1973; no ha lugar.)

Hechos: El incumplimiento de un contrato de compraventa de una finca por parte del comprador da lugar a la resolución del negocio y, en virtud de las cláusulas contractuales, a la pérdida, en su perjuicio, de la parte del precio ya entregada, en concepto de pena indemnizatoria de daños y perjuicios, así como a la obligación de reintegrar a los vendedores el precio de las ulteriores ventas parciales realizadas por dicho comprador a terceros.

14. EXIGIBILIDAD DE UN CRÉDITO: PRESUPUESTOS CONTRACTUALES NECESARIOS: *Fijación en modo claro y absoluto de la suma debida. No se da cuando, estando a las cláusulas del negocio, se constata la iliquidez de la deuda y la indeterminación de la misma, que habrá de superarse mediante operaciones ulteriores. La imposibilidad de realizar éstas determina la falta de un requisito para la efectividad del crédito.*

"DESAPARICIÓN" DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA: *Dicho término, utilizado en un contrato, ha de enlazarse con los señalados en los artículos 1.700 y 1.705 a 1707 del Código civil y no con los de fuga u ocultación a que se refiere el 877 del Código de comercio.*

INSOLVENCIA: *No acreditada en el oportuno juicio, conforme a lo prevenido en el artículo 1.214 del Código civil, viene vedado el estimarla en casación.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La interpretación de los contratos es, en principio, función privativa de los Juzgadores de Instancia, a no ser que la deducción a que lleguen fuera absurda o ilógica.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Artículos 1.281-1.º y 1.289: Invocado el número 1.º del artículo 1.281, no debe aplicarse la regla contenida en el 1.289.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Cuando se alega la infracción de artículos del Código civil no mencionados en la resolución que se impugna y apoyados en supuestos fácticos distintos de los admitidos por el Tribunal de Instancia, que no han sido desvirtuados en el recurso, se incide en vicio de inadmisión señalado en el 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* (Sentencia de 20 de enero de 1973; no ha lugar.)

14. NORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Las normas de interpretación de los contratos, si bien la jurisprudencia ha ampliado su aplicación a los negocios jurídicos en general, no deben entenderse aplicables a los elementos constitutivos de la acción.*

DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *Los escritos de las partes no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación.*

FACULTADES DEL JUZGADOR: *El juzgador puede alterar el nomen iuris del Derecho potestativo puesto en movimiento por la parte.*

PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO SUBYACENTE EN UNA LETRA DE CAMBIO: *Las letras obrantes en autos reflejan un negocio causal consistente en un contrato de préstamo y por tanto el prestamista puede ejercitar sus acciones para el cobro de lo debido dentro del plazo ordinario de prescripción de quince años. Además, aun cuando solamente hubiera existido un simple descuento de letras, la obligación de restitución puede ser válidamente exigida mediante el ejercicio de las acciones ordinarias. (Sentencia de 5 de julio de 1972; no ha lugar.)*

15. **CONTRATO DE DEPÓSITO: DERECHOS DEL DEPOSITANTE:** *Que el depositario tenga potestad para servirse de la cosa depositada, por entenderse que estaba autorizado para ello, ninguna trascendencia tiene al efecto de otorgar al mismo la propiedad sobre dicho objeto, ni de mermar el dominio del depositante.*

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y DEPÓSITO DE ACCIONES: *Para que pueda ser declarada la prescripción adquisitiva deben probarse sus requisitos necesarios, concretamente la posesión en concepto de dueño, pública y pacífica, no bastando la demostración de la mera detentación de los bienes. Por ello, recibiendo el causante de los actores las acciones en concepto de simple depósito, a fin de garantizar un contrato de opción de compra, este carácter inicial de depósito permanece al no haber sido substituido o transformado a través de los años y no cabe que por título de herencia la posesión de mero depositario se transforme en la de tenerla los herederos a título de dueño a efectos de la prescripción adquisitiva; mucho más cuando éstos no han ejecutado acto alguno revelador de poseer las acciones como dueños.*

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: *La acción declarativa de dominio, como modalidad de la reivindicatoria del artículo 348 del C. c., ha de cumplir, para su éxito, los requisitos de acreditar el justo título de dominio e identificación del objeto sobre que versa.*

RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE LEY Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: *Para que dicha infracción pueda ser cometida y alegada en casación es indispensable que el juzgador haya efectuado la exégesis de un precepto legal o de determinadas sentencias del Tribunal Supremo y esta labor interpretativa le haya conducido a atribuir a dichos preceptos o doctrina un sentido contrario del que rectamente les corresponde.*

DEFECTOS FORMALES: *Si fueran dos o más los fundamentos o motivos del recurso deberán expresarse en párrafos separados y numerados.*

PROCEDENCIA DE LA COMPARECENCIA COMO PARTE: *Planteada y decidida en instancia la cuestión de procedencia de tener como parte y la consiguiente comparecencia en el proceso de una determinada persona en el sentido de estimar*

dicha personación y siendo el auto dictado por el Juzgado en tal sentido objeto de apelación, queda firme al no haberse mantenido en segunda instancia el recurso interpuesto.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Para que pueda ser apreciado se requiere que el Tribunal sentenciador haya infringido, por un concepto de los determinados en el artículo 1.692 de la L. E. C., una norma legal que conceda a determinado medio probatorio un valor especial.* (Sentencia de 10 de octubre de 1972; no ha lugar.)

16. **CONTRATO ATÍPICO E INNOMINADO DE CESIÓN POR PRECIO DE AGENCIA DE SEGUROS: NATURALEZA JURÍDICA:** *El negocio en virtud del cual se cede una Agencia de Seguros a cambio de cierta cantidad de dinero estipulándose: a) estarán a cargo del "agente" las cargas del seguro, incluso el pago del siniestro, aun cuando rebase el importe de las primas, b) la percepción por parte de la compañía de un tanto por ciento de las primas puestas a cobro —no de las cobradas— con el fin de atender a las obligaciones fiscales, c) la atención de los gastos de la Agencia y la contratación y pago del personal a cargo, asimismo, del "agente", d) persistencia del contrato a favor de los herederos, en los casos de muerte o incapacidad del "agente", e) finalmente, la restricción de las causas de extinción a los solos casos de incumplimiento contractual, no constituye un contrato de comisión, sino un contrato atípico e innominado de cesión por precio en el que, al mandato se une la explotación de un negocio común bajo especiales condiciones.*

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: SANCIONES: *La resolución unilateral del contrato por el "cedente" sin probar suficientemente la producción de los incumplimientos denunciados da lugar a una llamada "desposesión del negocio". Tal infracción origina la obligación de reintegrar al sujeto "desposeído" en la misma posición que ocupaba anteriormente, así como a la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran habersele causado.* (Sentencia de 21 de diciembre de 1972; no ha lugar.)

Hechos: Se celebra un contrato en virtud del cual es cedida, a cambio de cierta cantidad de dinero, la cartera de seguros, mobiliario, derechos de instalación y local de una Agencia de Seguros, en las condiciones antes referidas.

Mas adelante, alegando unas supuestas deudas, no probadas suficientemente, el "cedente" resuelve el contrato por incumplimiento, instalando, en otro lugar, una nueva sucursal, dando a este hecho publicidad y ordenando a los cobradores se abstengan de realizar cualquier cobro ordenado por su antiguo "agente".

Nota: Discutida la naturaleza jurídica del presente contrato, no se ha hecho referencia pormenorizada al específico contrato de agencia, al que la doctrina mercantilista concede autonomía respecto del contrato de comisión (ver, por todos, SÁNCHEZ CALERO, "Instituciones de Derecho mercantil", Valladolid, 1973, pp. 368 y ss.).

Contrato de agencia sería aquel por el cual un empresario, de manera permanente, mediante una remuneración y con cierta independencia, asume el encargo de preparar o realizar contratos mercantiles por cuenta de otro empresario.

El carácter estable del agente hace que el contrato de agencia tienda a distanciarse del régimen de extinción del contrato de comisión y, en particular, a considerar injusta la posibilidad de revocación libre del empresario principal. En ciertos casos de extinción del contrato, el agente tiene derecho a una compensación económica por la clientela conseguida. El contrato de agencia no estaba tipificado en nuestro Derecho, siendo considerado por el Tribunal Supremo como una subespecie de la comisión. Sin embargo, la Ley de 30-XII-1969 habla, en su artículo 15, de "contrato de agencia de seguros", dentro del capítulo III, dedicado a los "agentes afectos".

C. R.

17. FIANZA: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN TORNO AL ARTÍCULO 1.827 DEL CÓDIGO CIVIL: *En armonía con este precepto legal, una reiterada jurisprudencia tiene establecido que la fianza requiere en su expresión términos concretos que claramente determinen su extensión y efectos, y afirma su carácter estricto o restringido*

GARANTÍA PERSONAL: *La frase "personalmente les garantizo cualquier descubierto que pudiera provocar la Sociedad... que presido", implica una garantía personal, en virtud de la cual se asume la obligación subsidiaria de pago, sin limitación de tiempo ni de cantidad.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1972; no ha lugar.)

Hechos: El presidente de una sociedad anónima, de modo gratuito, insiste personalmente en garantizar a un determinado, probable o real, acreedor "cualquier descubierto" que pudiera provocar la misma.

18. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL: *Existencia de una obligación válida y exigible entre los contratantes, su incumplimiento por causa imputable a uno de ellos y la realidad de los daños y perjuicios producidos al otro por semejante conducta.*

DAÑOS Y PERJUICIOS: RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA Y FIJACIÓN DE LA CUANTÍA: *Si bien es cierto que no pueden deducirse de cálculos, hipótesis o meras suposiciones o conjeturas, son cuestiones de hecho de la competencia de los juzgadores de instancia, cuya apreciación sólo puede combatirse en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: ERROR DE HECHO: *No puede acreditarse en casación a través del resultado del dictamen pericial practicado, que carece de la condición de documento auténtico.* (Sentencia de 7 de febrero de 1973; no ha lugar.)

19. DAÑOS MORALES POR PUBLICACIÓN PERIODÍSTICA: *No se dan cuando los hechos relatados son ciertos y de dominio público, aun cuando en la publicación puedan apreciarse errores debidos al desconocimiento preciso de las causas determinantes de los mismos.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: ERROR DE HECHO: *No puede acreditarse citando como documentos públicos a las diligencias sumariales, por no tener éstas tal condición a efectos de casación.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Las infracciones consistentes en la violación de disposiciones de carácter administrativo no pueden sustentar la casación.* (Sentencia de 27 de enero de 1973; no ha lugar.)

Hechos: Publicaciones periodísticas que relatan la inesperada muerte de una persona, en circunstancias extrañas que determinan la negativa de un médico a certificar su muerte natural, la ulterior autopsia, la investigación policial y la apertura de diligencias sumariales, unida a la contemporánea intoxicación de otros miembros de su familia, por tal causa hospitalizados.

21. RECLAMACIÓN DE HONORARIOS DE ARQUITECTO: LEGITIMACIÓN DEL COLEGIO: CUESTIÓN NUEVA: *Al argumentarse en el recurso que el acreedor que debió reclamar es el que prestó los trabajos, y no el Colegio, se plantea una cuestión nueva, puesto que la legitimación del Colegio de Arquitectos no fue discutida en el pleito.*

PRESCRIPCIÓN DE HONORARIOS: TERMINACIÓN DEL TRABAJO Y TRÁMITES REGLAMENTARIOS: *Sentado que el Colegio de Arquitectos está legitimado para pedir, no puede estimarse terminado el trabajo sino hasta la aprobación del proyecto y minuta de honorarios, pues si era el Colegio el que había de cobrar, lo había de hacer con sus trámites reglamentarios, que constituyen la terminación del servicio, y sin los cuales la deuda no produce acción ni puede, por tanto, comenzar el transcurso de la prescripción.* (Sentencia de 27 de septiembre de 1972; no ha lugar.)

Reclamaba el Colegio al demandado el pago de los honorarios correspondientes a la elaboración de un proyecto por uno de sus Colegiados. El demandado, ahora recurrente, adujo prescripción de la acción, por haber transcurrido más de tres años entre la fecha en que el proyecto quedó confeccionado (momento a partir del cual pudo ya ejercitarse la acción para reclamar los honorarios correspondientes) y la fecha en que se hizo la reclamación. El argumento no prosperó ante el Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar al recurso, de conformidad con la doctrina que arriba queda extractada. Doctrina tan sutil como discutible. De admitirla, habrá que concluir, con carácter general, que la prescripción de la acción para el cobro de los honorarios profesionales de los arquitectos no comienza sino desde el día que finalizan los trámites reglamentarios a que el respectivo Colegio ha de ajustarse en su procedimiento. Quedarían, de este modo, introducidas la incertidumbre y la indefensión para el cliente deudor. El instituto de la prescripción extintiva se convierte, para él, en una angustiosa ambigüedad dependiente siempre del azar burocrático que semejantes trámites procedimentales pueden suponer. Y no puede admitirse, por artificiosa, la base con que se pretende apoyar aquella doctrina: que el trabajo en que la elaboración del proyecto consiste no se termina hasta la realización de todos los trámites reglamentarios que el visado supone, llegándose a afirmar que esos trámites "constituían la terminación del servicio".

Hay que advertir, por otra parte, que si bien está suficientemente reconocida la legitimación de los Colegios de Arquitectos en el caso concreto de las reclamaciones de honorarios (como claramente se establece en la S. de

8 de junio de 1972, que reproduce sustancialmente la doctrina que al respecto ya sentara la S. de 21 de noviembre de 1958), no es menos cierto que tal legitimación no excluye en modo alguno la legitimación individual del Arquitecto colegiado que reclame, por sí, los honorarios que acredita. Y esta reclamación puede hacerse, indudablemente a partir del momento en que el encargo queda cumplido. Lo que ocurre, tratándose del proyecto, cuando éste queda confeccionado y entregado al cliente. Es a partir de tal preciso momento cuando la prescripción extintiva comienza a producirse. Carece, a estos efectos, de trascendencia la circunstancia de que "los colegiados vendrán obligados, por intermedio de los Colegios, a hacer efectivos los honorarios...", según dispone el artículo 8.º del Decreto de 13 de junio de 1931, que estableció los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos. Tal norma dará lugar, caso de incumplimiento, a la sanción disciplinaria correspondiente, pero no puede ser entendida como una exclusión de la legitimación propia y personal que al Arquitecto corresponde para el cobro de los honorarios que acredite. Lo que se corrobora si se tiene en cuenta el dictado del artículo 8.º del Reglamento Orgánico para el cobro de honorarios profesionales del Colegio de Arquitectos de Madrid, en cuyo párrafo primero se establece que "en el caso en que hubiera que recurrir a procedimiento judicial para el cobro de honorarios profesionales y el *colegial así lo desee*, el Colegio llevará su tramitación...".

J. C. P.

22. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUBROGACIÓN POR LOS HEREDEROS: *Según doctrina constante y uniforme de esta Sala, para que se produzca la subrogación que regula el artículo 60 de la Ley Arrendamientos Urbanos es necesario que, al ocurrir el fallecimiento del titular del contrato, se encontrase éste en el pleno disfrute de los derechos y obligaciones derivados del mismo, sin haberlo subarrendado, cedido ni traspasado, total o parcialmente, a otras personas.*

APORTACIÓN DEL LOCAL A SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: *La sentencia impugnada declara probado que, al sobrevenir el óbito del causante, no se hallaba dicho señor en posesión de las facultades emanadas del contrato de arrendamiento, por ser un simple cotitular del mismo o por haberlo aportado a una Sociedad constituida en la misma fecha; y tal manifestación no se ha impugnado por la vía formal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

APORTACIÓN DEL LOCAL A SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: *La doctrina sentada no se enerva por lo dispuesto en el artículo 1.669 del Código civil, en cuanto niega personalidad jurídica a la sociedad cuyos pactos se mantengan ocultos entre quienes la componen, pues tal artículo, cuya finalidad es la protección de terceros, no sirve de base para que los socios, vinculados a tenor del artículo 1.257, eludan entre ellos el cumplimiento de las obligaciones que los mismos o sus respectivos causantes hubieran concertado.*

APORTACIÓN DEL LOCAL A SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: VINCULACIÓN DE LOS HEREDEROS: *Tal aportación supone la pérdida del goce arrendaticio del local litigioso, por parte del primitivo locatario, a favor de la sociedad irregular por él constituida, siendo ello irreversible para sus herederos, por existir pacto especial al respecto, conforme a lo prevenido por el artículo 392, párrafo 2.º, del Código civil. (Sentencia de 22 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

23. CALIFICACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO PARA DESPACHO DE AGENTE COMERCIAL: *Si el local fue destinado, por el arrendatario, a despacho de agente comercial, con exhibiciones en su interior de artículos y con demostraciones a los clientes durante horas determinadas concertadas, pero no diariamente ni con regularidad de horario, tales actividades no son las que otorgan, al local en que se realizan, la calificación de local de negocio en el que se ejerce actividad de comercio con fin lucrativo; no puede hablarse de establecimiento abierto al público si el local está habitualmente cerrado y los clientes —no el público— tienen que concertar previamente las visitas, lo que no ocurre diariamente ni con regularidad. La función de agente mercantil no es actividad estrictamente mercantil por ser de representación para mediar entre comerciantes, es decir, profesión colegiada auxiliar de los comerciantes que se desenvuelve en una oficina y en los establecimientos de aquéllos, sin tener tales profesionales un establecimiento mercantil. Cuando no hay ni establecimiento ni apertura al público no puede hablarse de negocio en sentido estricto. Tampoco cabe considerar al local-despacho de agente comercial como un local de negocio por asimilación de los comprendidos en el artículo 5, párrafo 2, de la LAU, pues las oficinas y escritorios a que tal artículo se refiere, son locales en que se realiza una actividad de comercio propiamente dicha, lo que no ocurre con el local en que sólo se desarrollan las actividades propias de una profesión colegiada que sólo tiene relación con la actividad mercantil en cuanto pone en contacto a comprador y vendedor, pero que no implica actividad comercial en sí misma, como la da a entender la Orden de 22 febrero 1950, que incluye a los agentes comerciales entre los profesionales que gozan de preferencia en el orden relativo de viviendas por necesidad del arrendador, Orden vigente bajo la ley actual.*

RESOLUCIÓN DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO POR CIERRE: *Si el local litigioso fue arrendado para local de negocio abierto al público y el arrendatario se limitó a guardar en él su coche y a ejercer su simple actividad de agente comercial colegiado sin tenerlo abierto al público durante el horario comercial normal, se ha producido el cierre del local causa de denegación de prórroga. (Sentencia de 16 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

24. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO COMO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: MOMENTO AL QUE HAY QUE ATENERSE: *Hay que calificar el arriendo como de industria, ateniéndose a lo que realmente se convino y entregó en el momento de hacer el contrato, que fue una industria en marcha, con todos sus elementos materiales, e incluso inmateriales, como es la clientela, sin que pueda variar tal calificación el giro que paulatinamente, desde su inicio, fue dando el arrendatario a la industria recibida hasta dejarla, con el transcurso del tiempo, convertida preferentemente en negocio de compraventa de coches usados. (Sentencia de 25 de noviembre de 1972; ha lugar.)*

25. DISTINCIÓN ENTRE ARRIENDO DE INDUSTRIA Y LOCAL DE NEGOCIO: *No hay arriendo de local de negocio, sino de industria, si no se arrienda un local donde el arrendatario montara su industria aportada por sí, sino que mediante el*

arriendo, se sigue la explotación de un negocio en marcha con todo su menaje que, hasta entonces, había sido explotado directamente por el dueño del inmueble sin que importe que el mobiliario y el menaje hayan tenido que ser renovados parcialmente por el inquilino e incluso si lo hubiera hecho en la totalidad cuando han sido tan largos los períodos de arriendo.

CASACIÓN E INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *La interpretación de los contratos es cuestión que pertenece a la instancia y sólo es combatible en casación cuando resulte absurda o desproporcionada.* (Sentencia de 1 de julio de 1972; no ha lugar.)

26. **DONACIÓN DE LOS DISTINTOS PISOS DEL INMUEBLE AL HIJO DEL PROPIETARIO: ORDEN DE PRELACIÓN:** *El artículo 64 LAU establece una preferencia de inquilinos en razón directa de la existencia de pisos libres o, caso de estar todos ocupados de las circunstancias personales o familiares de cada piso y, en definitiva, por orden de antigüedad para el caso de que el propietario ejerza el derecho que le concede el artículo 62 de la LAU, orden que ha de ser respetado en las ventas y donaciones de pisos, pero dichos preceptos no han de ser aplicables cuando lo que se venda o dona es la totalidad de los pisos alquilados. Tratándose de la donación por la madre, a los hijos, de cada uno de los pisos de la casa de su propiedad, el arrendatario no puede impugnarla, ni en su totalidad ni en la específica asignación de cada caso.*

FRAUDE DE LEY: *No es lícito invocarlo, cuando se dispone de un bien propio dentro de los límites autorizados.* (Sentencia de 17 de octubre de 1972; no ha lugar.)

27. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR CIERRE: JUSTA CAUSA:** *Si el cierre del local de negocio ha sido provocado por la conducta de la propiedad y por ello hay justa causa para el mismo, la resolución del contrato no es procedente.*

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: *El principio de congruencia no exige que el Juzgador haya de pronunciar su fallo ajustándose rigurosamente a los términos literales en que están redactadas las pretensiones de las partes, sino que, por el contrario, el fallo ha de respetar la esencia de lo solicitado en conexión con los antecedentes del hecho y fundamentos jurídicos expuestos por los contendientes. No es incongruente la sentencia que se refiere a las reparaciones detalladas en los hechos de la demanda, aunque no se concretaran en el "suplico", que se refirió a reparaciones necesarias.* (Sentencia de 5 de junio de 1972; no ha lugar.)

28. **ARRIENDO DE DESPACHO DE ABOGADO; CESE DE ACTIVIDAD; RESOLUCIÓN:** *Como el cese de toda actividad profesional en el local destinado para despacho destinado al ejercicio de profesión—abogado—es sinónimo, gramaticalmente de desocupación y la desocupación de viviendas es causa de denegación de prórroga, hay que estimar que el indicado cese de actividades es causa de resolución.* (Sentencia de 2 de octubre de 1972; no ha lugar.)

29. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE: JUSTA CAUSA: INSOLVENCIA: *Apareciendo probado que la industria radicada en el local de negocio fue embargada por la Magistratura de Trabajo a instancia de los productores a los dos meses del cierre nombrándose depositario de la misma sin facultades para administrar dictándose sentencia en 24 abril 1965, adjudicándose al Señor XXX en 15 junio 1966, otorgándose escritura pública en 14 diciembre del mismo año con entrega de la industria al adjudicatario el 24 febrero 1967, quien la reabrió a los pocos días y probado también que el primitivo arrendatario llegó al estado de insolvencia por acontecimientos desgraciados y que hizo lo posible para continuar la explotación del negocio hasta consumir sus reservas es evidente que concurre la justa causa del cierre.*

REQUISITO DE ARRAIGO EN EL LOCAL PARA LA VALIDEZ DEL TRASPASO: *No cabe impugnar la eficacia del traspaso con base en la inexistencia de la explotación ininterrumpida en el año anterior, ya que este requisito del artículo 32 LAU, número 1, hace referencia al traspaso voluntario y no es aplicable al caso en que el traspaso no fue voluntario y hubo justa causa para el cierre.*

TRASPASO FORZOSO: SUPUESTOS FRAUDE DE LEY: *Si en el acta de subasta el rematante hizo la discriminación de los dos conceptos de industria y derecho de traspaso señalando la parte correspondiente a cada componente del precio de la valoración conjunta que previamente se había señalado y el remate se aprobó por el Magistrado de Trabajo notificándose al propietario que no recurrió contra tal adjudicación, no cabe hablar de que haya habido fraude de ley. (Sentencia de 15 de junio de 1972; no ha lugar.)*

30. DERECHO DE RETORNO DEL ARRENDATARIO A LA FINCA REEDIFICADA: REQUISITOS: *Una de las causas que originan la pérdida, por el arrendatario, de su derecho a instalarse en la finca reedificada, es la de ser a él imputable el incumplimiento de la obligación o carga establecida en el artículo 81 de la LAU, de suscribir, con el arrendador, antes de desalojar el local, el documento previsto en dicho artículo. La suscripción de tal documento no puede ser sustituida por actos o declaraciones unilaterales o datos obrantes en el expediente administrativo, ni la fijación de domicilio prevista en dicha norma cabe sustituirla por el señalamiento del domicilio del requirente en la comparecencia del acta notarial relativa a la entrega de llaves del local.*

SENTENCIAS: CONTENIDO DE LOS CONSIDERANDOS: *No están obligados los Tribunales a reproducir textualmente en los "Considerandos" todos los hechos alegados por las partes. (Sentencia de 6 de junio de 1972; no ha lugar.)*

31. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: INEXISTENCIA POR TRATARSE DE RELACIÓN DE DEPENDENCIA: *No existe subarriendo si al arrendatario le liga con el supuesto subarrendatario un vínculo de carácter profesional, hallándose este último bajo la dependencia del primero, lo que es incompatible con el subarriendo, aunque el arrendatario viva en otro lugar y en el local litigioso posea todas las útiles, instrumentos y enseres propios del ejercicio de su profesión colegiada, que utiliza para el desempeño, en el piso, de la misma, sin que haya introduc-*

ción de persona ajena en el arriendo que, desde muchos años, goza única y exclusivamente el arrendatario.

CALIFICACIÓN DE LA CLÍNICA PARTICULAR DE UN OFTALMÓLOGO: *En la clínica particular de un oftalmólogo no se ejerce actividad mercantil ni de enseñanza con el fin lucrativo por lo que no puede calificarse de local de negocio.*

RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: *No procede por el hecho de que el arrendatario que en un piso tiene su vivienda y su clínica particular oftalmológica, traslade la primera a otro lugar continuando el ejercicio de su profesión en dicho piso. (Sentencia de 17 de octubre de 1972; no ha lugar.)*

32. RESOLUCIÓN POR CESIÓN; CESACIÓN DE UNO DE LOS ARRENDATARIOS Y CONTINUACIÓN DEL OTRO: *Es constante la doctrina de la Sala I del T. S. declarando que la cesación en el arrendamiento de uno de los arrendatarios y la continuación del otro modifica subjetivamente la obligación y no puede hacerse sin el consentimiento del propietario.*

INJUSTICIA NOTORIA: ACUMULACIÓN INDEBIDA DE CAUSAS: *No puede prosperar un recurso basado en la acumulación de dos causas distintas como son error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito en injusticia notoria cuestiones no suscitadas en la instancia. (Sentencia de 28 de octubre de 1972; no ha lugar.)*

33. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CESIÓN O TRASPASO: *Al no haberse probado el consentimiento del arrendador al cambio de la titularidad del arrendamiento, no cabe la novación subjetiva del contrato.*

VALOR PROBATORIO DE LOS RECIBOS DE ARRIENDO: *Los recibos sólo justifican el pago del alquiler, sin conceder ningún otro derecho. (Sentencia de 6 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

34. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: ERROR EN LA CALIFICACIÓN DE LA ACCIÓN POR PARTE DEL DEMANDANTE: *No hay inconveniente en que, ejercitada la acción por subarriendo, llegue a decretarse la resolución por traspaso, porque el error cometido por el demandante al calificar la acción no tiene trascendencia, toda vez que lo que determina la resolución del arrendamiento es la sustitución del arrendatario por un tercero en el goce o uso de la cosa arrendada sin dar cumplimiento a los requisitos de validez, sin que sea necesario precisar si tal sustitución constituye cesión, traspaso o subarriendo.*

INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: CAUCE IDÓNEO: *La interpretación de una cláusula del arriendo sobre facultades del arrendatario para formar sociedad con tercero sólo es impugnabile al amparo de la causa tercera de injusticia notoria y no de la cuarta.*

NATURALEZA DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *No es una tercera instancia.* (Sentencia de 24 de noviembre de 1972; no ha lugar.)

35. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO INTERTEMPORAL: *La vigente LAU conforme a sus disposiciones generales, será aplicada sin otras excepciones que las que resulten de sus propios preceptos, no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino también a los que en dicho momento se hallaren en vigor, y el someter, consecuentemente, tales contratos, a esta Ley, debe entenderse, tanto para determinar los que deben gozar de la protección que la misma establece, cuando para excluir, de su ámbito, los que expresamente señala.*

COISA JUZGADA: PLANTEAMIENTO EN CASACIÓN: *Es defectuoso el recurso en que se denuncia la infracción del principio de la cosa juzgada sin invocar el artículo 1.252 del C. c.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No es factible amparar en el número 7 del artículo 1.692 de la LEC cuestiones que desborden el contenido fáctico.*

DOCUMENTOS AUTÉNTICOS A EFECTOS DE CASACIÓN: *No lo son los considerandos de una sentencia dada en otro juicio, ni las manifestaciones hechas por los litigantes en sus escritos.* (Sentencia de 28 de octubre de 1972; no ha lugar.)

36. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR OBRAS: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *El consentimiento para la ejecución de las obras a realizar por el arrendatario implica, por parte del arrendador, una renuncia de su derecho a resolver el contrato, que, como tal, precisa, para surtir efecto, el que se haya acreditado de una manera clara explícita y terminante sin que sea lícito deducirla de expresiones o actos de dudosa significación.*

TIEMPO DE LA REALIZACIÓN DE LAS OBRAS: CARGA DE LA PRUEBA: *Afirmado por el arrendatario que las obras se realizaron en una fecha determinada, al mismo incumbía la prueba de tal aseveración por aplicación del artículo 1.214 Código civil y de doctrina de esta Sala.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Carecen de virtualidad los documentos privados no reconocidos y el reconocimiento judicial.*

INJUSTICIA NOTORIA: *Cuestiones nuevas, no cabe deducirlas con éxito en el recurso.*

INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES: *Es viciosa la invocación conjunta de los artículos 1.249 y 1.253 del C. c. Es vicioso amparar en la causa 4.^a —error de hecho— la impugnación de una interpretación de contrato, sin ampararse además en las normas hermenéuticas del C. c.* (Sentencia de 14 de junio de 1972; no ha lugar.)

37. ACCIONES ARRENDATICIAS DE RESARCIMIENTO: PROCEDIMIENTO APLICABLE: *Reclamado por el arrendatario, al arrendador, el resarcimiento del importe de las obras de reparación de la cosa arrendada que realizó por su cuenta y el importe del lucro cesante derivado de los beneficios dejados de percibir por el primero por daños en la cosa arrendada y basada la acción en los artículos 106, 115 y 116 de la LAU, es el procedimiento incidental previsto en la LAU el aplicable, sin, que obste a ello el que el actor funde su demanda, no sólo en las normas de la LAU, sino en otras del C. c., concordantes con aquéllas y que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios se ejercite con carácter principal y no como accesoria de la relativa a la ejecución de las reparaciones, si éstas han sido ya ejecutadas, ni que los daños tengan su origen en el acto culposo de un tercero ajeno a la relación arrendaticia, sin perjuicio de la acción que contra éste pueda ejercitar el arrendador.*

INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES: *Lo son: la alegación de la inadecuación de procedimiento por el cauce de la causa 1.^a de injusticia notoria; no expresar el concepto en que se reputa infringida la norma; no citar con claridad y precisión en cuál de las cuatro causas de impugnación del artículo 136 LAU se fundamenta el motivo; mezclar el error de hecho en la apreciación de la prueba con el error de derecho en la apreciación de las pruebas. (Sentencia de 15 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

38. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ACCIÓN, POR EL ARRENDATARIO, DE IMPUGNACIÓN DE LA TRANSMISIÓN POR PRECIO EXCESIVO: *Desestimada, por la Sala de instancia, la demanda, por entender que el actor carece de acción para deducir la pretensión esgrimida en razón a que en el fondo ejercita una acción impugnatoria con efectos análogos a los establecidos en el artículo 53 de la LAU, acción que no reconoce la legislación de arrendamientos rústicos, que no concede a los colonos que no ejercitan el retracto, derecho alguno a impugnar por ningún concepto la transmisión efectuada, y no combatida la argumentación jurídica citada por el recurrente, no puede ser estimado. (Sentencia de 20 de octubre de 1972; no ha lugar.)*

V. Derecho de familia.

1. BIENES COMUNES EN ARAGÓN: PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 48 DEL APÉNDICE: *La contraposición que se alega en el recurso entre la presunción de comunidad del artículo 48 del Apéndice y la presunción de que el poseedor es propietario del artículo 448 del Código civil, aparte de ser cuestión nueva, prescinde de los hechos probados según los cuales la viuda tenía la condición de poseedora, no en concepto de dueña, sino de administradora de la sociedad conyugal tácita instaurada a la muerte de su marido. (Sentencia de 28 de febrero de 1972; no ha lugar).*

2. RECONOCIMIENTO FORZOSO DE FILIACIÓN NATURAL EN CASOS DE DELITO: *El artículo 135 del Código civil admite propiamente la investigación de la paternidad sólo en el caso de delito sexual, por lo que si existe sentencia penal con-*

denatoria por violación, estupro o raptó, el Tribunal de lo penal ha de imponer, por vía de indemnización, el reconocimiento de la prole derivado de la constatación de la filiación.

SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA Y RECONOCIMIENTO POR VÍA CIVIL: *Si la sentencia penal es absolutoria, por no estimar acreditados los hechos que constituirían el delito, ello será un valla infranqueable para pedir en la jurisdicción civil el reconocimiento, dado que éste habría de derivarse de los hechos cuya existencia se negó.*

SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA Y RECONOCIMIENTO POR VÍA CIVIL: *Si la sentencia penal declara la existencia de los hechos integrantes del delito y no castiga éste, por defunción, rebeldía o inimputabilidad de su autor, queda expedita la vía civil para la reparación del daño, cual reconoce la Sentencia de 25 de febrero de 1928.*

SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA Y RECONOCIMIENTO POR VÍA CIVIL: *A igual conclusión debe llegarse en aquellos supuestos en que se declara probado que el procesado tuvo acceso con la ofendida, pero sin emplear engaño o siendo aquélla mayor de 23 años, casos en los que no existe delito de estupro, pero sí queda establecida una filiación en la sentencia penal, que es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil.*

DELITO DE ESTUPRO Y RECONOCIMIENTO DECRETADO POR LA JURISDICCIÓN CIVIL: *La sentencia penal condenó al demandado como autor de un delito de estupro y declara que la ofendida quedó embarazada cuando tenía más de veintitrés años, no pudiendo imponer el reconocimiento sólo por razón de la edad de aquélla, pero establecida en sentencia penal una filiación que ya no puede desconocerse, la jurisdicción civil, siguiendo las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado, debe sancionar la declaración de paternidad. (Sentencia de 30 de mayo de 1972: ha lugar).*

NOTA: Esta sentencia se une a la reciente línea jurisprudencial favorable a una interpretación amplia y progresiva del artículo 135 del Código civil. Ahora bien, algunas de sus afirmaciones parecen algo exageradas y van más allá del propio caso contemplado por la sentencia, en el que precisamente el demandado había sido condenado como autor de un delito de estupro y lo único que ocurría es que la concepción, por actos sexuales posteriores, había tenido lugar cuando la mujer era mayor de veintitrés años.

Por esto parece una generalización excesiva sostener, como afirma incidentalmente la sentencia, que, aun no existiendo delito de estupro, es posible el reconocimiento por vía civil, si así resulta probado en la sentencia penal. Tanto del artículo 135 del Código civil, como del 444 del Código penal, parece claro que es necesario se den los supuestos específicos de los tres delitos que se mencionan, independientemente de que, por cualquier causa, no pueda castigarse al autor. Pero si no se dan los hechos integrantes del delito, no debería ser posible el reconocimiento forzoso.

J. D. C.

3. **NATURALEZA DE LA ACCIÓN EJERCITADA:** *La calificación de la acción no será la que le haya dado, o intente dar ahora la recurrente, sino la que corresponde al conjunto de las pretensiones postuladas, las cuales son las que determinan la naturaleza de la acción.*

ACCIÓN DECLARATIVA DE FILIACIÓN ILEGÍTIMA Y ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN LEGÍTIMA: *Atendida la naturaleza y finalidad de las pretensiones contenidas en la demanda, resulta evidente que la acción en ella ejercitada por la mujer no es la meramente declarativa, pues no se trata sólo de constatar ante los tribunales ordinarios las manifestaciones que el marido demandado vertió en el proceso de separación conyugal y en la querrela por falsedad sobre la filiación adulterina de la hija.*

ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD: *Es ésta la acción ejercitada, puesto que lo que por medio de ella se postula es que se declare nula el acta de inscripción de nacimiento que atribuye a la niña condición de hija legítima del matrimonio litigante, y se practique otra inscripción en la que se haga constar que es hija adulterina de la esposa, para ejercitar la cual carece la mujer de legitimación activa.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA: INCONGRUENCIA: *La sentencia que estima la falta de legitimación alegada por el demandado y por el Ministerio Fiscal y, sin entrar en el fondo del asunto, desestima en todas sus partes la demanda deducida, no puede tildarse de incongruente, según reiterada jurisprudencia, pues no deja sin resolver ningún extremo litigioso.*

FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA MUJER PARA IMPUGNAR LA LEGITIMIDAD: ARTÍCULO 111 CÓDIGO CIVIL: *Aunque la invocación de este artículo por la sentencia no fuese afortunada, pues no se está en el supuesto específico que contempla, lo cierto es que tampoco este artículo concede a la esposa la acción impugnativa que la recurrente pretende.*

ARTÍCULO 111 DEL CÓDIGO CIVIL: *Este artículo, de inspiración napoleónica, autoriza al marido o a sus herederos para desconocer la legitimidad del hijo que dé a luz su esposa después de transcurridos 300 días desde la separación legal efectiva de los cónyuges, con lo que claramente da a entender que los hijos nacidos en esas condiciones provisionalmente también se presumen legítimos, aunque con presunción más débil que la del artículo 108, puesto que para destruirla basta el mero desconocimiento, sin imponer al marido o a sus herederos carga probatoria alguna*

FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA MUJER PARA IMPUGNAR LA LEGITIMIDAD: ARTÍCULO 109 DEL CÓDIGO CIVIL: *Este precepto, que tiene su origen en las Partidas, se limita a proclamar que no destruirá la presunción de legitimidad la declaración de la madre ni la condena de ella como adúltera, pero sin conceder a dicha madre acción impugnativa de clase alguna con referencia a la presunción de legitimidad.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA IMPUGNAR LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD: *Estas acciones sólo se otorgan, por regla general, al padre y, excepcionalmente, después de la muerte de él, a sus herederos, con plazos muy breves y pruebas muy limitadas; y se comprende que así sea, porque no tutelan intereses patri-*

moniales y sólo tienen a defender la honorabilidad particular del padre que es el único que puede conocer la verdad y medir el alcance de la divulgación de un suceso que sólo a él afecta; conceder esas acciones a otras personas podría constituir un incentivo a hijos desnaturalizados, que les impulsase a acusar de adúltera a la propia madre. (Sentencia de 17 de marzo de 1972: no ha lugar).

14. PRUEBA DEL MATRIMONIO: *El matrimonio solamente se prueba por las certificaciones del acta del Registro Civil, mientras no sean invalidadas con arreglo a derecho, conforme disponen los artículos 53 del Código civil y 2 y 69 de la Ley del Registro Civil.*

NOTA MARGINAL DE NULIDAD DEL MATRIMONIO: *La nota de nulidad, practicada en 1941, respecto de un matrimonio civil contraído en zona roja el 25 de noviembre de 1937, y en la que se expresa que se anula el asiento por haberse efectuado el matrimonio con sujeción a normas dictadas por el Gobierno rojo con posterioridad al 18 de julio de 1936, está proclamando una situación de inexistencia de tal matrimonio.*

NOTA MARGINAL DE NULIDAD DE MATRIMONIO: *En ella no hay infracción de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1938, ni del artículo 4.º del Código civil, cuando del contenido de la nota aparece se dictó con arreglo a lo dispuesto en la misma y al artículo 1.º de la Orden Ministerial de 12 de agosto de 1938.*

INEFICACIA DE DICHA NOTA A CONSECUENCIA DE DISPOSICIONES POSTERIORES: *El hecho de que la Disposición Transitoria 11.ª del Reglamento del Registro Civil declare la nulidad de dicha nota marginal, así como la circunstancia de que por Decreto de la Curia Diocesana de 1969 se haya declarado el carácter canónico de aquel matrimonio en zona roja, no puede suponer que tal nota marginal haya de ser nula "ab initio", pues tales disposiciones no tienen efecto retroactivo.*

FILIACIÓN NATURAL: *Por tanto, la hija nacida en 1945 de padre viudo y de madre que, según lo dicho, no aparecía ligada por vínculo matrimonial válido, ha de ser natural, con arreglo al artículo 119 del Código civil, al haber sido reconocida por ambos padres en el acta de nacimiento.*

DEFECTOS DEL RECURSO: ARTÍCULOS 69, 118 Y 113 del Código civil: *No puede prosperar el motivo del recurso que alega la aplicación indebida de tales artículos, cuando el fallo impugnado argumenta sobre los mismos sólo a mayor abundamiento, y presuponiendo situaciones jurídicas, desde las que también pudiera contemplarse el supuesto de autos, que conduciría a igual conclusión, que la sentada en los dos primeros considerandos, determinantes del fallo. (Sentencia de 10 de junio de 1972; no ha lugar.)*

NOTA: Para la mejor comprensión de esta sentencia, es conveniente extractar el supuesto contemplado. Don J. y doña A. contraen matrimonio canónico en 1969, legitimando al hacerlo una hija que habían reconocido como natural, nacida en 1945. Don J. era viudo y tenía hijos de su primer

matrimonio, uno de los cuales es el demandante. Doña A. había contraído matrimonio civil en zona roja en 1937 con don J. M., el cual falleció en 1950. Toda la cuestión se centra sobre la posible nulidad de este último matrimonio, pues si el mismo se estimará válido, ello llevaría consigo el carácter no natural de la hija nacida en 1945.

Por las razones aducidas, el Tribunal Supremo llega a la conclusión contraria, aplicando con toda corrección el principio fundamental hoy contenido en el artículo 2.º de la Ley Registro Civil: "El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos" y el Registro Civil proclamaba en 1945 la existencia del matrimonio discutido.

5. **DEUDA ALIMENTICIA: MATRIMONIO SUBSISTENTE:** *El error de hecho resultante de documento auténtico que se alega no puede prosperar, pues el testimonio judicial que se invoca no acredita el carácter firme de la sentencia de divorcio, al contrario, de él aparece que la esposa interpuso recurso de revisión contra la sentencia de divorcio, recurso que no llegó a tramitarse por tratarse de actuaciones llevadas a cabo en los últimos momentos de la sublevación marxista, quedando la sentencia pronunciada y en modo alguno firme, por haber sido objeto de recurso*

NULIDAD DE SENTENCIA DE DIVORCIO VINCULAR DICTADA EN 1939: *La sentencia dictada en 25 de febrero de 1939 está afectada de la declaración de nulidad, ordenada por el artículo 6.º de la Ley de 8 de mayo de 1939, porque nunca adquirió firmeza, especialmente en razón a que el artículo 1.º de dicha Ley priva del carácter de firmes a las resoluciones de cualquier clase dictadas en zona roja a partir del 18 de julio de 1936; por tanto, este matrimonio, que el marido impugna, es plenamente válido y está sujeto a la obligación de prestar alimentos. (Sentencia de 25 de octubre de 1973; no ha lugar.)*

6. **ERROR DE DERECHO:** *El denunciado error de derecho sobre la apreciación de la prueba, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo se comete, según reiterada jurisprudencia, en el caso de infringirse una norma legal que reconoce a determinada prueba la eficacia que el Tribunal "a quo" no otorga en su fallo, y es inoperante alegarlo cuando se ha apreciado en su conjunto la prueba practicada.*

CONSENTIMIENTO "UXORIS": ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL: *El propio marido no puede alegar la falta del consentimiento "uxoris", sino la mujer como posible perjudicada.*

CONSENTIMIENTO "UXORIS": ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL: *Según unánime doctrina legal, el novísimo consentimiento "uxoris" no ha introducido un régimen de codisposición a título oneroso de inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales, sino que integra un negocio de asentimiento a la disposición efectuada por el marido y tiene un estrecho paralelismo con la licencia marital, cuyas soluciones pueden aplicarse por analogía.*

CONSENTIMIENTO "UXORIS" Y LICENCIA MARITAL: *No es correcta la limitación establecida por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 1972, prohibiendo la inscripción en el Re-*

gistro de la Propiedad de los actos celebrados por el marido sin consentimiento "uxoris", pues la existencia de una simple laguna legal no autoriza aquí la aplicación del argumento "a contrario", sino que es viable aplicar por analogía la solución establecida para la licencia marital y, por tanto, el artículo 94 del Reglamento Hipotecario. (Sentencia de 7 de junio de 1972; no ha lugar)

NOTA: Para la comprensión del verdadero alcance de estas últimas declaraciones de la Sentencia, debe tenerse presente que la razón decisiva para desestimar el recurso, según se desprende del penúltimo considerando, fue que la falta del consentimiento de la mujer había sido invocada exclusivamente por el propio marido. Por esto, las afirmaciones subsiguientes sobre la naturaleza jurídica del consentimiento "uxoris" y su paralelismo con la licencia marital, no son adornos retóricos que no integran la "ratio decidendi". En este mismo sentido hay que estimar la crítica que hace el Tribunal Supremo a la Resolución de 15 de marzo de 1972, pues la venta debatida había sido celebrada en documento privado y no existía problema registral alguno que resolver. Aunque no viniera a cuento, el Tribunal Supremo ha querido aprovechar la ocasión para adelantar su opinión sobre una cuestión importante. En estas salvedades sobre su valor, es interesante transcribir por su interés doctrinal, parte de los dos últimos considerandos.

"Según unánime doctrina legal sentada por esta Sala, entre otras, en las Sentencias de siete de febrero, trece de marzo y veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, tres de marzo y seis de mayo de 1969 y 27 de diciembre de mil novecientos setenta, acogida por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de nueve, trece y catorce de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y nueve y quince de marzo de mil novecientos setenta y dos, la modificación del artículo mil cuatrocientos trece del Código civil por la Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, no ha introducido un régimen de codisposición a título oneroso para los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, sino que la potestad de disposición sigue correspondiendo al marido, único al que pertenece la iniciativa para realizar dichos actos en que la mujer no es parte, aunque los consiente, y por ello este novísimo consentimiento "uxoris" limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace uso arbitrario de los mismos, cabe sustituirlos por la autorización judicial, por lo que resulta viable la aplicación por analogía de las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital, para llenar aquellas lagunas que la reglamentación del consentimiento "uxoris" origina."

"Considerando: Que esta doctrina no autoriza la limitación establecida por la Resolución de quince de marzo de mil novecientos setenta y dos, a efectos registrales, prohibitiva de la inscripción en el Registro de la Propiedad, de los actos realizados en contravención del artículo mil cuatrocientos trece del Código civil, fundada en que el Decreto de diecisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, que modificó entre otros los artículos noventa y cuatro, noventa y cinco y noventa y seis del Reglamento Hipotecario, permitió expresamente la inscripción de los actos y contratos celebrados por la mujer sin licencia marital, y nada dijo en cuanto a los realizados por el marido sin consentimiento "uxoris", haciendo, al parecer, uso del aforismo jurídico "inclusio unius exclusio alterius", que en este supuesto es inaplicable, porque no puede olvidarse que el repetido artículo mil cuatrocientos trece establece en primer término la regla general de que el marido es el administra-

dor de los bienes de la sociedad de gananciales, los cuales puede enajenar y obligar, y en segundo lugar, una limitación de tales facultades a la que no puede darse mayor alcance del querido por el legislador en su moderada reforma, la cual, respetuosa con el sistema general del Código, por estimarlo acomodado a la realidad social española, ha de ser interpretada con la misma deseada ponderación, por lo que es viable aplicar por analogía al consentimiento "uxoris", las soluciones elaboradas a propósito de la licencia marital, mientras no exista un precepto expreso que establezca otra cosa, siendo insuficiente la existencia de una simple laguna legal."

VI. Derecho de sucesiones.

1 TÍTULO NOBILIARIO: ORDEN DE SUCEDER: DECRETO DE 4 JUNIO 1948: *Aunque el artículo 4.º del R. D. de 27 mayo 1912 prescribía que el orden de suceder en las dignidades nobiliarias "se acomodará estrictamente a lo dispuesto en la Real concesión, y, en su defecto, a lo establecido para la sucesión a la Corona", sin embargo, tal norma ha sido derogada de manera expresa por la disposición final segunda del Decreto de 4 junio 1948, que se dictó para desarrollar la Ley de 4 mayo 1948; dicho Decreto en su artículo 5.º preceptúa que "el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión, y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia".*

ORDEN TRADICIONAL DE SUCEDER: *De no existir o no conocerse un orden especial que venga impuesto por la carta de sucesión, o por una vinculación irregular, deberá seguirse el orden establecido para los mayorazgos regulares en la Ley XL de Toro, que pasó a constituir la Ley IV, tit. XVII, del libro X de la Novísima Recopilación, que mantiene los clásicos principios de primogenitura, masculinidad y representación, cuya Ley debe ser completada con la VIII del mismo título, que reconoce a las hembras de mejor línea y grado el derecho de suceder en los mayorazgos con preferencia a los varones más remotos, y con la IX, que reitera la vigencia del principio de representación cuando el fundador, clara y distintamente, no haya dispuesto otra cosa*

CRITERIOS PREFERENCIALES: *A tenor de estas normas, y de acuerdo con la unánime doctrina sostenida por los mayorazguistas, las vinculaciones regulares—y las dignidades nobiliarias, que siguen el mismo orden cuando nada se haya establecido en contrario—, se suceden con arreglo a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación, conjugadas con los siguientes criterios preferenciales: 1.º El grupo parental formado por los descendientes, prefiere y excluye al de los ascendientes, y el de éstos a los colaterales; 2.º La línea anterior, también llamada "preamada", prefiere y excluye a las posteriores, y consiguientemente mientras existan descendientes en la línea encabezada por el primogénito varón—y, en su caso, hembra—, no podrán entrar a suceder ningún descendiente que pertenezca a la línea encabezada por el segundogénito, sea cual sea el grado de proximidad en que se encuentre con el fundador del mayorazgo o con el primer concesionario de la merced, y sean cuales sean su sexo y su edad, y lo mismo, ocurrirá con respecto*

a la línea encabezada por el tercio génito, que no entrarán a suceder mientras existan parientes de la encabezada por el segundogénito; 3.º) El más próximo en grado prefiere y excluye al más remoto siempre que ambos pertenezcan a una misma línea, de tal manera que el hijo del primogénito—que está en primer grado—, excluye al nieto, que lo está en segundo grado con relación al concesionario; 4.º) La preferencia del sexo, a tenor de cuyo principio el varón que pertenece a la línea descendente del primogénito excluye a todas las hijas de dicho concesionario; 5.º) La preferencia de edad en cuya virtud, entre los hijos varones o hembras del concesionario, que están dentro del mismo grado es preferido siempre el de más edad, si ambos son varones, o la hembra mayor si ambos hijos son de este sexo, y no existe hijo varón del concesionario, y lo mismo entre los hijos del primogénito, segundogénito, tercio-génito y demás.

FUNCIONAMIENTO DE LOS CRITERIOS PREFERENCIALES: Estos criterios preferenciales se excluyen sucesivamente, y van entrando en juego unos después de otros, de tal forma que la preferencia de línea, la proximidad en grado, la preferencia de sexo y la edad, no actúan sino cuando se vayan seleccionando cada uno de aquellos criterios preferenciales; ni la proximidad en grado, ni la mejoría de sexo, ni la mayoría de edad, operan más que cuando se trata de parientes de una misma línea que vaya encabezada por una persona de la cual descendan los contrincantes, ya que si pertenecen a distintas líneas, la anterior prefiere y excluye sucesivamente a cada una de las posteriores.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: La doctrina de que “tan sólo dentro de cada línea puede atenderse después al grado, y que en igualdad de grado o distancia del tronco común, vencerá el sexo, y, por último, la edad”, viene siendo consagrada por las siguientes sentencias: a) S. de 16 diciembre 1862, que declara que la línea primogénita desplaza a la segundogénita, y a todas las posteriores; b) S. 10 abril 1928, que estableció la preferencia de la línea encabezada por la hermana mayor sobre la derivada de la hermana menor; c) S. 7 julio 1930, que señaló la preferencia de la línea encabezada por un varón, sobre los parientes que pertenecen a la línea encabezada por una hermana de aquél, y d) S. 16 febrero 1968, que proclamó el mejor derecho genealógico del actor porque descendía de una nieta del concesionario, de mayor edad que la progenitora del demandado. (Sentencia de 8 de abril de 1972; ha lugar.)

2. TÍTULO NOBILIARIO: DOCTRINA GENERAL SOBRE REHABILITACIÓN: Si la concesión de un título nobiliario es un acto puramente graciable del soberano, que sin limitación alguna puede concederlo o negarlo, y en caso de su caducidad puede igualmente concederlo a otra persona, incluso aunque no tenga la más mínima relación con el anterior concesionario, sería lógico que la rehabilitación participase del mismo carácter puramente graciable, y en su virtud debería registrarse la sucesión según las normas propias de la rehabilitación, o, en su defecto, por las de la sucesión regular del nuevo titular, y por tanto resulta incongruente involucrar supuestos derechos sobre un título caducado y concedido ex novo como hizo constar el Real Decreto de 11 junio 1883, cuyo artículo 2.º disponía: “cuando por razones atendibles convenga acordar

la rehabilitación de un título caducado y suprimido podrá concederse libremente a cualquiera de los individuos que justifiquen estar comprendidos en los llamamientos del decreto de creación, y a falta de éste en los de la sucesión regular”, añadiendo su artículo 3.º que contra la rehabilitación de un título no procederá recurso alguno, como es lógico en los actos de gracia; pero, a pesar de lo expuesto, es lo cierto que el artículo 9.º del Reglamento de 14 de noviembre de 1885 dispuso que “toda rehabilitación se hará siempre con la cláusula de sin perjuicio de mejor derecho, el cual habrá de ejercitarse en juicio ordinario, haciendo, en su caso, el tribunal correspondiente la declaración de preferencia a ser agraciado con dicha merced”, sistema que ha venido a consolidarse por la legislación vigente, constituida por los R.R. D.D. de 27 mayo 1912 y 8 julio 1922, desarrollado por Orden de 21 octubre del mismo año, que mantiene la norma de que “toda rehabilitación se entenderá concedida sin perjuicio de tercero de mejor derecho genealógico”, en cuya virtud es claro que el parentesco determinante del mejor derecho no puede relacionarse con el concesionario de la rehabilitación, sino con el último poseedor legal, debiendo entenderse por tal aquel a quien el título correspondería ateniéndose al orden sucesorio respectivo. (Sentencia de 28 de septiembre de 1972; no ha lugar.)

3. TÍTULOS NOBILIARIOS: VALOR DE LAS NORMAS PROGRAMÁTICAS: *No puede prosperar el recurso en que se invoca violación del artículo 1.º del Fuero de los Españoles, de los artículos 1.º, 2.º y 3.º del principio V de la Ley de Principios del Movimiento Nacional y del artículo 3.º de la Ley Orgánica del Estado, por cuanto al tener tales normas carácter programático, no pueden servir de sustentación a un recurso de casación en el fondo.*

REHABILITACIÓN “SIN PERJUICIO DE TERCERO DE MEJOR DERECHO”: *El título no fue objeto de nueva concesión, sino que fue rehabilitado con la salvedad de “sin perjuicio de terceros de mejor derecho”, y en su consecuencia, y conforme a la Ley de 1948, la sucesión debe regirse por la Ley II, tít. XV, Partida II, y las leyes cuarenta y siguiente de Toro, y tít. XVII, Libro X de la Novísima Recopilación, o sea, las normas de sucesión a la Corona, correspondiendo al pariente más próximo del concesionario de la merced, partiendo de la base de que todos los poseedores que no sean el óptimo se consideran precaristas, y pertenece la merced a quien acredite ser mejor sucesor del concesionario.*

IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL MEJOR DERECHO A LA MERCED: *Conforme a la constante, copiosa y reiterada doctrina de esta Sala, salvo la S. de 9 de junio 1964, única en la doctrina y recaída en especiales circunstancias fácticas no es preciso justificar ser el óptimo sucesor, siendo suficiente acreditar el mejor derecho genealógico para la posesión civilísima, y no empece el tiempo que haya transcurrido sin reclamar, lo cual no implica renuncia, declarando las sentencias de 21 mayo 1964 y 21 noviembre y 2 diciembre 1967, la imprescriptibilidad del derecho a solicitar el mejor derecho al uso y disfrute de la merced.*

INAPLICABILIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA INMEMORIAL: *Conforme a la doctrina jurisprudencial, la Ley Cuarenta y Una de Toro sólo es aplicable a los mayorazgos, y los títulos nobiliarios se rigen por la Ley Cuarenta y Cinco y son imprescriptibles; no es aplicable la S. de 10 octubre 1961 por afectar a mercedes de los antiguos reinos de Aragón y Cataluña en atención a su especial legislación. (Sentencia de 22 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

4. **CESIÓN DE HERENCIA SIMULADA: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA:** *Frente a la declaración de la sentencia impugnada de que en la cesión de derechos hereditarios no medió precio por parte de la compradora, no puede prevalecer el error de hecho alegado y que se intenta basar en distintos documentos unidos a las actuaciones, bien por haber sido objeto de especial examen en la sentencia recurrida, bien por estar extendidos con posterioridad a la escritura discutida y no demostrar por sí mismos la realidad del abono del precio.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: PRESUNCIONES: *A estos efectos no basta alegar la infracción del artículo 1.249 del Código civil, tanto porque este precepto no contiene normas sobre valoración de la prueba, cuanto porque no se ha expresado el concepto en que se estima infringido dicho artículo.*

FALTA DE CAUSA Y PRESUNCIÓN DE SU EXISTENCIA: *La presunción que el artículo 1.277 del Código civil establece a favor de la licitud y existencia de la causa, como iuris tantum que es, no impide que por los medios probatorios del artículo 1.215, pueda el Juzgador de instancia llegar a la conclusión de que en el contrato de que se trata no concurrieron los requisitos exigidos por el artículo 1.261 y, por consiguiente, declararlo inexistente como incurso en el 1.275. (Sentencia de 30 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

5. **TESTAMENTO ANTE PÁRROCO EN ARAGÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA:** *Por el conjunto de pruebas practicadas, la Sala sienta que era racionalmente posible la intervención notarial, por lo que el testamento otorgado ante el Párroco es nulo por infringir lo dispuesto por el artículo 91 de la Compilación, y frente a esas afirmaciones fácticas lo único que alega el recurrente es que está debidamente probado que el Notario titular de la población se hallaba en uso de licencia reglamentaria*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Esta aseveración del recurrente no es hecha mediante documento auténtico que ponga de relieve la equivocación manifiesta del Juzgador, aparte de que no prueba que no hubiera otro Notario sustituto; por lo tanto, no se cumplen las condiciones que para demostrar el error de hecho exige la Ley. (Sentencia de 4 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

6. **DESHEREDACIÓN:** *Han de quedar en pie las afirmaciones fácticas de la sentencia impugnada, al no haber sido eficazmente combatidas por la única*

vía utilizable, el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RECONCILIACIÓN Y SUS EFECTOS: *Si el conjunto de probanzas aportadas revelan sin lugar a dudas la finalidad conciliatoria, la petición de perdón, la concesión de éste y el abrazo que tras una y otra sellan las buenas relaciones que quedan restablecidas entre padre e hijo, es evidente que tales hechos proclaman una reconciliación que deja sin efecto la desheredación ya hecha, conforme al artículo 856 del Código civil.* (Sentencia de 24 de octubre de 1972; no ha lugar.)

7. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *La sentencia impugnada, al declarar extinguido el fideicomiso, ha interpretado erróneamente el artículo 675 del C. c., puesto que del tenor del testamento resulta claramente que no se ha cumplido la condición establecida en el segundo llamamiento y ello impide que el heredero fiduciario pueda tener libre disposición de los bienes heredados.* (Sentencia de 26 de octubre de 1972; ha lugar.)

NOTA: Las cláusulas discutidas del testamento decían literalmente: "Instituye y nombra por sus únicos y universales herederos a sus cuatro hijos naturales..., entendiéndose que por fallecimiento de cualquiera de ellos sin sucesión, pasará la porción que corresponda al fallecido o fallecidos al o a los que sobrevivan" y "si tales hijos fallecieran sin ninguno dejar sucesión, pasen los bienes que hayan heredado del otorgante a los herederos abintestato del mismo...".

La actora, última hija superviviente de los cuatro hermanos naturales, pretendía que podía disponer libremente de los bienes fideicomitidos, al haber fallecido últimamente un hermano suyo dejando dos hijos legítimos y que, por tanto, ya no podía entrar en juego el llamamiento a los herederos abintestato previsto por el testador.

El Tribunal Supremo, por el contrario, entiende que no se ha cumplido todavía la condición para la ineffectividad de este llamamiento, puesto que hay que esperar al fallecimiento de las actora para ver si, entonces, existe sucesión de los fiduciarios. Es decir, estima que el llamamiento a los herederos abintestato está supeditado a la condición de que al fallecer todos los hijos naturales no exista sucesión de éstos.

8. SUCESIÓN DE "CASA BARATA": LEGISLACIÓN APLICABLE: *La derogación de la legislación especial sobre casas baratas no obsta al mantenimiento de los derechos adquiridos por los beneficiarios, en materia de transmisiones y herencias, tasaciones y descalificaciones de casas acogidas a tal régimen especial, que sigue vigente a estos efectos.*

TASACIÓN DE "CASA BARATA": JURISDICCIÓN COMPETENTE: *De los artículos 16 y 69 del Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, así como del artículo 326 del Reglamento aprobado por Real Decreto de 8 de julio de 1922, se desprende claramente que la tasación del inmueble es materia ajena a la jurisdicción ordinaria y que debe solventarse por la oportuna vía administrativa.* (Sentencia de 11 de octubre de 1972; ha lugar.)

VII. Derecho hipotecario.

1. **SIMULACIÓN:** *Puede existir falta de causa, aunque en la Escritura de compraventa se confiese recibido el precio, ya que aquélla sólo demuestra el hecho que motiva su otorgamiento y la fecha del mismo.*

LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *Tienen legitimación para ejercer la acción de simulación, no sólo los herederos de los contratantes, sino también las personas extrañas al negocio simulado.*

RECURSO DE CASACIÓN: *El recurso de casación no es momento procesal oportuno para alegar que, caso de que hubiera simulación, ésta sería relativa y encubriría una donación, ya que, caso de admitirse dicha alegación, faltaría a la otra parte ocasión de refutarla.*

TRACTO SUCESIVO REGISTRAL: *Solicitándose en la demanda la declaración de nulidad por falta de causa de un contrato de compraventa, como consecuencia del cual la finca se inscribió en el Registro como ganancial a favor del comprador y su esposa, no es necesario que la demanda se dirija contra la esposa, ya que siendo el marido administrador de la sociedad de gananciales, con las más amplias facultades, que le están reconocidas, y no tener la mujer dominio "in actu" ni derecho que ejercitar sobre tales bienes, no tiene que ser demandada, máxime cuando al coincidir sus intereses con los de su marido, al defenderlos éste defiende a la vez a aquélla. (Sentencia de 8 de febrero de 1972; no ha lugar)*

HECHOS: *Nombrados los demandantes herederos y vendida con posterioridad al testamento una finca a parientes de la testadora distintos de los herederos, una vez fallecida aquélla, éstos impugnan la venta alegando simulación absoluta y pidiendo se traiga la finca vendida a la masa hereditaria y se cancele la inscripción de la venta. El Juez de Primera Instancia absuelve a los demandados por estimar una excepción procesal. La Audiencia los condena declarando que la compraventa es nula por carecer de causa. Los demandados recurren en casación, alegando entre otros motivos:*

1) *Que, caso de haber simulación, ésta sería relativa y encubriría una donación.*

2) *Que infringe la Legislación hipotecaria una Sentencia que ordena cancelar una inscripción sin que hayan sido demandados todos los titulares registrales, ya que, las esposas de los compradores, que tienen dicha cualidad por estar la finca inscrita como ganancial, no han sido demandadas. El T. S. desestima el recurso en base a los argumentos extractados.*

COMENTARIO: *Sólo queremos resaltar dos cuestiones abordadas por la Sentencia:*

a) *El problema de la simulación: está clara la argumentación lógica de la Sentencia: demostrada la existencia de una causa falsa, corresponde al que sostiene la validez del negocio demostrar la existencia de otra causa verdadera y lícita; al no haberse demostrado ésta, ni siquiera alegado en tiempo oportuno, hay que entender que el negocio es inexistente por simulación absoluta.*

b) El principio de tracto sucesivo y el "consensus uxoris".—Sigue la Sentencia la tendencia jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros de minimizar la importancia del consentimiento de la mujer. No vamos a entrar ahora en una discusión que ha dado lugar a tanta literatura jurídica, pero, sea cual sea la posición que se adopte, parece demasiado tajante la afirmación de que la mujer no tiene dominio "in actu" sobre los bienes gananciales.

Si partimos de que los bienes gananciales son comunes de marido y mujer, y como tales están inscritos "conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal", parece natural que deban ser demandados conjuntamente marido y mujer. Ahora bien, si se parte de que la mujer sólo tiene un derecho "expectante" a su mitad de gananciales en el momento de la disolución de la comunidad, no será ilógica la postura del Tribunal Supremo. J. P. D.

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDADES ANÓNIMAS: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: REQUISITOS DE LA CONVOCATORIA: CONTENIDO INFORMATIVO Y CLARO DE LOS PUNTOS DEL ORDEN DEL DÍA: *La impugnación no puede prosperar ya que, por un lado, el cuarto punto carece de la indeterminación que se alega, pues se refiere a la adopción de acuerdos sobre particulares que concretamente indica no susceptibles de expresarse de otra manera. Por otra parte, el Tribunal "a quo" declaró como probado que la demandante conocía perfectamente los acuerdos a que se hacía referencia en el primer punto por haber mediado anteriormente una junta, convocada judicialmente, cuya acta aparece incorporada a los autos de que dimana el presente recurso, constándole asimismo que no existía otro acuerdo que requiriese de aquella ratificación, y sin que, por fin, tampoco, caso de que la incertidumbre hubiese sido real, hubiera utilizado el remedio que tenía a su alcance, del artículo 65 de la Ley de S. Anónimas.*

LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS SOCIALES: *Contrariamente a lo dispuesto en el artículo 69 de la LSA—en la interpretación constante y uniforme de la Jurisprudencia—no se hizo constar en el acta de la Junta donde se adoptaron los acuerdos que ahora se cuestionan la oposición específica que allí se requiere, lo que obliga a la desestimación del recurso.*

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN: FALTA DE PRECISIÓN DE LA INFRACCIÓN: *El modo en que se expone el alegato es contrario a la precisión exigida en el artículo 1.720 de la Ley Procesal civil, puesto que podría haber sido discutida—tachándola de errónea—la interpretación que da la sentencia recurrida del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero nunca es posible sostener que lo infringió por inaplicarlo cuando constituyó la apoyatura legal fundamental para obtener la conclusión que se impugna. (Sentencia de 5 de mayo de 1972.)*

NOTA: El punto primero del orden del día se refería a "ratificación de acuerdos del C. de Administración, así como de los actos ejecutados por los Consejeros"... , y el cuarto punto decía "determinación de los criterios o sistemas a seguir en orden a la aprobación de los balances, memorias, cuenta de pérdidas o ganancias y distribución de beneficios..., nombramiento de accionistas censores de cuentas...".

2. SOCIEDADES ANÓNIMAS: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: ALBACEA TESTAMENTARIO: LEGITIMACIÓN PARA ASISTIR A LAS JUNTAS GENERALES Y PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS SOCIALES: *El albacea, contador y administrador testamentario tiene derecho a asistir a la Junta general de accionistas, así como legitimación ad causam, porque lo solicitado entra dentro de las facultades de administración propias de los albaceas para actuar en un procedimiento que es el adecuado porque se impugnan los referidos acuerdos societarios que se estiman contrarios a lo dispuesto en la Ley y perjudiciales para los intereses de unos accionistas y no un simple acto del Consejo de administración de la entidad—denegatorio de la asistencia referida.*

MODO DE ACREDITAR LA CONDICIÓN DE ACCIONISTAS PARA PODER ASISTIR A LA JUNTA: *El artículo 59 LSA no tiene otro significado que el de requerir, a los efectos particulares de la asistencia a las juntas, que los titulares de acciones nominativas las tengan inscritas con cinco días de antelación, por lo menos, en el libro de socios que prevé el artículo 35 LSA; no en otro distinto, ni mediante nueva inscripción o toma de razón. Su exclusivo objeto es impedir que participen en las asambleas societarias los que no estén legitimados como accionistas. No es necesario, en el caso que contemplamos (asistencia legitimada del albacea), inscribir la cesión, porque, habida cuenta del estado de indivisión en que se encontraba la herencia representada por el actor, no se había producido todavía fenómeno transmisor alguno. (Sentencia de 27 de octubre de 1972; ha lugar.)*

3. SOCIEDADES ANÓNIMAS: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: LEGITIMACIÓN Y POSIBILIDAD DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN: *El simple hecho de la no posibilidad de impugnación de aquellos acuerdos, por la parte demandante en su momento oportuno, debido a que en aquel entonces no tenía la cualidad de accionista, no constituye motivo alguno justificativo que origine la procedencia de la impugnación llevada a cabo..., porque es lo cierto que quien vendió las acciones al impugnante, pudo haber atacado los mencionados acuerdos en tiempo oportuno, resultando inadmisibles que por el solo hecho de la enajenación de dichos títulos con posterioridad a la caducidad de la acción pudiera llegarse mediante tal sistema a resucitar por el adquirente plazos de caducidad que estaban ya extinguidos por el no ejercicio de la acción durante el plazo de viabilidad que la Ley señala (auto 67 y 68 LSA). (Sentencia de 2 de octubre de 1972; ha lugar.)*

NOTA: Quedó acreditado que el período de tiempo, desde la fecha de los acuerdos tomados en la Junta general..., así como desde su inscripción en el Registro Mercantil en... transcurrió con exceso, sin ejercitarse en modo alguno su impugnación.

3. FUNDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: ACEPTACIÓN POR LA SOCIEDAD DE LOS CONTRATOS CONCLUIDOS POR LOS GESTORES ANTES DE LA INSCRIPCIÓN: ARTÍCULO 7 LSA: *Para que sean válidos los contratos preliminares concluidos en nombre de las Sociedades Anónimas antes de su acceso al Registro Mercantil, únicamente exige el artículo 7 de la Ley de 17-VII-1951 su aceptación por las mismas dentro del lapso de tiempo que al efecto se señala.*

ACEPTACIÓN TÁCITA: *Semejante declaración de voluntad no ha de manifestarse imprescindiblemente de un modo expreso, como pretende el recurrente, ya que la ley no lo exige y es principio general de derecho el que dice; "Ubi lex non distinguit ne nos distinguere debemus". No existe precepto alguno que se oponga a su otorgamiento de manera tácita, siempre que el consentimiento se infiera de actos concluyentes o de inequívoca significación, como los admitidos en el presente caso por el Tribunal a quo. Esta doctrina se acomoda a lo establecido por el artículo 1.893 respecto a la gestión de negocios ajenos, por las Sentencias de esta Sala de 25-VI-1946, 21-X-1958 y 3-XII-1965, en cuanto a la ratificación de negocios jurídicos celebrados a nombre de otro, a tenor del artículo 1.259 de dicho Cuerpo Legal y concretamente por las Sentencias de 4-IV-1967, 7-VI-1968 y 31-V-1969, con relación al supuesto comentado en el mencionado artículo 7.*

RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIÓN DEL RECURSO POR NO CITAR EL NÚMERO DEL ARTÍCULO INFRINGIDO: *Incurre en el vicio de inadmisión, porque no expresa el número del artículo 1.261 del Código civil, que estima infringidos. (Sentencia de 5 de junio de 1972; no ha lugar.)*

4. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES: SUPUESTOS DE IMPUGNACIÓN: *La impugnación de la calidad de socio de dos de los asistentes a la asamblea no puede ser objeto del procedimiento especial que regula el artículo 70 de la Ley de S. A., ya que no solamente no infringió las disposiciones que en los motivos cuarto y segundo se denuncian como interpretación errónea y violación por no aplicación, sino que las interpretó y aplicó correctamente, puesto que presentadas las acciones y pólizas de adquisición, las cuestiones referentes al cumplimiento o incumplimiento de los requisitos Estatutarios para la venta de aquéllas exceden por su complejidad de aquellas que hacen referencia a la impugnación de acuerdos sociales, únicas que pueden ser debatidas en el estrecho margen del antedicho procedimiento impugnatorio.*

MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS: REQUISITOS: ANUNCIO EN LA CONVOCATORIA: *Pudiendo el Consejo de Administración variar libremente el domicilio basta la indicación en la convocatoria que se va a tratar de dicho extremo para que estén cumplidas las disposiciones legales que al mismo hacen referencia. Al ser fijados en la convocatoria como puntos a tratar "el cambio de domicilio" y "la ampliación de capital" era necesaria la modificación de los artículos 4 y 5 de los Estatutos, por lo que la "modificación de los Estatutos" señalada tenía toda la claridad necesaria en la convocatoria y por ello fueron cumplidas las disposiciones legales cuya infracción es denunciada en el motivo octavo, sin que por ello pueda ser estimada la violación de las mismas, que, únicamente se hubiera producido si la modificación estatutaria hubiera comprendido puntos distintos.*

RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIÓN DE RECURSO POR NO CITAR EL ARTÍCULO: *Se incurre en causa de inadmisión del recurso por no citar como infringido el artículo 359 de la Ley de Enj. Civil, según Jurisprudencia de esta Sala. (Sentencia de 16 de junio de 1972; no ha lugar.)*

5. **IPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA IMPUGNAR:** *La manifestación de oposición al acuerdo por el disidente, a que se refiere el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, se hace indispensable para poder impugnarlo. Cuando en el acta consta el nombre del disidente o disidentes ha de estimarse que cada uno de ellos, al no especificar la Ley la forma concreta de manifestarse la oposición, ha cumplido con este requisito previo al ejercicio de la acción.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: ARTÍCULO 1.281, P. 2, 1.282 Y 1.285 DEL C. CIVIL: *Ante la contradicción manifiesta que existe entre las afirmaciones de la sentencia impugnada referentes al contenido del laudo y de los acuerdos complementarios de la sociedad, con falta de lógica de aquélla, puesto de relieve en el considerando que antecede, procede acoger el segundo y el tercer motivo del recurso, casar la sentencia impugnada y, siguiendo la interpretación racional de los actos y contratos comentados, cuya existencia y validez es reconocida por la instancia y que reúnen las condiciones objetivas de autenticidad, afirmar como hechos probados: Primero. Que la Sociedad en cuestión quedó disuelta a partir de la aceptación del laudo emitido por los árbitros el 28-IV-1967, lo que se llevó a cabo por unanimidad en la Junta General de 28-VI-1967; Segundo: Que de dicha sociedad se acuerda la liquidación, en los términos y con las adjudicaciones en pago de las participaciones sociales, que se hacen constar en el propio laudo, las cuales han de ser llevadas a la práctica por el liquidador en el mismo nombrado, y Tercero. Que la Junta impugnada por el recurrido, que es la de 2-XI-1969, no es sino una Junta ordinaria de los socios con fines de censura de la gestión del liquidador de idéntica índole a la celebrada el 8-VI-1968, que no fue impugnada, las cuales Juntas se han de regir por el sistema normal de la mayoría. (Sentencia de 31 de enero de 1972; há-lugar.)*

6. **SOCIEDADES ANÓNIMAS: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES; RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIBILIDAD DEL RECURSO:** *Se alega contra las argumentaciones de la sentencia recurrida error de hecho en la apreciación de la prueba por un lado, y por otro, "violación" por "aplicación indebida" de los artículos 72 de la LSA y 36 de los Estatutos sociales, sin advertir que cualquiera de aquellos razonamientos expuestos estimados independientemente pueden resolver la cuestión planteada por el recurrente, y así, y ateniéndonos exclusivamente al segundo de ellos, es obvio que éste por estar fundado en dos conceptos antagónicos —violación— y —aplicación indebida—, hacen decaer el motivo por imperativo del artículo 1.720 de la LECivil.*

REGULARIZACIÓN CONTABLE: ACUERDOS DE LA JUNTA EN RELACIÓN CON LA CONTABILIDAD: *El Acuerdo de la Junta en relación con la regulación de la contabilidad no lleva otra finalidad que la de dar acceso a los libros contables, de importantes operaciones de ingresos y pagos realizados por la Sociedad, que no figuran contabilizados, y por ello, no es contrario a la Ley ni se opone a los Estatutos Sociales, ni se ha acreditado, cause lesión a los intereses de aquélla, originando ello en el recurrente la impugnación... sin tener en cuenta*

que esas regularizaciones contables que se acuerdan realizar por la Junta General Extraordinaria de Accionistas, tienen como fundamento una base de garantía en beneficio de la Sociedad misma y de la constatación verídica de los hechos, y que lo que se pretende con ello, en virtud de dichos acuerdos, no es otra cosa que el exacto cumplimiento del artículo 102 de la LSA. Al no pretenderse otra cosa con aquellos acuerdos que constatar en forma obligaciones sociales, pendientes de contabilización o de pago, cuyo reflejo en los asientos contables resulta correcto y necesario a los efectos de una perfecta exactitud patrimonial, sin que contra ello puedan prevalecer supuestos hipotéticos y conjeturas en relación con probables consecuencias perjudiciales

MOTIVOS DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA: *En este caso la inviabilidad del motivo es evidente, desde el momento en que la afirmación que contiene la sentencia... que se deriva de una interpretación que el Tribunal "a quo" hace de aquellas cláusulas de la escritura de Constitución social, en su relación con el artículo 72 de la LSA, cuya impugnación habría de llevarse a cabo por el cauce de la interpretación, cosa que no se ha hecho, y que según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala es necesario, por lo que aquellos motivos han de perecer. (Sentencia de 3 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

NOTA: El motivo de la impugnación en esta sentencia es la no renovación parcial del Consejo de Administración (y consiguiente caducidad del mandato), según preceptúa el artículo 72 de la LSA vigente. El Tribunal Supremo no decide sobre el fondo del tema por razones procesales, pero alude al contenido de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid (Sala 3.^a), de 8 de julio de 1971, en la que se había decidido sobre el fondo del motivo. "En relación con la no renovación de Consejeros que exige la Ley estima que los administradores de hecho están suficientemente legitimados para actuar hasta su relación o sustitución incluso cuando el mandato de los mismos estaba ya caducado; y, por otro lado, que al reorganizarse el Consejo de Administración por Acuerdo de la Junta general ordinaria celebrada en 23 de mayo de 1967, confirmada en la extraordinaria de 22 de junio, fueron reelegidos precisamente los que ya habían sido designados y nombrados en la escritura de constitución social de 26 de junio de 1957, y que esa reelección puede entenderse que se hizo con carácter indefinido, y sin plazo de vigencia, según los artículos 72 de la LSA y los 35 y 37 de los Estatutos Sociales.

G. E. V.

7. MODELO INDUSTRIAL: CONCEPTO DE NOVEDAD: *Un modelo industrial es nuevo, y, por tanto, válidamente registrable, cuando reúne diferencias más que suficientes para poder distinguirlo en el mercado. (Sentencia de 14 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

El T. S., una vez más, viene a identificar el concepto de novedad con el de inconfundibilidad. Un modelo industrial es nuevo si se distingue de los existentes, viene a sostener la sentencia extractada. El fundamento de tal doctrina se halla en el artículo 124, 1.º, del Estatuto de la Propiedad Industrial, según el cual no pueden registrarse como marcas los distintivos que puedan inducir a confusión en el mercado. La aplicabilidad de este precepto sobre marcas a los modelos industriales viene determinada por la remisión al mismo contenida en el artículo 187 del propio Estatuto.

Es de señalar, sin embargo, que la extensión a los modelos industriales de las prohibiciones de registro de marcas enumeradas en el artículo 124 no tiene carácter necesario, sino que solamente debe realizarse en la medida en que sean "aplicables al caso", según reza el artículo 187. Y así sucede que de las catorce prohibiciones contenidas en dicho artículo, al menos la primera no puede aplicarse al caso de los modelos industriales. El modelo industrial es, por esencia, una creación de forma, y si falta el elemento creacional no puede ser válidamente registrado, aunque en efecto pueda no confundirse en el mercado con otros modelos existentes. La inconfundibilidad de dos modelos industriales, sobre ser cuestión que no puede dilucidarse de manera objetiva, sino que depende en gran medida del grado de perspicacia de las personas, puede provenir de factores que en sí no significan creación alguna, como de hecho sucede frecuentemente con las diferencias de tamaño introducidas en algunos elementos estructurales de modelos industriales conocidos.

8. **MARCAS LEGITIMACIÓN ACTIVA:** *Para que las transferencias de los derechos de propiedad industrial surtan efectos contra terceros, no es necesario que aparezcan inscritas, sino simplemente acreditadas en el Registro mediante documento fehaciente.* (Sentencia de 29 de enero de 1972; ha lugar.)

La transmisión de los derechos de propiedad industrial surte efectos entre las partes desde la fecha misma del acuerdo, pero no surte efectos frente a terceros mientras la transmisión no conste en el Registro de la Propiedad Industrial. Para el EPI, el momento determinante de la legitimación del adquirente de un derecho de propiedad industrial para accionar contra terceros es aquel en que la transmisión "se acredite en el Registro de la Propiedad Industrial mediante un documento fehaciente", según palabras textuales del artículo 31.

En la sentencia extractada se plantea el problema de saber si la transmisión de una marca debe considerarse registralmente acreditada desde el momento en que se solicita la anotación o bien a partir de la fecha en que se practica la misma, y el Tribunal Supremo, siguiendo el precedente sentado en anteriores sentencias, opta por la primera alternativa, fundándose, de una parte, en que para "acreditar" la transmisión en la Oficina de Registro, basta la solicitud de anotación documentada notarialmente, y de otra, en que de no ser así, el adquirente estaría indefenso durante el período que media entre la solicitud y la práctica de la anotación.

La sentencia del T. S. es, sin duda, justa, e irreprochable en términos de puro Derecho positivo. No obstante, en el terreno de los principios registrales, no deja de suscitar alguna duda. La oponibilidad frente a terceros de los derechos inscritos en consecuencia de su pública cognoscibilidad. Y ésta es la cuestión, ¿pueden los terceros conocer las transferencias de derechos cuya inscripción se ha solicitado pero aún no ha sido practicada? En el EPI, dada la notoria imperfección de sus preceptos, la cuestión, ciertamente, no aparece clara.

J. J. G.-F.

9. **MARCA: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE MARCA NO REGISTRADA:** *Se considera interrumpida la prescripción extintiva de una marca no registrada*

(marca de uso) por la interposición, antes del plazo de tres años, establecido en el artículo 14 del EPI, del escrito preparatorio del juicio de nulidad de otra marca registrada posteriormente.

PRIORIDAD ENTRE MARCA DE USO Y MARCA REGISTRADA: *Si antes de la consolidación del derecho que pueda nacer de la inscripción de una marca, se opone en tiempo y forma reclamación legítima de un titular anterior, cuyo derecho esté reconocido por el uso, debe prevalecer éste.* (S. 28 de abril de 1972; ha lugar.)

De acuerdo con la doctrina que se deduce del párrafo segundo del artículo 1 del EPI, la propiedad de una marca puede adquirirse, de forma originaria, tanto por el uso como por su registro. En caso de conflicto entre el anterior usuario de una marca y el posterior titular registral de la misma debe resolverse a favor del primero, que es lo que hace el T. S. en la sentencia extractada.

No obstante, la marca registrada puede llegar a "consolidarse", haciéndose inimpugnable, si es explotada o poseída pacíficamente de buena fe durante tres años, según dispone el artículo 14 del EPI, cosa que no ha llegado a producirse en el caso de autos por haberse interrumpido la posesión pacífica mediante la interposición del escrito preparatorio del juicio de nulidad. (v. FERNÁNDEZ NOVOA, "El nacimiento del derecho sobre la marca", RDM, 1966, número 102, pág. 217.)

10. **MODELO DE UTILIDAD: EXISTENCIA DE NOVEDAD:** *Se desestima la pretensión de anulación de un modelo de utilidad que ampara, según el recurrente, un producto perteneciente al dominio público, por ser conocido y practicado en España con anterioridad, dado que, a juicio del juzgador de instancia, existe novedad en el modelo impugnado, y esta declaración no ha sido combatida en casación.* (Sentencia de 10 de mayo de 1972; no ha lugar.)

11. **CARÁCTER CAUSAL Y ABSTRACTO DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA:** *Ninguna obligación cambiaria se funda sólo en una relación estrictamente de este orden, sino que, en toda letra de cambio, subyace otro contrato. Si bien es cierto que la letra puede asumir un carácter formal o abstracto independizándose, de tal modo, del contrato subyacente del que trae causa, no lo es menos que esto es tan sólo frente a terceros de buena fe*

AFIANZAMIENTO MERCANTIL: NO PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD: *En el contrato de fianza mercantil, al no decretarse norma de solidaridad, hay que estar, al igual que para las obligaciones mercantiles en general, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 50 del Código de Comercio, al principio consagrado en el artículo 1.137 del Código civil, de que dicha solidaridad no se presume.*

BENEFICIO DE EXCUSIÓN: *Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio llamado de orden o de excusión, debe oponerlo al acreedor, conforme preceptúa el artículo 1.832 del Código civil, luego que éste le requiera para el pago, señalando además los bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.*

RECURSO DE CASACIÓN: *No procede el recurso cuando, en la nueva resolución que se dicte, no se llegue a distinta conclusión que a la que se llegó en la sentencia que había de ser casada.* (Sentencia de 10 de noviembre de 1972; no ha lugar.)

12. COMPRAVENTA MERCANTIL: INCUMPLIMIENTO: *El artículo 339 del C. de c. tiene su natural y obligado complemento en el artículo 336 del propio C. de c. porque el principio de la buena fe no puede permitir que el comprador a quien no deje satisfecho el envío de mercancía por su defectuosa calidad o por no acomodarse a lo convenido, adopte una actitud pasiva reteniendo el género recibido sin manifestación alguna de disconformidad, sustrayéndola de la circulación y aprovechamiento, por lo que dicho artículo 336 obliga a que ejercite uno de los dos términos de la opción que le concede, por lo que no basta con invocar el artículo 339, que trata del caso normal de la aceptación sin reparos, para justificar una negativa al pago cuando en el caso previsto en el artículo 336 no ha cumplido el recurrente las obligaciones que éste le imponía.* (Sentencia de 24 de octubre de 1972; no ha lugar)

13. COMPRAVENTA MERCANTIL: RECLAMACIÓN POR VICIOS: *Al declararse probado en la resolución que se impugna que el mineral de barita no estaba condicionado a calidad, rendimiento o ley alguna, por venderse "tal cual" se encontraba en bocamina y a todo riesgo para la parte compradora y que se entregó a ésta previo examen de personal técnico enviado por ella, sin que se formulara reclamación por defectos o vicios en la calidad, es evidente que resultan totalmente inaplicables al caso controvertido los artículos 345 del C. de c. y 1.484 C. c., sobre todo cuando, como aquí sucede, entre la fecha de la entrega de la mercancía y la de la reclamación, transcurrió con exceso el plazo que para el ejercicio de la correspondiente acción se señala en el artículo 342 C. de c.* (Sentencia de 27 de septiembre de 1972; no ha lugar.)

14. CUENTA CORRIENTE BANCARIA: TRANSFERENCIA BANCARIA: *La negativa del Banco de realizar el acto dispositivo por transferencia, en el único caso posible que es el de la no existencia de saldo, afecta por igual a la parte que lo ordena y a su destinatario, pero sólo la primera está legitimada para discutirlo al Banco.* (S. de 11 de marzo de 1972, no ha lugar.)

15. COMPRAVENTA DE PATENTES: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *La opción resolutoria de los contratos establecida en el artículo 1.124 del Código civil no puede estimarse adecuada ni surtir por sí sus efectos cuando surge contienda sobre la existencia de incumplimiento. En tal caso ha de estarse a la decisión del órgano jurisdiccional, al cual incumbe precisar quién es el verdadero incumplidor y decretar o no la resolución contractual.*

"ONUS PROBANDI" DEL INCUMPLIMIENTO: *Cuando se deja de cumplir un contrato por estimar que ha existido incumplimiento por la otra parte, corresponde al primero acreditar que su incumplimiento es consecuencia necesaria del otro.*

PRESUNTOS VICIOS DE LAS PATENTES: *Del mal funcionamiento y consiguiente fracaso de las ventas de los aparatos fabricados con las patentes adquiridas no puede inferirse la ineficacia general de las patentes, porque, aparte las múltiples aplicaciones de las mismas, no se ha determinado si su fracaso es imputable al transmitente o al adquirente. Por otra parte, el adquirente tuvo tiempo de cerciorarse de la utilidad de las patentes antes de contratar* (Sentencia de 12 de abril de 1972; no ha lugar.)

La sentencia suscita una cuestión del máximo interés en la esfera del Derecho de patentes, cual es la de saber si el transmitente de una patente está obligado a responder de la explotabilidad de la invención.

Suele distinguirse entre explotabilidad comercial y explotabilidad técnica. Mientras el fracaso comercial de una invención es cosa que la mayoría de la doctrina excluye de la obligación de garantía que pesa sobre el transmitente, es unánime en reconocer, sin embargo, la responsabilidad por la explotación técnica. En este caso se duda si esa responsabilidad nace por incumplimiento de la obligación de entrega o de la obligación de saneamiento, cuestión capital para determinar el plazo de prescripción de la acción (BURST, "Licencié et breveté", París, 1970, págs. 105 y siguientes).

En el caso de autos, al no haberse probado la inexplotabilidad técnica de las patentes, el T. S. resuelve acertadamente no haber lugar a la reclamación del adquirente.

16. CONTRATO DE EXCLUSIVA DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE PELÍCULAS: **INTERPRETACIÓN:** *La sentencia recurrida reconoce la existencia, no ya de términos oscuros, sino incluso contradictorios, en el contrato que ligaba a Nueva Films, S. A. y Seven Arts, llegando a la conclusión de que la primera no se obligó a importar un mínimo de siete películas, pudiendo hacerlo, conforme a su voluntad, de las que tuviere por conveniente dentro de las ofrecidas por Seven Arts; y mientras ésta quedaba obligada a ceder las elegidas, aquélla no se comprometía a adquirir mínimo alguno, existiendo a su favor un verdadero derecho que en la literalidad de la sentencia se califica de "opción". Tal interpretación debe mantenerse por ser adaptada a las normas de la lógica, y pese a la poca fortuna de calificar como opción la facultad de libre elección que el contrato reconoce a Nueva Films, S. A.*

DERECHOS DEL MEDIADOR: *El mediador en el contrato de exclusiva de importación de películas sólo adquiere derechos a retribución por cada película efectivamente importada y no sobre las que según el contrato pudo haber importado a su elección.* (Sentencia de 16 de mayo de 1972; no ha lugar.)

17. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Ejercitándose una acción personal en reclamación del importe del precio de una compraventa, se hace indudable que, de conformidad con la regla primera del artículo 62 de la LEC, el conocimiento de las actuaciones correspondientes ha de ser en el lugar donde debe cumplirse la obligación que, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.500 del C. c., aplicable a las ventas mercantiles, lo es, salvo estipulación en contrario, aquel en que la mercancía fue entregada, es decir, en el Juzgado que corresponda al establecimiento mercantil del vende-*

dor, sin que el hecho de haberse girado letras de cambio para el cobro del precio signifique otra cosa que un medio de facilitar el pago al comprador, que no altera en modo alguno la competencia. (Sentencia de 18 de noviembre de 1972; competencia.)

18. **ABORDAJE: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN POR RAZÓN DE LA MATERIA:** *Si bien en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios, cuyo conocimiento incumbe a la jurisdicción contencioso-administrativa, no se exige que el hecho causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo, si es preciso, para no atribuir el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria, que los acontecimientos determinantes fuesen propios del Derecho Administrativo y derivados de la gestión de órgano que reúna esa condición, cuando en el desarrollo de su actividad se actúa además investido de la prerrogativa o atributo de poder (sentencia de la Sala 4.ª de este Tribunal del 14 de octubre de 1969), nada de lo cual sucede en el caso de autos al haber quedado firme en casación los hechos declarados probados relativos a que la "actividad desarrollada por el ganguil "Gobela" en el momento del abordaje a la draga "Mandeca"—simple navegación por la ría de Bilbao—no es propiamente el servicio público a que puede dedicarlo la Junta del Puerto.*

ABORDAJE CULPABLE: ART. 826 DEL C. DE COMERCIO Y 1.902 DEL C. CIVIL: *Del material probatorio aportado se extrae por el Tribunal "a quo" la conclusión de que la causa del abordaje no fue otra sino que al caer a estribor el ganguil perdió aguas, el cual evento debía ser perfectamente conocido por el Capitán, quien en caso contrario no tendría la pericia exigible, y por ello ya se aprecia aquí su culpa, al dar lugar a que se produjera el desgobierno de la nave, sucediendo lo propio con el hecho de no haber sido largadas el ancla de estribor para aguantar el ganguil, que llevaba en deficientes condiciones la cadena del ancla de estribor, habiendo este hecho determinado—al no haber podido ser utilizada aquélla—en parte el abordaje, lo que hace plenamente aplicable el artículo 826 del C. de Comercio y la doctrina legal que interpreta el artículo 1.902 del C. civil. (Sentencia de 27 de junio de 1972; no ha lugar.)*

19 **QUIEBRA FRAUDULENTE: COMPLICIDAD CON EL QUEBRADO: SUSTANCIACIÓN EN PIEZA SEPARADA:** *Al no haber precepto expreso que obligue a resolver la complicidad en la pieza de calificación, puede ventilarse en incidente separado cuando los hechos que la puedan producir son conocidos por los síndicos posteriormente a la sustanciación de aquélla.*

EFFECTOS DE LA COMPLICIDAD: *Así como la declaración de quiebra fraudulenta lleva implícita la de proceder criminalmente contra el quebrado, la de complicidad produce efectos civiles, sin perjuicio de que los penales se tramiten por el procedimiento adecuado.*

JURISDICCIÓN: *A la Jurisdicción civil corresponde el calificar de fraudulenta la quiebra para señalar a los autores o cómplices, tanto a efectos civiles como para provocar la apertura de procesos punitivos, sin que ello prejuzgue*

la resolución definitiva que, con soberanía plena, corresponde a la Jurisdicción penal.

20. RECURSO DE CASACIÓN: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *El juicio ejecutivo, por su carácter sumario, no produce la excepción de cosa juzgada.* (Sentencia de 26 de mayo de 1972; no ha lugar.)

DERECHO PROCESAL

1. INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito, en este recurso, cuestiones no suscitadas en la instancia.*

INJUSTICIA NOTORIA: FALTA DE CLARIDAD: *Es causa de inadmisión y desestimación basar un recurso en una dualidad alternativa de conceptos como son "aplicación o interpretación errónea" e "interpretación errónea o inaplicación".* (Sentencia de 30 de septiembre de 1972; no ha lugar.)

NOTA: La sentencia de instancia declaró ineficaz, para legitimar unas obras de cambio de configuración realizadas por el arrendatario, la autorización dada por el administrador cuando el poder conferido por el propietario a este último le facultaba sólo para administrar y disponer los "reparos necesarios". La sentencia del Tribunal Supremo, aunque alude a tal declaración, no entra en realidad, en el examen de si es o no fundada tal doctrina, pues, al parecer, el recurso no se centró sobre tal punto.

2. CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *No es infracción de forma el no haber tenido por conveniente un litigante no comparecer en juicio. La falta que favorece a una parte no puede alegarse por la misma como causa de indefensión. El defecto de citación sólo puede alegarlo aquel a quien afecta y no un tercero. Debe acusarse oportunamente la infracción procesal para invocar luego el quebrantamiento de forma.*

CASACIÓN "NUMERUS CLAUSUS" DE MOTIVOS: *Los motivos de casación útiles son los expresamente determinados en la Ley, no pudiendo ampliarse por razón de analogía.* (Sentencia de 31 de octubre de 1972; no ha lugar.)

3. HONORARIOS DE LOS ARQUITECTOS: LEGITIMACIÓN DE LOS COLEGIOS OFICIALES PARA SU COBRO: SUSTITUCIÓN PROCESAL: *Cuando el Colegio actúa los derechos de los colegiados, no se arroga la representación de éstos, sino que obra en uso de las atribuciones que las leyes le otorgan.*

SUSTITUCIÓN PROCESAL: *En numerosas ocasiones el ordenamiento jurídico legitima como partes procesales a sujetos o entidades que, sin ser titulares de la relación jurídica discutida, no actúan tampoco en nombre del verdadero titular, sino en nombre propio, aunque haciendo valer o soportando obligaciones indiscutiblemente ajenas; son éstos los supuestos que la técnica denomina de sustitución procesal, por virtud de cuyo instituto se consideran legitimadas para actuar en el proceso a personas que, sin ser titulares de la relación jurí-*

dica litigiosa, pueden, no obstante, en nombre propio —y no en nombre ajeno, como el representante—, realizar válidamente actos procesales de parte, reputándose como tal parte el sustituto que defiende intereses de quien no puede o no quiere hacerlos valer. Lo que ya está afirmado por esta Sala, primero, con carácter general, en la sentencia de 6 de noviembre de 1941, y más tarde, en la de 21 de noviembre de 1958, proclamando esta sentencia en un caso concreto de reclamación de honorarios de Arquitecto deducida por el Colegio, que hay que mantener esta doctrina de la sustitución procesal “en todos los casos en que se ofrezca un ligamen o vínculo legal de interés entre sustituto y sustituido, cual en el caso de autos acontece, toda vez que el Real Decreto-Ley de 27 de diciembre de 1929, que creó los Colegios de Arquitectos, el Decreto de 13 de junio de 1931 que aprobó sus Estatutos y a su vez fue aprobado y ratificado por Ley de 4 de noviembre del mismo año y el Reglamento de Régimen Interior... establecen normas legales denotadoras de la facultad que asiste a tales Colegios para actuar en nombre de quienes a ellos están adscritos como colegiados”.

CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: TARIFAS OFICIALES DE HONORARIOS: *Las tarifas oficiales invocadas, aprobadas por Real Decreto de 1 de diciembre de 1922, no son documentos probatorios que puedan esgrimirse para evidenciar un error de hecho en la apreciación de la prueba, pues constituyen una norma legal, cuya transgresión de haberse cometido, tendría que haber sido combatida como infracción de norma, y no como error de hecho.* (Sentencia de 8 de junio de 1972; no ha lugar.)

4. CASACIÓN: LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Conforme a constante doctrina de esta Sala, en atención a los principios generales de Derecho que proclaman la veracidad de la cosa juzgada y la necesidad de que nadie sea condenado sin previa audiencia, no es árbitro el actor de elegir a los que han de venir al pleito como demandados, para lograr el éxito de las pretensiones que ejercite, debiendo convocar a cuantos estén vinculados de forma inseparable, con los actos o negocios jurídicos en que aquéllas se funden, o puedan resultar directamente afectados, por los pronunciamientos que haya de contener la decisión judicial que ponga fin al litigio, quedando obligado asimismo a ejercitar conjuntamente las acciones de derecho material que ostente contra una o varias personas cuando estén ligadas entre sí, por lazos de indisolubilidad, puesto que de no hacerlo con arreglo a tales dictados, quedaría mal constituida la relación jurídico-procesal, por oponerse a las ineludibles reglas del litis consorcio pasivo necesario* (Sentencia de 9 de junio de 1972; ha lugar.)

5. COMPETENCIA: CLÁUSULA DE SUMISIÓN DESPUÉS DE LA FIRMA: *Decide la cuestión de competencia en favor del lugar de domicilio del comprador el hecho de que los géneros viajaron a porte pagado y, por tanto, por cuenta y riesgo del vendedor*

No tiene, en cambio, relevancia el que en dos notas de envío aparezca impresa, después de la firma ilegible, una cláusula de sumisión a favor de los juzgados del domicilio del vendedor, sin que tal sumisión conste aceptada por el comprador (Sentencia de 27 de octubre de 1972.)

6. CASACIÓN: LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Nuestra LEC no contiene una completa regulación de los efectos que puedan implicar irregularidad en la constitución de la relación procesal, ni tampoco una construcción sistemática del llamado "litis consorcio necesario", existiendo con motivo de la relación jurídico material, entre todas las personas que estén vinculadas de forma inseparable con los actos o negocios jurídicos en que se apoyen sus pretensiones o que pudieran quedar afectadas por los pronunciamientos que debe contener la decisión judicial con que finalice el litigio, por lo que según han proclamado diversas sentencias de esta Sala, el actor para lograr el éxito de sus pretensiones, ha de dirigir la acción contra todos y cada uno de los que tengan evidente y legítimo interés en impugnarla y puedan resultar claramente afectados por las declaraciones de la sentencia dictada, ya que de no proceder así, quedaría defectuosamente constituida la relación jurídico procesal y se produciría la falta de litis consorcio pasivo necesario que de no ser alegada habría que apreciar de oficio, doctrina que en el caso presente ha sido alegada en el motivo del recurso como violada y que provoca su estimación.* (Sentencia de 6 de octubre de 1972; ha lugar.)

Se trata del ejercicio de una acción reivindicatoria de un monte. El actor demandó al Ayuntamiento donde estaba ubicado dicho monte y al Estado, pero no demandó al Patrimonio Forestal del Estado, que tenía un derecho de vuelo sobre el mismo, en virtud de haberle sido entregado por el Ayuntamiento en régimen de consorcio para su repoblación arborea.

7. CASACIÓN: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, cuando la cuestión que en el proceso se ventila afecta, directa y necesariamente, a quienes a él no han sido llamados, hasta el punto de que la declaración que se pretende obtener ha de decidir sobre presuntos derechos o situaciones jurídicas de éstos, la relación jurídico-procesal ha de estimarse defectuosamente constituida y, por ello, impeditiva de un pronunciamiento decisivo de lo solicitado, ya que la veracidad y eficacia que deben tener las resoluciones judiciales, exige velar porque sean convocados pronunciamiento y procesalmente en él estén cuantos se encuentran afectados por la resolución que haya de dictarse.* (Sentencia de 7 de julio de 1972; ha lugar.)

Una entidad colaboradora del Servicio Nacional de Cereales, negoció un préstamo para la adquisición de abonos, a favor de don J. F. M., pero a petición de don J. M. B. R., al no destinarse el dinero del préstamo a la compra de abonos, la entidad colaboradora demanda a don J. M. B. R., pidiendo la devolución del dinero. El demandado opone la excepción de falta de litis consorcio necesario, ya que no se ha demandado al destinatario del préstamo; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia acogiendo la excepción dictó un fallo absolutorio en la instancia, la Audiencia revocó dicho fallo y condenó, y el T. S. casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juez de Primera Instancia.

7. COMPETENCIA: CARENANCIA DE PRINCIPIO DE PRUEBA: *No aparece principio de prueba alguno del que se desprenda que el pago que se dice hecho por el actor por cuenta del demandado se efectuara por mandato o con conocimiento*

de este último, por lo que no puede estimarse la existencia de subrogación en los derechos del primer acreedor, y no existiendo sumisión, ha de atribuirse la competencia, por aplicación de la regla 1.ª del artículo 62 LEC, al juzgado del domicilio del demandado. (Sentencia de 13 de junio de 1972.)

8. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FINES DEL RECURSO: *El recurso de casación por quebrantamiento de forma tiene por finalidad, como su denominación indica, garantizar a los litigantes la pureza del procedimiento, el cumplimiento de las exigencias de forma indispensables para que el órgano jurisdiccional pueda entrar a examinar la cuestión de fondo propuesta, y pueda, consiguientemente, dictar una resolución que haya de desplegar su eficacia entre todos aquellos a quienes podría interesar la relación de derecho material controvertida en dicho recurso, pues solamente serán aducibles los supuestos vicios cometidos por el juzgador in procedendo, es decir, vulneraciones de trámites que sean esenciales o que de tales los califique la Ley.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Aunque el artículo 1.750 LEC se limita a disponer que "en el escrito en que se formalice el recurso se expresará el caso o casos del artículo 1.963 en que se funde" sin determinar otros requisitos, sin embargo, dado el carácter eminentemente técnico y rigorista de dicho recurso y su finalidad fundamentalmente sancionadora del incumplimiento de la norma procesal que exige una determinada formalidad rituarial, resulta evidente que, además del señalamiento del motivo o causa en que se ampare, haya también que concretar la norma que se supone quebrantada, o como tuvo ocasión de proclamar la jurisprudencia, citar el artículo de la LEC que se hubiere infringido o expresar "qué formas esenciales del juicio han sido quebrantadas. (Sentencia de 31 de octubre de 1972; no ha lugar.)*

9. COMPETENCIA: *Ejercitándose una acción personal en reclamación de cantidad, por el precio y gastos de instalación de una máquina para fabricar tubos de cemento, hay que presumir como lugar de la entrega aquel en que quedó instalada, el domicilio del comprador, por lo que de conformidad con la regla 1.ª del artículo 62 de la LEC, es competente para conocer de la reclamación el Juzgado de dicho domicilio. (Sentencia de 13 de noviembre de 1972.)*

10. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DEL RECURSO: *Para que pueda prosperar el recurso de quebrantamiento de forma, no basta citar el número del artículo 1.693 LEC, sino que es necesario que se cite el precepto legal infringido, es decir, aquella o aquellas normas procesales genéricas que protegen al recurrente contra su indefensión ordenando el trámite que este considere infringido, exigencia, ésta, jurisprudencial que ha dejado incumplida en su momento oportuno, que es como ordena el artículo 1.720 de aquella ley adjetiva el de la interposición del recurso. (Sentencia de 25 de octubre de 1972; no ha lugar.)*

11. TASACIÓN DE COSTAS: *La expresión del artículo 424 de la Ley Rituarial, de que no se incluirán en la tasación de costas "las partidas de las minutas, que no se expresen detalladamente" significa en su recto sentido, que no deben*

incluirse las que no expresen, partida por partida, el objeto del escrito o de la diligencia a que se refiere, y apareciendo en la minuta que se impugna, una cantidad por el trámite de instrucción del recurso y otra por preparación y asistencia a la vista con informe ante la Sala, no puede menos de apreciarse que los conceptos de los devengos están concretados con absoluta claridad, con el detalle, que el artículo que se dice infringido requiere. (Sentencia de 21 de octubre de 1972; no ha lugar.)

12. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS DEL RECURSO: *Basado el recurso en la falta de personalidad de la parte demandada, sólo cabía eficazmente aducirse por el cauce procesal de la causa 2.^a del artículo 136 LAU, y al no hacerlo así ha de ser causa suficiente para la desestimación del recurso, articulado conforme a la causa 3.^a de dicho precepto legal.* (Sentencia de 5 de junio de 1972; no ha lugar.)

Se interpone recurso de injusticia notoria contra la sentencia estimatoria de la acción de resolución de contrato de arrendamiento, en la que se condena a la Inspección de Enseñanza Media del Estado. Se alega por el señor abogado del Estado que dicha Inspección no tiene personalidad jurídica, por lo que debía de haberse demandado a la Dirección General de Enseñanza Media, pero utilizando una vía procesal inadecuada

13. CASACIÓN: RECURSO CONTRA AUTO DICTADO POR LA AUDIENCIA EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *Si bien se hace la inicial manifestación de que la resolución impugnada ha proveído en contradicción con lo ejecutoriado, se añade la denuncia de haber incurrido en la infracción de preceptos legales, formulándose a dicho efecto los motivos con el amparo de diversos números del artículo 1.692 LEC, lo que en esencia no supone ninguno de los dos supuestos a que se contrae el artículo 1.695 de la Ley Procesal Civil; se trata, por tanto, de un recurso en el que a fin de soslayar la prohibición contenida en el artículo 1.695 de dicho texto legal, se articula otro distinto del autorizado por el mismo, medio totalmente inadmisibile, puesto que está en patente contradicción con la prohibición contenida en el precitado artículo y doctrina legal de esta Sala.* (Sentencia de 1 de julio de 1972; no ha lugar)

14. CASACIÓN: CONTRA AUTO DE AUDIENCIA QUE DECIDE INCIDENTE DE JUICIO EJECUTIVO: *Conforme viene constante y reiteradamente declarando la jurisprudencia de esta Sala, si no cabe admitir el recurso de casación contra las resoluciones que carecen del concepto de definitivas porque contra ellas puede entablarse otro juicio plenario, como acontece en las sentencias dictadas en juicio ejecutivo, con mayor motivo deben rechazarse las formuladas en incidentes promovidos en tales juicios.* (Sentencia de 10 de junio de 1972; no ha lugar.)

15. CASACIÓN: RECURSO CONTRA AUTO DE AUDIENCIA: *Para que pueda haber lugar al recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.689 y número 1.º del 1.690 LEC, se precisa que se formule contra una sentencia definitiva pronunciada por la Audiencia, teniendo el mismo carácter a tales*

efectos las que recayendo sobre un incidente o artículo pongan término al pleito haciendo imposible su continuación, y como quiera que la excepción de litis pendencia, objeto de este recurso, no pone término al pleito, ni hace imposible su continuación, limitándose a suspender su curso hasta que recaiga resolución definitiva en el juicio primeramente entablado, demorando únicamente la resolución del en que fue alegada, es evidente que este Tribunal no puede entrar en su resolución por estar incurso en la causa de inadmisión 3.^a del artículo 1.729 de la Ley Rituaria, que en el estado actual del proceso se convierte en desestimación. (Sentencia de 30 de junio de 1972; no ha lugar.)

16. COMPETENCIA: *Tratándose de un contrato de prestación de servicios, que lleva en sí no sólo el suministro de enseres determinados, sino lo que es más esencial, del montaje e instalación de la maquinaria contratada, debiendo estimarse el lugar en el que se llevó a efecto esta operación como lugar del cumplimiento del contrato y de la entrega de la cosa.* (Sentencia de 13 de junio de 1972.)

17. CASACIÓN: DEFECTOS DE LOS RECURSOS: *El motivo 4.º del recurso interpuesto por la parte demandada, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 LEC, incurre en causa de inadmisión que en el actual trámite se convierte en desestimación, por no citar el concepto en que se estima infringido el artículo 359 de la LEC; igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo 6.º al acumular los conceptos de falta de aplicación, violación e interpretación indebida de los artículos 435 y 464 de una Ley que no cita y cuya infracción denuncia; no puede prosperar el motivo basado en el número 5.º del artículo 1.692 LEC, por ser el fallo contrario a la cosa juzgada, ya que dicho número exige que se haya alegado esta excepción en el juicio, lo que aquí no se hizo.*

En cuanto al otro recurso, formalizado por la parte actora, tampoco puede alcanzar mejor éxito, por estar basados todos sus motivos en la buena fe del actor, frente a la declaración terminante de la Audiencia de haber existido también mala fe por su parte, cualquiera que sea la opinión que merezca a esta Sala tendría que haber sido previamente impugnada por la vía del número 7.º del artículo 1.692 LEC, alegando error de hecho o de Derecho o al amparo del número 1.º citando como infringido el artículo 1.253 C. c., lo que no se ha hecho. (Sentencia de 18 de noviembre de 1972; no ha lugar.)

18. CASACIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La negativa de un hecho perjudicial es un dato que favorece al confesante y que, por consiguiente, no está incluido en la preceptiva del artículo 1.232 C. c.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Si se creen mal subsumidos unos hechos, según las llamadas "presunciones del hombre", se debe denunciar la aplicación indebida del artículo 1.253 C. c., pero no su violación, ya que el único sentido explicable de violación es de falta de aplicación, y en todo caso hay que demostrar que la supuesta deducción quebranta las reglas indeterminadas del criterio humano y es absurda, ilógica o inverosímil.*

CUESTIÓN NUEVA: *Al denunciarse la violación del artículo 322 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, cuestión no debatida en el pleito, se está dentro de la causa de inadmisión 5.ª del artículo 1.729 LEC, que conforme a la repetida doctrina de este Tribunal, lo es de desestimación en esta fase procesal. (Sentencia de 24 de abril de 1972; no ha lugar.)*

19. **CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO:** *Son notas acusadamente distintivas del recurso de casación lo limitado de su alcance, que no abarca el contenido del pleito en su integridad y el estrecho rigorismo formal a que ha de acomodarse su interposición, de tal modo que si en ella se omite alguno de los requisitos esenciales que impone el artículo 1.720 LEC, o se incide en cualquiera de los casos que menciona el artículo 1.729 de la Ley Rituaria Civil, el recurso no es admisible y aun admitido a trámite carece de viabilidad y ha de ser necesariamente desestimado; en el recurso que se resuelve, se conjuntan materias dispares, olvidando la claridad y precisión requeridas por el artículo 1.720 de la citada Ley, que establece que siendo dos o más infracciones se expresarán en párrafos numerados y separados. (Sentencia de 18 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

20. **QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: PERTENENCIA DE LA PRUEBA: REQUISITOS DEL ESCRITO DE PROPOSICIÓN:** *El escrito de proposición debe ser concreto en todos sus particulares para que el juzgador pueda, con conocimiento de causa, aceptar o rechazar la prueba si no se ajusta a hechos concretos señalados en período de alegaciones, o si las pruebas son impertinentes o inútiles, habiendo declarado esta Sala: que son impertinentes las pruebas que no tienen conexión o enlace con los hechos fundamentales del pleito (ss. de 10 diciembre 1887, 27 marzo 1900 y 6 octubre 1916), la que se propone en términos vagos que impiden calificarla y aun practicarla (ss. 27 diciembre 1897, 8 noviembre 1898 y 26 diciembre 1903), debiendo al pedir el testimonio de particulares de otros autos determinarlos (ss. 6 junio 1899 y 24 diciembre 1904), las que no tienen influencia alguna para resolver la situación del pleito (ss. 16 febrero 1899 y 30 abril 1926), y la documental que no puede articularse sin una previa investigación de oficio (s. 12 julio 1904).*

TESTIMONIO DE PARTICULARES EN OTRO PLEITO: *Obrando los documentos, cuyo testimonio se pretende, fuera del pleito, no se puede saber, sin una previa concreción de la parte interesada, si versan sobre los hechos fijados ya en los escritos de réplica y dúplica, si son impertinentes o son inútiles, por lo cual está bien denegada.*

PRUEBA DE LIBROS DE COMERCIO: *Esta Sala ha declarado que van contra lo expresamente determinado en el artículo 47 y concordantes del C. de com., al que se refiere el artículo 605 de LEC, la diligencia de prueba que tiende indudablemente a conseguir que se autorice sin la menor limitación, el examen de los libros de contabilidad y la correspondencia (s. 28 abril 1894), que formulada en términos vagos y generales y no concretándose los hechos a que el reconocimiento se refiere, viene a constituir una investigación de la contabilidad, prohibida por los artículos 45 y 46 C. com. y no autorizada tampoco*

por el 47, cuyo párrafo 2.º dispone que el reconocimiento se limite a los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventila, siendo éstos los únicos que pueden comprobarse, lo cual supone que han de ser previamente determinados por la parte a quien la diligencia interesa (s. 14 octubre 1902); en consecuencia, es indeterminado el escrito de proposición de prueba en el que se solicita "se exhiban en la presencia judicial los libros de comercio, Diario, Mayor, libro de Inventarios y Balances, libros de Actas y los demás libros auxiliares de contabilidad..., testimoniándose en la correspondiente diligencia los asientos practicados en dichos libros que esta parte señale, así como aquellos que la parte contraria pueda adicionar". (Sentencia de 22 de junio de 1971; no ha lugar.)

La doctrina sentada por esta sentencia parece irreprochable. Cuestión distinta en sí, de *lege ferenda*, la normativa legal en orden a la prueba de libros de comerciantes debe ser otra, permitiéndose con mayor amplitud la investigación de contabilidad. En el conflicto entre el interés público y el interés privado, el artículo 45 C. com. ha optado decididamente por el segundo, con las leves concesiones de los artículos 46 y 47.

El recurso de casación de ley en este mismo pleito fue resuelto por S. de 18 febrero 1972.

G. G. C.

21. COMPRAVENTA: PRUEBA: VALORACIÓN DEL DOCUMENTO PRIVADO NO RECONOCIDO: *Una cosa es que, de conformidad con lo que se establece en el artículo 1.225 C. c. no pueda atribuirse al documento privado no reconocido legalmente, igual valor probatorio que al documento público, y otra bien distinta es que el documento privado no reconocido carezca en absoluto de eficacia probatoria, porque según reiterada doctrina de esta sala, el documento privado no tachado de falso, aunque no haya sido reconocido legalmente, se puede apreciar en unión de otros elementos de juicio.* (Sentencia de 28 de octubre de 1972; no ha lugar.)

22. COSA JUZGADA: *Es doctrina constante de esta Sala que cuando la cuestión es la misma, idéntica la causa de pedir, los fundamentos y títulos en que se apoyan las respectivas pretensiones y la condición de las personas en relación a esos títulos, actúa la cosa juzgada, aunque las personas no sean las mismas y aunque se alegue por quienes no litigaron en el pleito anterior.*

COSA JUZGADA: *Habiendo sido citados los actores en el juicio universal de testamentaria, si no comparecieron en el mismo en su primera fase, ni después en la contenciosa, en donde debieron y pudieron personarse, se tiene que estimar que si no litigaron fue por causa imputable a su voluntad y, por ello, no pueden estimarse ajenos a este proceso, terminado por sentencia firme y en el que se trató el mismo problema que ahora se intentaba ventilar en este segundo pleito.* (Sentencia de 14 de octubre de 1972; no ha lugar.)

23. COMPETENCIA: *La competencia para conocer de las demandas en reclamación del precio de géneros remitidos por cuenta y riesgo del comprador corresponde al Juzgado del lugar en que la venta se realizó porque debe enten-*

derse que allí se hizo entrega de la cosa. (Sentencia de 6 de marzo de 1972; competencia.)

24. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Tratándose de un contrato de compraventa mercantil, sin que se haya señalado el lugar de cumplimiento de la obligación, habrá de estarse para la decisión del conflicto planteado, al lugar donde tiene su establecimiento mercantil el vendedor.* (Sentencia de 17 de marzo de 1972; resuelve competencia.)

25. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *El dictamen pericial no tiene naturaleza de documento auténtico a los fines del recurso.* (Sentencia de 13 de mayo de 1972; no ha lugar.)

26. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Apareciendo en autos que los géneros de comercio fueron remitidos a la consignación del comprador a portes debidos, hay que entender que viajaban por cuenta y riesgo del mismo y, por ende, que la entrega tuvo lugar en el domicilio del establecimiento mercantil de la entidad vendedora.* (Sentencia del 29 de febrero de 1972; resuelve competencia.)

27. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Debe decidirse la competencia en favor del domicilio del vendedor, ya que tratándose del pago de precio y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.500 del C. c., la mercancía debe considerarse entregada, salvo pacto en contrario, en el domicilio del vendedor.* (Sentencia de 24 de abril de 1972; resuelve competencia.)

28. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Debe decidirse la competencia en favor del domicilio del vendedor, ya que los géneros de comercio, salvo pacto en contrario, se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor. Todo lo cual, en consonancia con el artículo 62, 1.ª, LEC, señala como competente el domicilio de aquél para el ejercicio de la acción personal a fin de reclamar el precio de venta.* (Sentencia de 23 de febrero de 1972; resuelve competencia.)

29. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Debe decidirse la competencia en favor del domicilio del vendedor, ya que al no existir sumisión expresa o tácita de las partes a determinado Juzgado o Tribunal, los géneros de comercio se entienden entregados en el establecimiento mercantil de aquél. Todo lo cual en consonancia con el artículo 62, 1.ª, LEC, señala como competente el domicilio del mismo para el ejercicio de la acción personal a fin de reclamar el precio de la venta.* (Sentencia de 8 de febrero de 1972; resuelve competencia.)

30. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error de hecho se ha de apoyar en la cita concreta del documento o acto auténtico que patentice la pretendida equivocación evidente del Juzgador, de suerte que su identificación y localización en los autos no requiera una búsqueda o investigación por parte de la Sala.*

31. DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *No son documentos auténticos, a efectos de casación, los mismos documentos que el juzgador examinó y tuvo en cuenta para emitir su fallo.* (Sentencia de 26 de febrero de 1972; no ha lugar.)

32. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: LETRA DE CAMBIO: *De la acción ejecutiva derivada de una letra de cambio, al no existir sumisión expresa o tácita del demandado a un Juzgado determinado, debe conocer el del lugar en que la letra de cambio esté domiciliada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62-1.º de LEC y reiterada doctrina jurisprudencial. La prohibición establecida en el artículo 66 de la LEC viene referida al supuesto de que la sentencia sea firme al tiempo de promoverse la competencia por inhibitoria.* (Sentencia de 27 de mayo de 1972; competencia.)

33. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Siendo elementos suficientes en las contiendas de jurisdicción para constituir a tales efectos un principio de prueba eficaz, las alegaciones de los interesados, los documentos por ellos aportados y su actitud procesal, las facturas, albaranes, letras de cambio, los resguardos de la Compañía de transportes y otros documentos, constituyen principio de prueba suficiente para estimar competente al Juzgado del lugar del cumplimiento de la obligación, según lo dispuesto en el artículo 62 LEC y en el artículo 1.171 C. C. y su jurisprudencia aclaratoria.* (Sentencia de 28 de febrero de 1972; competencia.)

34. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: ELEMENTOS PARA SU DECISIÓN: *Las cuestiones de competencia han de decidirse partiendo de las alegaciones de las partes, de los documentos por ellas aportados y de su actitud procesal, siendo suficientes estos elementos para constituir un principio de prueba eficaz, aunque la valoración de los hechos es provisional a efectos de la competencia, pues basta con meros indicios racionales para resolverla.*

35. CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA: *En los albaranes de entrega de productos consta una cláusula de sumisión a favor del Juzgado Comarcal de B., lo que, a efectos de competencia, es suficiente para estimar que el comprador se sometió expresamente al fuero del domicilio de la casa vendedora, que, por otra parte, es lo normal tratándose de ventas hechas por establecimientos mercantiles.* (Sentencia de 21 de marzo de 1972; competencia.)

36. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo que, en la compraventa mercantil se presume entregada la mercancía en el lugar donde el vendedor tiene instalado su establecimiento comercial, salvo prueba en contrario; por ello, a falta de sumisión expresa o tácita, la competencia ha de determinarse por la aplicación al caso controvertido del artículo 62, núm. 1 de la LEC, en relación con el artículo 1.500 del C. c. y 50 C. de c.* (Sentencia de 27 de marzo de 1972; competencia.)

37. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Reclamándose el saldo de unas compraventas mercantiles, es doctrina reiteradísima del Tribunal Supremo que, salvo pacto en contrario, se presume que los géneros de comercio se*

entregan en el establecimiento mercantil del vendedor y que se envían al comprador a su cuenta, cargo y riesgo, presunción que sólo cede ante la demostración de que fue otro el lugar de cumplimiento del contrato, efecto que no consigue el giro de letras de cambio para el cobro del precio, pues el alcance del giro no es otro que el de empleo de un medio adecuado para facilitar el pago. (Sentencia de 4 de mayo de 1972; competencia.)

38. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No ha lugar el recurso de casación por error de hecho al no concretarse cuáles son los documentos con los que se pretende evidenciar ese supuesto error de hecho.*

DOCUMENTACIÓN MERCANTIL: *No ha lugar el recurso de casación por error de derecho en cuanto a la interpretación del artículo 48 del C. de c., ya que reiterada jurisprudencia proclama que no se incide en la infracción del artículo 48 cuando para valorar la fuerza y el valor de la documentación aportada al proceso, no se ha tenido en cuenta solamente tal elemento de prueba, sino éste en conjunción con toda la demanda practicada, e incluso no es lícito desestimar la apreciación conjunta de la prueba por error de uno sólo de los elementos que la integran.*

DEFECTO DE RECURSO: *No ha lugar el recurso de casación por infracción legal cuando en un solo motivo se aleguen múltiples infracciones legales sin relación entre sí, y sin especificar el concepto de la infracción. (Sentencia de 8 de julio de 1972; no ha lugar.)*

39. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No ha lugar el recurso de casación por error de hecho al amparo de la interpretación de una Real Orden, ya que es doctrina reiterada que las Reales Ordenes no constituyen documento auténtico; sólo tienen esta consideración los que por sí solos, sin valoraciones ni interpretaciones de índole acreditan la equivocación evidente del juzgador. (Sentencia de 7 de octubre de 1972; no ha lugar.)*

40. RECURSO DE CASACIÓN: HECHOS PROBADOS: *Es motivo de desestimación del recurso el no respetar las afirmaciones de orden fáctico contenidas en los fundamentos de la sentencia impugnada, sin que sean combatidas válida y eficazmente por el cauce procesal adecuado.*

INTERPRETACIÓN: *Es motivo de desestimación del recurso el no respetar la interpretación dada por el Tribunal a quo sin que sea formalmente atacada, denunciando la infracción de las normas de hermenéutica aplicables (Sentencia de 23 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

41. RECURSO DE CASACIÓN: LEGITIMACIÓN: *No existe en el supuesto de interposición de recurso de casación, contra una sentencia que afecta primordialmente a la sociedad, en nombre unipersonal del representante de la misma, sin aludir a la ineludible representación, ni mencionar su condición, ni justificar si continúa ostentando los cargos de director gerente y administrador único de aquélla (Sentencia de 30 de diciembre de 1970; no ha lugar)*

42. RECURSO DE CASACIÓN: Apreciación de la prueba: *La apreciación de la prueba pericial corresponde al Tribunal sentenciador sin que contra ella quepa recurso alguno.*

ERROR DE DERECHO: *No puede apreciarse en casación si no se expresa el concepto en que los preceptos legales que se citan se estiman infringidos, esto es, si lo han sido por violación, interpretación errónea o aplicación indebida.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *El dictamen pericial no tiene carácter de documento auténtico.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1972; no ha lugar.)

43. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA Apreciación de la prueba: *Carecen de virtualidad para acreditar el error de hecho en la apreciación de la prueba los documentos que fueron objeto de discusión en el pleito y de estudio y análisis en la resolución impugnada, así como los asientos de contabilidad consignados en los libros de los comerciantes.*

ERROR EN LA INTERPRETACIÓN: *No aplicada una norma legal por la sentencia recurrida no puede haber error en su interpretación y, asimismo, para que pueda ser provocada la casación es preciso que la exégesis se realice con relación a un precepto aplicable al fondo del pleito.*

HECHOS PROBADOS: *Al darse por acreditados determinados hechos por la sentencia recurrida y no desvirtuándose los mismos a través del motivo, la impugnación que de ellos se hace en el recurso se halla inmersa en el artículo 1.729-9.º LEC, por estar reservado a la soberanía de la Sala de instancia la apreciación de las circunstancias que rodean a los contratos.* (Sentencia de 21 de octubre de 1972; no ha lugar.)

43. INJUSTICIA NOTORIA: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *Es inadmisibile en el recurso de injusticia notoria pretender que prevalezca el criterio del recurrente en materia de valoración de prueba sobre el más objetivo y ponderado del Tribunal a quo.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *La cuestión planteada en la vista del recurso de apelación por ser totalmente nueva no puede ser tenida en cuenta en el recurso de injusticia notoria.* (Sentencia de 25 de mayo de 1972; no ha lugar.)

44. PROCESOS ARRENDATICIOS URBANOS: PROCEDIMIENTO APLICABLE: RESCISIÓN DEL ARRIENDO: *Si el actor, aun invocando artículos de la LAU, como el 115 y el 116, basa fundamentalmente su acción en no haber recibido en ningún instante el objeto del arriendo, es decir, no se apoya en el incumplimiento de una obligación establecida por la LAU, sino en el incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa establecida en el Código civil, el proceso debe sustanciarse según las leyes procesales comunes y no por los cauces procesales de la LAU.*

AMBITO DE APLICACIÓN PROCESAL DE LA LAU: *No son aplicables los procesos especiales de la LAU si el actor no se ampara en derecho reconocido por la LAU, cuya aplicación supone un contrato perfecto y consumado o que esté en período de consumación.*

INTERPRETACIÓN RESTRINGIDA DE NORMAS DE LA LAU: *El artículo 115 de la LAU es de aplicación restrictiva. (Sentencia de 28 de octubre de 1972; no ha lugar.)*

45. **FECHA DE PRESENTACIÓN DE UN RECURSO; DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:** *Si bien la primitiva jurisprudencia estableció la doctrina de que, en los escritos que han de presentarse en plazo perentorio, si no se extiende nota acreditativa de la fecha de presentación por el Secretario, hay que estar a la fecha de la primera providencia siguiente del Juez, para determinar si el escrito se presentó o no dentro de plazo, la más reciente jurisprudencia afirma que procede la admisión de la apelación si se deduce su interpretación dentro de plazo de otros documentos, como son: los libros registros de entrada de asuntos o los documentos de liquidación de tasas judiciales.*

TERMINOLOGÍA PROCESAL USUAL: INTERPRETACIÓN: *Si en autos aparece realizada una notificación en determinada fecha y se dice que otra posterior se ha practicado "seguidamente", frase frecuente en el lenguaje del foro, hay que entender, de no constar lo contrario, que la segunda notificación se realizó en la misma fecha que la primera. (S. de 25 de octubre de 1972; declara la nulidad de actuaciones.)*

46. **INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO DE INTERPRETACIÓN:** *Si, aunque en el documento contractual se hace constar que se formaliza un arriendo de local de negocio, la Sala "a quo", interpretando las cláusulas del contrato, llega a la conclusión de que el destino de lo arrendado no fue para local de negocio, sino para almacén de una distribuidora de libros, no cabe combatir tal interpretación por la vía de la causa 4.^a—error de hecho—, sino citar los preceptos precisos para combatir la supuesta exégesis errónea de la Sala al amparo de la vía procesal adecuada.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Para poder alegar con éxito un error de derecho en la apreciación de la prueba es necesario que los preceptos que se invoquen contengan normas valorativas de la prueba que vinculen al Juzgador en determinado sentido, señalando, además, el concepto en que se suponga cometida la infracción; además el error de derecho debe aparecer patente, sin necesidad de deducciones. El artículo 1.248 C. C. no contiene una norma valorativa de la prueba y sí sólo, una admonición a los Tribunales que puede o no ser tenida en cuenta, pero que no es vinculante para ellos y cuya utilización no puede revisarse en injusticia notoria. (S. de 22 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas