

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXI
FASCICULO III



JULIO - SEPTBRE.
MCMLXVIII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

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

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: <i>Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente</i>	513
JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS: <i>El reconocimiento incidental de la paternidad natural</i>	551
MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: <i>Imputabilidad y responsabilidad objetiva</i> .	579
RAFAEL ALVAREZ VIGARAY: <i>Los contratos aleatorios</i>	607

Estudios de Derecho extranjero

FRANCISCO VEGA SALA: <i>La reciente reforma de la adopción en Italia</i>	643
RODRIGO BERCOVIT RODRÍGUEZ-CANO: <i>La ley francesa núm. 68-5, del 3 de enero de 1968, sobre los incapaces mayores de edad</i>	655

Vida Jurídica

I. Noticias

<i>Coloquios sobre la muerte y los trasplantes de órganos</i> , por Gabriel García Cantero	659
---	-----

II. Dictámenes	
<i>Limitación del número de votos que puede emitir un socio en sociedades anónimas</i> , por Pedro Luis Serrera Contreras	662
III. Notas Críticas	
<i>La frustración del fin del contrato</i> , por Celestino A. Cano Tello	668

Bibliografía

Libros	683
---------------------	-----

ALLIOT, G.: *Notions pratiques de copropriété*, por José Bonet Correa; ALONSO OLEA, Manuel: *Introducción al Derecho del trabajo*, por R.; BACHELET, Vittorio: *Attività tecnica della pubblica amministrazione*, por R.; BARRERA GRAF, Jorge: *La representación voluntaria en Derecho privado. Representación de Sociedades*, por R.; BUCOLO, Francesco: *Il procedimento d'esecuzione nella giurisprudenza*, por R.; FLEISCHHAUER, H. A.: *Über die enteignung von grundbesitz der Gebietskörperschaften uch geltendem Recht*, por José Bonet Correa; FLORIO, Franco: *La codificazione del Diritto internazionale privato e processuale in Cecoslovachia*, por R.; *Gaudium et spes. L'Eglise dans le monde de ce temps*, por Gabriel García Cantero; NAJJAR, L.: *Le droit d'option. Contribution à l'étude de droit protestatif et de l'acte unilateral*, por José Bonet Correa; PANUCCIO, Vincenzo: *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, por R.; SAVATIER, René: *Comment repenserle conception française actuelle de la responsabilité civile*, por M. Alonso Olea; SCHMIDT-HIDDING, Wolfgang: *Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas. Das sogenannte Anerkennungssystem und seine Abwächengen*, por G. García Cantero.

Revista de revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz, José Manuel Burgos y Antonio Manuel Morales.	699
--	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de Antonio de Leyva y Andía	715
--	-----

Jurisprudencia

I. Sentencias	720
-----------------------------	-----

II. Sentencias de suplicación:

1. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid.	733
2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona	735
3. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada	739
4. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia.	740

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 XXII
FASCICULO III



JULIO - SEPTIEMBRE
MCMLXVIII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente

JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO

DEDICATORIA

A Juan Hernández Canut, al cumplirse
un cuarto de siglo de amistad constante y pro-
bada.

SUMARIO: I. CONCEPTOS PREVIOS. a) Esencia de ambos institutos. b) Diferencias con los del C. c.—II. LA PRETERICIÓN COLECTIVA. A. *Cuándo se produce. Casos dudosos.* a) Mención de descendientes mediatos. b) Donación a descendientes inmediatos. c) Donación a descendientes mediatos. d) Descendientes que no llegan a o dejan de ser legitimarios. Imputación de las donaciones hechas a ellos y eficacia de su mención en el testamento. B. *Conocimiento de la existencia de legitimarios. El "nasciturus".*—III. LA DESHEREDACIÓN COLECTIVA. a) Naturaleza. b) Personas futuras. c) Exclusión de la sucesión intestada. d) Casos de concurrencia. e) Fuentes.—IV. EFECTOS DE LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN COLECTIVAS. A. *El caudal partible.* B. *Apertura de la sucesión intestada y legítima material.* C. *Cómo se forman los dos tercios del caudal.*—V. LA PRETERICIÓN INDIVIDUAL. A. *Quién es preterido.* B. *Título de la sucesión "ex" art. 123.* C. *El índice del "menos favorecido".* a) ¿Se cuentan las donaciones? b) La mera mención de legitimarios. c) Asignación del caudal relicto a extraños. d) Mera mención de donatarios. e) Indiferencia de la legítima material. f) El índice, y los descendientes ulteriores. D. *La contribución al pago de la legítima del preterido.* a) Quiénes contribuyen. Fijación del índice de contribución. b) La reducción proporcional. c) Caudal del que se detrae la legítima del preterido. d) Reducción por lesión de la legítima material, y preterición.—VI. LA DESHEREDACIÓN INDIVIDUAL. a) Naturaleza. El error en la causa. b) Computación de las donaciones al desheredado. c) Otros problemas. d) La desheredación en el derecho de alimentos.

I. PRETERICIÓN Y DESHEREDACIÓN. CONCEPTOS PREVIOS

En el actual Derecho aragonés la preterición representa la infracción del derecho de legítima formal: se da por falta de mención, en el testamento o contrato sucesorio, de los legitimarios de primer grado no favorecidos *inter vivos*, sea intencionada o no. En este segundo

caso, la ley aporta un complemento a la voluntad del causante expresada en el instrumento sucesorio, de acuerdo con lo que parece su intención más probable; siguiendo la tradición romana, estimaron los compiladores actuales que el causante se ha olvidado, por ejemplo, de los hijos que nacieron luego de disponer, y a los que verosíblemente hubiera favorecido de haber testado o dispuesto cuando ya existían. En el primer supuesto, la ley se limita a castigar el incumplimiento del deber de legítima formal.

A diferencia del Derecho romano, la preterición no se produce, ni en el C. c. ni en Compilación, por no haber instituido heredero al legitimario, ni aun por no haber instituido a ninguno de los legitimarios, sino por no mencionarlos ni (en Aragón) favorecerlos en algún modo colacionable. Tampoco parece preciso dejarles bienes algunos (aun cuando desde el punto de vista práctico, y teniendo en cuenta además que el testamento es acto de disposición de bienes, lo más aconsejable, para evitar cualquier objeción, aun infundada, es cumplir la forma haciéndoles un legado equivalente a los cinco sueldos por sitios y cinco por muebles de la vieja fórmula aragonesa).

En una apreciación estrictamente textual, no es posible la preterición si el testamento no contiene institución de heredero, pues entonces se abre la sucesión intestada. Mas cabría mantener que cuando el testamento se halla dirigido conscientemente a distribuir todos los bienes, las reglas de la preterición son igualmente aplicables.

La preterición supone que el legitimario preterido vive en el momento de abrirse la sucesión, y es capaz de heredar, de modo que, premuerto o indigno, no cuenta a tales efectos: no por aplicación del artículo 814-3.º C. c., sino porque tal conclusión se deduce de ser el momento de la apertura el determinante de las posiciones sucesorias.

Las mismas consecuencias que la preterición tiene la desheredación injusta, es decir, aquella en la que se alega una causa que no se halla incluida en el catálogo legal o que luego se demuestra inexistente.

Pero,

a) Esta identidad de *consecuencias* no implica identidad de *naturaleza* entre ambos institutos;

b) A su vez, los dos, debido al sistema de legítima global y libre elección de heredero entre los descendientes, tienen, en el Derecho aragónés, muy distinto significado que en el C. c.;

c) En particular, separándose del C. c., la Compilación distingue entre la desheredación injusta o preterición colectiva, o sea comprendiendo a todos los legitimarios, y la individual, referida a alguno o algunos, asignando a ambas, en los artículos 122 y 123 respectivamente, consecuencias muy dispares.

a) La preterición consiste en una infracción, frente al descendiente inmediato que no ha recibido liberalidades computables, del deber de legítima formal establecido en el artículo 120 Comp. Cuando se produce, aunque la legítima material esté ya satisfecha (por haber recaído en legitimarios las dos terceras partes del caudal computable),

y no obstante no existir en Aragón legítima material individual, el preterido tiene una pretensión que por su contenido será sustancial (pues se dirige a obtener bienes de la herencia), pero que por su procedencia es formal, es decir, nacida a partir de una omisión de tipo formal y con independencia de hallarse cubierta la legítima colectiva.

El preterido hace efectivo el derecho sustancial que deriva para él de la infracción del artículo 120 en bienes del caudal relicto, sin consideración alguna, en principio, al *donatum* ni a las proporciones de la legítima colectiva. Sólo cuando, además de preterición, hay lesión de la pretensión global de los descendientes a los dos tercios, pueden fundirse a veces, por economía, ambas transgresiones en un mismo procedimiento.

Salvo esto, el preterido no percibe su derecho en concepto de legítima global (aunque de ser preciso se impute en ella lo percibido). Lo dispuesto por los artículos 122 y 123 viene a ser una especie de sanción pecuniaria al causante, en castigo de su omisión; un nuevo reparto del caudal relicto distinto del previsto en el testamento y en perjuicio de los herederos y legatarios nombrados en él, los cuales no podrán excepcionar que su porción se halla dentro del tercio libre del caudal computable, porque esos tercios sólo cuentan a efectos de las infracciones materiales.

Estos principios, para el supuesto de preterición colectiva vienen enmascarados por la lesión de la legítima global que, casi siempre, implica esta suerte de omisión: al no resultar favorecido en el testamento ningún legitimario, normalmente el testador habrá incumplido su deber frente a ellos.

El otro instituto objeto del presente estudio, la desheredación, es, en Aragón, algo realmente contradictorio. Opuestamente a la preterición, no supone nunca perjuicio de la legítima formal, porque su propio concepto implica la mención del desheredado en el testamento. Pero puede ocurrir que tampoco atente contra la legítima material, satisfecha totalmente en otros descendientes: además, las infracciones sustanciales se hallan comprendidas, todas, en el artículo 124. Quedando entonces la desheredación, o como un instituto ajeno a las legítimas, y situado en el campo de la interpretación de voluntad, o como una especificación del régimen del artículo 124, para la privación expresa colectiva de legítima; o meramente una sanción, para el caso de la desheredación injusta consciente.

b) Preterición y desheredación presentan una diferencia fundamental con sus homónimas del C. c., nacida de la falta de legítima material individual en Aragón. En el C. c., ambos institutos constituyen infracción de pretensiones sustanciales propias individualmente del preterido o desheredado, mientras en Aragón ninguno de ellos constituye, por sí, infracción material, que cuando existe es un fenómeno accesorio.

II. LA PRETERICIÓN COLECTIVA

Como he dicho, el régimen de la desheredación injusta y el de la preterición pretende ser, en el nuevo cuerpo legal, idéntico. Este distingue exclusivamente, entre la preterición o desheredación injusta de todos los legitimarios y de parte de ellos.

En cuanto al primer supuesto, el artículo 122 dispone que,

La preterición, o falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios, así como su injusta desheredación, determinan:

Primero. La delación abintestato de dos tercios del caudal, si la existencia de todos aquéllos era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición "mortis causa".

Segundo. La de todo el caudal, en otro caso.

A. Cuándo se produce la preterición colectiva

Fijemos, en primer lugar, el ámbito de aplicación del precepto; es decir, cuándo hay omisión o desheredación de todos los legitimarios.

a) El artículo 122 habla simplemente de *legitimarios*, en oposición al 123, que se refiere al "descendiente sin mediación de persona capaz para heredar". Parece, pues, como si bastase la alusión a un legitimario de grado ulterior para eliminar la preterición (o injusta desheredación) colectiva.

No era ese el sentido de los proyectos iniciales e intermedios del Seminario, en los que se consideraba preterición colectiva "la infracción del artículo (actual 120) o la injusta desheredación de todos los legitimarios". Mientras en el último proyecto del Seminario se habla ya de "la preterición o injusta desheredación de todos los legitimarios", aunque, creo recordar, sin intención de alterar el sentido del precepto.

Es el proyecto de la Comisión de Codificación el que, cualesquiera que sean sus antecedentes, parece cambiar tal sentido, y así el texto legal: literalmente en él la preterición colectiva ya no coincide con la falta de mención del grupo de descendientes inmediatos del causante, es decir, de quienes tienen derecho a legítima formal, sino que es un concepto más estricto; para que se dé es preciso, además, que no haya sido mencionado en el acto *mortis causa* ningún legitimario, de modo que si, omitidos los descendientes inmediatos, el ascendiente nombra heredero o legatario a otro de grado ulterior, a pesar de la infracción colectiva de la legítima formal no parece haber preterición colectiva, y, al contrario, debe aplicarse el artículo 123.

b) De la letra y el sentido del artículo 122 podría deducirse que la *preterición* consiste precisamente en la falta de mención formal del descendiente inmediato, pues el precepto presenta como equivalentes a una y otra. Pero del artículo 120 resulta que la legítima formal sólo corresponde a los no favorecidos por el testador en vida (que tampoco sean herederos abintestato de la parte de su patrimonio de que no dispuso), de modo que, favorecido uno de los legitimarios formales mediante

donación, cabe pensar igualmente que no puede considerarse preterido. ¿Qué concepto de *preterición* debe aceptarse, en definitiva, a los efectos del artículo 122?

Los antecedentes, más complican que resuelven el problema. En el proyecto aragonés el actual artículo 122 hablaba sólo de *preterición*, con lo que claramente aludía a la falta conjunta de mención formal y de percepción material de bienes: dándose esta última, no había infracción del (actual) artículo 120, y por tanto no había preterición. De donde, favorecido con donaciones “colacionables” un descendiente inmediato, la omisión de todos en el testamento no entrañaba preterición colectiva, y si sólo, respecto a cada uno de los no favorecidos en vida, la singular.

El texto definitivo de la comisión de codificación tiene, gramaticalmente, muy otro significado. En él se habla de “la preterición o *falta de mención formal*”, con lo cual parece definirse la una por la otra: como equivaliendo, a los efectos de esta norma, la preterición a la falta de mención formal, pese al distinto sentido del artículo 120.

No es que se contemplen una y otra como dos especies diferentes produciendo el mismo efecto, en cuyo caso el párrafo diría: “la preterición o *la falta de mención formal*”. Es que, en el pensamiento del legislador, tal como lo expresa, *son* la misma cosa. El resultado es, en último término, el mismo; la falta de mención formal de todos los legitimarios, aun donatarios, importa preterición colectiva.

La conclusión, a primera vista, aparece falta de lógica: se ha definido la preterición en el artículo 120 con unos caracteres, y llegado el momento de aplicar el concepto se le atribuyen otros. ¿Es que, pese al cumplimiento del deber del artículo 120 por el causante donante, mediante donación, el legitimario-donatario, no preterido a los efectos del artículo 123 y que imputa su donación en la legítima material, no impide la preterición colectiva?

Yo veo dos posibilidades, siquiera modestas, de explicar esta anomalía.

Una: la Comisión de codificación, con la añadidura “o falta de mención formal”, entendió referirse a aquellos legitimarios descendientes de ulterior grado que, por tanto, no tenían derecho a legítima formal, pero cuya mención (en la idea de los codificadores) era suficiente para eliminar la preterición colectiva. Como si el precepto dijera: “habiéndose preteridos todos los legitimarios de primer grado, y faltando mención formal de cualquiera de los de grado ulterior...”. Así, habiendo donación a un legitimario inmediato, no hay preterición de todos ellos, por darse la primera de ambas alternativas.

Otra. Con la anterior explicación queda un rabo por desollar, a saber, la dificultad de resolver, aplicando la norma de la preterición singular, el supuesto de omitirse la mención de todos los descendientes inmediatos, a falta de un término de comparación en el testamento para calcular la porción individual de los preteridos, y de un caudal relicto asignado a legitimarios del que detraerla.

Piénsese que el padre hace una donación a uno de su tres hijos y fallece bajo testamento en el que nombra heredero universal a un extraño. ¿Cuán es la "porción del caudal igual a la del legitimario menos favorecido por el testador", que sirve de índice de lo que ha de asignarse a los hijos preteridos, cuando en el testamento no se favorece a ningún descendiente? ¿Y de qué caudal se deduce la porción?

En tal caso resolver, como si se tratase de preterición colectiva, en favor de la delación abintestato, y abarcando igualmente al donatario (que, conforme al Derecho aragonés, no debe colacionar), tiene la ventaja de no apartar de la herencia, con sólo la donación, a dicho donatario, a quien con gran probabilidad quiso distinguir especialmente el causante. Si la donación no satisface la legítima global, hay lesión de ésta, y el problema, aun a costa de dejarlo pendiente por el artículo 123, se resuelve por el artículo 124. Si tal donación supera los dos tercios del caudal computable, el reparto del caudal es mero resultado de una legítima distinta de la material.

Esta solución sirve para los dos problemas: cuantía de la cuota del preterido y fondo del que se le paga. Pues aunque la falta de índice podría suplirse en casos haciendo servir de tal a la donación (sobre esto, volveremos luego), no se olvide que la aplicación del artículo 123 presupone un caudal relicto en el que participan los legitimarios, y dentro del cual el preterido singular, sin afectar (en cuanto tal preterido) a las instituciones o legados en favor de extraños, va a compartir con sus colegitimarios favorecidos, mediante una redistribución, lo dejado a ellos. No habiendo caudal asignado a los legitimarios en testamento (o contrato sucesorio), aun habiendo índice, el problema seguiría sin resolver.

En conjunto, de estos dos intentos de explicación, es el primero el que respeta la lógica interna del sistema y se ajusta mejor a los antecedentes prelegislativos. Pero como, por sí solo, puede ser impracticable, probablemente es preciso combinarlo con el segundo, concluyendo,

a') Que, en principio, la donación a un legitimario inmediato excluye, junto con la preterición de éste, la colectiva.

b') Que, cuando falten, o un término de comparación para medir los derechos de los preteridos singulares con arreglo al artículo 123, o un caudal para satisfacerlos, será preciso abrir la sucesión intestada en la proporción de los dos tercios de los bienes relictos y con arreglo al artículo 122-1.º, a falta de otra solución legal. El donatario participa en esa sucesión.

c') Que, como el supuesto, no obstante, no es de preterición colectiva, ni el donatario puede ejercitar la acción de preterición, ni se defiere abintestato todo el caudal, a tenor del artículo 122-2.º, cuando el testador desconozca la existencia de algún legitimario de primer grado.

c) ¿Y si el favorecido *inter vivos* es legitimario de segundo grado y el testamento no menciona a ningún descendiente, dejando el caudal íntegro a extraños? Literalmente, el supuesto no se halla excluido

del ámbito de la preterición, ni por el art. 120, que se refiere a legitimarios de primer grado, ni por el 122, que elimina la preterición cuando hay mención formal de un descendiente cualquiera, pero no habla de las liberalidades *inter vivos* hechas a ellos. Por otra parte, los antecedentes (proyectos del Seminario y la Comisión aragonesa) apuntan a la preterición colectiva, pues en ellos ni siquiera la mención de los descendientes ulteriores excluye la apertura de la sucesión intestada conforme al actual artículo 122; mucho menos, por tanto, la donación.

Debemos inclinarnos, pues, por la preterición colectiva: el causante, que pudo nombrar en el testamento a sus hijos y no lo hizo, ni nada les donó, quebantando el deber de legítima formal frente a todos ellos, ha incurrido en preterición total y no hay razón para mantener una voluntad suya que, aun respetando la legítima material, es antijurídica.

Todavía hay otro motivo para abrir la sucesión intestada: haciéndolo así, si además de la infracción formal hay lesión de la legítima material, los descendientes de primer grado adquieren el título de heredero y pueden participar en dicha legítima.

d) Es dudoso si hay preterición colectiva cuando sólo fueron favorecidos en vida o nombrados en testamento descendientes que fueron desheredados con causa, premurieron al causante, renuncian a la herencia o han incurrido en causa de indignidad que se hace valer oportunamente: en los tres últimos casos, si no procede abrir la sucesión intestada (pues si se abre, ya no hay preterición, al heredar los descendientes inmediatos): y en los cuatro, si no tienen descendencia capaz para suceder (no así si la tienen, pues entonces, o bien, para la mención testamentaria, funciona —en todos los casos, incluso el de renuncia— la norma del artículo 141 —sustitución legal— o, para la donación, la norma de colación del artículo 1.038-1.º se convierte en una norma de imputación, y ya no estamos en el supuesto del artículo 122).

a') Pensemos, primeramente, en la renuncia a la legítima hecha por un descendiente que ha sido favorecido en el testamento, con exclusión de los restantes.

No cabe oponer contra la solución afirmativa de la preterición total, que tal infracción no corresponde en estos casos a la voluntad del causante, pues la ley no exige que sea voluntaria. Mayor fuerza tiene alegar que, en último término, si nombra en el testamento a quien es legitimario al tiempo de otorgarlo, el ascendiente ha evitado ya la preterición colectiva; y sobre todo, los inconvenientes prácticos y teóricos de tal solución afirmativa, que, habiendo donaciones a estos ex legitimarios, limita la libertad del causante más allá de la cuota legal; perjudica las disposiciones *mortis causa* en favor de extraños, acaso afectadas por la apertura de la sucesión abintestato; y, llevada a sus últimas consecuencias, también las *inter vivos*.

a'') Examinemos, en primer lugar, el supuesto de haber donación "colacionable" al descendiente inmediato instituido.

Por ejemplo: El padre dona 50 a su hijo Pedro. Fallece, dejando

10 a Pedro y 30 a su amigo Enrique (a quienes sustituye recíprocamente), sin mencionar a su otro hijo, Juan, en el testamento. Pedro, al renunciar, si el caso se entiende de preterición colectiva, proporciona a su hermano Juan una suma mucho mayor de la que percibiría él, en detrimento de la institución o legado en favor de Enrique, no obstante haber ésta en la parte libre, e incluso en detrimento de lo percibido por él mismo.

Las soluciones posibles son, no dos, sino tres:

1. La preterición individual. Juan, si ha sido preterido individualmente, hereda lo mismo que (iba a heredar) el descendiente menos favorecido (en el testamento) por el testador: los diez asignados a Pedro. Es la solución que se aplicaría si Pedro no renunciase, dividiéndose entonces los diez entre Pedro y Juan.

2. La preterición colectiva. Se considera inútil la mención de Pedro, y por tanto, como si no hubiera ningún legítimo mencionado en el testamento. Se deferirían abintestato los dos tercios del caudal, o todo él, según conociera o no el testador la existencia de Juan al testar, arrebátándose a Enrique parte o la totalidad de lo dejado a él.

3. La lesión de la legítima global. En el caso anterior, fundado en la falta de la cualidad de legítimo en Pedro, Juan podría acusar, además, la lesión de la legítima material colectiva, recibiendo entonces los cuarenta que componen el caudal relicto (Enrique, así, no recibe nada), y veinte más, si ejercita contra Pedro, considerado ahora como un extraño, la acción de reducción de donaciones.

Como se ve en este ejemplo, el problema de si la preterición es individual o colectiva deja paso a otro de índole más general, a saber, el de la naturaleza, legitimaria o no, de la donación hecha al legítimo que por alguna razón ya no lo es al dividir la herencia (imputabilidad o no en la legítima global). Y, en definitiva, al del momento en que se inicia la existencia del deber de legítima y la posibilidad de cumplirlo de modo irrevocable.

Para resolverlo en un plano conceptual, nos preguntaremos cuándo se realiza irrevocablemente la imputación: si en el momento de tener lugar la liberalidad, o al morir el causante, o sólo al aceptar la herencia el legítimo. Y, como cuestión previa, cuándo comienza el legítimo a ser tal a estos efectos; o bien, cuándo comienza a operar la legítima.

En un plano de valoración de los intereses en juego, el interrogante debe ser otro: ¿Ha querido la ley que las consecuencias de las alteraciones en el grupo de legítimos recaigan en ellos, o bien que graven al causante como una carga suplementaria? O, más exactamente, ¿queda satisfecho el interés familiar y social tutelado con el instituto de la legítima cuando el causante realiza en vida asignaciones a quienes la ley designa como legítimos, de modo que tales asignaciones le liberen definitivamente y se consideren de modo irrevocable como un cumplimiento de su deber?

Me parece indudable la liberación del causante, lo mismo para

el Código civil (opinión mantenida ya por VALLET DE GOYTISOLO y PUIG BRUTAU) que para la Compilación.

Fijémonos primero en el régimen del Código civil. Ciertamente, en él, en principio, la renuncia a la legítima por un legitimario aumenta correlativamente la pretensión de los demás (art. 985-2.º); es como si el renunciante, en cuanto legitimario, nunca hubiera existido (además, art. 929). Pero este régimen no se aplica cuando el legitimario recibió en vida donaciones colacionables, pues, en el plano de los conceptos, si la valoración de los bienes en que consisten ha de hacerse al tiempo de la donación, no se ve por qué no ha de efectuarse la imputación en ese mismo tiempo, imprimiendo la cualidad de legitimario en quien aceptó la liberalidad, de modo indeleble (es cierto que el artículo 819 supone realizada la imputación luego de la muerte del causante, pero ello, probablemente, a efectos de cálculo de la legítima en ese momento, sin prejuzgar si tal imputación pudo tener lugar antes). Y en el aspecto teleológico, la finalidad de la ley se cumple con cualquier asignación *inter vivos* “colacionable”.

Por tanto, el legitimario que ha recibido donaciones colacionables, aun renunciando a la herencia o legado, o expresamente a la legítima, no se despoja de su condición de tal legitimario a estos efectos de justificar el causante con las liberalidades hechas a él el cumplimiento de su deber y la liberación del resto de sus bienes, si bien, satisfecha *inter vivos* la legítima sólo en parte, los cosucesores recibirán, por una especie de acrecimiento (aunque el Código civil omita o emplee en otro sentido esta expresión) su derecho al resto.

La solución opuesta, es decir, el efecto pleno de la renuncia del legitimario-donatario, que le desprovee pretéritamente de su título y le deja *ab initio* en situación igual a la de cualquier extraño, va contra la intención del legislador que se deduce a través de la finalidad del instituto de las legítimas; cambia una situación que, frente al causante, debía quedar irrevocablemente consolidada en el momento de fallecer éste; tiene consecuencias prácticas injustas y contrarias a la voluntad del disponente, y, en una institución que, limitando la libertad de disponer, debe interpretarse restrictivamente, representa una minoración adicional de la autonomía del testador.

Opino, en conclusión, que el límite de los dos tercios puesto por el C. c. a la legítima de los descendientes (de la que, en esencia, estoy tratando en las líneas que anteceden), constituye una barrera que sólo por disposición expresa del Código, a virtud de la existencia de un exceso de legitimarios concurrentes (de lo cual es responsable el causante), puede traspasarse: nunca por sucesos imprevistos e ingobernables, que además no aumentan, antes disminuyen, el número de legitimarios. Y que, dada la posibilidad de cumplir la legítima “por cualquier título”, toda liberalidad “colacionable” hecha a legitimarios debe imputarse inmediatamente en esos dos tercios.

Confirma este punto de vista un argumento de texto: la conservación de lo recibido o asignado a título de mejora, aunque se renuncie

a la legítima, prevista en el artículo 833 C. c. Como si la condición de legitimario se conservase a estos efectos justificativos de la imputación en la cuota global de reserva.

Volviendo ahora al Derecho aragonés, donde la legítima global presenta grandes semejanzas con el tercio de mejora del Código civil, creo que en él son concluyentes los indicados motivos para conservar la imputación en la legítima de los bienes donados a descendientes en vida del causante, aunque el descendiente no sea luego legitimario. Es lo más acorde con la naturaleza y finalidad de la legítima: con el reconocimiento legal de cierta libertad para disponer en favor de no legitimarios, con la conveniencia de que ya en vida pueda el ascendiente favorecer a los legitimarios, estrictamente con cargo a la legítima global y como expresión de su potestad de dividir ésta *ad libitum* y, sobre todo, con el hecho de haberse mencionado efectivamente un legitimario en el testamento al otorgarse éste.

b") Si ningún descendiente inmediato ha recibido nada por donación "colacionable" e, instituidos uno o algunos en el testamento con omisión de los restantes, repudian la herencia, no puede decirse que el testador haya fallecido infringiendo totalmente su deber de legítima formal: en cuanto a la material, es cuestión que no cae, en principio, bajo el imperio de los artículos 120, 122 y 123. Esto es así aunque haya eliminado la apertura de la sucesión intestada reconduciendo a extraños, por vía de sustitución o acrecimiento, la porción vacante, y cualquiera que sea la cuantía de lo dejado a los *heredes sui* renunciantes, pues lo exigible a efectos de la legítima formal es la mención testamentaria. Entonces, y en ausencia de sucesión intestada, parece que los legitimarios omitidos podrán reclamar, a su elección, sea la parte que en el testamento se asignaba al renunciante (aunque, por sustitución o derecho de acrecer, se halla destinada a extraños) en la proporción señalada por el artículo 123, sea directamente la legítima material conforme al artículo 124. Esto segundo, supuesto que la legítima material no se halle ya satisfecha por donación —en descendientes de grado ulterior—, o bien en la parte que reste si la donación no alcanza a cubrir los dos tercios del caudal computable. También habrá lugar a la aplicación del artículo 124 si mediante el 123 no se alcanza la indicada proporción de los dos tercios.

La primera alternativa —la participación en lo asignado en testamento al legitimario renunciante— se da aunque la legítima material esté cubierta por liberalidades, pues se trata de una sanción al deber de mencionar o favorecer a los descendientes inmediatos. Sanción que siempre funciona aquí, en mi opinión, por la vía del artículo 123, y no la del 122, aunque las donaciones se hubieran hecho a descendientes ulteriores, o aunque no haya liberalidades *inter vivos*, pues la mención testamentaria del renunciante elimina la preterición colectiva, al no haber infracción total del deber de legítima formal: en este supuesto, ni siquiera al morir el causante, en cuyo momento hay mención de legitimarios (que lo son entonces) en el testamento, sin

que los omitidos puedan alegar la sustitución o el acrecimiento en favor de extraños, pues ello no elimina la realidad de que en el testamento se nombraban descendientes inmediatos.

b') Tanto en el aspecto concreto de su valor obstativo de la preterición total, como en el más genérico de la imputación de la liberalidad a efectos de la legítima material, cabría pensar —si bien la cuestión ofrece mayor dificultad conceptual— que ocurre lo mismo en el caso de premoriencia, sin herederos forzosos, de un legitimario donatario, pues, pese a que el premuerto ya no existe al abrirse la sucesión, de modo que en tal momento están preteridos todos los legitimarios existentes entonces, las enunciadas razones de fondo siguen teniendo validez.

a'') Especialmente, habiendo liberalidades. Supóngase que fallece un hijo a quien su padre le había donado la tercera parte de sus bienes, sobreviviéndole el padre. Deja dicho hijo premuerto todos sus bienes a su único hermano (o bien, en el régimen del C. c., la mitad). Y si se prescinde de la imputación en la legítima, debido al puro azar de morir este hijo sin descendencia, ahora el padre, ante la presencia de un solo legitimario a quien, en principio, debe dejar dos tercios de su caudal, ya no puede disponer de nada (en Aragón), o sólo de un sexto, contra sus indudables previsiones al donar a su hijo.

b'') Cuando el premuerto no es donatario, sino heredero instituido o legatario en el testamento de su padre, falla este argumento, pero persiste el hecho de que, en el momento de testar, el causante no incurrió en preterición absoluta, y, correlativamente, hay un término de comparación que, aun en el supuesto de no abrirse la sucesión intestada (pues si se abre ya no hay preterición alguna), permite la aplicación del artículo 123.

Hay aquí, desde luego, una diferencia importante con el supuesto de la repudiación, en el cual el causante no conoce la renuncia del instituido (aun cuando pudo prevenirla, y no lo hizo), y la preterición resulta, luego de fallecido él, de un acto voluntario del o los mencionados en el testamento. Pero habida cuenta de la naturaleza punitiva de los artículos 122 y 123 (salvo el supuesto del desconocimiento), y de que nos hallamos en un terreno puramente formal —la defensa de la legítima material sigue otras vías—, acaso lo decisivo para apreciar la omisión absoluta es que tal infracción se produzca en el momento de testar.

El tema es discutible. El causante no cometió la infracción en dicho momento, mas, por otra parte, la preparó si (como en el ejemplo *sub a''*) dispuso la sustitución o derecho de acrecer en favor de extraños, y además (y éste es el matiz diferencial con la renuncia) la vacante del instituido se produjo en vida de dicho causante, de modo que, normalmente, pudo modificar sus disposiciones a fin de evitar una omisión de legitimarios que de hecho, desde la muerte del mencionado, era ya completa. Tampoco merece demasiado respeto su voluntad, inicialmente dirigida ya (salvo el caso de desconocimiento) a infringir

el artículo 120. Las razones en este supuesto se hallan, como se ve, equilibradas, y no es sencillo decidirse por una de las soluciones en presencia.

c') Finalmente, tenemos los casos de indignidad y justa desheredación, con su doble vertiente de haberse hecho, o no, donaciones a los descendientes inmediatos sujetos de la una o la otra.

Habiendo donaciones al desheredado o indigno, opimo, en un terreno de legítima material, que, salvo perjuicio de tercero, la regla de imputación en la legítima no se aplicaría, en tales supuestos (en los cuales la privación absoluta de la condición de legitimario supone la concreción de lo donado al descendiente al tercio libre, y la posibilidad, así, de recuperar la parte que exceda de él), sino por voluntad del causante, que si puede desheredar o perdonar, con igual motivo puede fijar el grado de privación de la legítima y aceptar o no la imputación en ella de lo donado.

En el terreno de la legítima formal, es discutible si la mera mención de un legitimario para desheredarlo (no habiendo tampoco descendiente mediano nombrado en el testamento) es suficiente para excluir la universalidad de la preterición. La solución podría deducirse del hecho de distinguir el artículo 122, de una parte, la preterición de todos los legitimarios, y de otra, la injusta desheredación de todos, de modo que si es justa la desheredación de algunos, aunque haya preterición de los restantes, el evento no entra en ninguna de las alternativas previstas en el precepto. Pero difícilmente en estos casos podrá evitarse, por motivos prácticos, la apertura de la sucesión intestada, mientras que en los de indignidad la fijación de unos beneficios sucesorios al indigno aproxima la situación al evento de la renuncia.

d') En suma: en principio (y con la única salvedad del premuerto meramente mencionado, que suscita dudas), no hay, conceptualmente, preterición colectiva, y sí sólo individual, cuando uno al menos de los descendientes inmediatos ha sido mencionado en el testamento o favorecido en vida, resultando luego desheredado, indigno, renunciante o premuerto. En tal evento, corresponde mejor a la mente del legislador y a la equidad tratar el caso como de preterición o desheredación singulares, siempre que haya en el acto *mortis causa* un término de comparación para formar la cuota del preterido o injustamente desheredado (por ejemplo, cuando se deje algo a un legitimario premuerto) y una posibilidad de obtener dicha cuota del caudal relicto. No habiéndolos, se aplican a la preterición individual, según expliqué en el apartado b) anterior, las normas de la colectiva.

B. *Conocimiento de la existencia de legitimarios*

En sus dos apartados, el artículo 122 distingue entre la falta voluntaria de mención de todos los legitimarios y la omisión involuntaria de alguno de los no nombrados, defiriendo abintestato la totalidad del caudal en este último e improbable caso, de acuerdo con

la verosímil intención del causante, y reduciendo la delación legal a los dos tercios de la herencia cuando la existencia de todos los legitimarios era conocida por el testador al disponer. Basta, pues, con que no fuera conocida la de uno, para que la delación abintestato afecte a todo el caudal. Hay que entender que existe también desconocimiento cuando ese uno nace luego, no siendo posible alegar, entonces, la imposibilidad de conocer o desconocer un hecho ulterior, pues éste siempre pudo preverse, y no habiéndolo hecho así el causante, en la duda ha de favorecerse al legitimario sobrevenido, al menos cuando no se demuestre la intención de aquél de omitir a todos los supervenientes.

El artículo 122 habla de ser conocida la existencia de legitimarios. “por el testador”, adicionando el texto del proyecto, que no decía por quién debía ser conocida (por considerarlo inútil). La adición no es afortunada, por cuanto también quien instituye por contrato sucesorio a un pariente no legitimario o a un extraño, comete preterición; así ha de interpretarse el texto legal, que hubiera debido hablar en todo caso de “causante” o “disponente”.

Es discutible si, sabiendo el causante la mera concepción de la cual va a nacer un legitimario, se aplican el número 1.º o el 2.º del artículo 122. Ciertamente, el concebido no es persona, y en este sentido todavía no *existe*, no siendo posible considerarlo existente a estos efectos, una vez nacido, durante el periodo de gestación, porque no se trata de efectos que le sean favorables, sino todo lo contrario. Mas la finalidad de la norma acaso no exige la entidad de persona en el posible heredero para la existencia de preterición o injusta desheredación, pues de lo que trata el precepto es de discriminar entre dos tipos de motivos de la voluntad del disponente; es decir, entre el que, consciente de la presencia de todos los legitimarios, los deja de mencionar en el testamento, presumiblemente porque no quiere favorecerlos y prefiere al extraño, y el que omite toda alusión a un legitimario cuya existencia desconoce o que no vive aún al tiempo de disponer, en cuyo supuesto la ley tiene en cuenta su voluntad probable, inclinada a favorecer a los suyos más próximos, aunque poco previsora, y actuante sólo en vista de los datos del momento, como si no pudieran cambiar. Lo que la ley hace, en definitiva, es una interpretación de la voluntad del causante, respetándola, cuando se halla presumiblemente orientada a la exclusión de los legitimarios, en cuanto al tercio de libre disposición, y decidiendo como se supone que decidiría el causante al saber que existen legitimarios distintos de los conscientemente preteridos, cuando no se ve intención de excluirlos, y sí sólo ignorancia de que los haya. De donde el conocimiento de la concepción puede bastar para aplicar el número 1 del artículo 122.

El conocimiento ha de tenerse al tiempo de otorgar el testamento o contrato sucesorio; por tanto, el conocimiento ulterior no evita la aplicación del apartado 2.º del artículo 122. La prueba del conocimiento

incumbe a quien lo afirme, y no equivale a él la situación de incertidumbre.

III. LA DESHEREDACIÓN COLECTIVA

En Aragón, la desheredación individual reviste, según veremos, caracteres muy especiales, dada la falta de una propia legítima reservada a cada descendiente de primer grado. En cambio, al haber una legítima global, en los supuestos de desheredación injusta colectiva (o del único legitimario, cuando sólo hay uno, titular entonces de toda la legítima global, individualizada en él) se vuelve, en principio, al régimen del Código. El causante podía, para desheredar a determinado legitimario, mencionarlo en el testamento sin dejarle nada y sin alegar razón legal, pero no puede hacer lo mismo con todos los descendientes. Si lo hace, sin señalar y demostrar una de las causas previstas por el artículo 122 de la Compilación. La nulidad proviene, entonces, o de la falta de prueba de la causa de desheredación, o de que ésta no pertenezca al elenco de las señaladas en los artículos 852 y 853 C. c.

a) Ahora bien, aun entonces, redactado en sus inicios el actual artículo 122, pensando exclusivamente en la preterición, plantea ciertos interrogantes en tema de desheredación colectiva. En ella, en realidad, no puede jugar congruentemente con la naturaleza del instituto el conocimiento o no de la existencia de legitimarios, sino el de la verdad o falsedad de la causa de desheredación. Sobre todo si el causante ha desheredado por error, creyendo en la existencia de una causa (incluida o no en el catálogo del Código civil) que resulta luego falsa, lo lógico es aplicar el apartado segundo y deferir abintestato la totalidad de la herencia. En cambio, si la inexistencia de la causa es conocida del causante que la aduce, tiene mayor justificación la delación de los dos tercios, puesto que es patente la voluntad de aquél de privar a los legitimarios de la parte de libre disposición, como podría haberlo hecho mediante una asignación exclusiva de esta parte a extraños. Con todo, y dado el tenor del precepto, corremos el riesgo de que, aun cuando no fuera esa la intención de sus autores, incluso la desheredación errónea sea reconducida al apartado primero.

b) Cuando la desheredación tiene lugar incluyendo personas futuras —en cuyo caso, para ellas, es forzosamente injusta, pues las causas de desheredación consisten en hechos personales—, podría discutirse su inclusión en el apartado primero o el segundo, ya que tales personas no viven y, propiamente, al no vivir, mal puede conocerse su existencia. Sin embargo, esta interpretación puramente literal no es aceptable: el apartado primero, pensado para la preterición, incluye, en tema de desheredación, a todas las personas cuya posible existencia futura haya previsto el causante, a quien, habiéndolo hecho así, le vale el testamento desheredatorio, aun injusto, en cuanto al

tercio libre (nazcan o no los descendientes ulteriores cuya existencia previó por anticipado), y que, teniendo la libre disposición de ese tercio del caudal computable, respecto de él debe poder excluir anticipadamente a cualquier prole esperada, de igual modo que puede directamente atribuirlo, en cuanto tal tercio libre, a personas extrañas. Así se deduce, por lo demás, del artículo 120-2.

c) La privación de legítima por exclusión de la sucesión intestada sólo será desheredación colectiva cuando abarque a todos los legitimarios en sentido amplio (todos los descendientes existentes al fallecer el causante) y éstos no hayan sido favorecidos mediante donaciones. En tal evento, con arreglo al texto legal, debería abrirse la sucesión intestada en favor de los legitimarios de primer grado en cuanto a los dos tercios del caudal, y entenderse llamados implícitamente por el testamento desheredatorio los más próximos sucesores distintos de los descendientes en cuanto al otro tercio (o a la parte que resulte libre tras la computación de donaciones a extraños). Es la solución más acorde con la voluntad del causante, si bien, para llegar a ella, parece mejor dar un sentido positivo de llamamiento implícito de personas sin designación de nombres al acto *mortis causa*.

d) Hay una laguna en la Compilación cuando, desheredados todos los descendientes, unos lo han sido con justa causa y otros sin ella. Pues el artículo 122 se refiere a la desheredación *injusta* de todos y el artículo 123, relativo a la de uno o algunos, previene una forma de satisfacer los derechos del desheredado que necesita un índice de comparación, aquí inexistente. Es decir, que si un padre deshereda a sus dos hijos, Pedro y Juan, y la justa causa se demuestra en relación a aquél, pero no a éste, no puede decirse que todos los legitimarios estén desheredados sin justa causa, pero tampoco nos hallamos ante un caso de desheredación singular, como reza el epígrafe del artículo 123, el cual, además, sería inaplicable al faltar un "favorecido por el testador" que sirva de referencia a la cuota de Juan.

La solución del problema exige prescindir de la interpretación literal; hecho esto, la calificación de la desheredación como colectiva y consiguiente aplicación del artículo 122 a los desheredados injustamente está bastante clara, pues si la división de los artículos 122 y 123 separa el supuesto de ausencia de legitimarios nombrados o favorecidos por el testador, y el de lesión de la legítima formal o injusta desheredación de uno o algunos, en concurrencia con otro u otros no lesionados ni desheredados, el supuesto en cuestión es mucho más próximo al del artículo 122, en el cual, sin duda, se comprende el caso de desheredación injusta de todos los legitimarios *no desheredables*.

Los supuestos de concurrencia de preterición de unos legitimarios e injusta desheredación de los restantes se hallan literalmente comprendidos en el artículo 122: el apartado 2.º se aplicará cuando el causante desconozca la existencia de los preteridos y (si se acepta la opinión expuesta *sub a*) haya creído erróneamente en la causa o causas de desheredación que alegó.

e) Falta, en materia de desheredación, una regulación aragonesa, por lo que ha de aplicarse, con las precisas adaptaciones, la disciplina del C. c.; así rigen en Aragón los artículos 848, 849 (referido en Aragón también al pacto sucesorio), 850, 851 y 852 (ambos, en parte), 853, 856 y 857.

IV. EFECTOS DE LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN COLECTIVAS

La preterición y la desheredación injusta de todos los legitimarios provocan, dice el artículo 122, la delación abintestato de los dos tercios del caudal o de todo él (en el proyecto del Seminario se habla de *herencia*, y en tal sentido debe entenderse la expresión del texto vigente). La redacción, que persiste esencialmente desde las fórmulas iniciales del Seminario, difiere del Código civil, que refiere la nulidad a la institución de heredero (total en la preterición, y “en cuanto perjudique al desheredado” en la desheredación; si bien sin distinguir entre desheredación y preterición de todos los legitimarios o parte de ellos: véanse artículos 814 y 851).

A. *El caudal partible*

Como resulta de la naturaleza de la sucesión intestada, del uso de la expresión *herencia* en los antecedentes prelegislativos, y, en último término, del propio artículo 122, tanto en el supuesto de preterición como en el de desheredación colectivas, la delación se refiere al caudal relicto, sin incluir el *donatum*, y sin perjuicio de que los legitimarios, si ven su derecho disminuido por legados o donaciones del causante (como ocurrirá, automáticamente, si hay algún legado o donación a extraño, en el caso primero del artículo 122), supriman o reduzcan la institución de heredero o las otras liberalidades testamentarias o entre vivos. Así se desprende también del artículo 32 del derogado Apéndice.

Es decir, que han de separarse: de un lado, el caudal relicto, en que resultan instituidos los legitimarios mediante la apertura de la sucesión intestada, y de otro, la cuota de legítima. Estas dos magnitudes sólo pueden ser idénticas cuando el causante, durante su vida, no haya hecho donación alguna a legitimarios ni a extraños (o las hechas a aquéllos sumen exactamente el doble de lo donado a éstos), y la delación se extienda sólo a dos tercios de la herencia, o bien cuando haya donado a extraños un tercio de su fortuna, y la delación abarque todo el caudal relicto. En otro caso, una masa será mayor que la otra.

No hay inconveniente en ello, porque los artículos 122 y 123 están encaminados, en principio, a la defensa de la legítima formal, de modo que cualquier lesión de la legítima material se resuelve aparte y por otros medios. Haya o no lesión, basta que se produzca la preterición colectiva para que se abra la sucesión intestada prevista en el artículo 122.

Cabe preguntarse, entonces, por qué la apertura tiene lugar, cuando

se conoce la existencia de todos los legitimarios o la falsedad o injusticia de la causa de desheredación, precisamente abarcando dos terceras partes del caudal, como si se tuviera presente que la legítima comprende los dos tercios del llamado "caudal computable". En realidad la proporción podría haber sido cualquier otra, pero la señalada en el artículo 122-1.º, tomándola del Apéndice, es la única que ofrece probabilidades de coincidir, en muchos casos, con la cuantía de la legítima material: concretamente, como he dicho, cuando el causante no haya hecho donaciones en vida, a propios ni extraños, de las que se computan a efectos del cálculo de la legítima. Así, cuando se dé esa coincidencia, se resolverán a la vez los problemas planteados por la infracción del deber de legítima formal y la lesión de la material: simultaneidad de solución que no es necesaria ni pertenece a la esencia de ambas clases de legítima, pero que resulta evidentemente práctica.

B. *Apertura de la sucesión intestada y legítima material*

Cuando hay donaciones del causante, o cuando se abre la sucesión intestada afectando a todos sus bienes, la realización de la legítima formal difícilmente coincide con la material, pudiendo proporcionar a los legitimarios una cuantía superior, o bien inferior, a los dos tercios del artículo 119.

a) El fenómeno de la sucesión forzosa de los legitimarios en una cantidad superior a la cuota de legítima, posible igualmente en el C. c (art. 814-1.º), se produce en el Derecho aragonés, derivado de una interpretación sumamente verosímil de la voluntad del causante, al entrar en juego el apartado 2.º del artículo 122 (delación intestada de todo el caudal relicto), si no hay donaciones entre vivos a extraños o éstas no alcanzan al tercio libre.

Hay también sucesión forzosa en bienes que exceden la legítima cuando las donaciones *inter vivos* a legitimarios de segundo grado son suficientes para cubrir ésta, solas o sumadas a cuanto perciben los descendientes inmediatos en la apertura de la sucesión intestada.

Por ejemplo: Pedro donó 60 a su nieto. En el testamento no menciona a ninguno de sus dos hijos, y deja toda su herencia, consistente en 30, a Enrique. La aplicación del artículo 122 proporciona 10 a cada hijo, en perjuicio de Enrique, y fuera de la cuota de legítima material que ya estaba satisfecha en el nieto.

O bien: Pedro donó 30 a su nieto y en el testamento deja los otros 60 a Enrique. La aplicación del artículo 122 proporciona 20 a cada hijo, con lo cual nada puede reclamar por su legítima material, al recibir cada uno 5 de exceso sobre ésta.

En el primero de estos casos, según puede verse, la totalidad del caudal relicto es de libre disposición. En el segundo, lo es la mitad. La división del caudal relicto en tercios, pues, nada o poco tiene que ver con la del caudal computable.

La delación abintestato de los dos tercios del caudal relicto con-

forme al artículo 122-1.º no plantea problemas de legítima material frente al nieto donatario; todo lo recibido por él se cuenta para el cálculo de la misma, y todo se imputa en ella, sin posibilidad de reclamación alguna contra él (al ser descendiente, y, por tanto, legitimario).

b) Cuando, habiendo preterición colectiva, las donaciones a extraños exceden de la parte disponible, ni siquiera en los supuestos de sucesión intestada de los legitimarios sobre todo el *relictum* (art. 122-2.º), basta éste para cubrir la cuota legitimaria calculada sobre el caudal computable (*donatum* más *relictum*), de modo que los preteridos, además de recibir todo el *relictum*, podrán pedir la reducción de donaciones por aplicación del artículo 124, una vez que hayan hecho valer el 122, quedando intactas las que quepan dentro del tercio libre, ya que el artículo 122 no refiere la sucesión intestada al caudal computable, que no podría ser objeto de este tipo de delación; y, sobre todo, no limita en este aspecto la vigencia del artículo 119.

En cuanto a los legados, la ley ordena tan manifiestamente abrir la sucesión intestada sobre todo el caudal relicto, que, aun los que caben dentro de la parte disponible, quedan sin efecto; ya he explicado cómo esta sucesión intestada, preñada para reparar una infracción de la legítima formal, tiene un curso propio no influido por la legítima material.

Cuando la delación intestada afecta sólo a dos tercios del caudal relicto (art. 122, apartado 1.º), si el causante nada donó en vida, tales dos tercios del caudal representan exactamente la legítima: mas si donó sólo a extraños, los dos tercios de bienes hereditarios se quedan cortos, al ser de importe más reducido que el caudal computable a efectos de las legítimas. Procede, entonces, completarlos, reduciendo o anulando la restante institución de heredero, o los legados, o las donaciones, pero bien entendido que todo ello sucederá al amparo del artículo 124, y en el ejercicio de las acciones derivadas de la legítima global (artículo 119): el 122, que ahora comento, agota su virtualidad con la apertura de la sucesión, de modo que la acción de preterición colectiva nacida de él no se dirige, *per se*, a la anulación de las disposiciones lesivas del ascendiente, sino a la delación intestada, de la cual procede, como consecuencia ineludible, la reducción o supresión de institución y legados en cuanto a los dos tercios, y eventualmente, por el artículo 124, el complemento ulterior del derecho de los legitimarios de primer grado a quienes la ley ha conferido el título de heredero.

Esta segunda reducción, fundada en la lesión de la legítima material (y totalmente distinta de la que, fundada en la infracción de la legítima formal y a virtud del artículo 122-1.º, precede a la apertura de la sucesión intestada), dará lugar, pues, primeramente a que la sucesión intestada se extienda, además de los dos tercios a que se refiere el artículo 122-1.º, a la parte del tercio restante (del caudal relicto) que sea precisa para cubrir la legítima global, y aun a todo el caudal, si todo es preciso para ello; además, si aun así no queda satisfecha la pretensión de los descendientes, a la recuperación de lo donado *inter*

vivos; sin que en ningún caso pueda reclamarse contra los colegituarios.

C. *Cómo se forman los dos tercios del caudal*

La apertura de la sucesión intestada sobre una parte del caudal (los dos tercios) en virtud del artículo 122-1.º, al dejar subsistente lo ordenado por el causante en la parte restante (un tercio), plantea el problema de qué es lo que debe subsistir en la posible y lo que ha de reducirse o suprimirse: si la institución de heredero, o los legados, o ambos proporcionalmente a su importe.

El criterio del Código es respetar los legados mientras no afecten a la legítima, y la reducción de aquéllos se opera, en su caso, no como una consecuencia del artículo 814, sino como un resultado de la infracción de la cuantía de la *portio debita*. En cambio, la institución se anula totalmente, y no sólo en cuanto baste a satisfacer la legítima material del preterido.

El artículo 122 no lo establece así, y se refiere de modo genérico a la delación abintestato de dos tercios del caudal relicto, por lo que puede pensarse también, en lugar de anular primero la institución, y en lo que ésta no baste, los legados, en una reducción proporcional de una y otros (aun entonces, la existencia de los legados declarados preferentes dará lugar a intrincadas cuestiones). Esta solución tiene un fundamento serio de orden práctico, a saber, que no puede presumirse que el testador tuviera mayor interés en la conservación de los legados que en la del nombramiento de heredero (todos, repetimos, en favor de extraños) en estos supuestos de preterición o desheredación total injusta, y aún es más verosímil lo contrario. Igualmente, desde el punto de vista de la plenitud normativa a que tiende la Compilación, y la posibilidad de resolver el problema con ella, y sin acudir a otras fuentes, ha de propugnarse la reducción proporcional.

Sin embargo, si la sucesión legítima se abre en los casos previstos por el Código (art. 127 Compilación), cabría defender que la “delación abintestato de los dos tercios del caudal” —antes, más claramente, de la herencia— ha de afectar primero a la institución de heredero, por ser su nulidad precisamente presupuesto de la delación abintestato (artículo 912-2.º Código, por analogía). No cabe argüir, frente a ello, el tenor literal del artículo 127 de la Compilación, para negar la aplicabilidad del 912 C. c., al aludir dicho artículo 127 sólo a la falta de testamento o contrato sucesorio, y no al defecto de institución de heredero, ya porque su significado se ve claro a través de la fórmula más correcta de la Comisión aragonesa (la actual procede de la de codificación), ya, sobre todo, porque en realidad, a falta de nombramiento de heredero, únicamente si el testamento cubre con auténticos legados (no disposiciones a título universal formuladas en tal forma) la totalidad de la herencia, se puede evitar la apertura de la sucesión legal.

Empero el argumento derivado del artículo 912 C. c. no es demasiado válido, por cuanto la relación de causa a efecto entre la falta o

nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada, no implica que, abierta ésta por otro motivo, la institución de heredero deba desaparecer antes que los legados, conclusión que sería puramente conceptual y poco ajustada a la realidad. Como dice DE LA CÁMARA, la nulidad de la institución de heredero en estos supuestos es un puro residuo histórico.

Tampoco el argumento derivado de la analogía con la regulación del Código civil es convincente, porque ésta comprende, en un mismo precepto, junto con la colectiva, la preterición o desheredación singular, y, por tanto, el supuesto de haber otros legitimarios instituidos herederos, en el cual es más lógico respetar los legados, acaso destinados a desigualar a los propios descendientes, mientras que aquí, por definición, ninguno es legatario.

El Apéndice, de acuerdo con los proyectos precedentes, pero sin apoyo en los Fueros y Observancias, dejaba a salvo de los efectos de la preterición o la injusta desheredación los legados y liberalidades no inoficiosos, de donde podría tratarse de invocar el precedente en favor de la conservación de este mismo régimen en la actualidad. Mas, sobre todo, teniendo en cuenta que el Apéndice se refería conjuntamente a la preterición individual y la colectiva (si bien distinguiendo en el primer caso entre la institución igual o desigual de los restantes legitimarios), es muy discutible, por la razón ahora expuesta, que el cambio de redacción del nuevo cuerpo legal obedezca a una omisión involuntaria, y no a la idea de excluir precisamente la regulación anterior.

Ciertamente, si el artículo 127 de la Compilación se refiere al *caudal* (relict) y, por tanto, parece comprender los legados, en el proyecto se hablaba inicialmente de *herencia*, vocablo más orientado a la institución de heredero, y al mantenimiento preferente de las disposiciones a título particular. Mas este indicio es poco concluyente, y, por mi parte, creo recordar—sin mucha seguridad—que la mente del Seminario al redactar estos preceptos se orientaba hacia la equiparación entre institución y legado, siendo ese el motivo de sustituir la nulidad de aquélla, ordenada en el Apéndice y en el Código, por la delación abintestato.

La cuestión, insisto, es un tanto dudosa. En el Derecho histórico no hay solución aragonesa, y la inspirada en textos romanos o castellanos, evidentemente es favorable a la conservación preferente de los legados: así lo decidió la jurisprudencia, estimando que el Derecho común primero y el Derecho castellano después son supletorios del aragonés. Pero más verosímelmente cabe pensar que el legislador, en vista de las doctrinas contrarias a la nulidad de sólo la institución, y ante el hecho de haber distinguido ahora cuidadosamente, por primera vez en nuestro Derecho, entre preterición total o parcial, optó, para la total, por prescindir de preferencias injustificadas y equiparar el legado y la institución de heredero hechos a extraños.

La reducción adicional que pueda operarse en virtud del artículo 124, nada tiene que ver con esta de que tratamos ahora, y se practica,

abarcando las instituciones y legados remanentes y, en su caso, las donaciones, con arreglo a sus propias normas, que son, al parecer, las del Código.

V. LA PRETERICIÓN INDIVIDUAL

Para la preterición o desheredación singular previene el artículo 123 que,

El descendiente sin mediación de persona capaz de heredar preterido o injustamente desheredado tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios.

Como se ve, la preterición o desheredación injusta que no abarca a todos los legitimarios, no da lugar a la apertura de la sucesión intestada; y, si las disposiciones en favor de extraños entran en la parte disponible, quedan intactas, estableciéndose la redistribución sólo entre los descendientes.

O sea, que el artículo 123 no sale del grupo de legitimarios, creando, exclusivamente entre ellos, una comunidad de pérdidas en favor del preterido o injustamente desheredado. Si hay lesión de la legítima global, será el 124 el que intervenga, y el preterido sólo podrá aprovecharse de la reducción si ha obtenido título de heredero o no hay ningún legitimario instituido como tal.

Hay, pues, notable diferencia con el C. c., en el cual la preterición de un legitimario anula la institución de heredero, y por ende proporcionala al nuevo sucesor abintestato (y también a los no preteridos) una cuota de la herencia precisamente por título universal, con lo cual los legitimarios que han sido favorecidos por el causante sólo mediante el nombramiento de heredero, aunque haya desigualdad en las cuotas, y el preterido, quedan nivelados, desapareciendo tal desigualdad, y perdiendo o ganando, por el hecho de la preterición, los instituidos, respectivamente, en cuota superior o inferior a la media que resulta de dividir el caudal relicto (aumentado con las donaciones imputables a la legítima estricta) por el número de legitimarios. El extraño instituido heredero, a su vez, pierde toda su cuota y, en definitiva, su condición de tal.

El Apéndice redujo la eficacia anulatoria de la preterición a los dos tercios del caudal líquido (sin perjuicio de la reducción que procediera en las liberalidades a extraños cuando éstas excedían de un tercio del caudal computable), y eso sólo para la preterición colectiva o la institución de los legitimarios no preteridos por partes iguales; siendo desiguales, la regulación era idéntica al actual artículo 123.

La Compilación se inspiró en el Apéndice, pero teniendo en cuenta dos factores que en tal cuerpo legal se habían pasado por alto: la

distinción, en la preterición colectiva, entre el conocimiento o no de la existencia de todos los legitimarios (omisión voluntaria o involuntaria), y la conveniencia de conservar la institución de heredero, en la individual, incluso cuando todos los legitimarios instituidos lo han sido por partes iguales; en beneficio de la libertad de disponer del causante, y una vez satisfecha la legítima global.

Tanto el artículo 123 como su antecedente en el Apéndice se redactaron pensando en la ausencia de la legítima estricta en Aragón, en la frecuencia del nombramiento de un único heredero en ciertas zonas y en la conveniencia de respetar la voluntad del causante de desigualar a los legitimarios, manteniendo, frente al preterido, las proporciones que aquél estableció. Y no pareció oportuno a los redactores de la Compilación trasladar a la preterición individual la distinción entre omisión voluntaria o involuntaria, pues en ella, habiendo institución desigual, del hecho del olvido o desconocimiento de la existencia de un legitimario (o superveniencia ulterior del mismo) no cabe deducir que el causante le hubiera otorgado en su herencia una porción igual a la mayor, resultando harto probable lo contrario, y eso es lo que hace la ley.

Entre los problemas planteados por la preterición individual —muchos comunes con la injusta desheredación— destacan los siguientes:

A. *¿Quién se entiende preterido?*

Como en el art. 122, lo son los legitimarios de primer grado que no hayan sido mencionados en el testamento o favorecidos en vida del causante (cfr. art. 120). Pero, a diferencia de la preterición colectiva, la individual no queda excluida por la mención de descendientes ulteriores.

El proyecto del Seminario era más estricto, al referirse sólo a los descendientes sobrevenidos, de modo que los existentes, no habiendo preterición colectiva, carecían de todo derecho. Tal redacción simplificaba mucho el funcionamiento del precepto y se ajustaba más a la presumible intención del disponente, si bien incurría en cierta contradicción con el (hoy) artículo 120, que concede un derecho de legítima formal, cuya infracción sólo se sancionaba en determinadas y raras circunstancias.

B. *¿Por qué título obtiene el preterido la satisfacción de su derecho?*

Bien claro se ve que el artículo 123 —como su antecedente del Apéndice— ha evitado aludir, directa o indirectamente, a la apertura de la sucesión intestada, resolviendo la cuestión, en principio, dentro del grupo de legitimarios. Por consiguiente, el preterido no obtiene abintestato el título de heredero. Tampoco es seguro que le corresponda por el hecho de que lo tenga el *menos favorecido* que sirve de índice regulador a sus derechos, pues si su porción se forma por reducción proporcional de participaciones en el caudal relicto,

acaso son todas ellas, y no una sólo, las que contribuyen a determinar la calidad de su derecho, valiendo el índice regulador de referencia para determinar el *quantum* del mismo, mas no el cómo.

No cabe objetar que el preterido, sucediendo en cuota, es un heredero más; según se deduce del propio sentido de la preterición, que juega siempre con la anulación de la institución de heredero. Pues, aparte la dificultad de explicar cómo el omitido adquiere por sucesión universal bienes que el causante atribuyó a título particular, precisamente el juego del artículo 123 no exige de modo indispensable la nulidad parcial de la institución, y en caso alguno supone la apertura de la sucesión intestada, y sí únicamente una sustitución en el beneficio *mortis causa*. Por lo cual no cabe determinar *a priori* la condición del preterido. Será heredero, sin duda, cuando lo sean todos los otros legitimarios, pues la forma de suceder, en una cuota, y la similitud con el menos favorecido y, en general, con todos aquellos cuyas participaciones reduce, parecen imponerlo. Mas cuando uno sean herederos y otros legatarios, acaso la cuota, calculada en valor, se resuelva en un derecho de crédito contra el caudal, o en un "legado legal" de parte alicuota, o bien, si la legítima se ha asignado *in natura* a uno o varios herederos y a los otros legitimarios derechos de crédito, el preterido sigue la línea del *menos favorecido* cualitativamente, es decir, el legatario acreedor.

El tema es importante. De una parte, sólo si el preterido deviene heredero (o si ningún legitimario lo es) podrá ejercitar la acción *ex* artículo 124. De otra, la atribución del título de heredero como coparticipación en cada una de las instituciones en favor de legitimarios, grava al preterido con el pago de las deudas y legados, así como con el de los legados impuestos individualmente a cada sucesor universal con quien comparte el título (y por la parte que le toca); correlativamente, la atribución de una cuota sobre el objeto legado a otro legitimario crea una situación antieconómica. Además, para conseguir un beneficio no mayor del menos favorecido, el preterido no puede tener acceso a la acción de reducción (la del art. 124) si no corresponde a aquél, por su condición de mero legatario; no puede, pues, ser heredero cuando su índice de referencia no lo sea. Y, por último, cuando dicho legitimario-índice sea sucesor universal, y por la distribución del caudal computable pueda ejercitar la acción de reducción, cabría mantener que la concesión de igual calidad al preterido viene exigida por la necesidad de que uno y otro perciban lo mismo, y por tanto, ambos puedan ejercitar, en igual medida, la acción de reducción.

Es asimismo indudable que la ley, en principio, no coloca al preterido en situación de simple acreedor, y sí de participe de los beneficios distribuidos entre los legitimarios. Esto supuesto: a), o bien se entiende que recibe el resultado de la reducción de cada uno por igual título, que el testamento concede al sujeto de dicha reducción; b), o bien que sucede en el mismo concepto que el legitimario menos favorecido que sirve de índice a la cuantía de sus derechos; c) o como

legatario siempre que un legitimario inmediato suceda sólo por ese título. En todo caso, persistiendo el caudal relicto, la presencia del nuevo sucesor no crea ningún estado de vinculación en los legitimarios cuya cuota o beneficios se reducen.

La primera solución presenta el inconveniente de fragmentar en exceso la sucesión, dividiendo legados de cosa cierta en los que ahora el preterido tendrá una parte alícuota, etc. Correlativamente, hay una fragmentación del título del preterido, el cual sería tantas veces heredero o legatario como legitimarios instituidos o favorecidos a título particular hubiera. Y en cuanto heredero, podría ejercitar, caso de lesión de la legítima global, la acción de reducción, cosa que no le sería factible al legatario, con la consecuencia de que, mediante el ejercicio de tal acción, recibiría acaso más que otros legatarios.

Esto aconseja que el preterido no tenga una condición superior a la de los menos favorecidos en calidad, de modo que si algún legitimario es mero legatario, parece que por ese mismo título debe recibir el nuevo sucesor lo que por resultado de la reducción le corresponde. Su derecho recae, en principio, sobre el caudal, pues al hablar el artículo 123 de "porción en el caudal" le concede algo más que un simple crédito, garantizándole la titularidad directa sobre los bienes; pero lo obtiene —salvo que todos sean herederos— como sucesor a título particular, sea en cosa, cantidad o incluso parte alícuota, y únicamente como acreedor cuando lo sea otro descendiente inmediato.

C. ¿Quién es el "menos favorecido", cuyos derechos sirven de término de comparación para fijar la participación del preterido en el caudal?

Para calcular la porción del preterido habrán de computarse todos los beneficios recibidos a causa de muerte de cada uno de los legitimarios, sumándose, por tanto, el importe de la institución del heredero y los legados.

a) Mas discutible es que se cuenten las donaciones; la negativa parece deducirse del antecedente del Apéndice y del texto del artículo 123; el preterido "tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la (*porción en el caudal*) del menos favorecido por el *testador*" (u otorgante del contrato sucesorio). Y luego habla de *participaciones*.

No obstante, tal solución, más sencilla, puede producir resultados contradictorios e inconvenientes. Imaginemos que todos los hijos son mencionados en el testamento o contrato sucesorio, con atribución de legítima simbólica, o bien favorecidos en vida con una dote o donación razonable (al haber y poder de la casa, o mayor); salvo —en ambos supuestos— uno, que sobreviene hecho el testamento y a quien no se cota, y otro instituido heredero universal. Si, en el segundo caso, no contamos a los donatarios (a quienes no se menciona en el testamento o contrato), el término de comparación será el heredero de la casa, y el preterido tendrá derecho a la mitad de

la herencia. En cambio, en el primero, como, aun no habiéndose dado nada a los hijos no herederos, se les menciona en el testamento, el sobrevenido nada podrá exigir. Y, finalmente, si, en el supuesto de la dote o donación sin mención testamentaria, a uno de los hijos donatarios se le nombra en el testamento para dejarle un perro o un piano, el preterido sólo tendrá derecho a la mitad del animal o el mueble. En la vida real, tal diferencia es inverosímil; la voluntad probable del causante se encaminará a dar al preterido omitido involuntariamente tanto cuanto recibió, por cualquier título, el que menos de los descendientes favorecidos por él. Lo cual coincide con la mente del legislador al formular el precepto.

Sin duda, nos hallamos en el terreno de la defensa de la legítima formal, y no de la material. Pero también estamos en un campo de interpretaciones de voluntad probable del causante, de sanción a su voluntad excluyente no formulado, y a la búsqueda de soluciones equitativas y no meramente mecánicas. Y en ese planteamiento, lo más equitativo, en principio, sería hallar el índice del artículo 123, regulador de los derechos del preterido, sumando separadamente para cada legitimario todos los beneficios "colacionables" o *mortis causa* recibidos por él; el total que arrojase importe más reducido constituiría la base para el cálculo de la cuota del preterido. Y si la legítima, no obstante, era simbólica para algún descendiente, lo sería igualmente para él.

Solución especialmente práctica y equitativa en el caso, ahora supuesto, de haber un descendiente heredero universal y estar los legitimarios inmediatos o alguno de ellos favorecidos con dote, donaciones o legados, pues sería inconsecuente con el fin de la ley y los datos socioeconómicos, obligar al heredero a partir por mitad la herencia con el preterido, mientras sus hermanos han sido sacrificados por el causante a la conservación de la unidad de un patrimonio que seguramente ha venido requiriendo idéntico sacrificio desde muchas generaciones.

Con todo, para llegar a esta solución habríamos de dar al artículo 123 un sentido bastante distinto del que se desprende de su letra; una interpretación muy forzada, aunque no tanto como pueda parecer a primera vista, pues de lo que tratamos ahora es de buscar un índice que señale la participación del preterido en el caudal relicto, y no de reducir las donaciones (lo cual no parece factible a partir del derecho de legítima formal).

Sin tanta dificultad, cabe llegar a una solución intermedia, que atiende a los casos más probables (dentro de la improbabilidad de todos ellos), y parece más compatible con el tenor literal del artículo 123. A saber: en principio, la cuota del preterido se calcula exclusivamente con arreglo a los beneficios percibidos por los legitimarios con cargo al caudal relicto, pero el legitimario demandado de reducción proporcional por el artículo 123 podrá objetar que la cuantía de la cuota del preterido es superior a los beneficios recibidos *inter*

vivos por otros descendientes inmediatos no mencionados en el testamento. Así, se conserva el texto legal, y simplemente se le adiciona algo que no está en él, pero que no va contra su sentido y finalidad; al contrario, traduce mejor a la realidad el concepto del “menos favorecido por el testador”.

b) En alguna ocasión puede plantear igualmente una situación contraria a los propósitos del legislador y del causante la equiparación al “menos favorecido” si, junto al omitido, hay otros legitimarios a los que meramente se menciona en el testamento, o se atribuye una cantidad simbólica.

Referida a todos los restantes legitimarios, esta medida se dirige a la conservación de la casa en manos de un solo heredero, si bien lo corriente entonces es dotar a los descendientes inmediatos con algo sustancial, aunque modesto (al haber y poder de la casa); sea como sea, el índice de beneficios al preterido, equivalente prácticamente a nada, corresponde aquí a las previsiones y finalidades reales del artículo 123.

Mas puede suceder que el testador se haya servido de la mera mención formal como procedimiento para desheredar a un descendiente, quedando entonces el omitido en el testamento, por esta circunstancia, tan ajena a él como la misma preterición, igualmente sin parte en la herencia. Lo cual, tratándose de un legitimario sobrevivido, o simplemente olvidado, no es razonable.

Para evitar tal consecuencia, podría pensarse en equiparar al preterido con el que menos percibe, salvo quienes están meramente mencionados u obtienen cantidad simbólica; tal interpretación se fundaría en que el artículo 123, al hablar de *menos favorecido*, parece indicar un grado de liberalidad, y no la ausencia absoluta de ella; en que la infracción de la legítima formal quedaría, de otro modo, en estos casos, sin sanción efectiva; y en que en el artículo se habla de *porción del caudal* y de *participaciones* de los restantes legitimarios; es decir, de algo consistente y valioso, como si los legitimarios que no participan no contasen a estos efectos. Pero esta solución habría de aplicarse, entonces, por el mismo fundamento, a cualquier caso de simple mención de legitimarios, con lo que sus inconvenientes son mayores que sus ventajas. Y además, contra la exclusión de los descendientes meramente mencionados como punto de referencia del derecho del preterido, cabe oponer que en el artículo 123 no se trata sólo —según demuestra su redacción inicial— de una sanción, sino también del remedio a una omisión, orientado por la más probable voluntad del causante; siendo más conforme a dicha voluntad, en cualquier supuesto de omisión consciente, habiendo o no único heredero, la equiparación entre el preterido y los simplemente mencionados, que, literalmente, son los *menos favorecidos*, de modo que si no tienen ninguna porción en el caudal, el preterido tampoco puede tenerla. El último inciso del artículo 123 es, entonces, una regla aplicable en la hipótesis de que realmente haya de formarse una porción,

pero no impone que dicha porción se forme de modo necesario. Adicionalmente, en el supuesto de sucesor único, resulta que si, según el texto, se han de reducir proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, habiendo uno solo que sucede en el todo, no hay ni posibilidad de proporción y *cuota* (o sea, participación), ni un grupo de descendientes herederos, en el que, sin duda, pensó el legislador.

La solución, como siempre que con una fórmula abstracta y simple se intenta regular una pluralidad de situaciones muy diversas, no es fácil. Lo más conforme con los principios que se deducen de los artículos 119 y 122 y con la redacción inicial del 123, sería emplear como término de comparación al legitimario mencionado (o favorecido con cantidad simbólica) en los casos ordinarios, y en particular cuando no se observa en el causante intención de sancionar a un concreto heredero o grupo de ellos. En cambio, corrigiendo el texto de la ley sobre la base de que en el artículo 123 hay, junto a la sanción de la omisión voluntaria, una interpretación de voluntad, la equiparación entre el preterido y el favorecido *cum re* valdría para casos muy claros de distribución más o menos igualitaria de la herencia entre los restantes sucesores, salvo uno o algunos, meramente mencionados, a quienes se quiso privar de aquélla.

c) Si sólo se cuentan, en principio, para formar el índice de la cuota del preterido, las liberalidades testamentarias en favor de legitimarios, dicha cuota no puede llegar a existir cuando el causante (si ello es posible, como creo) ha satisfecho la legítima global mediante donaciones *inter vivos* y destina la herencia a extraños.

Acaso en este punto era más acertado el Apéndice, al ordenar expresamente la apertura de la sucesión intestada sobre los dos tercios del caudal relicto. En la Compilación, a falta de otra salida mejor, habrá que volver a la solución del Apéndice, por aplicación del artículo 122, según expuse anteriormente. Pues de lo contrario se viene a negar toda satisfacción a los preteridos, manteniendo la disposición del causante en favor de extraños, la cual no podría servir de índice, ni permite que los preteridos cobren sobre un caudal que no está destinado a los legitimarios. Será, pues, éste un supuesto de preterición individual que deba resolverse, conforme he dicho *supra*, II, A, b), aplicando parcialmente las normas de la preterición absoluta, únicas que permiten reducir la parte de caudal relicto asignada a extraños.

Este supuesto no puede darse si se sigue la tesis, menos probable, del derecho de los legitimarios al título de heredero para uno de ellos, e incluso de la asignación forzosa, por este título, de dos tercios del caudal relicto (distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima) Pues en tal caso nunca faltará un índice testamentario.

d) En los casos de donación o dote asignada ya por acto *inter vivos* a todos los hijos no herederos e institución de uno de ellos como heredero universal, lo más frecuente será que en el testamento

se mencione a los no instituidos, con expresión que indique haber recibido éstos, por su legítima, ciertas cantidades o cosas. En mi opinión, si algún hijo hubiera quedado preterido (es decir, no favorecido con donación ni mencionado en el testamento), esa sola mención de los otros suministra un índice suficiente de los derechos del omitido. Pues no habiendo preterición colectiva ni posibilidad de aplicar sus reglas, la alternativa se establece entre: o apreciar como índice la mención *sine re* de los donatarios, o bien la institución de heredero, o, lo que me parece más justo, entender que, por cuanto esa mención *sine re* no es materialmente desheredatoria, representa la reproducción, en el testamento, de las asignaciones hechas, que no pueden reducirse en virtud del artículo 123 *in fine* (pues no forman parte del caudal relicto), pero sí servir de índice para que el preterido perciba cantidad o bienes equivalentes a costa del heredero, y ello, por equidad, incluso cuando la mención de los donatarios no alude a los beneficios que han recibido *inter vivos*.

Probablemente la solución es la misma cuando, mencionados los hijos en el testamento, y habiendo recibido éstos por donación legítima global, se instituye a un extraño, siendo el extraño instituido deudor de la legítima formal del preterido.

e) Por supuesto, en la formación del índice para satisfacer la sanción por el incumplimiento del deber de legítima formal, no se mezclan, en principio, consideraciones de legítima material. El índice no podría formarse apreciando si lo dejado a un hijo ha de imputarse en la parte legítima o en la de libre disposición, porque aquí tales partes no juegan papel alguno (además de que todo lo recibido por legitimarios es legítima). Es decir, que si Pedro deja toda su fortuna, 60, a dos de sus hijos, omitiendo el tercero y no habiendo donado nada en vida a nadie, los favorecidos no podrán oponer a su hermano preterido que una parte de lo que reciban (10 cada uno) se imputa en el tercio de libre disposición y no puede servir de base para la distribución entre los tres, que será sólo de 40. Y si Pedro, que donó en vida 40 a sus dos hijos mayores, les deja los otros 20 en el testamento, tampoco podrán éstos objetar al preterido que lo dejado es de libre disposición, para negarse a partir por igual el caudal relicto con él.

f) El proyecto del Seminario hablaba de una cuota igual a la del *descendiente de igual clase* menos favorecido, mientras los proyectos posteriores suprimieron las palabras en cursiva.

Propósito del Seminario fue la equiparación, en derechos, entre el preterido y el menos favorecido de los de su mismo grado; siendo hijo del causante aquél, heredaría como el que menos de sus hermanos, y no de los ulteriores descendientes; siendo nieto, tendría como término de comparación a otro nieto, y no a los hijos.

La razón de la norma se ve clarísima en los casos, que serán casi todos, de preterición involuntaria, para los cuales se redactó inicialmente.

La supresión del inciso obedece a una enmienda que propuse yo sobre la redacción inicial (referida sólo a los descendientes sobrevenidos), entendiendo que era innecesario, e incluso se prestaba a confusiones. La Comisión la aceptó, persuadida de que, aun sin dicho inciso, el sentido del precepto era el mismo; así ocurría visiblemente mientras se refiriera a los descendientes sobrevenidos. Pero la Comisión alteró, además, esta última referencia, y hoy, literalmente interpretado, el artículo 123 ya no está claro al respecto. Aun así creo que siendo más justa y conforme con la voluntad del legislador la solución antigua, debe seguirse manteniendo en su espíritu, de acuerdo también con el sistema de sucesión intestada por estirpes del C. c., cuando, en la del ascendiente, concurren varias generaciones.

Cuando todos los instituidos sean de una generación ulterior (por ejemplo, nietos), viviendo los de la anterior (hijos), la regla de equiparación dentro del grado es más difícilmente aplicable. Lo mismo se diga —por otros motivos— de la concurrencia de herederos de una y otra generación, cuando los nietos no representan a sus padres, y concurren juntamente con ellos. En el primer supuesto, instituidos descendientes ulteriores, sin mención de los anteriores, únicamente aquéllos pueden servir de término de comparación. Son éstos los eventos cuya consideración condujo a la supresión del inciso (quizá hubiera sido preferible redactarlo mejor): en ellos, con la redacción actual, el artículo 123 debe aplicarse literalmente, reservando la eficacia del desaparecido inciso para los supuestos de sustitución legal del artículo 141.

D. *Contribución al pago de la legítima del preterido*

a) Al pago de la legítima del preterido contribuirán “los restantes legitimarios”, cuyas participaciones, a este efecto, se reducen proporcionalmente. Si para la fijación del índice ha servido uno de ellos, al pago, según se ve, contribuyen todos los que tengan *participaciones* susceptibles de reducción: es de suponer que en el caudal relicto.

Y aquí surge una cuestión distinta, a saber: si la proporción en que contribuyen los legitimarios no preteridos se calcula teniendo en cuenta lo que cada uno ha recibido, en vida o en muerte, del patrimonio del causante; o sólo lo recibido a causa de muerte, o únicamente la proporción en que ha sido instituido heredero. Esto último tendría el inconveniente de apartar de la contribución, sin razón suficiente, a los simples legatarios de cosa cierta, o de cantidad, y, por supuesto, a los donatarios: podría fundarse en que el artículo 123 habla de reducir “las participaciones”, lo cual apunta a cierta idea de cuota y, por consiguiente, de heredero o de legatario de parte alícuota: asimismo, en los antecedentes romanos de la preterición y en el régimen del artículo 814 del Código. En contra de la contribución con todo lo recibido del causante, cabe alegar la regla que suprime, en Aragón, la colación de liberalidades por ministerio de la ley (art. 140), de donde, si el donatario no tiene que colacionar para la formación de las cuotas

sucesorias, tampoco para la de la cuota del preterido. Y supuesto que la preterición aragonesa presenta notables diferencias con la del Código o la romana, y que todo cuanto perciben los legitimarios es legítima, parece que sería lo más acorde con el espíritu del Derecho aragones considerar que la cuota del preterido se forma contribuyendo cada uno de los descendientes partícipes en el caudal relicto, en proporción a lo que de él recibe, sea por herencia o legado.

Los donatarios, entonces, no contribuyen en cuanto tales (aunque lo donado, excepcionalmente, hubiera servido para corregir el índice de menor beneficio), de modo que, así, puede suceder que el legitimario cuya porción lo señale esté totalmente exento de contribuir, por no ser sucesor *mortis causa*, o ser meramente mencionado, o por renunciar a su parte en la herencia. Y, cuando suceden, contribuyen sólo en proporción a lo que reciben del caudal.

Es cierto que apartar, sin más, las donaciones de la contribución, supone arrojar toda la carga sobre los descendientes que reciben *mortis causa*, quizá favorecidos con porciones mínimas, e incluso, según la interpretación que se dé al artículo 123, puede hacer inútil la concesión de cuota al preterido, cuando no haya sucesores legitimarios para pagarla, por habérseles asignado la legítima *inter vivos*. Y que en favor de la contribución de los donatarios (o de los legatarios o herederos, igualmente, con lo donado) hay una razón de equidad, cual la de que todos los favorecidos por el causante deben soportar la carga, y todos en proporción a cuanto reciben. No siendo, finalmente, obstáculo a ella la regla de inexistencia de colación, pues aquí no se trata de tener en cuenta las donaciones al formar las cuotas sucesorias, como una presunción de voluntad del causante, sino de reducirlas por lesión de la legítima formal. Entonces —cabe pensar— la necesidad de compensar al lesionado supera a la regla de distribución libre de la legítima (cuya efectividad supone el respeto a la legítima formal) y a la firmeza de las donaciones.

Mas no parece que con el texto vigente del artículo 123 pueda llegarse a tal conclusión. Dicho texto, dentro del terreno en que nos hallamos, de la legítima formal, considera como *caudal* regulador del índice y suministrador de la cuota del preterido al relicto, y no al computable para el cálculo de la legítima material. Esta sí que se defiende reduciendo, si es preciso, las donaciones a extraños, pero una vez satisfecha, todo lo que reciben además los legitimarios es un *plus* que el causante, en principio, no está obligado a entregarles. No hay, pues, razón sustancial para ampliarlo.

Cualquier solución de los problemas de desequilibrio entre el preterido y los otros colegitimarios ha de contar, además, con la irrevocabilidad de las donaciones, y tanto las hechas a esos colegitimarios como a los extraños. De una actuación del causante, al testar, ajena a los donatarios en cuanto tales, no puede provenir a éstos, por ser legitimarios (y a menos que la ley lo estableciera claramente), reduc-

ción alguna de cuanto recibieron en vida del causante y tienen asignado de modo irrevocable.

Posiblemente sería más justo tener en cuenta tales donaciones, ya para aumentar el índice de lo que corresponde al preterido, ya, independientemente de ello, para distribuir, entre quienes participan en el caudal relicto o acaso entre todos los legitimarios, la carga de su pago. Pero dado el tenor literal del artículo 123, apenas es posible llegar a esa conclusión: en él, son los sucesores *mortis causa* los gravados, y a los más que se puede llegar es a desviar, como hemos hecho aquí algunos supuestos especialmente urgentes hacia el artículo 122, o bien a gravar con el pago de la cuota el instituido no legitimario, para que no sea inútil la concesión de cuota al preterido.

En último extremo, y mediante una interpretación muy amplia de las palabras finales del artículo 123 (“las participaciones de los restantes legitimarios”), se podría pensar en que los que participan en el caudal (no los otros donatarios) contribuyeran, *siempre con el caudal*, y en tanto lo permita, en proporción a todo lo recibido del causante, al pago de una cuota para la que ha servido de índice exclusivamente el caudal, y, por tanto, no puede ser mayor que él: solución discutible, pero más equitativa, y que no cabe excluir totalmente.

Cualquier otra medida ha de adoptarse por vía legislativa, y no es cuestión de interpretación.

A cada legitimario favorecido en el testamento, y sólo a ellos, se les contará, pues, como base del cómputo de su contribución, el beneficio efectivo recibido *mortis causa*, abstracción hecha de deudas y legados, contándose, por tanto, los legados de cantidad o cosa que un legitimario obtiene a costa de otro, o de un extraño instituido heredero o legatario (en tanto los consiga); lo obtenido por acrecimiento, sustitución, etc.

b) Obtenidas las bases de la contribución de cada legitimario, la reducción proporcional exige una operación matemática destinada a averiguar el importe de la contribución de cada uno.

Todavía, el planteamiento de la operación presupone haber resuelto un interrogante jurídico: a saber, si la cuota del *menos favorecido* es igualmente objeto de reducción (y, con ella, la del preterido), o no. El texto parece excluir al menos favorecido, pero la razón de la norma obliga a incluirlo sin duda ninguna, pues el legislador quiso atribuir al legitimario omitido una porción menor que las otras, salvo una (la que sirve de índice), y a costa de disminuir proporcionalmente todas ellas.

De otro modo, podría uno, más favorecido, pasar a serlo menos que el preterido, una vez hecha la reducción proporcional. Por ejemplo: El padre reparte un patrimonio de 270 entre cuatro hijos, dando a A, 30; a B, 33; a C, 60, y a D, 147. Queda un quinto hijo, preterido.

Si no incluimos la cuota de A en las participaciones que deben reducirse proporcionalmente, tendremos que repartir los 30 de A entre

B, C y D, correspondiendo a B una reducción en su cuota de 3,666, con lo cual su participación queda en 29,333, inferior, por tanto, a la de A y la del preterido.

La manera correcta de proceder es incluir a A en la reducción. Dividido todo el caudal asignado a legitimarios, o sea 270, por el dicho caudal más otra cuota del menos favorecido, o sea 300, nos da un cociente de 0,9, por el que hemos de multiplicar las diversas cuotas para saber la reducida.

A.	$30 \times 0,9 = 27$	Reducción,	3
B.	$33 \times 0,9 = 29,7$	"	3,3
C.	$60 \times 0,9 = 44$	"	6
D.	$147 \times 0,9 = 132,3$	"	14,7
	270	243,0	27,0
Preterido	27		
	270,0		

Es discutible si resultan afectados por la reducción proporcional aquellos legitimarios a quienes se aparta de la herencia mediante un legado por legítima de cuantía módica y consistente, por lo común, en algún objeto concreto o un crédito contra el heredero o herederos. En principio, parece que sus porciones también deberían sufrir la reducción, para que no quede toda a cargo del heredero; mas cuando quepa presumir que la legítima del hijo no heredero es una cuota fija, independiente del número de hijos y ajustada al uso de la casa, resulta preferible la solución contraria.

c) Obtenido el valor de la cuota del preterido, y hecha la reducción proporcional de lo correspondiente por su institución de heredero o legado a los restantes partícipes, percibirá aquél el contenido de su cuota según el título por el que suceda, conforme a lo expuesto *supra*, B.

Si los bienes relictos se han adjudicado ya, quedan los favorecidos obligados a transmitir al nuevo sucesor la porción correspondiente, conforme al artículo 1.080 C. c.

d) Caso de no llegar los beneficios recibidos por el conjunto de los legitimarios a los dos tercios del caudal computable, el resultado de la reducción puede afectar al preterido cuando obtiene el título de heredero, o bien cuando el "menos favorecido", puede ejercitar y ejercita la acción, *ex* artículo 124, en su doble fase de aumento de la cuota sucesoria y de *mortis causa capio*.

En el primer supuesto, correspondiendo al preterido la acción de reducción, su cuota en el caudal debe calcularse (mientras no se haga uso de dicha acción) sobre el importe neto del mismo, y no parece que pueda participar en lo obtenido por los demás sino en tanto éstos hayan recuperado también, al no tenerle en cuenta en el cómputo, lo que a él le correspondía.

Pero si el legitimario menos favorecido puede instar la reducción de donaciones y legados, y el preterido no (cosa, ciertamente, poco probable, pues, como he expuesto, no será heredero si hay otros legitimarios legatarios), surge el problema de si participa o no dicho preterido en el resultado de la reducción (a través de la modificación del índice del menos favorecido), con la ulterior modificación de las cuotas contributivas.

Por ejemplo: El caudal computable es de 360; lo donado a un extraño es de 270; se lega al hijo C, de un caudal relicto de 90, el importe de 30; al hijo A se le instituye heredero en dos tercios del caudal relicto, o sea, deducido el legado, en 40, y al otro hijo, B, en un tercio, o sea, 20. La cuota del preterido será, en principio, de otros 20.

Según lo dicho, el preterido sucede a título de legatario (de parte alícuota), pues hay otro legatario y no podría ser de mejor condición que él. En este supuesto, la comprobación es particularmente clara: si el preterido sucediera a título de heredero, recibiría, a consecuencia de la reducción de donaciones, más que el legatario, y por tanto, habría otro que resultaría, en definitiva, menos favorecido que él en la sucesión. En efecto: la reducción alcanza un importe de 150, que debería repartirse a razón de 36 y pico al preterido y al menos favorecido, cuyo beneficio total en la herencia sobrepasaría entonces los 56, excediendo en mucho al legatario.

Ahora bien, aun cuando el preterido no pueda instar la reducción, parece equitativo que la aproveche para elevar el índice. Contra esto cabría objetar que B, por título de heredero, sólo recibe 20, y que el resultado de la reducción no forma parte del caudal relicto en sentido estricto. Pero seguramente lo que quiso el legislador fue que el preterido participase en todos los beneficios de la sucesión, incluso en esta especial *mortis causa capio* que es la reducción de donaciones, si bien siempre con el límite del "menos favorecido". Por tanto, en el ejemplo, la reducción proporcionará a A 100, con lo que su cuota se eleva a 140; a B, 50, creciendo su cuota hasta 70, y a C, nada; entre los tres suman los 240, dos tercios del caudal. La redistribución del artículo 123 tomará entonces como base de principio de los derechos del preterido los 30 de C, rebajándose la base, juntamente con las restantes participaciones, computando ya el resultado de la reducción por lesión de la legítima material, y por tanto, en proporción con todo lo recibido por los legitimarios a consecuencia de la muerte del causante, y no simplemente con el caudal relicto. La parte de C, entonces, queda reducida en 3,33, hasta los 26,66, cuantía que, igualmente, corresponderá en el caudal relicto al preterido, mientras la cuota de B, inicialmente de 20 y aumentada a 70, se reduce en 7,77, y la de A se reduce en 15,55.

Problema accesorio es el de fijar cuándo y en qué condiciones puede tener lugar el cómputo del resultado de la reducción o del valor de la acción no ejercitada (ni ejercitable por el preterido).

Sin duda la mera existencia de la acción crea en el omitido alguna pretensión a que se tenga ésta en cuenta en el cómputo, pero en ese momento no cabría tampoco arrojar sobre los legitimarios favorecidos en el testamento el gravamen de responder de la solvencia del donatario. Acaso, en cambio, si el ejercicio de la acción se demora largo tiempo injustificadamente, sí podría el preterido hacer que se tuviera en cuenta su posible resultado patrimonial como si se hubiera ejercitado. Y, desde luego, la parte de redistribución *ex* artículo 123 suplementaria, originada por la existencia de la acción de reducción de donaciones, podrá hacerse efectiva cediendo esta última acción en cantidad equivalente.

Queda claro, al menos, que el preterido nunca puede obligar a los herederos que no deseen ejercitar la acción de reducción (o la ejercitan sólo en la parte a ellos correspondiente), a que le entreguen sino la proporción que le corresponda en el estricto caudal partible, sin imputación de la acción de legítima material. Amén de, cuando él no tenga acción, cederle la de reducción de donaciones, correspondiente a la cuantía que podría alcanzar el índice del menos favorecido mediante su ejercicio. Ahora bien, ejercitada la acción, podrá pedir todo su derecho.

Por ejemplo: Donación de 90 a A, extraño, e institución de los hijos B, en 60, y C, en 30; esos 90 constituyen todo el caudal relicto y hay un tercer hijo preterido. Este nunca podrá exigir que la reducción de la donación al extraño se ejercite previamente por los herederos A y B, en proporción de 20 y 10, respectivamente, importe que luego habrán de compartir con él. Al contrario, en principio se reducirían las cuotas de A a 45 y de B a 22,5, dando otros 22,5 al preterido, y reduciendo la donación al extraño, cada uno de los legitimarios, si quería, respectivamente, en 15, 7, 5 y 7,5 (total, 30); o sea, que se procede primero a la redistribución del artículo 123, en favor del preterido, para que luego cada uno intente, independiente y si quiere, la acción del artículo 124 por su parte.

Si A fuera legatario, el preterido tampoco podría obligar a B a la reducción, pero sí exigirle cesión de la acción en cuantía suficiente. Y en cualquier caso, si A y B ejercitaban la acción, con éxito, antes de hacerse el cómputo, éste tendría en cuenta lo recibido en tal concepto.

VI. LA DESHEREDACIÓN INDIVIDUAL

a) Hay, en tema de desheredación individual, una diferencia profunda con el Código civil, que importa mucho señalar. En el Código, la privación de legítima, que necesariamente ha de tener lugar por alguna de las causas taxativamente señaladas en los artículos 852 y ss., expresa en el testamento y realmente existente, arrebatada al legitimario unos bienes a los que, de no darse esa causa, tendría derecho él mismo, no indistintamente junto con otros colegitimarios.

En Aragón, en cambio, si los legitimarios (en sentido amplio) son varios, privar a uno de toda participación en la legítima global, dejándola a otro u otros, es algo perfectamente permisible al testador con o sin alegación de razones. El hecho de que el causante, que pudo privar de participar en la legítima global, sin alegación de razón alguna, y con o sin asignación de un objeto o cantidad simbólicos, a su descendiente, manifieste algún motivo al hacerlo, sólo influye en el sentido de que si el motivo no es cierto, y él creía que lo es, en obsequio a su voluntad el desheredado entra a heredar, y ello, ya la causa en cuestión pertenezca al catálogo del Código civil, ya se trate de otra diferente. Como si el privar de la herencia obedeciera exclusivamente, en la intención del causante, a la contemplación de un presupuesto civilmente punible que no existe en la realidad.

Entonces resulta —y a la vista de los fueros de 1307 y 1311 eso me parece evidente— que la desheredación individual en el Derecho aragonés ha trasladado su asiento, en gran parte, desde el campo de las sanciones fundadas en motivos éticos, a la interpretación de la voluntad del testador, como si ahora se aplicase sobre todo la doctrina de la presuposición. Individualmente, habiendo varios legitimarios, las sanciones por motivos éticos se limitan, en el Derecho aragonés, a la indignidad para suceder (no dependiente de la voluntad del causante en el aspecto positivo de su aplicación, aun cuando sí en el negativo de su posible eliminación) y a la supresión —sobre la herencia— del derecho de alimentos del *inops*. Fuera de esto, dada la libertad absoluta de disponer entre los hijos, la simple privación de la legítima no puede ser nunca *injusta* en el sentido de encontrarse incluida o no la causa en el catálogo de las previstas por el Código civil, o en el de ser ésta o no suficientemente razonable, o en el de haber sido o no enunciada en el testamento o contrato sucesorio; en cambio, puede serlo en el meramente voluntarista de haber sido aducida erróneamente, por creerla existente el testador cuando no existe en realidad. Entonces, pese al principio *falsa demonstratio non nocet* (que no ha sido plenamente aceptado por el Código civil: véase art. 767), la Compilación ha pretendido rectificar legalmente la voluntad del testador erróneamente formada, haciendo valer la que presumiblemente se habría manifestado si el causante conociera la verdad de los hechos; la mención de una causa falsa, no para disponer en favor de un legitimario, sino para privarle de una herencia (a la que, individualmente, no tiene derecho), desheredándole, en lugar de ser considerada como no escrita, se considera como anulando en parte o en todo la disposición *mortis causa*, por presumirse que el disponente, bien informado, no habría hecho tal desheredación.

Con arreglo a lo dicho, es de suponer que, habiendo varios legitimarios, por “desheredación injusta”, se entiende, a los efectos del artículo 123, aquella que se basa en una causa falsa, incluida o no en el elenco del Código, pero no la fundada en una causa cierta, aunque no sea de las previstas por la ley, o bien sin mención de causa.

Y tal “desheredación” no supone en cuanto al individuo privación de legítima individual, al no existir ésta. El propio concepto, pues, aunque usual en la práctica, se revela como inapropiado y poco técnico.

Aun no habiendo “injusta desheredación” en sentido propio, si hay aplicación de las consecuencias que tendría la desheredación, si hubiera legítima que la hiciera posible, a un supuesto de error, y la situación del “desheredado” injustamente se resuelve interpretando la probable voluntad del causante en el sentido de asignarle una parte en la herencia igual a la del menos favorecido.

b) ¿Y si dicho desheredado recibió donaciones *inter vivos* antes de incurrir en error al causante? ¿Habrán de imputarse en la cuota que les sea asignada, igual a la del menos favorecido? La respuesta negativa tiene serio apoyo en la regla del artículo 140, excluyente de la colación, mas es inseguro que pueda aplicarse a una operación, como la formación y pago de la cuota del desheredado, que tiene otro sentido, a saber: el de reparar el error sufrido por el causante. Incluso cabría mantener que entonces no puede haber suplemento alguno, pues, o el menos favorecido por el ascendiente es el propio donatario, y la donación cubre su legítima, al imputarse en ella, o bien hay otro menos favorecido, y no procede el suplemento. Acaso la solución que mejor conjuga los intereses en presencia sea la de computar lo donado tanto en la formación de la cuota como en el pago de la misma.

Por ejemplo: El padre que había donado 10 a su hijo Juan, lega en su testamento 5 a su hijo Pedro e instituye heredero en el resto, de 75, a su hijo Enrique, desheredando a Juan por error. Este, sin embargo, nada puede reclamar. Pero si a Pedro le lega 20, y el resto entonces es de 60, habremos de hacer una reducción proporcional (que abarcará también la cantidad igual a la del “menos favorecido”, a percibir por Juan), repartiendo la suma del caudal computable (o sea, 90) en razón a 20, 20 y 60, de modo que, en definitiva, Juan percibirá un suplemento de 8 (que, con los 10 donados, suman 18); el legado a Pedro se reduce en 2 (recibe 18, igual que Juan sumada la donación), y la institución se reduce en 6 (Enrique recibe 54).

c) No existiendo propia *desheredación*, no se plantea problema alguno de representación en la legítima individual por los hijos del desheredado, cuando la privación de la legítima obedezca a justa causa, pues la mención de ésta (innecesaria) no podría comunicar a tales descendientes un derecho que procede de la legítima individual, inexistente en nuestro Derecho.

Si el desheredado injustamente fallece antes que el ascendiente, el hecho de nombrarlo en el acto *mortis causa* no vale como mención y sus descendientes están preteridos.

La privación individual de derechos sucesorios en la herencia intestada equivale, tratándose de un legitimario, a la mención formal, y no plantea problema alguno nuevo en tema de legítimas; si hay

“desheredación” injusta, se aplicarán las reglas ahora explicadas.

Se aplica el régimen del Código en cuanto a exigencias formales, pero no el de los artículos 122 y 123 de la Compilación en cuanto a los efectos, a la desheredación individual en lo que atañe al derecho de alimentos: el testador, sin motivo, puede privar de participar en sus bienes al legitimario, pero si éste se halla en situación de pedir alimentos, será preciso, a fin de arrebatarle los que le concede el artículo 121, desheredarle expresamente y con señalamiento y prueba de causa incluida en el catálogo del Código. Nótese que, entonces, aun siendo justa la desheredación, si existe un alimentante de los señalados en el artículo 143 del Código, no priva totalmente del derecho a los alimentos, y se limita a desplazar la carga alimentaria y a eliminar del patrimonio que sirve de base para calcular la cuantía de aquélla a los bienes hereditarios; incluso el alimentante no tiene obligación de contribuir a los alimentos con lo que él recibe por herencia del causante ofendido.

Si la desheredación en los alimentos es injusta, funcionará el artículo 121 Comp. como si no se hubiera dispuesto.

El reconocimiento incidental de la paternidad natural

JESUS DIEZ DEL CORRAL RIVAS

Ltrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

SUMARIO: I. NOCIONES PREVIAS.—II. LA DISTINCIÓN ENTRE RECONOCIMIENTOS DIRECTOS Y RECONOCIMIENTOS INCIDENTALES. *a)* No equivale a la existente entre reconocimiento-admisión y reconocimiento-confesión. *b)* Ni a la formulada entre reconocimiento expreso y reconocimiento no expreso.—III. REFERENCIA A LA DOCTRINA ESPAÑOLA.—IV. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL EN ESCRITO INDUBITADO (art. 135, 1.º, C. c.). *a)* Interpretación gramatical. *b)* Interpretación lógica. *c)* Interpretación histórica. *d)* Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—V. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL EN DOCUMENTO PÚBLICO (artículo 131 C. c.). 1) *Nuestra postura*: *a)* Interpretación gramatical. *b)* Interpretación lógica. *c)* Interpretación histórica. *d)* Interpretación sistemática. 2) *Refutación de posibles objeciones*: *a)* Que el reconocimiento incidental puede ser no expreso. *b)* Que puede exceder de las funciones autenticadoras atribuidas al fedatario. *c)* Que puede ser incompleto. 3) *Eficacia del reconocimiento incidental: su inscribibilidad*. *a)* Presentación del título inscribible. *b)* Individualización del reconocido. *c)* Justificación de la capacidad del reconocedor.

I. NOCIONES PREVIAS

En nuestro Código civil, fuera de los casos de violación, estupro y raptó (art. 135 *in fine*), los efectos atribuidos por la ley a la filiación natural pueden nacer, respecto del padre, de un triple orden de fuentes: 1.º Del reconocimiento voluntario en documento público (artículo 131). 2.º De un escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad (art. 135, n. 1.º) y 3.º De la posesión continua de estado de hijo natural del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia (art. 135, n. 2.º).

Aunque estos dos últimos supuestos vienen englobándose por la doctrina y la jurisprudencia, junto con los casos de delito, bajo la denominación común de reconocimiento forzoso, esta rúbrica, como se ha puesto de relieve insistentemente, resulta inadecuada. Tanto en el caso del escrito indubitado como en el de la posesión de estado estamos ante un acto o conjunto de actos libres y voluntarios del padre y que realiza sin coacción ni obligación jurídica alguna, prescindiendo

ahora de su indudable deber moral de reconocer a sus hijos. La única posibilidad de imponer el reconocimiento a un padre natural al margen totalmente de su voluntad estaría en entender —dando trascendencia a la expresión disyuntiva “del mismo padre o de su familia” que emplea el art. 135, 2.º— que los actos en que consista la posesión de estado pueden haber sido realizados exclusivamente por la familia del padre. Pero esta interpretación literal del precepto ha sido reiteradamente rechazada por nuestro Tribunal Supremo y a su doctrina, hoy por hoy, debemos atenernos (1).

Le expresión “reconocimiento forzoso” resulta, pues, en estos casos, cuando menos, equívoca. El único sentido en que es forzoso el reconocimiento estriba en que, una vez exteriorizada la voluntad del padre, pueden imponerse al mismo coactivamente las consecuencias jurídicas oportunas, pero, en rigor, esto no es sino una aplicación más del principio general de prohibición del *venire contra factum proprium*, que impide al autor de cualquier acto jurídico válido decirse de él. Lo poco oportuno de la expresión queda demostrado si se observa que también en el mismo sentido se podría calificar de “forzoso” al reconocimiento voluntario del art. 131.

Tenemos, por tanto, que el reconocimiento paterno de los arts. 131 y 135, números 1.º y 2.º, emana de un acto voluntario (2). Pero conviene precisar más cuál es el papel exacto que juega o debe jugar la voluntad del padre en el reconocimiento. Para nosotros ese papel es mínimo: basta el grado de voluntad necesario para que el acto pueda calificarse de voluntario. Siempre que exista una afirmación voluntaria de la paternidad, y se hayan cumplido los demás requisitos de forma o de fondo, el acto debe ser valorado como auténtico y válido reconocimiento. Con ello estamos rechazando el grupo de teorías que, concibiendo el reconocimiento como declaración de voluntad o negocio ju-

(1) Se ha declarado, en efecto, por las Ss. de 25 de junio de 1946 y 29 de noviembre de 1958 que “la posesión de estado ha de iniciarse por actos personales y directos del presunto padre, sin que cuando ellos falten tengan los de sus parientes, por allegados que sean, eficacia bastante por sí solos” y, en la S. de 4 de mayo de 1964 que “parece arriesgado llegar a una declaración de paternidad fundada tan sólo en actos realizados por la familia, sólo apreciables cuando los haya realizado el presunto padre y continuado, en todo caso, su familia”; porque (recalca la S. de 25 de junio de 1946) “en la constancia cierta de haber el padre exteriorizado su voluntad de tener como hijo suyo al hijo natural, de alguna de las maneras que establece el art. 135 en sus dos números, se basa el reconocimiento legal que el mismo impone”.

No obstante, Royo Martínez (Derecho de familia, Sevilla 1949, pág. 278) entiende que bastan los actos de la familia para conferir la posesión de estado en los casos en que el padre *no pueda* manifestar su voluntad.

(2) Precisamente para circunscribirnos a estos casos hemos elegido la rúbrica “el reconocimiento incidental de la paternidad natural” y no de la maternidad natural. En efecto, el principio de que las madres son siempre ciertas, que inspira la modalidad del reconocimiento forzoso materno del art. 136, 2.º, C. c., viene a cambiar el planteamiento del problema, puesto que la madre, en todo caso (y no sólo como ocurre respecto del padre en los supuestos de delito), puede ser obligada jurídicamente a reconocer a sus hijos (cfr., en este sentido, el nuevo art. 47 de la L. R. C.).

rido de diferentes clases, coinciden en exigir un mayor grado de voluntad en el reconocedor, consistente en que éste quiera dejar constituida la nueva relación jurídica de la filiación natural, y que suelen englobarse, prescindiendo de diferencias de detalle, bajo la rúbrica general de teoría del reconocimiento-admisión. Seguimos, pues, la teoría opuesta del llamado reconocimiento-confesión que, en síntesis, estima que es suficiente exista una afirmación de la paternidad, conceptuando el reconocimiento como una declaración de conocimiento o de ciencia, un acto jurídico en sentido estricto, encuadrable en el tipo de los que ha llamado Enneccerus actos semejantes a los negocios.

No es, desde luego, nuestro propósito terciar en la polémica entre los partidarios de una u otra teoría. Como punto de partida para nuestro estudio, nos basamos en estimar que la conclusión de que el reconocimiento-confesión es la categoría acogida en nuestro Derecho es cuestión que no debe dudarse después de las sólidas razones, en pro de dicha tesis, que nos ha proporcionado Albaladejo en su profundo trabajo sobre la filiación natural (3). Solamente a la serie de argumentos que suministra este autor: que dicha teoría es la más justa, la más razonable, perfectamente encuadrable en el articulado del Código, que los efectos jurídicos del reconocimiento se producen *ex lege* y no *ex voluntate*, etc., etc..., nos interesa añadir dos consideraciones:

1.^a *La tesis del reconocimiento-confesión es la más acorde con las concepciones sociales actuales.*

Es evidente que la filiación y el matrimonio son las dos materias del Derecho de familia y, en general, de todo el Derecho, más directamente influidas por las ideas sociales: matrimonio y filiación son puntos que pueden sublevar a un pueblo, herir su susceptibilidad, llevarle a saltar la ley haciendo caso omiso de sus preceptos. Recuérdese, por ejemplo, el fracaso de la ley española de matrimonio civil de 18 de junio de 1870. Este íntimo enlace entre Derecho y Sociedad supone, de un lado, que al legislar sobre filiación natural ha de tenerse forzosamente en cuenta la situación social de la época (la necesidad de evitar los conocidos pleitos escandalosos y la frase de Napoleón: "La Société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus" explican el criterio fuertemente restrictivo del Código francés) y, de

(3) Vid. su obra "El reconocimiento de la filiación natural". Bosch, 1954, especialmente págs. 23 y ss. Sin embargo, la doctrina española más reciente parece orientarse en el sentido de atribuir al reconocimiento del art. 135, 1.º, la naturaleza, sí, de reconocimiento-confesión y, en cambio, al del art. 131 la de reconocimiento-admisión. Vid., en este sentido, Díez Picazo, A. D. C. 1962, págs. 224 y 231, y Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida, Derecho de familia, Bosch 1966, págs. 396 y 407. Pero téngase en cuenta que la opinión de Díez Picazo es, más bien, *de lege ferenda*, y que las únicas razones para atribuir carácter negocial al reconocimiento del art. 131, que dan los segundos autores citados, son que la necesidad de aprobación por parte del mayor de edad y la libre impugnabilidad del menor son características que no se compaginan con la naturaleza de una declaración de ciencia.

otro lado, que si transcurren los años y cambian las concepciones sociales, éstas se imponen sobre las leyes no modificadas y consiguen, al menos, que sus preceptos sean interpretados de acuerdo con las nuevas ideas (un ejemplo español reciente: el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de restrictiva a declarativa en la interpretación del art. 135 del C. c.).

Que las ideas de la época que inspiraron nuestro Código en materia de filiación y de filiación natural han evolucionado grandemente con el paso de los años, es un hecho incontrovertible. Creemos que hoy puede afirmarse, trastocando aquella célebre frase de Napoleón, que la Sociedad española tiene interés en que los hijos naturales sean reconocidos. Y no es que se llegue a esta conclusión hablando simplemente con el hombre de la calle (quien, por cierto, no deja nunca de mostrar su extrañeza cuando se le explican muchas de las normas del Código sobre filiación), es que, como no podía ser menos, las nuevas ideas han trascendido a las esferas que pudiéramos llamar oficiales: la jurisprudencia antes aludida del Tribunal Supremo, la Ley y el Reglamento del Registro Civil, la Compilación de Cataluña, la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notario..., son buen ejemplo de que “la obligación moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos” (4) debe constituir punto de partida para toda interpretación actual de nuestro Código. Y si es cierto que hay un límite que no es lícito traspasar (el del art. 5.º del propio Código), en todo lo demás es posible y justo interpretar el Código de acuerdo con las ideas actuales y así, por cuanto favorece la constancia de la filiación natural, estimar suficiente el reconocimiento-confesión de la paternidad.

2.ª La tesis del reconocimiento-admisión presenta graves inconvenientes en la práctica.

Si se exige en el reconocimiento la declaración de voluntad del padre encaminada a conferir al hijo el estado de la filiación natural, ocurrirá que como, salvo supuestos realmente excepcionales, esa voluntad no aparecerá explícitamente declarada, será necesario investigar caso por caso si ha existido o no tal voluntad en el padre. Desde luego, si éste puede y quiere reiterar su declaración, ello será preciso para evitar dudas, a pesar de las molestias e inconvenientes de todo tipo que entrañará la repetición del acto. Ahora bien, si por cualquier causa no es posible esa reiteración, o se establece una regla de interpretación general en el sentido de presumir que el reconocimiento-confesión implica reconocimiento-admisión, con lo que prácticamente se fundirían ambas categorías, o bien se obliga al Juez a una labor interpretativa verdaderamente nebulosa, sin elementos de juicio en que

(4) Palabras del Excmo. Sr. Ministro de Justicia en su discurso ante las Cortes al defender la aprobación de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.

apoyarse y que llevaría en la práctica a soluciones contrarias, discriminatorias e injustas (4 bis).

Claro está que todas estas dificultades e inconvenientes desaparecen cuando se admite que toda afirmación de la paternidad implica válido reconocimiento.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE RECONOCIMIENTOS DIRECTOS Y RECONOCIMIENTOS INCIDENTALES

Hemos sentado que el reconocimiento es un acto voluntario por el que consta una declaración de ciencia en el sentido de afirmar la paternidad (5). Ahora bien, sobre todo cuando la declaración se efectúa por escrito, puede revestir dos modos o formas diferentes que interesa separar.

La primera forma existirá cuando la declaración vaya dirigida a la exclusiva finalidad de constatar la paternidad o cuando, si se injerta en ella otra declaración, pueda considerarse la primera como declaración principal. La segunda forma se dará cuando la declaración vaya encaminada a constatar un hecho distinto, pero en la declaración se injerte incidentalmente, de pasada, una afirmación de paternidad. A falta de una terminología mejor, en el primer caso estamos ante los que podemos denominar reconocimientos directos; a los supuestos de la segunda modalidad los calificamos de reconocimientos incidentales.

Reconocimientos directos serán, por ejemplo, las declaraciones siguientes: "Reconozco que X. es hijo mío", "X. es mi hijo", "Bien sabes que soy tu padre, aunque no lo quieras". Reconocimientos incidentales son, en cambio, estas manifestaciones: "Instituyo heredero a mi hijo X.", "Siempre he cuidado de mi pobre hijo", "Tu padre no te olvida" (6).

(4 bis) La tesis del reconocimiento-admisión lleva forzosamente a la extraña conclusión de que el padre pueda declarar, incluso solemnemente, que alguien es su hijo natural, negándole al mismo tiempo la investidura de la cualidad de hijo natural. Esta posibilidad la admitió expresamente una Sentencia de la Casación italiana de 31 de julio de 1939: "Sobre la base de la indagación de la voluntad del declarante el juez, con libertad de apreciación, debe determinar si el padre ha querido declarar solamente la paternidad o si ha querido reconocer al hijo; como criterio general puede decirse que en la duda o hasta prueba en contrario, se debe considerar preferentemente que existe reconocimiento en vez de declaración de paternidad."

(5) Precisamente por la circunstancia de ser innecesaria la voluntad del padre de conferir al hijo el estado civil de la filiación natural, es indiferente que se califique o no al hijo en la declaración como tal hijo natural o, incluso, que, por un error de conceptualización jurídica, se le designe como hijo legítimo o ilegítimo no natural. Lo fundamental es sólo que se afirme la paternidad: la calificación jurídica de la filiación es algo que se hará *a posteriori* por la ley al margen de la voluntad de los particulares, en términos generales.

(6) Aunque nos referimos en el texto a los supuestos de reconocimientos escritos, en rigor, dentro de los actos constitutivos de la posesión de estado del art. 135, 1.º, podrían también distinguirse los actos "directos" de los actos

La distinción que propugnamos entre reconocimientos directos y reconocimientos incidentales está basada, desde luego, en la intención o finalidad del declarante. Pero no se crea, por ello, que es una distinción meramente subjetiva que obligaría a una interpretación imposible de la voluntad interna del agente. Al contrario, la intención de éste aparece plenamente objetivada y únicamente hay que atenerse a lo externamente declarado. Podría incluso decirse que la distinción alcanza rango gramatical: compruébese, en efecto, que si el verbo de la oración principal constata la paternidad, se tratará de un reconocimiento directo y, en cambio, si aquel verbo tiene otro significado, estaremos ante un reconocimiento incidental.

Interesa también destacar que para que exista reconocimiento directo no es preciso que aquél sea la única declaración del escrito en su conjunto, ni tampoco que esté contenido en una cláusula separada. Lo único necesario es que la manifestación pueda considerarse aislada y no subordinada a las que la rodean.

Para precisar más el alcance de la distinción propuesta, conviene exponer sus relaciones y diferencias con otros tipos de reconocimientos más generalizados en la doctrina.

a) *La distinción entre reconocimientos directos y reconocimientos incidentales no equivale a la existente entre reconocimientos-admisión y reconocimientos-confesión.*

Es evidente, desde luego, que los que llamamos reconocimientos incidentales pertenecen a la categoría reconocimiento-confesión, ya que en ellos no hay sino la afirmación escueta de la paternidad, sin poder presumirse voluntad alguna en el declarante de conferir un estado civil al hijo. A su vez, es también indudable que todo reconocimiento-admisión será también, forzosamente, reconocimiento directo, porque no parece posible expresar esa voluntad de conferir estado de una manera puramente marginal y subordinada a otras declaraciones.

Pero, en cambio, no todos los reconocimientos directos han de ser necesariamente reconocimientos-admisión. Basta pensar en cualquiera de los ejemplos que hemos indicado. Lo más que podría afirmarse es que —a diferencia de lo que ocurre con los incidentales— en los reconocimientos directos es más fácilmente presumible la existencia de la voluntad paterna de ser y tenerse por padre natural.

Resumiendo: el reconocimiento incidental es reconocimiento-confesión. El reconocimiento directo puede ser reconocimiento-admisión o reconocimiento-confesión.

“incidentales”. Ejemplo de los primeros sería el caso del padre que reúne a su familia para comunicarle que X es hijo suyo. Pero claro está que la mayoría de aquellos actos aisladamente considerados merecerán el calificativo de incidentales y que debido, sobre todo, al hecho de que la posesión ha de ser continuada la distinción no tiene trascendencia práctica alguna al no poder predicarse una diferencia de efectos entre ambas categorías.

b) *Tampoco equivale la distinción a la formulada entre reconocimientos expresos y reconocimientos no expresos.*

Estas dos últimas categorías han gozado en la doctrina española—seguramente por influjo del adverbio “expresamente” que utiliza el art. 135, 1.º, del C. c. y, también, como reacción contra nuestro Derecho histórico en que llegaron a admitirse reconocimientos de tipo conjetural— de un gran predicamento. Así, prácticamente, no hay autor que no indique que el reconocimiento debe ser expreso. Para nosotros, si por reconocimientos expresos entendemos lo que realmente deben ser: aquellos que contienen afirmaciones explícitas de la paternidad, nos parece indudable que tanto los reconocimientos directos como los incidentales pertenecen a la clase de los reconocimientos expresos y, más aún, que admitir reconocimientos no expresos supone en el plano lógico una *contradictio in terminis* o, dicho de otro modo, que la frase reconocimiento expreso en cierta manera implica una auténtica tautología. Más adelante tendremos ocasión de ocuparnos extensamente de la cuestión.

Pues bien, ante la posibilidad evidente de la existencia de reconocimientos incidentales, el problema concreto que nos planteamos en este trabajo es el siguiente: ¿Qué efectos debe producir el reconocimiento incidental? ¿Gozará de la misma eficacia que el reconocimiento directo? En una palabra, ¿cuál es el régimen jurídico, en nuestro Derecho positivo, de los reconocimientos incidentales? A estas preguntas intentaremos contestar en los epígrafes siguientes, distinguiendo dos casos: el reconocimiento incidental en escrito indubitado (art. 135, 1.º, C. c.) y el reconocimiento incidental en documento público (artículo 131 C. c.). Pero conviene antes ver qué postura adopta nuestra doctrina en esta materia (7).

III. REFERENCIA A LA DOCTRINA ESPAÑOLA

La doctrina patria se ha ocupado del reconocimiento incidental haciendo honor a este nombre: también de una manera verdaderamente incidental. Pero este desinterés obedece, como vamos a ver, a varias causas.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en nuestro Derecho histórico, el sistema instaurado por la ley XI de Toro, de acuerdo, al menos, con su interpretación doctrinal y, sobre todo, con una serie de resoluciones jurisprudenciales del siglo pasado, era de una extraordinaria amplitud y libertad en orden al reconocimiento de la filiación

(7) Por tratarse de una cuestión que enfocamos exclusivamente desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, hemos prescindido deliberadamente de toda referencia a legislación y doctrina extranjera. Téngase en cuenta, además, que el problema, por lo antes dicho, ha de resolverse no sólo a la luz del Derecho, sino también de la *Sociedad* española.

natural. Se llegó a entender, en efecto, que el reconocimiento podía probarse *por cualquier medio*, con lo que, si bien se investigaba el reconocimiento y no la paternidad, al no estar tasados los medios probatorios, se aproximaba el sistema al de la libre investigación de la paternidad, quedando desdibujada la voluntad del padre, fácilmente acreditable por testigos, por presunciones y, en fin, por medios no específicamente tasados, entre los que podía contar, claro está, el reconocimiento incidental. Resultaba, pues, lógico que con un sistema de este tipo el reconocimiento incidental ni tenía sustantividad propia ni planteaba problemas en relación con los reconocimientos directos. Y, al contrario, se comprende que en cualquier sistema opuesto, de tipo más o menos restrictivo y, sobre todo, cuando el reconocimiento asuma por ley un matiz formal, surjan inmediatamente cuestiones en orden a la procedencia y efectos del reconocimiento incidental.

Esto nos explica por qué García Goyena, con agudo sentido práctico, al comentar el Proyecto de Código civil de 1851 (en el que, como es sabido, se establecía un sistema absolutamente prohibitivo de la investigación tanto de la paternidad como de la maternidad, admitiéndose solamente el reconocimiento voluntario en documento público) se preocupa inmediatamente de aclarar el alcance de un posible reconocimiento incidental. Así, después de afirmar que el reconocimiento ha de ser expreso, añade textualmente que “puede hacerse por incidencia” y que “basta, pues, la simple indicación de hijo natural suyo que haga el testador en la persona del legatario” (8).

Por ello hubiera sido lógico que, al publicarse el Código civil, se hubiera preocupado nuestra doctrina de precisar los efectos del reconocimiento incidental y, sin embargo, no fue así. Los autores más inmediatos al Código se ocupan preferentemente de explicar el cambio que suponía aquél con relación al Derecho anterior, de exponer sus consideraciones sobre las implicaciones éticas de la investigación de la paternidad y, a lo sumo, de acentuar el aspecto voluntarista del reconocimiento en escrito indubitado del artículo 135, 1.º La única excepción a este silencio la constituye Manresa, quien se refiere al reconocimiento incidental tanto al tratar del artículo 131 como del 135.

Al comentar el primero, se adhiere al parecer de García Goyena, aunque no con mucha convicción. Escribe, en efecto, lo siguiente: “Los términos en que se haga el reconocimiento son indiferentes, y así, puede admitirse la opinión de Goyena, que, refiriéndose al artículo 124 del Proyecto de 1851, se mostraba favorable a que el reconocimiento pudiera hacerse por incidencia y en cualesquiera términos, *con tal que de ellos aparezca suficientemente la intención de hacerlo*” (9). Obsérvese la salvedad de este último inciso que, por cierto, no empleó García Goyena.

(8) García Goyena. “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”. Madrid, 1852. T. I, pág. 139.

(9) Manresa. “Comentarios al Código civil español”. 5.ª edición. Madrid, 1924. T. I, pág. 592.

Más adelante, al comentar el artículo 135, afirma que, por lo dispuesto en la base 5.^a, el reconocimiento en escrito privado no basta hacerlo por incidencia. “No llena, pues, este objeto —escribe— la manifestación que incidentalmente haga el padre de ser hijo natural suyo la persona a quien se refiera y mucho menos el dar a una persona el título y tratamiento de hijo en cartas familiares” (10). Pero tampoco está muy convencido el autor de esta conclusión, pues inmediatamente agrega: “Sin embargo, *en cada caso* decidirán los Tribunales, y cuando el escrito por sí solo no reconozca de un modo suficientemente expresivo la paternidad servirá de base para acreditar, en unión de otros datos, la posesión constante del estado de hijo a los efectos de este artículo y con arreglo a su número 2.^o”

También Angulo Laguna (11), al interpretar el artículo 135, 1.^o, sigue fielmente la opinión de Manresa de negar validez a los reconocimientos incidentales.

No conocemos ningún otro autor de la época que se ocupe específicamente de este tipo de reconocimiento. Y este mismo silencio continúa entre los tratadistas posteriores, con la sola excepción de Albaladejo, que, si bien bajo un enfoque a nuestro juicio equivocado al englobar la cuestión con la de los reconocimientos no expresos, no deja de aportar sugerencias positivas al problema. De su postura nos ocuparemos después ampliamente.

Es cierto que, con relación al reconocimiento incidental en escrito indubitado, el silencio de la doctrina tiene su justificación, en cuanto que, teniendo a la vista la evolución de la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 135, 1.^o, lógicamente sienta su postura desde este ángulo; y cuando, como es regla general, aboga por la interpretación declarativa del precepto, implícitamente admite la doctrina con ello la eficacia del reconocimiento incidental.

Del mismo modo pudiera decirse, en cuanto al reconocimiento incidental en documento público, que para aquel grupo de autores (De Buen, Pérez González, Royo Martínez, Lacruz, etc.) que defienden el carácter negocial, voluntarista, del reconocimiento formal, la cuestión del reconocimiento incidental está resuelta implícita y negativamente en cuanto que éste no puede tener ese carácter negocial. Pero obsérvese que, con tal conclusión, caeríamos en el método de inversión, propio de la jurisprudencia de conceptos, cuyas consecuencias funestas han señalado insistentemente en nuestra doctrina De Castro y Puig Brutau. En efecto, la naturaleza jurídica de una institución no debe constituir nunca un *prius* para resolver los casos prácticos de la realidad. Operando de ese modo se llega a un alejamiento total de las

(10) Obra citada, pág. 606. Véase, pues, que en oposición a la doctrina más reciente, a que hemos hecho referencia en la nota tercera, resultaría que para Manresa el reconocimiento del art. 131 tendría la naturaleza de reconocimiento-confesión y, en cambio, el del art. 135, 1.^o, la de reconocimiento-admisión.

(11) “Estudios sobre la condición jurídica de los hijos ilegítimos”. Madrid, 1906, pág. 105.

realidades sociales, a un exceso de abstracción al margen del juego de intereses que intenta regular el Derecho. El camino adecuado es, naturalmente, el opuesto: examinadas esas realidades y esos intereses en pugna deben deducirse los efectos jurídicos dentro de las normas positivas y concepciones sociales vigentes. Tras esto, la naturaleza jurídica aparecerá sólo como un *posterius*, para utilidad didáctica y comodidad del lenguaje técnico, pero sin que deba influir para nada en la operación primordial del Derecho: la determinación de los efectos jurídicos de un caso práctico.

IV. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL EN ESCRITO INDUBITADO (ART. 135, 1.º, C. c.)

El artículo 135 del Código civil dice así: “El padre está obligado a reconocer al hijo natural... 1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.” Pues bien, que el reconocimiento incidental cumple los requisitos de este precepto y, por tanto, que sin necesidad de que el escrito indubitado envuelva un reconocimiento directo, en todo caso de reconocimiento expreso (12) deben derivarse los efectos jurídicos previstos en la norma, es cuestión que ha de considerarse hoy definitivamente resuelta por obra de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo y a cuya solución se llega a través de la interpretación gramatical, lógica e histórica del precepto.

a) *Interpretación gramatical.*

La afirmación incidental de la paternidad constituye reconocimiento expreso, lo mismo que la afirmación directa. La distinción entre reconocimientos directos e incidentales no escriba en que los primeros sean expresos y los segundos no, sino sólo en que, como antes apuntamos, es más fácil en los primeros que en los segundos presumir la voluntad del padre de conferir al hijo el estado civil de la filiación natural. Pero esta voluntad no viene exigida gramaticalmente por la norma.

b) *Interpretación lógica.*

Si nos detenemos a pensar en los supuestos en que pueda tener aplicación el precepto, en seguida comprobaremos que no imaginamos sino casos de reconocimientos incidentales: cartas, fotografías con dedicatoria, diarios, etc., en los que en una manifestación cualquiera,

(12) En el caso de que no exista reconocimiento expreso o, mejor dicho, de que no exista reconocimiento, la única solución será la ya indicada por Manresa (vid. nota 10) de considerar el escrito como uno de los elementos integrantes de la posesión de estado a efectos del número 2.º del mismo artículo.

dirigida a finalidad distinta, se injerta la afirmación por incidencia de la paternidad. No es fácilmente imaginable, en cambio, un escrito privado del padre dirigido primordialmente a constatar su paternidad. Y si repasamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo llegamos igualmente a idéntica conclusión. En efecto, la inmensa mayoría de los casos resueltos se han referido a reconocimientos incidentales y solamente en algún supuesto excepcional, como el contenido en la Sentencia de 10 de julio de 1894, a reconocimientos directos (13).

Si esto es así, es indudable que entender el artículo 135, 1.º, reduciendo su ámbito de aplicación a un campo limitadísimo y excluyendo los supuestos de hecho más frecuentes en la práctica, supone seguir una interpretación ilógica, absurda y antisocial, no justificada tampoco por los términos literales de la norma, ni mucho menos por las ideas sociales vigentes.

c) Interpretación histórica.

Para comprender el verdadero sentido del artículo 135 del Código es preciso tener en cuenta sus precedentes históricos.

El concepto de hijos naturales que las Partidas habían tomado del Derecho romano, considerando como tales los habidos de concubina, no se compaginaba con la evolución de las ideas sociales y suponía un perjuicio para la mayoría de los hijos extramatrimoniales que, no hallándose en esa situación, carecían de toda protección jurídica. Por ello las Leyes de Toro se vieron obligadas a ampliar el concepto de los hijos naturales. La Ley 11 dice textualmente: "E porque no se pueda dubdar cuales son fijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se digan ser los fijos naturales, quando al tiempo que nasieren o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación, *con tanto que el padre lo reconozca por su fijo*, puesto que no haya tenido la muger de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola, ca concurriendo en el fijo las calidades susodichas, mandamos que sea fijo natural."

Tenemos, pues, que esta Ley introdujo en nuestro Derecho el reconocimiento de la filiación. Pero la Ley calla sobre la forma del reconocimiento y sobre los medios de prueba del mismo. Ambas cuestiones fueron resueltas con gran amplitud por los comentaristas (14). Se admitió así el reconocimiento expreso y el tácito y que su existencia

(13) Se trataba de una anotación de puño y letra del padre con todas las circunstancias del nacimiento, nombre y apellido del hijo, en un libro particular destinado a inscripciones análogas de otros hijos y asuntos familiares.

(14) Pueden consultarse: Antonio Gómez, "Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri". Salamanca, 1560. Fol. 41, y Diego del Castillo, "Utilis et aurea glosa ... super leges Tauri". Medina del Campo, 1553, que en el fol. 71 afirma "non solum verbo potest quis in filium recognosci, sed etiam signis".

podiera probarse por cualquier medio, incluso por la prueba de presunciones (reconocimiento conjetural).

Este mismo criterio amplio pervive entre los autores de nuestro siglo XIX. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, Sala (15) y Gutiérrez (16), quien afirma: "El reconocimiento es siempre indispensable; mas la ley no exige que sea expreso, ni lo exigía otra alguna... Basta que el reconocimiento sea tácito, porque en el derecho son de igual condición, cuando éste no distingue lo tácito y lo expreso; y no puede por lo mismo haber duda de que en falta de reconocimiento expreso, ya verbal, ya escrito, no hay infracción de dicha ley, por reputarse suficiente el tácito." Y este mismo criterio amplio fue el acogido sin vacilaciones por una larga serie de Sentencias del Tribunal Supremo (17).

Así se comprende la dificultad de la tarea con que se enfrentaban los redactores de nuestro Código civil. Tenían que elegir o compaginar criterios totalmente diversos entre sí. De un lado, el criterio abierto del Derecho histórico y del Derecho vigente en aquel momento. De otro, el criterio restrictivo dominante en la doctrina científica por influjo del Código francés y que, aún con mayor rigor, al prohibir en absoluto toda investigación de la paternidad y de la maternidad y admitir únicamente el reconocimiento formal, inspiraba los artículos 124 y 127 del Proyecto de 1851. Y tampoco hay que olvidar la influencia, agudamente observada por Royo Martínez (18), debida a la instauración del Registro civil en España en 1870 que obligaba a admitir sólo la inscribibilidad de los reconocimientos que constaran en forma auténtica.

Ante influjos tan dispares es natural que los redactores de nuestro Código se decidieran por un sistema intermedio o de conciliación. Recuérdese que la Base 1.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888 indica que el Proyecto de 1851 debía tomarse como punto de partida, pero sólo

(15) Ilustración al Derecho Real de España. Madrid, 1820. 2.^a ed., t. I, pág. 223.

(16) Código o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. 3.^a ed. Madrid, 1871. T. I, pág. 639.

(17) Las de 8 de octubre de 1853, 13 de junio de 1863, 25 de enero, 2 de marzo, 4 y 20 de abril, 30 de junio, 16 de septiembre y 9 de octubre de 1865, 18 de marzo de 1873, 14 de octubre de 1875, 12 de junio de 1885, etc. Pero no puede llegar a afirmarse, como parecen hacer Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (ob. citada, pág. 404), que en nuestro Derecho se llegara a una verdadera investigación de la paternidad en contra, incluso, de la voluntad del padre. Lo que se investigaba en esas sentencias era si había habido o no reconocimiento paterno, cualquiera que fuere la forma de éste, pudiendo acreditarse su existencia por presunciones o conjeturas. Cierto que admitir estos reconocimientos conjeturales supone, en la práctica, un acercamiento al sistema de libre investigación de la paternidad, pero no pueden confundirse en teoría ambas soluciones, en cuanto que en la primera se respeta y en la segunda se prescinde de la voluntad del padre. Gutiérrez (ob. cit., pág. 654) cita en apoyo de su tesis de que el reconocimiento es indispensable y *personalísimo* las Sentencias de 10 de julio de 1846 y 23 de junio de 1858.

(18) Ob. cit., pág. 270.

“en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio”. Y a aquella finalidad de procurar implantar un sistema intermedio obedece la redacción de la Base 5.^a de la misma Ley, cuyo primer párrafo dice así: “No se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado.” Prescindiendo de la incorrección técnica que supone considerar como supuestos de investigación de la paternidad los casos del escrito del padre y de la posesión de estado, en los que sólo hay investigación de un reconocimiento previo, la cuestión fundamental que interesa resolver es la de precisar qué modificaciones pretendían introducir los redactores de la Base en el Derecho vigente o, en otras palabras, qué tipo de sistema intermedio propugnaban.

Para nosotros está suficientemente claro que lo que se proponía esta Base era respetar el Derecho histórico en el sentido de admitir tanto el reconocimiento expreso (escrito del padre) como el tácito (posesión de estado), pero, en cambio, impedir que de un escrito paterno pudiera deducirse, a través de su interpretación y por medio de presunciones, la existencia de un reconocimiento no declarado explícitamente, es decir, proscribir los reconocimientos conjeturales. Y es que este era el punto que preocupaba, sobre todos, a la doctrina de la época, que ponía de relieve las injusticias y peligro de abusos a que daban origen los llamados reconocimientos por conjeturas (19). Y, desde luego, una vez publicado el Código, todos los autores insisten en destacar el cambio que implicaba el artículo 135 con relación al antiguo Derecho.

Ahora bien, si esta era, a nuestro juicio, la finalidad que perseguía la Base 5.^a, hay que reconocer que su dicción literal iba bastante más allá de sus propósitos, pues no sólo excluía los reconocimientos conjeturales, sino también los que hemos llamado incidentales. Exigir, en efecto, una voluntad deliberadamente expresada con el fin de reconocer equivale a circunscribir la validez del reconocimiento a la esfera de los reconocimientos directos y rechazar aquellos otros, los incidentales, en que la declaración persigue otro fin, aunque a ella se incorpore una afirmación de la paternidad.

Creemos que esto explica suficientemente el cambio de redacción luego operado en el artículo 135. Los redactores del articulado se encontraron con un texto que quería suprimir los reconocimientos por conjeturas, pero que, a la vez, acababa con los reconocimientos por incidencia. Forzosamente debieron constatar que en la inmensa mayoría de escritos privados sólo existían reconocimientos de esta última clase y, no queriendo excluirlos, redactaron el artículo de tal modo que, persistiendo la eliminación de los reconocimientos conjeturales o

(19) Vid. por todos Gutiérrez, ob. cit., pág. 654. Al comentar el Proyecto de 1851, escribe textualmente: “De desear es ciertamente una disposición concreta que cierre la puerta a las presunciones y a las conjeturas.”

presuntos, no alcanzara a los incidentales. La expresión resultante: "cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad" cumple fielmente la finalidad propuesta.

Se nos objetará posiblemente que este intento de explicación del cambio de redacción entre la Base 5.^a y el artículo 135 no deja de ser una hipótesis sin posible comprobación. Ciertamente es, pero esta hipótesis viene avalada por una circunstancia que interesa destacar: necesariamente los redactores del Código debieron tener constantemente a la vista el texto de las *Concordancias* de García Goyena que, como antes dijimos, interpretaba el artículo 124 del Proyecto de 1851 en sentido favorable a la admisión del reconocimiento incidental, y tenemos también que el cambio de redacción entre la Base y el Código es un hecho que lógicamente a algún motivo debe responder. Así no parece aventurado concluir que tal cambio de redacción obedeció al influjo de un precedente tan autorizado (20).

Interpretar, por tanto, el artículo 135 de acuerdo con la Base 5.^a, como hicieron en principio la doctrina y la jurisprudencia, es un procedimiento equivocado que, afortunadamente, hoy debe considerarse superado. La doctrina más reciente (21) se muestra concorde en dar trascendencia a aquel cambio de redacción, aunque sin llegar a profundizar en sus causas.

d) *Jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

Esta última orientación doctrinal es la acogida por las Sentencias más recientes del Tribunal Supremo, estableciendo un criterio que es de esperar no ofrezca ya las fluctuaciones e indecisiones que han jalonado el curso de la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 135 del C. c. La evolución de la interpretación voluntarista a la interpretación declarativa en la época republicana, la vuelta a la primera orientación y las indecisiones posteriores son material de que se nutren todas las exposiciones doctrinales sobre la materia y que, por demasiado

(20) Creemos, por el contrario, que la supresión de la palabra "voluntad" en el art. 135 ha sido una consecuencia fortuita de la necesidad de recoger el reconocimiento incidental. Y, por tanto, que aquella supresión no puede constituir argumento en contra ni a favor de la tesis del reconocimiento-admisión. Esta cuestión, es decir, la dicotomía reconocimiento-admisión y reconocimiento-confesión, era algo totalmente ajeno a la doctrina española de la época y a los redactores del Código, cuyos problemas, de muy distinta índole, eran los expuestos en el texto.

En todo caso, como apunta Albaladejo (ob. cit., pág. 28), la voluntad de que se habla en la Base 5.^a "no debe tomarse en el sentido de que se exigiese una declaración de voluntad —de conferir estado—, sino que simplemente alude a la voluntad de declarar la paternidad (voluntad de declarar y no declaración de voluntad)".

(21) Albaladejo, ob. cit., págs. 28 y 62. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, ob. cit., pág. 405. Peré Raluy, Derecho del Registro Civil. Aguilar. Madrid, 1962. T. I, pág. 443.

conocido, nos excusamos de repetir aquí (22). Basta, a nuestro propósito, destacar cómo las Sentencias de 16 de mayo de 1963 y 24 de febrero de 1966, confirmando un criterio esbozado ya en las de 25 de mayo de 1945, 2 de marzo de 1955, 24 de mayo de 1956 y 29 de noviembre de 1958, manifiestan explícitamente el abandono de la antigua interpretación restrictiva y la adopción de la interpretación declarativa del artículo 135, poniendo de relieve la discrepancia entre este artículo y la Base 5.^a y justificando el criterio abierto en "las ideas sociales imperantes".

Con ello parece que la cuestión tratada queda zanjada también en la práctica: al no exigirse una voluntad específica del padre, es claro que el reconocimiento incidental efectuado en escrito privado debe recibir el mismo tratamiento jurídico que el reconocimiento directo. Y con vistas al problema que vamos a examinar a continuación, nos interesa destacar cómo la palabra "expresamente" del artículo 135 no ha constituido obstáculo, en la doctrina y jurisprudencia más recientes, para la eficacia del reconocimiento incidental que no, por esta característica, deja de ser explícito (23).

V. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL EN DOCUMENTO PÚBLICO (ART. 131 C. c.)

Entramos ahora en el examen de la cuestión crucial de nuestro estudio y que ha dado origen al mismo. El artículo 131 del C. c. dice así: "El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público." El reconocimiento directo, tanto de indole negocial como confesoria, entra desde luego, según antes dijimos, en la órbita del precepto, pero ¿*quid* el incidental? ¿Qué eficacia tendrá un reconocimiento de esta naturaleza efectuado en documento público?

Obsérvese que la cuestión no es meramente teórica, sino de indudable trascendencia práctica, pues el supuesto de hecho se da con bastante frecuencia en la vida real. Porque si, desde luego, cuando pensamos en el reconocimiento del artículo 131 nos imaginamos al padre que acude al notario o a otro fedatario con la finalidad exclusiva o principal de reconocer a su hijo, dando lugar al otorgamiento de un instrumento en el que constará un reconocimiento directo (incluso un reconocimiento-admisión), junto a este caso normal puede suceder que la finalidad del otorgamiento sea completamente distinta, pero que, por

(22) Vid. últimamente Ferrer Martín, "Sistema actual español para determinar la filiación". A. D. C., 1967, pág. 269.

(23) El mantenimiento del adverbio "expresamente", que, en rigor, constituye una redundancia innecesaria, no deja de ser útil, al menos para la comprensión histórica del precepto, en cuanto que, de un lado, sirve para aclarar la abolición de los reconocimientos por conjeturas, y de otro, para recordar la distinción entre reconocimiento "expreso" (núm. 1.º) y "tácito" (núm. 2.º), de tanto abolengo entre nuestros autores.

exigencia lógica de su contenido, sea necesario en un determinado momento de la redacción afirmar de pasada la paternidad. Así, el padre que al otorgar testamento y para instituir herederos a sus hijos manifiesta previamente quiénes son éstos, omitiendo por ignorancia de su conveniencia, o por cualquier otra causa, efectuar un reconocimiento directo o el padre que otorga escritura de licencia para el matrimonio de un hijo suyo menor de edad, etc. (24).

1) NUESTRA POSTURA

En teoría, dos son las posibles soluciones al problema propuesto: 1.^a Entender que el reconocimiento incidental llena todos los requisitos exigidos por el artículo 131 y, en consecuencia, que debe recibir el mismo tratamiento que el reconocimiento directo; y 2.^a Entender que tal tipo de reconocimiento no cumple todas las condiciones exigidas por el espíritu del precepto y, por tanto, que no puede producir otros efectos que los propios de un reconocimiento en escrito indubitado del artículo 135, 1.º, C. c., siempre que se den los requisitos de este último (25).

Debe observarse, ante todo, que aplicar una u otra solución conduce a resultados prácticos totalmente diversos. En efecto, si se sigue el primer criterio, ocurrirá que la inscripción del reconocimiento en el Registro Civil (necesaria para su eficacia) podrá ser solicitada por cualquier persona a que se refiera el hecho inscribible, sus herederos o, incluso, el Ministerio Fiscal (art. 24 L. R. C.), sin necesidad, en principio, de promover acción judicial ni expediente gubernativo específico de ninguna clase. Por el contrario, si nos decidimos por la segunda solución, la inscripción del reconocimiento en el Registro Civil sólo podrá lograrse por estos dos procedimientos: u obteniendo sentencia favorable recaída en el oportuno juicio ordinario de mayor cuantía (arts. 135 C. c. y 483 LEC), promovido por el propio hijo presunto (26) y dentro de los plazos que señala el artículo 137 del C. c.; o bien, consiguiendo resolución estimatoria en el expediente gubernativo introducido por el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el

(24) Los supuestos de hecho podrían repetirse hasta el infinito dentro de la lista de documentos públicos aptos para el reconocimiento que señala el art. 185 del R. R. C. Únicamente es difícilmente concebible la posibilidad de injertar un reconocimiento incidental en documentos otorgados ante los propios encargados de los Registros civiles (actas de nacimiento, de matrimonio de los padres...) y, al contrario, será muy frecuente en los testamentos. En todo caso, así como el reconocimiento directo constará en la parte dispositiva del instrumento, el incidental, por regla general, irá relegado a la exposición.

(25) Si se sustenta la segunda opinión, parece claro que la exigencia de la autografía total del escrito indubitado (condición criticada por la doctrina, pero exigida por el T. S. en Ss. de 8 de junio de 1929, 30 de junio de 1958, 7 de noviembre de 1961...), no debe estimarse necesaria para este caso particular de conversión formal. Dudoso es si se podrá prescindir de la firma del reconocedor: un argumento en contrario podría extraerse del art. 1.223 C. c.

(26) Sobre la cuestión de si los descendientes del hijo premuerto pueden promover la acción, vid. Albaladejo, ob. cit., pág. 157.

cual, si bien puede ser promovido por toda persona que tenga interés legítimo o su representante legal y en cualquier tiempo (artículo 188 R. R. C.) (27), requiere que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, pues si la hay, es forzoso acudir al procedimiento ordinario (artículo 49 L. R. C.).

De las dos posibles soluciones apuntadas nos decidimos rotundamente por la primera de ellas, la cual puede fundamentarse en una doble argumentación: positiva, a través de la aplicación de los diversos elementos interpretativos, y negativa: mediante la refutación de posibles razones en contra.

a) *Interpretación gramatical.*

Desde este punto de vista, es muy claro que el reconocimiento incidental no tiene por qué ser excluido del ámbito de aplicación del artículo 131. El reconocimiento incidental no deja de ser un verdadero reconocimiento, y si consta en documento público cumple literalmente los requisitos exigidos por el precepto.

b) *Interpretación lógica.*

Las ideas sociales imperantes tienden a favorecer, por imperativos de justicia, la constancia de la filiación natural, según hemos puesto antes de relieve. Si excluimos de la aplicación del artículo 131 al reconocimiento incidental, puede fácilmente suceder que el hijo natural no tenga medios hábiles para lograr la constancia de su estado civil, al no poder acudir al juicio ordinario en base del artículo 135, 1.º, porque, por ejemplo, hayan transcurrido los plazos del artículo 137, ni tampoco al expediente del artículo 49 de la L. R. C., porque se sepa va a haber oposición de algún interesado. Existiendo verdadero reconocimiento y constando éste de forma auténtica, ¿por qué razón lógica debe dejarse sin aplicación el artículo 131 del C. c. y en la indefensión más absoluta al hijo natural? La contestación afirmativa resulta totalmente injusta a los ojos de la sociedad actual.

A este orden de ideas deben sumarse todos los argumentos a favor del reconocimiento-confesión en general, a que hemos hecho referencia en la primera parte de este trabajo.

c) *Interpretación histórica.*

El precedente inmediato del artículo 131 lo constituye el artículo 124 del Proyecto de Código civil de 1851, y este último precepto,

(27) Las Resoluciones de la Dirección General de 20 de febrero de 1962, 8 de octubre de 1964, 12 de septiembre y 2 de octubre de 1967 han declarado inaplicables a este expediente los plazos contenidos en el art. 137 del C. c.

según testimonio directo de su principal autor, García Goyena, comprendía también el reconocimiento incidental (28).

d) *Interpretación sistemática.*

La confrontación del artículo 131 con el 135, 1.º, es útil a estos efectos. Confrontación justificada si partimos, con Albaladejo (29), del hecho de que el contenido del reconocimiento formal del artículo 131 y del escrito indubitado del artículo 135, 1.º, son idénticos: una declaración confesoria de la paternidad, por lo que es lícito y oportuno interpretar el primero de ellos por el segundo.

Pues bien, según hemos comprobado, la primordial razón que adujo la doctrina y la jurisprudencia para excluir el reconocimiento incidental del artículo 135, 1.º, fue el adverbio “expresamente” que utiliza este precepto, entendido conforme a su precedente inmediato de la Base 5.ª. Razón, por lo demás, que ni siquiera se ha mostrado decisiva ante el giro doctrinal y jurisprudencial expuesto. Pero es el caso que el artículo 131 ni emplea la palabra “expresamente”, ni está fundado en Base alguna de índole voluntarista: por tanto, ni sirve esta razón para excluir el reconocimiento incidental del artículo 131, ni, aunque pudiera aducirse, debería ser tomada en consideración.

2) REFUTACIÓN DE POSIBLES OBJECIONES

Con la argumentación expuesta podríamos considerar suficientemente resuelta la cuestión, pero nos ha parecido conveniente completarla, indicando algunas presumibles objeciones a nuestra tesis y tratando de refutarlas. Veámoslas (30):

a) *El reconocimiento en documento público debe ser expreso y el reconocimiento incidental siempre, o al menos en ciertos casos, no tiene este carácter.*

Para rechazar este argumento —que nos va a servir de paso para precisar el concepto de reconocimiento expreso— vamos a servirnos de la exposición de Albaladejo (31). Comienza este autor señalando que la doctrina española general afirma que el reconocimiento ha de ser expreso, indicando cómo, con ello, el Código se aparta del Derecho anterior. Pero observa cómo este requisito lo exige solamente el Código

(28) Vid. *supra* nota 8.

(29) Ob. cit., pág. 27.

(30) Insistimos en que no nos preocupamos de la argumentación contraria que pudiera extraerse de la pretendida naturaleza negocial del reconocimiento, tanto porque no estimamos este procedimiento válido en sí, cuanto por implicar una cuestión más general que hemos considerado resuelta *a priori* a favor del reconocimiento-confesión.

(31) Ob. cit., págs. 59 a 65, que extractamos en el texto.

civil en el artículo 135, 1.º y se pregunta hasta qué punto debe estimarse también necesario en el artículo 131, pues el que éste regule el reconocimiento formal no implica por sí solo que exija un reconocimiento expreso. No obstante, partiendo de la base de que si en el artículo 135, 1.º, no hay —para él— verdadero reconocimiento, sí hay, al menos, el contenido de un reconocimiento: una declaración de ciencia, concluye que, por analogía, debe exigirse la misma condición de expreso para la declaración de ciencia regulada en el artículo 131, cuya diferencia con el 135, 1.º, no es de contenido sino de forma.

Pero se pregunta, ¿qué significa que una declaración deba ser expresa? Para responder a ello, indica varios ejemplos: “A instituye heredero a C afirmando que es su nieto. El padre de C es hijo legítimo de M y de N, y su madre, B, es hija de padres desconocidos. La afirmación de A es, pues, afirmación implícita de ser padre de B.

A instituye herederos a todos los hijos naturales reconocidos (entre los cuales está B) por la madre D, excluyendo sólo a C, el cual A afirma excluirlo por no ser hijo *suyo*.

A instituye heredero a B, añadiendo que a sus otros hijos C y D los instituye, asimismo, herederos.

A instituye heredero a B, y al designarlo confiesa incidentalmente, o *ad demonstrationem*, ser su padre.

A en una cláusula de su testamento dice: “Reconozco como hijo mío a B”. En todos los casos anteriores —aclara Albaladejo— se exterioriza que A es padre de B. Exteriorización que A realiza consciente y voluntariamente. Pero no en todos se puede decir siempre que haya una declaración expresa de A de ser padre de B” (32).

Continúa el autor indicando que es preciso sentar un criterio de diferenciación entre las declaraciones expresas y no expresas; y recogiendo ideas de Cariota-Ferrara y de Betti, señala que este criterio puede ser objetivo o subjetivo: “Según el criterio objetivo declaración expresa es aquella realizada con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar lo que resulta exteriorizado. Declaración no expresa es la que consiste en un comportamiento que, sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar lo interno, lo exterioriza, sin embargo.

Según el criterio subjetivo declaración expresa es la realizada por el declarante precisamente con el fin de exteriorizar lo declarado. Declaración no expresa sería, pues, la que, aun utilizando medios que por su naturaleza están destinados a declarar, exterioriza algo a cuya exteriorización no iba encaminada la declaración”.

(32) Obsérvese que de los cinco casos que presenta el autor, sólo constituyen reconocimientos incidentales el tercero y el cuarto. El quinto es un reconocimiento directo. Y los dos primeros son reconocimientos conjeturales en que a la afirmación de paternidad sólo puede llegarse a través de una presunción más o menos fundada (poco fundada en el primer ejemplo, en el que, a lo mejor, A se refería a ser padre real de C, en lugar del padre legítimo M; más fundamentada, pero presunción al fin y al cabo, en el segundo ejemplo).

Señala, a continuación, como posibles argumentos a favor del criterio subjetivo: que el artículo 135, 1.º debe interpretarse de acuerdo con la base 5.ª y que éste fue el criterio de la primera etapa jurisprudencial restrictiva del artículo 135, 1.º; y como argumentos a favor del criterio objetivo: ser el más seguro por no requerir investigación sobre el fin propuesto por el declarante; la discrepancia entre el artículo 135, 1.º y la base 5.ª; que la finalidad de tales normas fue concluir con el sentido excesivamente amplio de la jurisprudencia antigua y, finalmente, la segunda etapa, declarativa, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Naturalmente que Albaladejo, por estas últimas razones, se inclina en favor del criterio objetivo y concluye: "Basta para que haya reconocimiento la existencia de una libre voluntad de declarar la paternidad (voluntad entendida en el sentido de conocimiento de verificar una declaración de paternidad) y la existencia de una declaración de paternidad *explícita*, aunque no vaya encaminada precisa y exclusivamente a poner de manifiesto tal paternidad.

Y, de cualquier manera, pensamos que, aun si se exige una declaración de paternidad verificada expresamente (en sentido subjetivo) para reconocer, se debe sostener que toda afirmación explícita de paternidad debe presumirse hecha con ánimo de reconocer".

Hasta aquí la exposición de Albaladejo. Desde luego, estamos conformes con el resultado práctico a que llega este autor, al admitir claramente la validez del reconocimiento incidental, pero nos parece que el camino para llegar a ese resultado adolece de cierta oscuridad y confusión, causados por un defectuoso planteamiento del problema. Parte el autor, en efecto, de la necesidad de sentar un criterio de diferenciación entre las declaraciones expresas y las declaraciones no expresas y señala los dos posibles criterios subjetivo y objetivo que hemos transcrito.

Ahora bien, ocurre que el criterio subjetivo no distingue las declaraciones expresas de las no expresas, *sino las expresas directamente de las expresas incidentalmente: los reconocimientos directos de los reconocimientos incidentales*. De modo que el criterio subjetivo no cumple su objetivo de diferenciación y en todo caso debe ser rechazado, no sólo por las razones que aduce Albaladejo, sino fundamentalmente porque, si se parte de la tesis del reconocimiento-confesión, admitir un criterio distintivo basado en la intención del declarante, supone injertar en el acto un grado de voluntad incompatible con su naturaleza.

Y, ¿*quid* el criterio objetivo? Según este criterio indica Albaladejo que "declaración no expresa es la que consiste en un comportamiento que, sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar lo interno, lo exterioriza, sin embargo". Pero se nos ocurre preguntar, ¿un comportamiento es una declaración? La referencia a un comportamiento da a entender, más bien, que el autor está aludiendo al reconocimiento tácito, pero lo cierto es que las razones que se dan a continua-

ción en pro del criterio objetivo parecen encaminarse preferentemente a la exclusión del reconocimiento presunto.

Todo esto demuestra un defecto de planteamiento en la cuestión; defecto consistente, a nuestro juicio, en el hecho de que el término "reconocimiento no expreso", aparte de constituir, como indicábamos antes, una expresión contradictoria en el plano lógico, carece de univocidad, pues con él puede hacerse relación a situaciones totalmente diversas que es preciso deslindar previamente. Para dar luz al problema hay que partir del postulado de que el reconocimiento escrito es una afirmación de la paternidad; y una afirmación existe o no existe: no hay término medio. Si existe, estamos ante un reconocimiento, al que si le añadimos la coletilla de "expreso" no será sin incurrir en una redundancia, cuya utilidad única estribará en servirnos de término de comparación, pero sin que el calificativo añada de por sí ninguna cualidad más al sustantivo. Si no hay tal afirmación estaremos entonces, no ante un reconocimiento no expreso, sino ante un *no reconocimiento*.

Ahora bien, puede ocurrir que la Ley pueda permitir, en ciertos casos de *no reconocimiento*, que el Juez, apoyado en la interpretación del contexto del escrito por medio de presunciones o conjeturas, llegue a declarar que ha existido la voluntad del padre de afirmar su paternidad y atribuir a la misma idénticos efectos jurídicos a los de un verdadero reconocimiento. Nos hallamos entonces ante un reconocimiento presunto o conjetural, cuya posibilidad debe ser descartada de nuestro Código, tanto en el caso del artículo 131 como en el del artículo 135, 1.º, por exigencia del término "expresamente" de este último precepto, interpretado teleológicamente a la luz del Derecho histórico.

Y queda otra posibilidad: que el padre no haya emitido declaración alguna por escrito, pero que su conducta con relación al hijo sea de tal naturaleza que de ella pueda inferirse su íntimo convencimiento de ser padre o, incluso, su voluntad de comportarse como padre natural. Cuando la Ley da virtualidad a estos *facta concludentia* del padre, permitiendo en su base conferir al hijo natural el estado civil propio, nos encontramos con el llamado reconocimiento tácito, cuyo ámbito de aplicación está limitado en nuestro Código al supuesto del artículo 135, 2.º (33).

(33) Para una más completa exposición sobre estos tres términos: "expreso", "tácito" y "presunto", pueden consultarse útilmente los siguientes estudios de Vallet de Goytisolo: "Notas para la interpretación del art. 783, párr. 1.º, y 785 núm. 1.º, del Código civil". A. D. C. 1961, pág. 156. Y "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición". A. A. M. N., t. VIII, 1954, págs. 15 y ss. y 139 y ss., especialmente.

De las tres acepciones del vocablo tácito que indica este autor: secreto, expresado por hechos concluyentes y expresado con palabras, pero sin expresión formal, es claro que la posesión de estado engloba estas dos últimas acepciones y que, en cambio, un reconocimiento *escrito* no puede nunca incluir ninguna de ellas.

b) *El reconocimiento incidental puede exceder de las funciones autenticadoras atribuidas al autorizante.*

Dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1965 y 27 de septiembre de 1966, han utilizado este argumento para negar la eficacia de unos reconocimientos incidentales contenidos en documento público. Se trataba de unos documentos de licencia para contraer matrimonio, autorizados por Párroco con arreglo al artículo 48 del Código civil, en los que el progenitor otorgante, como presupuesto previo para la concesión de la licencia, calificaba de hijo suyo al menor de edad. El Tribunal Supremo, recalcando la palabra "competente" que utiliza el artículo 1.216 del C. c., estimó, en síntesis, que el Párroco o No.ario eclesiástico del artículo 48 tiene competencia para autorizar la licencia, pero no para autenticar el reconocimiento, regido por el artículo 131.

Oportunamente nos hemos ocupado de mostrar nuestra disconformidad con la argumentación del Tribunal Supremo (34). Basta ahora a nuestro propósito constatar cómo, aunque se estimen convincentes las razones de dichas sentencias, ello no obsta nada para la validez y eficacia del reconocimiento incidental en general, pues si en esos casos se le negó virtualidad, no fue por el hecho de ser incidental, sino por otros motivos. Y de ningún modo puede utilizarse la argumentación de las Sentencias para rechazar la eficacia de los reconocimientos incidentales contenidos en documento público notarial: supuesto, evidentemente, mucho más frecuente.

c) *El reconocimiento incidental puede ser incompleto.*

De una opinión doctrinal, combinada con la interpretación finalista de los artículos 131 y 135, 1.º podría extraerse el siguiente argumento contrario a nuestra tesis. La introducción del artículo 131 del Código civil obedece fundamentalmente a la implantación del Registro Civil en 1870 (35), con la consiguiente necesidad de documentación auténtica para que pueda tener acceso el reconocimiento a los libros del Registro. Si esto es así, puede pensarse que el artículo 131 está previsto para aquellos casos en que el reconocimiento es completo, en el sentido de reunir todos los requisitos necesarios para la inscripción en el Registro Civil. A su vez, el artículo 135, 1.º, se refiere a un supuesto en el que falta una condición fundamental para la inscripción, cual es la documentación pública, condición que únicamente puede suplirse a través de una sentencia. Puede, pues, interpretarse que todos aquellos reconocimientos que, aun constante en documento público, no sean inmediatamente inscribibles deben caer bajo el ámbito del artículo 135, 1.º. Y como el reconocimiento incidental, por su natural

(34) Vid. nuestro comentario a la sentencia últimamente citada en A. D. C. 1967, pág. 600.

(35) Este es el parecer de Royo Martínez Ob. cit., pág. 270.

esquematismo, será frecuente no reúna los requisitos necesarios para la inscripción, debe igualmente ser excluido del campo finalista de aplicación del artículo 131.

Este argumento —que nos va a servir de enlace con el epígrafe siguiente, donde trataremos de la inscripción del reconocimiento incidental— parece, a primera vista, dotado de bastante fuerza. Pero para desvirtuarlo bastan estas dos consideraciones: 1.^a) Que, del mismo modo que en el argumento anterior, si por éste rechazamos la eficacia del reconocimiento será, no por ser incidental, sino por ser incompleto, que son cosas distintas. Únicamente si el reconocimiento incidental, por naturaleza, fuera siempre y forzosamente incompleto, tendría valor la argumentación. Pero esto no es completamente cierto, como inmediatamente veremos. 2.^a) Que muchos de los requisitos necesarios para la inscripción, como la capacidad del reconocedor, la aprobación judicial o el consentimiento del hijo, puede perfectamente suceder que no consten en el documento público que contenga un reconocimiento directo (o un reconocimiento-admisión, si se quiere) y no por ello hay que entender que estos casos se rigen por el artículo 135, 1.^a. La inscripción en el Registro Civil es realmente cuestión ajena al artículo 131, que se limita a exigir unos requisitos de validez, que puede cumplir perfectamente el reconocimiento incidental. Y, por ello, aunque falten en éste extremos imprescindibles para la inscripción y sea preciso, como último recurso, acreditar su existencia ejercitando la acción correspondiente en el juicio ordinario de mayor cuantía, esta acción estará basada en el derecho concedido al hijo por el artículo 131 y no en el que le confiere el artículo 135, 1.^o, con la importante consecuencia de que los plazos de caducidad del artículo 137 no se aplicarán a la acción ejercitada (36).

3) EFICACIA DEL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL: SU INSCRIBIBILIDAD

Los efectos del reconocimiento incidental en documento público, como los del reconocimiento directo, se hallan íntimamente ligados a la inscripción del acto en el Registro Civil. Pues si la inscripción en el Registro no llega a tener valor constitutivo, en cuanto que el acto preexiste jurídicamente a la inscripción, sí tiene una eficacia legitimadora y probatoria extraordinaria respecto del hecho inscrito, al constituir medio de prueba monopolístico y excluyente de cualquier otro en cuanto a aquél. El artículo 2.^o de la L. R. C., desarrollando lo que ya disponía el artículo 327 del C. c., establece, en efecto, ese valor probatorio absoluto de la inscripción (37).

(36) Esta conclusión nos parece clara tanto por la colocación sistemática del art. 137, a continuación y como complemento de los 135 y 136, como porque en la hipótesis planteada no se trata de una "acción para el reconocimiento de hijo natural", sino de una acción para acreditar los requisitos complementarios de un reconocimiento ya efectuado.

(37) Téngase en cuenta que si bien es posible acudir a otro medio de prueba en los casos de falta de inscripción, tal posibilidad se subordina por el

Ahora bien, para lograr la inscripción deben concurrir ciertos requisitos ajenos e independientes del acto de reconocimiento en sí (como la aprobación judicial o el consentimiento del hijo, según los casos: artículo 133 C. c.) y otros requisitos, de fondo o de forma, propios del mismo reconocimiento. Estos últimos, y desde el punto de vista de si el reconocimiento incidental puede o no cumplirlos, son los que vamos a examinar aquí, fijándonos concretamente en estos tres extremos: la presentación del título inscribible, la individualización del reconocido y la justificación de la capacidad del reconocedor.

Pero, antes, es importante destacar una observación de tipo práctico. Cuando el propio padre que hizo el reconocimiento es el que insta la inscripción y desea realmente que se lleve a cabo, todas las dificultades desaparecerán, en cuanto que si el Encargado del Registro no estima estén cumplidas en el documento público presentado las condiciones precisas para la inscripción, siempre quedará abierto un camino sencillo para lograrla: la reiteración del reconocimiento mediante la oportuna declaración personal del padre que puede efectuar en cualquier tiempo ante el Encargado del Registro, de acuerdo con la nueva modalidad de reconocimiento introducida por el artículo 49 de la L. R. C. Por esto, todas las consideraciones que siguen deben estimarse especialmente referidas a los casos en que el padre no quiera o no pueda, por incapacidad o fallecimiento, solicitar la inscripción.

a) *Presentación del título inscribible.*

El título imprescindible para la inscripción es, naturalmente, la copia o testimonio auténtico del documento público que contenga el reconocimiento por incidencia.

Uno de los pilares básicos en que se apoya la nueva legislación sobre el Registro Civil es el de lograr y fomentar la deseable concordancia entre el Registro y la realidad. El artículo 95 del R. R. C., desenvolviendo más ampliamente lo ya ordenado por el artículo 24 de la L. R. C., sienta el principio general de que "las Autoridades y funcionarios comunicarán los hechos no inscritos, con todas las circunstancias posibles, al Ministerio Fiscal, con remisión de los documentos que puedan servir de título", a fin de que el Ministerio Fiscal pueda promover sin demora la inscripción, obligación que le incumbe por imperativo del artículo 24, 3.º de la Ley. A la misma finalidad respondía ya el artículo 254 del Reglamento Notarial, al obligar a los Notarios a expedir testimonio de los reconocimientos de hijos naturales en testamento a los efectos de la anotación marginal que determina el artículo 60 de la Ley del Registro Civil (de 1870).

Ahora bien, es indudable que, salvo casos especialísimos, no podrá

propia art. 2.º de la L. R. C. al requisito indispensable de que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento.

Sobre el valor de la inscripción en general, vid. Peré Raluy, ob. cit., t. II, pág. 920.

nunca saberse por el autorizante del documento público si el reconocimiento incidental se refiere a un hecho inscrito o no inscrito y, por tanto, no podrá cumplir la obligación que le impone el artículo 95 del R. R. C.

El propio hijo natural, o sus herederos (cfr. artículo 24 L. R. C.), serán los realmente obligados a procurar la inscripción, presentando la oportuna copia en el Registro correspondiente. Si se trata de una escritura *inter vivos*; la obtención y presentación de la copia no ofrecerán dificultad alguna, dado el evidente interés legítimo de aquéllos en obtenerla (cfr. artículo 224 del Reglamento Notarial). Pero si el reconocimiento incidental consta en un testamento (piénsese que el hijo ha podido saber su existencia, por ejemplo, a través de una copia simple), nos encontramos con el valladar infranqueable que supone el artículo 226 del mismo Reglamento, cuyo primer párrafo señala que: "En vida del otorgante, sólo éste o su apoderado legal podrá obtener copia del testamento".

Parece, pues, que el hijo no tendrá otro recurso más que esperar a la muerte del padre para poder entonces inscribir su reconocimiento y gozar de los derechos que le atribuye su filiación natural (38).

b) *Individualización del reconocido.*

Requisito de eficacia de todo reconocimiento es, naturalmente, que su sujeto pasivo quede suficientemente identificado. Y desde el punto de vista de la inscripción es necesaria no solamente esa condición, sino, además, que no haya duda de que la persona identificada como reconocido sea la misma a la que se refiera el acta de nacimiento que conste en el Registro Civil. Es preciso, pues, que exista una conexión clara, en cuanto a la individualización del reconocido, entre el documento público y la inscripción de nacimiento.

Lo ideal sería, desde luego, que en el documento público constase la fecha y lugar de nacimiento del hijo y su nombre y apellidos. Pero, tratándose de reconocimientos incidentales, es difícil, aunque no im-

(38) La solución parece dura e injusta, pero no vemos posibilidad alguna de suavizarla... Así, no parece factible que el hijo, en base de la copia simple del testamento, inste la acción judicial correspondiente en juicio ordinario, obteniendo el testimonio o copia parcial por mandato judicial, pues el art. 226, pár. 1.º, R. N. sienta una regla sin excepción y el art. 222 del mismo Reglamento no se muestra tampoco muy abierto para dar facilidades a la expedición de copias por mandamiento judicial (cfr. en el mismo sentido la Res. de 4 de octubre de 1952).

Igualmente debe rechazarse la solución "práctica" —basada en la razón teórica de que el reconocimiento es ajeno al contenido propio del testamento— de "convencer" al notario para que expida el testimonio previsto en el art. 254 del R. N. Estimamos que, no constándole fehacientemente al fedatario la no inscripción del reconocimiento, acceder a esa pretensión supondría una excepción intolerable al secreto del protocolo, que se extiende no sólo al contenido del instrumento, sino incluso al hecho de que el mismo se haya o no otorgado. Por esto, el notario no debe ni entrar a discutir, con otra persona que no sea el testador, sobre la existencia y contenido de un testamento confiado a su custodia.

posible, que se reflejen en el documento tal cúmulo de circunstancias. Es arriesgado sentar reglas generales acerca de cuáles de estos datos bastarán para la inscripción: por ejemplo, la sola constancia del nombre y apellidos del hijo no parece identificación suficiente, pero esos datos, unidos a las menciones de identidad de la madre tal como figuran en el acta de nacimiento, harán posible la inscripción. En todo caso, ante un supuesto dudoso, siempre cabrá presentar el título y recurrir gubernativamente contra la calificación denegatoria del Encargado (artículo 29 L. R. C.).

Cuando la identificación se muestre como insuficiente para la inscripción, consideraciones de justicia obligan a conceder al hijo natural la posibilidad de probar su identidad. Albaladejo (39) cree admisible esta prueba “siempre que en el acto del reconocimiento se contuvieran ya todos los elementos necesarios para su individualización, pero ésta no sea absolutamente segura sin más, porque hubiese, por ejemplo, una equivocación en el nombre o más de una persona con el mismo”. Pero no resuelve este autor —y éste es el problema más importante— dónde y cómo podrá el hijo natural suministrar esa prueba.

A nuestro juicio, la prueba de la identificación del reconocido sólo podrá realizarse en el oportuno juicio declarativo ordinario que promueva el hijo natural en base del artículo 131 del C. c. No vemos posibilidad de admitir aquélla en un expediente gubernativo del Registro Civil, pues su legislación guarda silencio sobre este extremo y en el único expediente previsto (contra la calificación negativa del Encargado: artículo 29 de la Ley) sólo podrá discutirse si la identificación resulta o no del documento público en que conste el reconocimiento o, a lo sumo, de otro documento público complementario oportunamente presentado. Y es que, dado el matiz formal de este tipo de reconocimiento, parece que un elemento esencial del acto, cual es el sujeto pasivo, debe constar, en su totalidad, de modo auténtico, so pena de desnaturalizar el reconocimiento formal.

c) *Justificación de la capacidad del reconocedor.*

De acuerdo con el artículo 187 del R. R. C., en su número 2.º, para inscribir el reconocimiento habrá de acreditarse, en estos casos, que el reconocedor tenía, en el momento de la concepción del hijo, capacidad legal para contraer matrimonio. Y añade el mismo artículo que, para acreditar este extremo, “basta la declaración del padre..., bajo su responsabilidad y con las formalidades del reconocimiento, en el mismo acto o en otro ulterior; la afirmación contenida en la correspondiente aprobación judicial o la comprobación, sin edictos o proclamas, en expediente gubernativo”.

Presupuesta, según dijimos, la inhibición del padre, la primera modalidad de justificación de la capacidad, que podrá aducir el hijo en el reconocimiento incidental, es la que resulte del propio documento público que lo contenga.

(39) Ob. cit., pág. 65.

Pues bien, es indudable que, tratándose de reconocimiento por incidencia, no existirá, salvo casos muy excepcionales, una específica declaración del padre en el sentido de afirmar su capacidad para contraer matrimonio, pero, aparte de que lo que exige primordialmente este artículo 187 es que se acredite dicha capacidad y no que el padre la declare (lo que no es sino una facilitación de la prueba), puede perfectamente constar una manifestación paterna que satisfaga esa exigencia.

En efecto, una de las circunstancias que han de reflejarse siempre en todo instrumento público es el estado civil del otorgante u otorgantes, que generalmente consta sólo por manifestación de los mismos. Creemos por tanto, que si el padre es soltero y así lo ha declarado, debe considerarse cumplido el requisito del artículo 187 del R. R. C., pues interpretar éste en sentido exageradamente formalista, exigiendo la declaración expresa del padre en los mismos términos que utiliza el precepto o en otros similares, parece una interpretación excesivamente literalista. Declarar que se es soltero ahora, equivale a declarar que siempre se ha sido capaz para contraer matrimonio y no hay por qué exigir más (40).

Pero, en cambio, si el padre al efectuar el otorgamiento ha declarado que es casado o viudo, será imposible la inscripción con el solo documento.

A nuestro parecer —y aunque ello sea discutible—, sólo podrá acreditarse entonces la capacidad en el correspondiente juicio ordinario y no en expediente gubernativo (41), que tratándose de la aplicación del artículo 131 del C. c. no está previsto en la legislación del Registro Civil.

* * *

En resumen, el reconocimiento incidental puede llenar perfectamente todos los requisitos necesarios para la inscripción en el Registro Civil. Si no los reúne, el padre puede soslayarlos en la práctica, reiterando el reconocimiento ante el Encargado. Y si es el hijo quien pretende la inscripción, sin poder contar con la voluntad del padre, sólo le quedará la posibilidad de acreditar dichos requisitos en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, en base de los artículos 131 Código Civil y 483 L. e. c. La posibilidad de justificar aquellos extremos por medio de expediente gubernativo sólo podrá utilizarla, en tesis general, si degrada el documento público a escrito indubitado y, en su base, invoca el artículo 49, 1.º de la Ley del Registro Civil, con las limitaciones y garantías de que aparece rodeado este precepto.

(40) La Resolución de 27 de diciembre de 1965 parece dar pie a la interpretación literal del art. 187 del R. R. C., al exigir que en la declaración de la capacidad del padre "no caben términos oscuros o por lo menos ambiguos". Pero es fundamental tener en cuenta que en el caso resuelto se trataba de progenitor casado en el momento del reconocimiento.

(41) La referencia al expediente gubernativo en el art. 187 no debe inducirnos a confusión, pues, naturalmente, debe referirse al expediente previsto en el art. 49 de la Ley, que tiene por base los supuestos de hecho del art. 135 del C. c.

Imputabilidad y responsabilidad objetiva

MARIANO FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO

Fiscal

SUMARIO: I. Significación etimológico-conceptual del término "imputabilidad".—II. Problemática de la "imputabilidad": a) Caracterización de dicho término desde el punto de vista jurídico-civilista. b) Contenido de la "imputabilidad". c) "Imputabilidad" y "causalidad". d) La "imputabilidad" como concepto ligado a la idea de "responsabilidad". e) La "imputabilidad" en las obligaciones legales de indemnizar o resarcir.

La *imputabilidad* es un concepto que la doctrina científica civilista ha tomado mediatamente de la Psicología y la Filosofía, e inmediatamente del Derecho penal y acaso también de la Filosofía Iuris y el Derecho natural, dado que son estas las únicas ramas de la Ciencia jurídica que han construido y elaborado una teoría de la *imputabilidad*, construcción, por otra parte, la del Derecho penal, que tiene unos claros fundamentos filosóficos (1).

(1) En efecto, así como en Derecho penal es abundantísima la bibliografía sobre *imputabilidad*, y en Filosofía del Derecho y Derecho natural apenas existe obra que no trate con mayor o menor extensión de la misma, en el campo del derecho privado en general no sólo son raros los trabajos monográficos sobre dicha figura, sino que incluso son muy escasas las referencias y alusiones a la misma en los tratados generales, por lo menos, en los patrios.

Así, y por lo que al Derecho civil se refiere, solamente hemos logrado localizar los siguientes trabajos monográficos: DEVOTO, "L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile", Milano 1964; HELLENTHAL, "Die Regelung der Zurechnungsunfähigkeit in dem Rechtsordnungen des deutschen und des französischen Sprachkreises", Stoccarde 1959; MAIORCA, "La nozione di imputabilità. Problemi delle responsabilità civile", publicada en Annali Univ. Macerata-Napoli 1963; SANTUCCI, "I limiti presuntivi della imputabilità nei quasi-delitti", Riv. Foro italiano, 1950, IV, págs. 114 y ss.; ORSAT, "Imputabilità et responsabilità", These dotorel. París 1912.

Cierto es que en la cit. ob. de DEVOTO, pág. 1, nota 1, se contiene una a primera vista abundante bibliografía sobre esta materia, mas no lo es menos que la mayoría de las obras allí citadas o vienen directamente referidas a la culpa y la responsabilidad en sentido general (tal acontece, por ejemplo, con la famosa y conocida de CHIRONI, "La colpa..."; con la no menos conocida de DE CUPIS, "Il danno..."; o con las de LALOU, MAZEAUD et TUNC, también citadas en nota 1 de dicho trabajo, etc.), o se trata de Tratados generales, Comentarios o Instituciones de Derecho civil, como los de BARBERO, RUGGIERO, TRABUCCHI, PLANIOL, etc.; o sencillamente son obras de carácter exclusivamente penal, como la de SESCO ("Imputabilità e sistematica del reato", Milano 1962).

A su vez, y por lo que a España se refiere, no conocemos ningún trabajo

Y tomando como punto de partida para el presente estudio estas bases, vamos a contemplar el problema de la *imputabilidad* en el Derecho privado, bajo el prisma de la en nuestra opinión mal llamada “responsabilidad objetiva” o “sin culpa”.

monográfico sobre esta materia en lo que el Derecho civil se refiere, no siendo tampoco muchos los Tratados, Instituciones, Cursos, etc., que contienen referencias específicas y concretas sobre la “imputabilidad”. Así, y por vía de ejemplo, el trabajo que sobre esta materia se contiene en la Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, t. XII, Barcelona 1965, no viene referido a la “imputabilidad” en general, sino a la “imputabilidad” penal, y a su vez, en el “Diccionario de Derecho privado”, Editorial Labor, Barcelona 1950, ni siquiera se contiene dicho término, bien que ello no sea patrimonio exclusivo de nuestro Derecho, en cuanto algo parecido acontece, por ejemplo, con el italiano, en cuyos diccionarios jurídicos “Nuevo” y “Novísimo Digesto” el concepto “imputabilidad” viene referido únicamente al Derecho penal: SILVA MELERO (V), “Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal”. Secretariado de publicaciones de la U. de Oviedo, 1950, cap. VII, págs. 93 y ss., donde desarrolla lo relativo a la “Imputabilidad y capacidad jurídica”, con un criterio fundamentalmente penalista, pese al título del trabajo.

Por lo que al Derecho natural y a la Filosofía Iuris se refiere, son muchos los tratados generales que contienen referencias más o menos amplias sobre la “imputabilidad”, especialmente los de Derecho natural, bien que referidos principalmente a la “imputabilidad moral”. Así acontece, por ejemplo, con I. GONZÁLEZ, “Philosophia moralis”, Santander 1945 págs. 91 y ss., números 194 y ss., donde trata precisamente de la “imputabilidad moral”; LUÑO PEÑA, “Derecho Natural”, 4.ª edic., Barcelona 1961, págs. 132 a 150; FERRAZ (M), “Filosofía del deber”, traduc. de Moreno Barutell, Madrid, s/f, especialmente págs. 278 y ss., y 394 y ss.; COSENTINI (F), “Filosofía del Diritto” cit., págs. 90 y 449 y ss.; RODRÍGUEZ DE CEPEDA, “Elementos de Derecho Natural”, Valencia 1899, págs. 49 y ss.; MENDIZÁBAL MARTÍN, “Elementos de Derecho Natural”, Primera parte, Zaragoza 1897, págs. 93 y ss.; WUND, “Ética”, trad. de Fermín Herrero Bahillo, vol. II, Madrid 1917, págs. 146-147; FOUILLE (A.), “La liberté et le déterminisme”, sixième edit., s/f, págs. 24 y ss., especialmente 36 y ss., etc.

De gran interés, dentro del campo de la filosofía jurídica y respecto de esta cuestión, son los trabajos de KELSEN, sobre “Causalità e imputazione”, en vol., sobre “La dottrina pura del diritto”, trad. al italiano por TREVES, Torino 1952, págs. 179 a 198 (a su vez, en la “Teoría pura del Derecho”, Buenos Aires 1946, se contiene referencia a la causalidad e imputabilidad en págs. 48 y ss., 88 y ss. y 160 y ss.); BAGOLINI, “Determinismo e imputabilità”, en Riv. Int. Fil. Dir., 1956, págs. 41 y ss.; CAMPANINI, “Il problema della responsabilità nel neokantismo italiano”, misma Riv., 1963, págs. 293 y ss., y de modo especial en págs. 299 a 301, 307, 315 y 316; DEL VECCHIO, “Il concetto del Diritto”, 2.ª ediz., Bologna 1912 (de esta obra hay trad. española de MARIANO CASTAÑO, Madrid 1914, donde trata de esta cuestión en págs. 17 y ss., principalmente 25 y ss.).

Pero donde más abundante es la bibliografía sobre esta materia es en Derecho penal, donde podemos citar, entre otras muchas, las obras de MAGGIORE, “Le basi filosofiche della imputabilità”, Módena 1931; MANZINI, “Imputabilità e responsabilità”, Dig. Ital., vol. XIII, págs. 303 y ss.; DEL ROSAL, “Sulla imputabilità”, Arch. pen., enero-febrero 1959, fasc. I y II; MIRTO, “La teoria fenomenista della imputabilità”, Riv. pen., dot. e leg. e giur., Roma, 1928, vol. CVII, págs. 380 y ss.; NAVARRETE URIETA, “La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezguer”, A. D. P., 1959, págs. 380 y ss.; DÍAZ PALOS, “Imputabilidad”, en Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, t. XII, Barcelona 1965, págs. 16 y ss., etc.

I. SIGNIFICACION ETIMOLOGICO-CONCEPTUAL DEL TERMINO "IMPUTABILIDAD"

La *imputabilidad*, considerada desde el punto de vista estrictamente etimológico, deriva del vocablo latino "*imputo*", "*imputas*", "*imputare*", que significa tanto como "atribuir algo a alguien" (2), "atribuir un efecto a su causa", "formar un juicio a cuenta de alguno y atribuirle de ese modo un determinado acto" (3).

De este "*imputar*" o "*atribuir*", deriva o proviene la palabra "*imputabilidad*" o "*atribuibilidad*", que supone en términos generales la atribución de un efecto a su causa eficiente, consciente y libre (4), o, como estiman algunos filósofos del Derecho e incluso moralistas, "propiedad de la acción en virtud de la cual se la atribuimos a alguien como su autor" (5).

Más aún, cuando de este origen etimológico y su derivación gramatical, la "*imputabilidad*", como proyección del *imputar* parezca ser una cualidad más bien del acto que del sujeto (6), no se debe olvidar

(2) Sobre esto, vid. P. PEREDA, en "El complejo normativo de la culpabilidad", A. D. P., t. II, fasc. I, 1949, pág. 24, donde hace referencia en orden a la significación del término *imputar*, además de a este origen etimológico, a los siguientes Diccionarios: FORCELLINI, que dice así: "*Imputo significat inferre in rationes adscribere, expensum ferre...*"; COVARRUBIAS, según el cual, "*Imputar es achacar, ponérselo a cuenta a alguno...*"; y el de la Real Academia de Lengua, para la que "*Imputar es atribuir a otro una culpa, delito o acción...*".

Sobre ello, puede verse también la ob. cit. de COSENTINI, "Filosofía...", pág. 449.

(3) Así, CARNELUTTI, en "Teoría general del Derecho", 2.^a edic., Madrid 1955, núm. 117, pág. 328.

(4) En este sentido, concretamente, se manifiesta LUÑO PEÑA, "Derecho..." cit., pág. 132. Para ASÚA es la "Facultad de conocer y valorar el deber y de determinarse espontáneamente" (Vid. "La Ley y el Delito", Caracas 1945, pág. 421). A su vez, ONECA (A.), la considera como "un estado, actitud o capacidad del sujeto, base de la responsabilidad criminal" ("Derecho penal", t. I, Madrid 1949, pág. 189); y LEGAZ Y LACAMBRA, en "Filosofía del Derecho", Barcelona 1953, pág. 604, dice de ella que es "La capacidad de recibir consecuencias jurídicas desfavorables".

(5) En dicho sentido, CATHREIN, cif. PEREDA, ob. cit., pág. 25, e IRENAEUS GONZÁLEZ MORAL, S. J., "Philosophía..." cit., núm. 194, págs. 91 y ss. Este criterio es contrario al seguido por ciertos penalistas, como KADECKA, para quien "La imputabilidad no es una característica del acto, sino del que actúa" (Cif. ASÚA, "Tratado de Derecho penal", t. V, pág. 24).

(6) En este sentido, como se indica en nota anterior, se manifiesta KADECKA. También el P. PEREDA, en ob. cit., págs. 23-24. Otra cosa es, sin embargo, la *imputación* o *atribución* al sujeto actuante de las consecuencias de sus actos.

El razonamiento del P. PEREDA se funda en el hecho de que si "*imputar*" es atribuir algo a alguien, es evidente que decir que el hombre es *imputable* equivale a establecer que "*es atribuible a sí mismo*", lo que ha de rechazarse evidentemente.

Más aun cuando dicha consecuencia no pueda discutirse; no estamos, sin embargo, absolutamente conformes con el razonamiento empleado, en cuanto si *imputabilidad* implica o supone *atribuibilidad* de los actos a quien los realiza, decir que el hombre es *imputable*, puede entenderse también en el sentido de que es susceptible de que sus actos o las consecuencias de ello les sean atribuibles, lo cual sí puede aceptarse.

que, según una bastante generalizada posición doctrinal, en la *imputabilidad* cabe distinguir dos aspectos: *el subjetivo y el objetivo* (7), según nos situemos ante ella.

Así, si consideramos esta figura como "*una cualidad que condiciona la responsabilidad del autor del acto*", o la referimos a la circunstancia de que el sujeto tenga capacidad para entender o querer en el momento de realizar el hecho (8), nos hallaremos a presencia de la *imputabilidad* en su proyección *subjetiva*; mas si lo referimos al "*hecho que hace imposible el cumplimiento de la obligación*" (9) o, como creen algunos juristas, "*al conjunto de requisitos necesarios para que una persona responda del acto realizado*" (10), nos encontramos ante la manifestación *objetiva* de dicha figura.

Tal dualidad de posiciones en orden a la estimación de la "*imputabilidad*", no implica contradicción y sí únicamente puntos de vista o enfoques jurídicos de la misma, dado que dependen exclusivamente de que nos situemos ante ella desde la posición del sujeto que realiza la acción, o de la actividad desarrollada (11).

II. PROBLEMATICA DE LA IMPUTABILIDAD

Es sin duda complejísima, dado el ámbito eminentemente abstracto en que esta figura se mueve (12).

(7) Así se manifiestan, entre otros, CARNELUTTI, ob. cit., pág. 102; LUÑO PEÑA, ob. cit., pág. 133; DEVOTO, ob. cit., págs. 1 a 4, 9 a 18, 21, 29 a 32 y 42 a 105, principalmente; PETROCELLI, "La colpevolezza", Padova 1962, pág. 9; MAURACH, "Tratado de Derecho penal", t. II, 1962, § 36, pág. 94; MARÍN PÉREZ y ALVAREZ DE MIRANDA Y TORRES, t. XXXI de la ob. de SCAEVOLA, Madrid 1961; pág. 264, etc.

(8) En este sentido se manifiesta DEVOTO, ob. cit., págs. 1, 3, 13, 19, 43, etc. Para otros, como LUÑO PEÑA, ob. cit., pág. 133, la *imputabilidad* en sentido subjetivo, implica una "Propiedad o condición del hombre, en virtud de la cual le son, o pueden serle, atribuidos los actos que realiza y las consecuencias naturales de los mismos, como a su causa formal, eficiente y libre."

Hemos de tener en cuenta, sin embargo, y así lo exponemos más adelante, que el hecho de que la *imputabilidad* pueda ser considerada como capacidad de entender o querer en el sujeto por ciertos juristas, no implica en modo alguno una equiparación de los conceptos "*imputabilidad*" y "*capacidad*".

Cabe incluir también en este grupo a los penalistas citados en nota 4, en cuanto su consideración de la "*imputabilidad*" es fundamentalmente subjetivista.

(9) DEVOTO, ob. cit., pág. 3.

(10) Tal acontece, por ejemplo, con CARNELUTTI, ob. cit., pág. 102. El criterio de proyectar la *imputabilidad*, considerada en un sentido objetivo, sobre el acto, es el que suele prevalecer en la doctrina científica. Vid. también sobre esto, MAURACH, ob. y t. cit.; MARÍN PÉREZ y ALVAREZ DE MIRANDA, ob. y t. cit., así como la generalidad de los penalistas, en cuanto vienen a admitir esta dualidad de puntos de vista respecto de la *imputabilidad*.

(11) Queremos con ello indicar que el hecho de que la doctrina científica hable de una *imputación* en sentido subjetivo y otra en sentido objetivo, no quiere en modo alguno decir que exista una *imputabilidad* por culpa y otra sin ella, extremo este al que nos referiremos en otro lugar del presente trabajo.

(12) Precisamente, el de las facultades intelectivas del ser humano, y dentro de él, el de la voluntad, tan difícil e impreciso; el de la libertad, no menos

Comenzaremos, pues, el estudio de este interesante aspecto de la *imputabilidad* trazando el esquema de las principales cuestiones a tratar bajo este epígrafe:

- a) Caracterización de dicho término desde el punto de vista jurídico-civilista.
- b) Contenido de la *imputabilidad*.
- c) *Imputabilidad* y *causalidad*.
- d) La *imputabilidad* como concepto ligado a la idea de responsabilidad.
- e) La *imputabilidad* en las obligaciones legales de indemnizar o resarcir.

a) *Caracterización del término imputabilidad desde el punto de vista jurídico-civilista.*

En verdad, hemos dudado mucho al redactar el título del presente epígrafe, por no estar plenamente convencidos de si lo que en él vamos a contemplar es un problema de caracterización o de determinación de su naturaleza jurídica. Aún seguimos dudando, y si nos hemos decidido por el término "*caracterización*" no ha sido por otra razón que el considerarlo más amplio que el de "*naturaleza jurídica*", de tal modo que bien pudieran comprenderse dentro de él tanto la "*caracterización*" *stricto sensu* como la determinación de la naturaleza de dicha figura.

Mas, ¿por qué estas dudas? Por lo que tratamos de inquirir aquí. ¿Y qué es ello? Sencillamente, saber que es la *imputabilidad* en su proyección civilista: fácil contestación a una difícilísima pregunta. En efecto, ¿qué es la *imputabilidad*?

Como indicábamos en el epígrafe precedente, la más generalizada posición en orden a la consideración de la *imputabilidad* distingue en ella dos aspectos; el *subjetivo* y el *objetivo*, que si bien formalmente distintos, no son ópticamente considerados sino aspectos de una misma cosa, la *imputabilidad*, que no puede existir sin ambos.

Mas aplicando este criterio no resolvemos el problema que se nos plantea, o sea, el de inquirir que pueda ser la *imputabilidad* como posibilidad o aptitud de atribución al sujeto, de las consecuencias jurídicas de un hecho o acto por él realizado o a él debido.

Así centrada la cuestión, cabe preguntar: ¿es capacidad?, e inmediatamente surge la contestación-pregunta; ¿capacidad!, ¿de qué? ¿jurídica?; ¿de obrar?; ¿será capacidad de "reproche"?; ¿es, como esti-

man algunos, "atribuibilidad"? (13), ¿se trata de una cualidad, o es una situación? (14).

He aquí, en breves trazos, la problemática de la naturaleza o caracterización de esta figura jurídica, en cuyo estudio vamos a adentrarnos.

En nuestra opinión, la *imputabilidad* es una complejísima figura cuya tipificación jurídica no puede ser circunscrita o limitada en las más o menos limitadas fronteras de la capacidad, ni tampoco de una "cualidad" o de una "situación", bien entendido que al hacer esta manifestación no negamos en modo alguno radicalmente que pueda serlo.

¿Qué queremos entonces indicar? Sencillamente, que para nosotros la *imputabilidad excede del ámbito de cada uno de esos conceptos aisladamente considerados*, afirmación que hacemos por estimar que sólo a tal solución puede llegarse contemplando dicha figura desde el punto de vista civilístico.

En efecto, si contemplamos cualquiera conducta humana cuyas consecuencias sean susceptibles de *imputación* a su autor eficiente y libre, podremos observar cómo para que pueda efectuarse aquélla es preciso que concurren los siguientes requisitos o condiciones:

1.º *Capacidad de imputación*. Ello plantea ya un primer problema; el de inquirir cuál pueda ser, o en qué puede consistir dicha capacidad. ¿Será jurídica? ¿O de obrar? En nuestra opinión, ninguna de las dos exactamente, aun cuando creemos participa de la primera en gran medida.

En efecto, la *capacidad de imputación* se forma, en principio al menos y en orden a su condición de *aptitud general*, con fuertes porcentajes de "capacidad jurídica" o "general". No estamos, sin embargo, muy de acuerdo con aquellos que equiparan la *imputabilidad* a la *capacidad de obrar*, por estimar son mayores las diferencias que los puntos comunes entre ambas manifestaciones de la capacidad (15).

Así, en nuestro modo de ver, la *capacidad de obrar* y la *imputabilidad* vienen a ser a manera de círculos no concéntricos, sino tangenciales. Por otra parte y en lo que a su contenido hace, consideramos de mayor amplitud a la *capacidad de obrar*, en cuanto comprende no

(13) Vid. ASÚA, "Tratado de Derecho penal", t. V, El delito. Buenos Aires 1956, principalmente para esto, págs. 23, 30, 31 y nota 9 en estas dos últimas páginas. Por su parte, MAURACH, aunque en su "Deutsches Strafrecht" emplea el término *Zurechenbarkeit*, equivalente a nuestra *imputabilidad*, en su "Tratado de Derecho penal", 2 vols. Barcelona 1962, traduc. de J. Córdoba Roda, el traductor, acaso por influencia de Asúa, traduce en ocasiones dicha palabra por "atribuibilidad" (tal acontece, por ejemplo, en t. II, § 31, II, pág. 33).

(14) Sobre esto, puede verse la cit. ob. de DEVOTO, especialmente en págs. 19 y ss. También, ANTOLISEI, "Manuale di diritto penale", Parte generale, 5.ª ediz. Milano 1963, pág. 304, al considerar la *imputabilidad* como una cualidad o modo de ser del individuo.

(15) La equiparación, al menos en términos generales, entre *imputabilidad* y *capacidad de obrar*, se encuentra generalizadísima entre la doctrina científica, tanto penalista como civilista, e incluso entre la jurisprudencial y el Derecho positivo.

solamente facultades de hacer, disponer, ejercitar, etc., derechos, sino también de contraer obligaciones o adquirir deberes, lo que no acontece con la imputabilidad.

Ello da lugar a que, en nuestra opinión, la capacidad de obrar ofrezca un contenido más dinámico, más positivo, que la capacidad de imputación, cuya función estimamos es fundamental y exclusiva-

Ejemplo de este último lo tenemos en el Código penal italiano vigente, en cuyo art. 85 se sanciona el principio de que no es imputable quien no tenga "capacidad de entender y de querer", y algo parecido acontece con el Código civil de dicho país, en cuyo artículo 2.046 se establece una indudable equiparación entre ambos conceptos de capacidad de obrar e imputabilidad.

En orden a la doctrina jurisprudencial, merece señalarse una sentencia de 28-IV-1947, de la Chambre Requetes francesa, en la que se establece que la "imputación de una responsabilidad implica facultad de discernir".

Por lo que a la doctrina científica se refiere, es, como hemos indicado, frecuentísima esta posición. Vid. a este respecto la posición de LEGAZ, ONECA y ASÚA, en orden al concepto de imputabilidad, en nota 4. Igualmente, ASÚA, en "Tratado..." cit., mismo t., pág. 30 y nota 9, cuando dice: "Acaso hubiera sido preferible haber dicho "imputación", ya que "imputabilidad", que etimológicamente no es más que atribuir, está cargada de sentido distinto —moral y penal— y exige capacidad...", bien que en este párrafo la equiparación no sea tan absoluta. En el sentido de equiparar ambos conceptos, igualmente SILVA MELERO, "Tecnicismo..." cit., donde después de estudiar las diversas posiciones, principalmente penalistas, en materia de capacidad e imputabilidad, en pág. 105, concluye diciendo: "Concretando el concepto de capacidad jurídica dentro del marco exclusivo de la de obrar, puede sostenerse la tesis de que no se diferencia de la imputabilidad." Asimismo, y también equiparando, GERLAND, en "Deutsches Reichstrafrecht", 1932, págs. 92 y ss.

MANZINI, sin embargo, en sus "Istituzioni di diritto penale italiano", vol. I, Padova 1946, núm. 45, pág. 69, parece dar a este término un carácter más amplio, considerando la imputabilidad como "conjunto de condiciones materiales (imputabilidad física) y psíquicas (imputabilidad moral) requeridas por la ley para que una persona capaz pueda considerarse jurídicamente causante de un hecho sancionado por la Ley penal". También en el sentido de distinguir entre capacidad e imputabilidad, vid., entre otros, DE MARSICO ("Diritto penale", 1935); MORO (A.) ("La capacità giuridico-penale", 1939); MAGGIORE ("Prolegomini al concetto di colpevolezza", Palermo 1950); VON BAR ("Gesetz und Schuld in Strafrecht", 1907); LILIENTHAL ("Die Zurechnungsfähigkeit in vergleichende Darstellung...", vol. V, 1906); etc.

Merece destacarse también, dentro de la doctrina civilista, a DEVOTO y su cit. ob., especialmente en págs. 19 y ss., donde estudia los diversos aspectos de la imputabilidad, y más concretamente en pág. 21, cuando hace la afirmación de que entre imputabilidad y capacidad de obrar no existe diferencia técnica alguna. Vid. también ENNECERUS, ob. cit., t. I, vol. II, § 129, págs. 18-19, y § 195, pág. 423, cuando trata de las causas de inimputabilidad con referencia a los arts. 827-828 del BGB, que se refieren precisamente a supuestos de ausencia de capacidad (embriaguez, menor edad). A su vez, en § 198, págs. 434-435, habla de la "responsabilidad" como "capacidad de imputación". Igualmente, vid. LEHMANN, "Tratado..." cit., vol. I, Parte general, pág. 499, y CARNELUTTI, Teoría general del Derecho" cit., págs. 327 in fino-328, así como en "Teoría general del Delito", pág. 96; y BAGOLINI, en "Responsabilità..." cit., págs. 594-595, nota 10, donde nos habla de "positiva e interior capacidad de elección...", con referencia a la imputabilidad; así como LEGROS, en "L'element moral..." cit., especialmente en págs. 17 y ss.; etc.

mente recepticia, y más precisamente aún, de una receptividad desfavorablemente pasiva (16).

Por otra parte, tapoco puede decirse que la *capacidad de obrar* constituya el "genus" de una diversidad de especies capacitadoras, una de las cuales fuera la de *imputación*, en cuanto considerada la *imputabilidad* en un sentido amplio, puede observarse cómo el incapaz de obrar puede ser civilmente *imputable*, mientras que el *inimputable* nunca posee capacidad de obrar (17).

Una y otra capacidad, la de *obrar* y la de *imputación*, tienen, sin embargo, de común el ser contingentes y variables, contingencia y variabilidad que mientras en la de *obrar* tiene, en nuestra opinión, la cualidad de "objetivamente-subjetiva", en la *imputabilidad* estimamos tiene como principal fundamento el dato objetivo del resarcimiento del perjuicio (18).

(16) Al hacer esta afirmación, queremos únicamente poner de relieve, que para nosotros, la *capacidad de obrar* aun en su proyección pasiva de contracción de deberes o asunción de obligaciones, lleva en sí una idea dinámica y positiva respecto de la *capacidad de imputación*, en cuanto en ésta, a la pasividad propia de la asunción de deberes (pasividad, decimos, frente a la dinamicidad que implica el ejercitar derechos y facultades) se une el hecho de que en ella, el deber se imponga a título de *reproche* y tenga además la condición de *consecuencia desfavorable* para el sujeto a quien se hace la imputación. Así, al sujeto a quien se imputa algo, se le atribuyen como consecuencia de ello únicamente consecuencias jurídicas desfavorables a la vez que pasivas, como son, por ejemplo, abono de indemnizaciones, resarcimiento de daños y perjuicios, etc.

Por otra parte, mientras en la *capacidad de obrar* el sujeto tiene la doble cualidad de actor y receptor, en la *capacidad de imputación* estimamos es únicamente un mero o simple *receptor del reproche*, cuya consecuencia o consecuencias ha de cumplir.

(17) En efecto, fijemos, por ejemplo, en el Código civil italiano, artículo 2.047-II, o en el art. 1.911 del Código civil Mexicano, o en el 829 del BGD, en los que se establece una obligación de resarcir o indemnizar respecto de los incapaces, en los supuestos de daños ilícitos, semejante a la que en nuestro Derecho positivo establece el art. 20-Primera del Código penal.

Fijemos también en la obligación de abonar la cantidad en que se hubiere enriquecido el incapaz, contemplada en el art. 1.765 de nuestro Código civil.

En todos estos supuestos, el menor, demente, etc., carece evidentemente de *capacidad de obrar*, e incluso, desde el punto de vista del Derecho penal, de *imputabilidad*, más civilmente tiene *capacidad de imputación*, al menos en los supuestos indicados.

(18) Queremos con ello indicar: 1.º Que desde ciertos puntos de vista, ambas categorías o clases de capacidad ni se dan lo mismo en todos los individuos, ni incluso en cada uno de ellos se mantienen siempre igual, en cuanto pueden cambiar. Así acontece, por ejemplo, con la edad, o la capacidad para adoptar, etc. Y también con la enfermedad mental, o la prodigalidad, el sexo, etcétera, que convierten o pueden convertir al plenamente capaz de obrar o de imputabilidad, en incapaz absoluto o relativo.

2.º Que desde otro punto de vista, concretamente, el de fijar la capacidad para realizar ciertos actos, en la determinación de la *capacidad de obrar* actúa primariamente el factor acto y en relación inmediata con él, la aptitud humana (por eso decimos que su contingencia y variabilidad es objetivo-subjetiva). Así, por estimarse que la mujer es apta para la generación a los 12 años y el hombre a los 14, la Ley les autoriza a partir de dicha edad para contraer matrimonio, declarando su capacidad; y lo mismo acontece con la testamentifacción

A mayor abundamiento y en orden a la diferenciación que afirmamos existe entre ambas clases o categorías de capacidad, hemos de indicar que el solo hecho de hablar de *capacidad de imputación* o simplemente de *imputación* revela que si ésta es *capacidad* no puede ser, desde luego, de "obrar", ya que de ser así se hablaría sencillamente de *capacidad de obrar* y no de *capacidad de imputación*. Se es *imputable* y se tiene o no *capacidad de obrar*. Son, pues, cosas distintas, aun cuando no opuestas, ya que ambas forman parte integrante de las *cualidades* del sujeto de Derecho.

2.º *Que el sujeto se encuentre en una especial disposición o un determinado estado, inferido de su posición respecto del acto a realizar y el resultado producido* (19).

Esta disposición, estado o concición, es lo que constituye la "situación jurídica" en que se encuentra o debe encontrarse el sujeto para que se le pueda *imputar* su acción.

Este elemento constituye un complemento esencial de la *capacidad de imputación*, en cuanto mientras ésta constituye, como hemos indicado, "la cualidad jurídica" de la persona imputable, aquél es el determinante de su "situación" (20).

Tenemos, pues, ya dos aspectos esenciales de la *imputabilidad*; el primero, típicamente "subjetivo", representado por la capacidad o aptitud del sujeto para asumir las consecuencias de sus actos; y el se-

activa, que se señala a los 14 años, salvo en el testamento ológrafo por entender que no están bien formados los rasgos definitivos de la escritura, o por la irreflexión propia de la edad menor de 21 años, etc.

Otra cosa acontece con la *capacidad de imputación*. En ella, el aspecto subjetivo no juega en realidad papel alguno aunque otra cosa pueda parecer. Y así, puede verse, que aun cuando por regla general suelen coincidir en la persona ambas capacidades (de *obra* y de *imputabilidad*), el aspecto subjetivo no juega papel alguno en la "imputabilidad civil" (supuesto del art. 20-Primera del Código penal, o del art. 1.765 del Código civil, o del 2.047 del Código civil italiano, etc.), y si lo juega, es en razón directa y exclusiva del aspecto patrimonial y por principios de Política jurídica.

La *capacidad de imputación*, viene por tanto atribuida en razón de la necesidad de resarcimiento o indemnización, a la que se subordina incluso la *capacidad de obrar* del agente causante mediato o inmediato del daño que es sujeto de atribubilidad aun cuando sea incapaz de obrar.

(19) Este estado o posición puede estar representado por la titularidad del objeto causante del daño (vehículo de motor, máquina, etc.), por la posición que ocupa el sujeto responsable respecto del autor (Jefe de la fábrica; maestro; padre de familia; etc.), o por la cualidad de deudor (supuestos de incumplimiento de la prestación convenida), etc.

En cierto modo, por tanto, este segundo requisito tiene ciertos puntos de contacto con la legitimación en el mecanismo de la "disposición" (Vid. nuestro trabajo "La renuncia a la sociedad de gananciales, a los gananciales propiamente dichos y a las consecuencias de dicho régimen de bienes", I parte, "La renuncia en general", en R. D. N. abril-junio 1960, pág. 132 y ss.).

(20) Utilizamos el término "persona *imputable*", no en el sentido criticado por el P. PEREDA (vid. nota 6) de ser la persona atribuible a sí misma, sino en el de ser sujeto de la atribución de sus actos y aún mejor, de la atribución de las consecuencias de dichos actos.

gundo, “subjetivamente-objetivo” (21), constituido por esa posición que el sujeto ha de ocupar en el proceso, que culminará en la producción del resultado previsto y querido, o previsible y no evitado, que constituye la “situación” en que se encuentra inmerso.

De estos dos momentos, el primero, o sea el de la capacidad, es de una inmanencia trascendente respecto de la persona (22), mientras que el segundo lo consideramos esencialmente trascendente, en cuanto es el sujeto quien ha de entrar o situarse en él.

3.º El siguiente elemento del “*iter imputativo*” lo constituye el *nexo o relación psico-física* que debe existir entre el acto inicial y el resultado final, esto es, la llamada “relación de causalidad”, a la que nos referiremos más adelante.

4.º A continuación viene la *valoración de la conducta humana*.

El *juicio valorativo* se realiza teniendo en cuenta los aspectos interno (voluntad-intención) y externo del acto humano, y culmina con el reproche formulado a su autor por el Derecho y, en su caso, con la consecuencia sancionadora que aquél establece para la conducta valorada.

b) Contenido de la **imputabilidad** desde el punto de vista del objeto

La *imputabilidad* es “cualidad”. Pero, además, implica “aptitud”. “Aptitud recepticia” o de “recepción”. ¿De qué? De consecuencias desfavorables para el sujeto sobre quien se proyecta la “atribución”.

Este es, precisamente, uno de sus caracteres tipificadores, que contribuye a diferenciarla de la “capacidad de obrar”, en cuanto, como hemos ya indicado, en esta última la atribución tiene un carácter más amplio, dado que comprende tanto lo desfavorable (deudas, deberes, etcétera) como lo beneficioso (derechos, facultades).

Pero es que, además, aun en la atribución de efectos desfavorables se diferencian ambas capacidades o aptitudes, en cuanto, como hemos

(21) Decimos esto, porque al requerirse una especial posición o estado del sujeto respecto del acto y el resultado, la objetividad de estos dos aspectos se encuentra innegablemente subjetivada por el actuar humano, voluntario y consciente o cuando menos negligente.

(22) Procuraremos explicar esta “inmanencia trascendente” de la capacidad. La jurídica, es algo que nace con la persona, algo que la pertenece por el mero hecho de nacer en las condiciones legales (art. 29 del C. c.). En consecuencia, la *capacidad jurídica* es cualidad esencial de la persona, en cuanto ser social.

Por el contrario, la *capacidad de obrar*, no nace con el individuo. Se adquiere o no. En consecuencia, es contingente y variable. De ahí, que el mismo individuo hoy capaz (mayoría de edad) puede no serlo mañana (enajenación, prodigalidad, etc.). Incluso, alcanzada la mayor edad, no se puede adoptar (artículo 173 del C. c.), o adquirir bienes en determinadas circunstancias (artículo 1.459 C. c.) etc.

La capacidad jurídica, por tanto, es algo que se encuentra en nosotros sólo por nacer, que nace con nosotros, mientras que la capacidad de obrar nos viene desde fuera. La primera, por ello, nunca la perdemos. De la segunda, sin embargo, podemos vernos privados en todo o en parte.

ya indicado, mientras en la de *obrar* entra la atribución pasiva de prestaciones en todas sus manifestaciones, en la *imputabilidad* la atribución es únicamente de “responsabilidades”, o de sus consecuencias, las sanciones y las indemnizaciones (23).

En este sentido se manifiesta la generalidad de la doctrina científica civilística (24), bien al emplear el término *imputabilidad* únicamente en relación con la culpabilidad o respecto de los hechos y actos ilícitos (25); bien ligando la idea de *imputabilidad* a la de “responsabilidad” (26); bien estimando que el incumplimiento o, en general, el

... (23) Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, en la definición de nota 4; y MAURACH en ob. cit., T. II, § 31-II, pág. 33, al considerar la *imputabilidad* como un “juicio de disvalor” o de “reproche”; Vid. también las definiciones de nota 2, donde se pone de relieve lo indicado en el texto.

En relación con esto, son también de interés las notas sucesivas.

(24) No nos atrevemos a decir que sin excepciones, por cuanto puede efectivamente haberlas.

En cuanto a la doctrina científica penalista, suele estar también de acuerdo en considerar que el objeto de la *imputación* es el hecho o acto punible, esto es, el delito, siempre, claro es, que el sujeto no se encuentre incurso en alguno de los supuestos legales de inimputabilidad.

Por su parte, los *iusnaturalistas*, fundados en la existencia de dos clases o categorías de *imputabilidad*, la moral y la jurídica, y proyectando sobre los actos humanos una y otra, suelen en ocasiones referirse tanto a una atribución de consecuencias favorables como desfavorables; tal acontece, por ejemplo, con RODRÍGUEZ CEPEDA, en “Elementos...”, cit., pág. 49, y en cierto modo, al menos argumentalmente con LUÑO PEÑA cuando trata de la *imputabilidad*, en ob. cit., págs. 132 y ss, si bien respecto de este último autor, es muy sintomático que estudie la *imputabilidad* dentro del capítulo correspondiente a la “responsabilidad”.

(25) En relación con esto, puede verse SANTOS BRIZ, “La culpa...” cit., pág. 621; SEGUR, “La notion de faute...”, cit., pág. 59; BRETHER DE LA GRESSAWE, “La theorie...”, cit., pág. 193; LAURENT, “Cours elementaire...”, T. II, n. 567, pág. 408.

De interés a este respecto es también la tesis de DEVOTO, ya que si bien en pág. 96, n. 15, la define como la “cualidad personal que condiciona la responsabilidad plena del sujeto por los actos ilícitos cometidos, dañosos, injustos y culpables, en el sentido del artículo 2.043” (se refiere, claro es, al C. c. italiano), lo que implica que sigue la posición que estamos indicando, sin embargo, con antelación, concretamente en págs. 43 y ss., n. 1, y pág. 54, n. 2, afirma, que en su opinión el campo de la *imputabilidad* es más restringido que el del ilícito, lo que, sin contradecir la tesis de la ilicitud o de la culpabilidad, la limita sin embargo.

Siguen asimismo esta posición, FERRAZ (M), en “Filosofía del deber...”, cit., al menos argumentalmente (vid. pág. 355); y TRIMARCHI, al menos como regla general, en “Causalita...”, cit., págs. 51 y ss. Por su parte, REINECKE, en “Objektive...”, cit., liga la *imputabilidad* a las ideas de “responsabilidad” e “ilicitud”, al decirnos que es “... la calificación personal que condiciona la responsabilidad plena del sujeto por hechos ilícitos cometidos, dañosos, injustos y culpables” (pág. 96, n. 15). A su vez, LEHMANN, en “Tratado...”, Vol. I, pág. 499, nos dice que “La ley ha reglamentado la *capacidad de imputación*, sólo para los actos ilícitos”. En el mismo o parecido sentido, también RESCIGNO, cit. por DEVOTO, en ob. indicada, pág. 281, nota 2; y LALOU, ob. cit., 1.955, número 824, etc.

(26) Entre los que siguen esta posición pueden señalarse OSTI, en “Deviazioni dottrinali...”, pág. 614; ENNECERUS, ob. cit., t. I, vol. II, § 198, pág. 436, en cuanto considera la *responsabilidad* como “capacidad de imputación”; y

resultado perjudicial ajeno a la voluntad del agente no es *imputable* al mismo (27).

Cierto que las nuevas orientaciones en materia de “responsabilidad” por “riesgo”, al negar la existencia de una “responsabilidad objetiva” o “sin culpa”, sustituyéndola por la idea de una “culpa social”, “culpa sin culpabilidad”, etc., permitirían construir la *imputabilidad* sobre esta actual concepción de la culpa, mas estimamos que no sobre la idea del *ilícito*, en cuanto tanto la conducta como su consecuencia (o consecuencias) están socialmente permitidas y previstas, al menos por la comunidad (28).

Por otra parte, hemos de tener en cuenta, que no faltan voces que se alzan contra la aplicación de la *imputabilidad* en los supuestos de esa mal llamada “responsabilidad objetiva”, estimando es irrelevante; tal acontece por ejemplo con REINECKE (29), o suponiendo que en el caso de actos lícitos dañosos, lo que existe es una obligación que presupone el ejercicio de un derecho (30), lo que hace, que si pudiera existir alguna clase de culpa en estas conductas (31), sería, en nuestra opinión siempre, una culpa de la Comunidad más que social en abstracto, y sólo en algún raro supuesto, individual, desde el momento en que si todo “riesgo” presupone previsión de consecuencias dañosas, el hecho de autorizar y legitimar la conducta que lo provoca la Ley, le priva de todo ilícito “in concreto”, o “in individuo”, y subsiguientemente, de toda idea de ilicitud, salvo en los especiales casos en que el resultado perjudicial, se haya producido por una concreta negligencia, dolo, etc.

Para nosotros, por tanto, la razón de ser de esta más que *imputabilidad*, *a-imputabilidad* de la denominada “responsabilidad objetiva”

COMPOSTI, en “Esposizione al pericolo...”, Recensión de P. F., en Riv. Dir. civile, 1967, núm. 5, pág. 546; DEL VECCHIO, “Il concetto...” cit., trad. española, págs. 27-28, nota 1; CARNELUTTI, “Teoría general del Derecho” cit., pág. 327 y ss.; etc.

(27) Así se manifiesta, por ejemplo, SALVAT, en “Tratado de Derecho civil argentino”, Obligaciones en general. I, sexta edic., Buenos Aires 1952, pág. 93, núm. 79; y también BORSARI, “Comentario al Codice civile”, Torino 1878, vol. III, Parte II, pág. 559, así como RUGGIERO, “Instituciones” cit., t. II, vol. I, págs. 122-123, 134-135; COLIN Y CAPITANT, “Curso...” cit., t. III, pág. 25 in fine, al menos argumentalmente; CHIRONI, “La colpa...” cit., núm. 308, pág. 686; ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., vol. III, pág. 216; PUIG PEÑA, ob. cit., t. IV, vol. I, págs. 197 y ss., y especialmente 245-246; GERI, “Responsabilità...” cit., pág. 577, etc., desde el momento en que para todos los citados, cuando el deudor no cumple por causas ajenas a su voluntad (caso fortuito, fuerza mayor), el incumplimiento no le puede ser imputado.

(28) Por ejemplo, PETROCELLI, en “L’antigiuridicità”, Padova 1947, con ocasión de referirse a la “responsabilidad objetiva”, estima que no se trata de una “responsabilidad sin culpa”, “... *sino, más exactamente, de una responsabilidad sin ilícito*”.

(29) En “Objective...” cit., pág. 72.

(30) Así, DEVOTO, ob. cit., pág. 62, núm. 4, con ocasión de tratar de “Los actos lícitos dañosos y la imputabilidad”.

(31) Lo que no negamos pueda existir en algún concreto supuesto, aunque sí rechazamos, decididamente, concurra en todos.

radica, en la imposibilidad de "atribuir" una obligación a título de *imputación*, en cuanto que como hemos indicado al examinar la naturaleza jurídica de aquella figura (32), se trata de una verdadera y auténtica "obligatio", respecto de la cual, se podrá hablar por tanto de cumplimiento, mas no de "atribución".

c) *Imputabilidad y causalidad* (33).

Otro de los más interesantes aspectos que ofrece el estudio de la *imputabilidad*, es el relativo a sus conexiones con la "causalidad" que, como indicamos en otro lugar, constituye uno de sus requisitos o condiciones, constituyendo a su vez una de las más interesantes facetas que el estudio de la *imputabilidad* en relación con la "causalidad" nos ofrece, la relativa a las relaciones que puedan existir entre los conceptos de "libertad" y "causalidad".

Y decimos esto, porque no faltan autores, especialmente dentro de la Filosofía del Derecho (34), que intentan construir la *imputabilidad* al margen de la "causalidad", como acontece, por ejemplo, con KELSEN que monta dicha figura sobre las siguientes bases: El hombre es libre. Esta libertad no supone un *estar determinado* por las leyes de la "causalidad", sino un *ser imputable* de las consecuencias de sus actos (35).

Ello, supone la existencia de una norma jurídica que nos impone cierta conducta como debida, estableciendo una determinada conse-

(32) Ver nuestro trabajo sobre "¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?", en A. D. C., t. XVIII, fasc. III, 1965, págs. 661 y ss.

(33) Es abundante la bibliografía sobre "causalidad", especialmente en Derecho penal. No tanto en Derecho civil, sobre todo en nuestra patria, donde constituye una materia no demasiado estudiada.

Entre los trabajos más interesantes sobre la materia podemos citar los siguientes: VON BURI, "Über Kausalität und deren Verantwortung", Leipzig 1873; VON CAEMMERER, "Das Problem des Kausalzusammenhang in Privatrecht", Freiburger 1956; HART e HONORÉ, "Causation in the law", Oxford 1962; FORCHIELLI, "La causalità nell'illecito civile", Padova 1960; GRECO, "La causalità giuridica: fatto dannoso y sua conseguenza", en Riv. Dir. Comm., I, 1951, págs. 405 y ss.; KEETON (R.), "Legal causa in the law of torts", Columbus-Ohio, 1963; LLOYD PROSSER, "Kausalzusammenhang und Fahrlässigkeit", 1957; MARTY, "Le relatione de cause a effet comme condition de la responsabilité civile", Rev. Trimm. Droit civile, 1939, págs. 685 y ss.; PUNZO, "Il problema della causalità materiale", Padova 1951; TRAEGER, "Der Kausalbegriff im Straf. und Zivilrecht", Marburg 1904; TRIMARCHI, "Condizione sine qua non, causalità alternativa, ipotetica e danno", Riv. Trimm. Dir. civ. e proc., 1964, núm. 4; y "Causalità e danno", Milano 1967.

Por lo que a nuestra patria se refiere, hemos encontrado los siguientes trabajos monográficos, referidos a la "causalidad" en Derecho civil: NOGUERA (R.), "La causalidad jurídica en las obligaciones contractuales", Rev. Gral. L. J., t. 141, 1922, págs. 157 y ss. y 259 y ss.; y del mismo autor, "La causalidad jurídica de las obligaciones en general", en misma Rev., t. 144, 1924, págs. 192 y ss.

(34) En realidad, son más bien juristas que filósofos del derecho, como HANS KELSEN y RUDOLF STAMMLER.

(35) Hay que tener en cuenta que, para KELSEN, la supeditación a las leyes causales supone ausencia o carencia de libertad.

cuencia desfavorable, para el caso de que realicemos la conducta contraria.

Consiguientemente, para KELSEN, la imputación se opera poniendo en conexión el *hecho condicionante* con la *consecuencia condicionada*, a través del deber imperativamente exigido (o, *debe ser*). Mas, pese a prescindir de la "causalidad", la posibilidad de atribuir a un sujeto las consecuencias de un determinado resultado no parece posible, a menos que dicho resultado haya sido producido por aquella conducta contraria a que nos hemos referido, lo que no parece acontecer en los casos que dan lugar a la llamada "responsabilidad objetiva" (36).

En parecido sentido se manifiesta STAMMLER, para quien "Las nociones que forman parte de nuestra conciencia se pueden ordenar con arreglo a dos métodos: el de la percepción y el de la voluntad. El primero recoge las sensaciones para elaborarlas objetivamente; el segundo supone un objeto a cuya consecución se aspira. Este objeto, hacia el cual se tiende, es lo que llamamos fin", y agrega, "Mediante el primer criterio se ordenan las percepciones de un modo causal (o dinámico); mediante el segundo, se determinan las nociones de nuestra conciencia en un sentido teleológico o final" (37).

Frente a esta posición que parte de establecer una clara y más o menos tajante distinción entre "causalidad" y voluntad, o entre "causalidad" y "libertad", la tendencia que podríamos llamar "clásica" considera que para poder operar la "atribución" de los efectos a su causa eficiente, ha de partirse de una capacidad, aptitud o facultad en el agente, que permita operar dicha "atribución", lo que a su vez requiere:

a) *En el actuar* del agente, voluntariedad, conciencia y libertad (38).

(36) Decimos esto porque, en nuestra opinión, la conducta no ilícita del agente en los casos de "responsabilidad objetiva" no puede entrar en el cuadro kelseniano de la norma como objeto del juicio hipotético no imperativo en que ésta consiste, precisamente por no implicar una "conducta contraria".

En efecto, para que la vinculación construida por KELSEN pudiera entrar en juego, sería preciso que el sujeto realizase el *hecho condicionante* (si *A es*) que constituye el requisito "sine qua non" para que pueda manifestarse la *consecuencia jurídica* (*debe ser B*). Mas como en la llamada "responsabilidad objetiva" lo que realiza el agente es un *no-A*, resulta que lo que hace en realidad es desarrollar la conducta que establece como debida la norma secundaria, o sea, la conducta contraria a la que exige la norma primaria (si *A es*), para que se produzca el *hecho condicionante* y, subsiguientemente, para que pueda aplicarse la *consecuencia condicionada*.

(37) En "Tratado de Filosofía del Derecho", trad. de la 2.^a edic. alemana, 1.^a edic. española. Madrid 1930, págs. 73-74.

La tesis de STAMMLER se aproxima mucho a la de KELSEN, habida cuenta el formalismo de ambos y aun cuando a primera vista puede parecer que STAMMLER recoge ya el principio de la "causalidad" en los actos humanos, pues si bien ello es cierto, también lo admite KELSEN, pero, al igual que STAMMLER, referido a las Ciencias de la naturaleza. (Vid. de ob. cit. de STAMMLER, págs. 73 y ss., 110, 122, etc.)

(38) La doctrina científica, cuando hace referencia a la *imputabilidad*, suele hablar de "*facultad de conocer y valorar el deber*" (así, por ejemplo, ASÚA);

b) *En el acto realizado*, la posibilidad de que pueda ser atribuido a alguien.

Por último, hemos de tener en cuenta una actual posición, cuyos representantes propugnan la compatibilización de los principios de "causalidad" y "libertad", estimando que así como el primero constituye en el campo de la Ciencia del Derecho una especie de "contraseña de científicidad", ello no debe excluir el principio de la "libertad", en cuanto es imprescindible para "postular una noción de responsabilidad" (39).

De estas tres posiciones en orden a la compaginación de los principios de "libertad" y "causalidad" en materia de *imputabilidad*, sin decidirnos específicamente por ninguna, nos inclinamos, bien que con restricciones, hacia la última.

Nos apoyamos para no aceptar plenamente ninguna de las tres indicadas posiciones, en la consideración para nosotros esencial, de que así como la "relación de causalidad" es elemento esencial de la

de "estado, actitud o capacidad del sujeto" (ANTÓN ONECA); de "capacidad de imputación" (ENNECERUS-NIPPERDEY); estimando que para que un acto pueda ser *imputable* ha de ser "intencional" (CARNELUTTI, DEVOTO); "consciente" (DEVOTO, LUÑO PEÑA, CARNELUTTI, DEL VECCHIO); "voluntario" (LUÑO PEÑA, DEL VECCHIO, DEVOTO y, en general, todos los que consideran que los actos ajenos a la voluntad del deudor o del agente no son imputables).

(39) Vid. en este sentido BAGOLINI, "Determinismo..." cit., págs. 41-42. A su vez, en pág. 43, afirma que la "... *imputación* es distinta, mas no opuesta a la causalidad". Por último, a la pregunta que él mismo se formula de si es posible poner de acuerdo el principio de libertad presupuesto en la noción de "responsabilidad" y el de "causalidad", contesta afirmativamente.

A su vez, DEL VECCHIO, ya en 1912, se manifestaba en el sentido que se deja indicado, aludiendo a la necesidad de salvar la libertad sin renunciar a la causalidad psicológica, estimando que para lograrlo habría de llegarse a prescindir de la antinomia existente entre el mundo físico y el moral, transfundiéndolos en la medida de lo posible, en la *unidad interior de la persona* ("Il concetto..." cit., pág. 132, especialmente), posición ésta que ha trascendido al mundo de las ciencias experimentales, en el que llega a estimarse que "la distinción de causa y efecto no tiene significado en el sistema cerrado de las leyes primarias de la física; para llegar a ella, debemos romper con el plan introduciendo consideraciones de volición o de probabilidad que le son ajenas", llegando a afirmarse que en el campo de las ciencias naturales ha cedido el principio de "... la oposición moral al libre albedrío" (EDDINGTON, "La naturaleza del mundo físico", Buenos Aires 1945, págs. 336 y ss. Dicho autor, en su obra, posterior en el tiempo aun cuando su traducción al español sea anterior, "La filosofía de la Ciencia física", Buenos Aires 1944, si bien no alude directamente a la libertad, admite la existencia de un *conocimiento técnico* del mundo físico, basado en consideraciones subjetivas (así, págs. 14 y ss., 148-149, núms. 14 a 17, 263, etc.).

Para DÍAZ PALOS, voz "causalidad", en t. III de Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, págs. 789 y ss. (referente únicamente al aspecto penal de esta figura), la física nuclear parece haber repudiado el sistema de concatenación causal, estimando que a ello ha contribuido fundamentalmente la teoría de los *quanta* (vid. pág. 789, a este respecto). Sin negar esta consideración, estimamos que el primer paso en lo que se refiere a la brecha abierta en las ciencias naturales en orden a la causalidad material, lo dio no la teoría de los *quanta*, sino la de la "relatividad", que, como dice EDDINGTON, verificó en el campo de la física "... un reemplazo parcial de hipótesis físicas por principios epistemológicos..." ("Filosofía..." cit., pág. 85).

imputabilidad, la "libertad" no nos merece otra consideración que la de requisito o elemento natural (40).

Mas con lo hasta aquí contemplado, solamente hemos dado un paso más en la compleja problemática de la *imputabilidad* considerada bajo el prisma de la "responsabilidad objetiva".

Procederemos, pues, a contemplar otro punto, el relativo a la construcción de esa *imputabilidad*.

Si tomamos para ello como punto de partida, la afirmación anteriormente hecha de que para *imputar* un acto a su agente realizador es menester que este actúe normal, aunque no necesariamente con plena libertad y consciencia, en la construcción de la idea de *imputabilidad* es los supuestos de "responsabilidad objetiva" o "sin culpa", pueden distinguirse fundamentalmente las siguientes tendencias:

1.^a La que seguiremos llamando "clásica", que parte de considerar *imputables*, únicamente los actos ilícitos y voluntariamente realizados (41), en cuanto la persona sólo debe responder de aquellos que realiza con plena libertad y conocimiento. Consiguientemente, no la debe o no la puede ser atribuido ningún resultado que no haya sido espontáneamente querido o que la haya sido impuesto (42).

En esta tesis, por tanto, se parte para la imputación del acto y de sus consecuencias, de la idea de una relación causal fundada en el libre albedrío, con lo que se liga la acción a su resultado, vinculando éste al autor a través de su libre elección del acto y del conocimiento de las consecuencias.

(40) Hagamos la aclaración de que, cuando hablamos de "libertad", nos referimos al libre albedrío, considerado como *facultad natural de la voluntad*, que nos permite escoger espontáneamente nuestros actos, sin influencias externas (fuerzas físicas) ni internas (vehemencias del apetito sensible, etc.).

Asimismo, conviene indicar que cuando nos referimos a la "libertad" como *elemento natural*, queremos indicar que se trata de un elemento que aun cuando debe acompañar siempre al acto humano para que pueda serle imputado a quien lo realiza, puede no concurrir, sin que por ello dejen siempre de poder ser *imputables* ciertas consecuencias de dicho acto, tal acontece, por ejemplo, con la *imputabilidad* de las *consecuencias económicas desfavorables* de ciertos actos a los incapaces, en los supuestos a que nos hemos venido refiriendo.

(41) En orden al criterio de "ilicitud" en el actuar humano, pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: DEVOTO, ob. cit., págs. 2, 21, 29 y ss. (en especial las citas que hace en pág. 43, nota 1), 49, 50, 52, 289, etc.; CARNELUTTI, ob. cit., pág. 327; ASÚA, "Tratado..." cit., t. V, págs. 20 y ss.; ONECA, ob. cit., t. I, pág. 191; DEL ROSAL, "Derecho penal español", 3.^a edic., Madrid 1960, t. I, pág. 392; MANZINI, "Imputabilità e responsabilità" cit., págs. 303 y ss.; RESIGNO, cit. por Devoto, en ob. indicada, pág. 281, nota 2; LALOU, ob. cit., números 824 y ss.; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., números 447 y ss.; SAVATIER, ob. cit., números 161 y ss.; SILVA MELERO, "Tecnicismo..." cit., págs. 93 y ss.; COLIN Y CAPITANT, "Precis..." vol. II, 1947; BRETHER DE LA GRESSAYE, "Le theorie de la responsabilité en Droit civil et en Droit penal", Rev. Gral. Droit, 1927-1928, págs. 193 y ss.; etc.

(42) Así, para esta teoría, no son *imputables*, penal ni civilmente, los que carecen de voluntad (locos, menores, etc.); ni los que vienen obligados a realizar el acto contra su voluntad (fuerza irresistible, miedo insuperable); ni, en términos generales al menos, los actos ajenos a la voluntad humana (fuerza mayor, caso fortuito).

2.^a La que partiendo de la idea del “riesgo”, considera que debe responderse y en consecuencia son *imputables* todos los actos, incluso los lícitos e involuntarios, siempre que impliquen “riesgo” para la Comunidad y el resultado no sea provocado directa e inmediatamente por culpa del perjudicado o de un tercero (43).

3.^a Por último, vamos a hacer referencia a la que en cierto modo consideramos como una tercera posición; la representada por esos supuestos excepcionales de *imputación de consecuencias económicamente desfavorables* a los incapaces, posición que estimamos constituye un “tercer genus” y que nos atrevemos a calificar de “fundamentalmente legislativa”, en cuanto donde la hemos visto recogida, principal sino exclusivamente, ha sido en los Códigos de diversos países.

A tenor de ella, en ciertos concretos supuestos representados por actos de carácter ilícito “in se” o que puedan suponer enriquecimiento injusto para el incapaz, se autoriza la *imputación* a los mismos de las consecuencias económicas desfavorables de su actuación, pese a la evidente realidad de que estas personas carecen de libre albedrío en orden a la elección y realización de sus actos (44).

A la vista de estas posiciones, se plantea la tesis y antítesis cuyo contenido y alcance pasamos a exponer.

TESIS: Supuesto que por virtud del “libre albedrío” me deter-

(43) En realidad, la llamada “responsabilidad objetiva” o “sin culpa”, para ser fiel a la idea que la sirve de fundamento, no debería rechazar supuesto alguno productor de daños, ni siquiera aquellos en los que el perjuicio, daño, etc., fueran debidos a culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

(44) Para nosotros, constituye este un supuesto que creemos participa de las condiciones de los otros dos.

Así, considerada la cuestión desde el punto de vista exclusivamente indemnizatorio, parece que la atribución a los incapaces en los casos expresamente previstos por la ley de las consecuencias desfavorables de sus actos en su proyección exclusivamente económica o resarcitoria, *tiene un carácter netamente objetivo*, en cuanto en ello no juega o parece, al menos, no jugar papel alguno la idea de la culpa, desde el momento en que lo único que parece perseguir el Derecho es impedir que el perjudicado pueda no ser indemnizado, o que el incapaz pueda enriquecerse torticeramente a costa del capaz. Parece, pues, así considerada la cuestión, que los únicos factores que entran en juego en estos supuestos son de política jurídica, o pertenecen al campo del *ethos* más que del *ius*.

Mas si proyectamos nuestra atención sobre la persona del incapaz (menores de edad, pródigos, enajenados, etc.), vemos cómo el Derecho les considera inmaduros para la perfecta realización de actos jurídicos. En consecuencia, sus acciones no se pueden caracterizar precisamente por su ecuanimidad, por su madurez, por su cordura y diligencia. De ahí que, en principio al menos, los actos de los incapaces, por regla general, pequen de culpa (o, si se quiere, de negligencia) (lata, leve o levisima), de la cual deben responder en la forma y casos específicamente determinados por el legislador.

Por último, hemos de tener en cuenta, y este es un aspecto que diferencia esta “atribuibilidad” de resultados a los incapaces de la mal denominada “responsabilidad objetiva”, que mientras en esta última la acción es siempre lícita, lo mismo que el resultado, aunque sea dañoso, en el supuesto de los incapaces, se trata de actos ilícitos siempre. (Vid. todos los regulados por los Códigos civiles y penales y a que hemos aludido en otros lugares.)

mine a obrar en uno u otro sentido, si el acto por mí realizado ha sido espontáneamente eléigido y el resultado previsible o previsto, debe serme *imputado* y consiguientemente, debo responder de sus consecuencias. Lo mismo acontecerá, cuando careciendo de "libre albedrío" por razón de incapacidad física o mental, realice un acto *ilícito* o del que pueda resultar para mí un beneficio injusto, siempre que quien deba responder civilmente por mí, carezca de bienes.

ANTITESIS: Se construye ésta sobre la base de que la esencia de la cuestión que en el presente supuesto se plantea, no radica precisamente en la *atribuibilidad* de una consecuencia prevista o previsible y producida por una acción espontáneamente elegida, *sino en la posibilidad de "imputar" un resultado no querido, no previsto y en ocasiones ni siquiera previsible, originado por una acción absolutamente lícita; o un resultado no querido libremente por defecto de condiciones mentales, pero debido a un acto civilmente ilícito.*

SINTESIS: Comenzaremos proyectando ésta sobre el problema de la *imputabilidad* de los incapaces. En orden a él, si el resultado es civilmente *ilícito* y media una relación de causalidad entre aquél y la acción, debe existir *atribución* de consecuencias económicas desfavorables (indemnizaciones, resarcimientos) a su autor, aunque éste carezca de "libre albedrío", siempre que no exista otro sujeto capaz sobre quien repercutir dichas consecuencias por razón de sus relaciones con el incapaz (padres, tutores, etc.), y éste posea bienes suficientes, dado que no va a soportar las consecuencias del daño exclusivamente, quien lo recibió sin culpa alguna por su parte (45).

Y pasando al concreto problema de la llamada "responsabilidad objetiva", hemos de indicar, que si seguimos el criterio que pudiéramos llamar "clásico" de la *imputabilidad*, parece evidente que al no ser el resultado querido ni previsto, no pueda sernos *imputado*.

A reforzar esta posición, constituyen también el hecho de que dicho resultado no sea antijurídico, en cuanto la acción *que acaso* lo haya producido; no sólo no infringe ni lesiona norma alguna, sino que, además, se encuentra expresamente autorizada por la Ley (46).

No debe, sin embargo, olvidarse, que como hemos podido comprobar a través de lo hasta ahora expuesto, la construcción de la "responsabilidad" y de la *imputabilidad* ha experimentado cambios esenciales, especialmente a partir del formalismo kelseniano, que tomando

(45) En nuestra opinión, esta "atribución" viene exigida: Desde el punto de vista del incapaz causante del daño y de la víctima, por los principios de la Justicia Conmutativa (*Ordo partis ad partem*). Desde el punto de vista de la Comunidad, por los de la Justicia distributiva (*Ordo totius ad partem*), que imponen la necesidad de dar al individuo aquello de que se ha hecho merecedor, o que se le debe; y en estos concretos casos, la Sociedad debe al perjudicado el crear la situación de que pueda recibir la indemnización, bien directamente de quien actuó de modo ilícito, bien de sus representantes legales, bien, si estos carecen de bienes, de los propios incapaces.

(46) Así, por ejemplo, la conducción de vehículos de motor en las condiciones que determina el Código de la circulación; el empleo de maquinaria en las fábricas, siempre que se observen las medidas de seguridad en el trabajo; etc.

como punto de partida el principio de que ser libre no supone *un no estar determinado* por las leyes de la causalidad y *si un ser susceptible de imputación* respecto de las consecuencias de una determinada conducta, abrió paso a la posibilidad de *atribuir* resultados no previstos ni acaso evitables (47).

Cierto es que KELSEN, cuando ello afirma, lo hace partiendo de la existencia de una *norma* que establece como obligatoria una conducta y sanciona la contraria, lo que presupone evidentemente que la conducta sancionada es antijurídica, y que la sanción se impone con abstracción —hasta cierto punto, al menos— de la culpabilidad del agente (48).

Mas no es menos cierto que desarrollando la idea kelseniana se llega o puede llegarse a la conclusión formulada por RODOTA, de que *“Una vez que el momento interno no es en modo alguno el objeto exclusivo de la valoración legislativa, la referencia a dicho momento se cambia de hipótesis legislativa, en ficción lógica”* (49), lo cual nos puede llevar a una peligrosa situación, cual es la de prescindir de la idea de la culpa (50), para la atribución de un resultado perjudicial y la imposición de la adecuada consecuencia anormal (sanción).

La solución a esta cuestión no la consideramos fácil, si pretendemos resolverla tomando como punto de partida la idea de que el sujeto a quien se quiere imputar la consecuencia de la acción, *ha de ser necesariamente responsable* de dicho resultado. Estimamos, sin embargo, fácil la solución, si partimos de considerar que en estos casos el término “responsabilidad” *está mal empleado* (51).

(47) Vid. “La dottrina...” cit., especialmente págs. 179 y ss.

(48) En efecto, la “antijuricidad”, en KELSEN, surge no como consecuencia de relaciones causales, sino en mérito del *deber ser*, esto es, porque el Derecho lo considera necesario.

Análogamente, la “culpabilidad” no parece tener demasiada importancia para este jurista, en cuanto su construcción se opera así:

“En ciertos supuestos, un individuo debe comportarse de cierto modo (deber jurídico). Si se comportase de forma distinta (antijuricidad), otro sujeto (el órgano del Estado) le impondrá determinada consecuencia (sanción).”

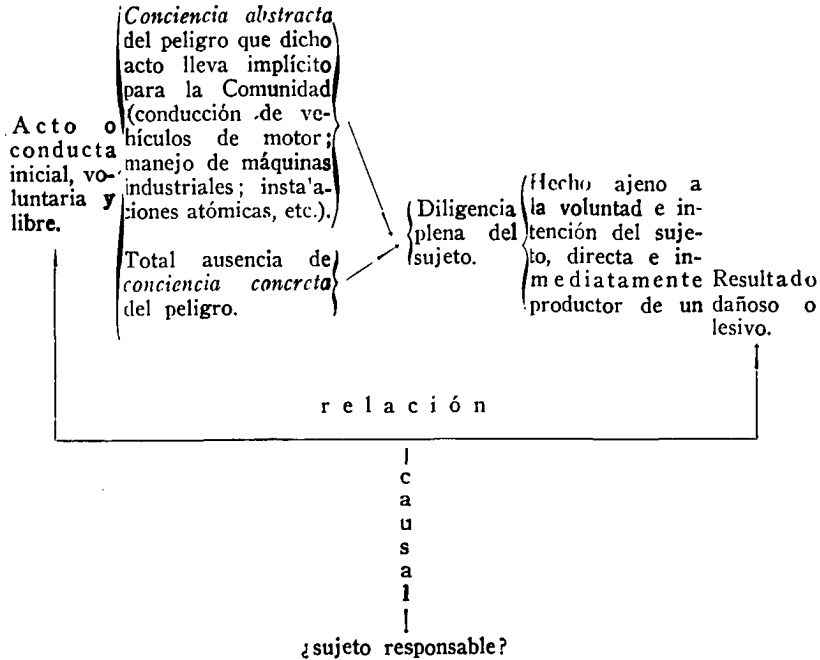
(49) Ob. cit., pág. 171. A su vez, RUBINO (cit. por RODOTA), en “La fattispecie...”, pág. 211, considera que: “La culpa representa sólo un particular criterio de imputación de un evento a un sujeto”.

La tesis determinista que en opinión de algunos autores se observa en KELSEN, es mantenida también con más o menos diferencias por STEVENSON (CH. L.), lo cual, en opinión de BAGOLINI (que lo cita en su indicada ob. “Determinismo...”, págs. 45 a 47, nota 16), nos llevaría a las siguientes consecuencias: “... o la norma puede determinarse y constreñirse y entonces yo no soy libre; o bien, yo puedo ser libre, y la norma no puede ejercitar su función”, lo que rechaza dicho autor (vid. pág. 47, en su cit. ob.).

(50) Nos referimos aquí, claro es, a la culpa civil en su más amplia acepción, comprendiendo, en consecuencia, bajo dicha denominación tanto el dolo como la culpa “stricto sensu”, la mora, etc.

(51) Esto es, si de conformidad con lo que hemos venido manteniendo a lo largo del presente trabajo, el término adecuado para designar a este género o clase de “responsabilidad”, fuere el que nosotros empleamos de “obligación legal de indemnizar”, creemos que la solución al problema de la “imputabilidad” ofre-

Examinaremos ambos puntos de vista, esquematizando el supuesto fáctico del que derivaría la en nuestra opinión mal denominada "responsabilidad objetiva", en la siguiente forma:



I. *La imputabilidad como concepto ligado a la idea de "responsabilidad"*.

Para tratar la cuestión desde este punto de vista, hemos de partir necesaria e ineludiblemente, como supuesto básico, de que el sujeto a que se refiere el precedente esquema es real e indiscutiblemente responsable del resultado producido.

Ello supone a su vez admitir: 1.º Que entre el acto inicial y el resultado final existe una relación causal; y 2.º Que la *imputabilidad*, es presupuesto inmediato de la "responsabilidad objetiva".

Sobre estas indicaciones previas, la problemática de la *imputabilidad* en el presente supuesto, sólo puede contemplarse a la luz de las diversas posiciones que sobre la misma existen y, concretamente, de las siguientes:

a) La que venimos llamando "clásica", que exige en la *imputabilidad* el elemento intencional; y

b) Aquellas otras que prescinden total o parcialmente de dicho elemento.

a) *Tesis "clásica"*.—Pueden comprenderse aquí todos aquellos juristas y filósofos del derecho que parten de considerar a la *imputa-*

cería muchas menos dificultades e, incluso, que no sería difícil, por las razones que expondremos a continuación.

bilidad en conexión con la idea de *ilicitud* y voluntariedad de la acción (52).

En consecuencia, si tenemos en cuenta la construcción que los autores en este grupo comprendidos hacen de la *imputabilidad*, y estimamos que para entrar ésta en juego a los efectos de la "responsabilidad" es menester el elemento intencional en orden a la producción del resultado, o al menos, la conciencia de su posibilidad, a la vez que la ilicitud de la acción, *creemos es de una plena evidencia que el abstracto conocimiento de un peligro que ni siquiera convierte en ilícito el resultado* (53), *no debe serle imputado a quien habiendo realizado una acción inicial lícita e incluso ventajosa en abstracto para la Sociedad, ha provocado un resultado dañoso que no pudo prever* (54).

Y apurando aún más éste un tanto general enunciado, agregaremos que, con mayor motivo en nuestra opinión, quedará excluido de tal "imputación" quien actuando con total ausencia de una *concreta conciencia del riesgo*, produce un resultado dañoso o perjudicial.

b) *Tesis objetivistas*.—La solución que acabamos de apuntar, lógica en nuestra opinión si se sigue el criterio "clásico" de la *imputabilidad*, experimenta variaciones si partimos de la idea en que suelen fundarse las tesis que pudiéramos llamar "objetivistas", según las cuales, *"...los criterios de la imputación son múltiples, lo que determina un diverso modo de operar"* (55), y puesto que el agente realizó el acto voluntariamente y ello produjo un determinado resultado perjudicial, éste es sin duda atribuible a su autor como causa eficiente y libre.

Con ello, aparentemente al menos, parecen cumplirse los requisitos clásicos de la *imputabilidad* así como los de la causalidad: *sujeto libre; voluntad*, también libre; *conciencia* (56) *abstracta* del riesgo que la acción lleva consigo, y *resultado* dañoso o perjudicial.

No obstante, y aún cuando aparentemente parezcan concurrir los requisitos de la *imputabilidad*, nos resistimos a aceptar esta tesis en los supuestos de la mal denominada "responsabilidad objetiva" o "sin culpa", fundados en una serie de consideraciones, que vamos a exponer:

(52) Vid. notas 1 a 11 y 21, sobre esta cuestión.

(53) Téngase en cuenta que nos estamos refiriendo a los daños civiles no ilícitos, esto es, a los provocados o producidos por conductas perfectamente legales y en las que no ha intervenido ningún género de culpa o negligencia.

(54) De la misma forma que en el campo del Derecho penal, no son penalmente imputables los que carecen de voluntad, como menores, locos, etc., o los que se ven obligados a realizar un acto por fuerza física o coacción psíquica.

Por otra parte, la no "atribuibilidad" de efectos a los actos de los incapaces en general, se encuentra recogida también en nuestro Derecho positivo privado, tal acontece, por ejemplo, con los arts. 32, 200 y 1.263 del Código civil (dejando a salvo las excepciones anteriormente indicadas).

(55) Así, por ejemplo, RODOTA, en ob. cit., pág. 149, nota 46.

(56) Cuando la haya; o sea, en nuestra opinión, en el primero de los dos supuestos contemplados en el esquema de pág. 149, en el que aludimos concretamente a una "*conciencia abstracta del peligro*".

1.^a En todos los supuestos de "responsabilidad objetiva" existe, evidentemente, un sujeto que actúa con plena libertad (57).

Este sujeto desarrolla dicha conducta no sólo por libre determinación de su voluntad, sino también porque se encuentra legalmente permitida.

2.^a Ciertamente que, como se ha indicado en el precedente esquema, en dicha conducta puede existir una *inmanente posibilidad de abstracto riesgo* para la sociedad; mas dicho riesgo ha sido previamente valorado por la ley, la cual, después de ponderar sus beneficios y deméritos, legitima al no prohibirla o incluso mandarla, la conducta en que va implícita (58).

3.^a El sujeto, por otra parte, realiza dicha conducta ateniéndose a la más exquisita diligencia de un buen padre de familia.

Por tanto, si aun dándose estas circunstancias y por eventos ajenos a su voluntad e incluso a su diligencia (59), se produce el resultado dañoso, creemos que pese a existir ese *abstracto riesgo*, el sujeto actuante no puede en su *yo racional* realizar un juicio interior de *auto-imputación* para atribuirse unas consecuencias en cuya producción no ha tenido otra intervención que una actividad física inicial.

En efecto, si como se observa por algún jurista la *imputación* se resuelve en un doble juicio: a) *Fenomenológico o histórico*, respecto del comportamiento; y b) *Deontológico*, en cuanto a nuestra conciencia (60); parece evidente, en nuestro modo de ver, que en casos como el que estamos contemplando, no concurren ninguno de estos dos juicios.

Y no concurren, creemos:

a) *El fenomenológico o histórico*, porque si bien es cierto que el sujeto inicia la acción con plena voluntariedad, no lo es menos que no es precisamente esa actividad inicial la que produce directamente el resultado dañoso o perjudicial, sino otra posterior en el tiempo y

(57) Prescindimos aquí de la conclusión a que se llegaría aplicando la tesis kelseniana y de STEVENSON, de que la norma me determina y constriñe a actuar, ya que en tal caso resultaría que no soy libre, etc.

(58) Por ejemplo, en lo relativo a la conducción de vehículos de motor, la ley, ponderando las ventajas e inconvenientes de la circulación de dichas máquinas, ha resuelto autorizarla. Para ello, exige el cumplimiento de una serie de requisitos que previamente establece, como son obtener el pertinente permiso de conducir y de circular, cumplir las exigencias que en orden a la prudencia se determinan en el Código de la circulación, etc.

Toda conducta, pues, que se ajuste a dichos moldes, cumple exactamente la ley y, en consecuencia, es absolutamente lícita. Incluso llegamos a más; todo conductor de vehículos de motor, necesaria e ineludiblemente, debe cumplir los mandatos del Código de la circulación. En consecuencia, si pese a ello el resultado dañoso se produce, no creemos que éste le pueda ser imputado ni de ello pueda derivar responsabilidad alguna.

(59) Por ejemplo, rotura de un parabrisas por piedra despedida por la propia rueda; reventón de rueda que produce pérdida forzosa del dominio del vehículo; avión al que se le desprende en vuelo una pieza, pese a haber sido revisado previamente, produciendo al caer muerte o daños a alguien; etc.

(60) Así, por ejemplo, RODOTA, ob. cit., págs. 77-78, y PUGLIATTI, citado por el mismo en pág. 78, nota 90.

en la que ninguna intervención inmediata ha tenido dicho sujeto (61).

b) *El deontológico*, en cuanto para que desde este punto de vista el sujeto pueda soportar las consecuencias de su acción es menester, en nuestro modo de ver, que entre en juego *el reproche que el yo formula a muestra conciencia*, esto es, el mecanismo de la autoimputación de que hemos ya hablado (62).

4.^a Ciertamente también que, como hemos ya indicado, no faltan juristas para quienes ese momento interno del que venimos hablando no juega un papel exclusivo ni esencial en la valoración legislativa de las conductas, viniendo limitado a la condición de mera "ficción lógica" (63), con lo cual dan entrada a la posibilidad de otras modalida-

(61) Procuraremos ilustrar lo indicado en el texto con el siguiente ejemplo: Se conduce un vehículo de motor a velocidad autorizada y habiéndole sometido previamente a revisión. Al cruzarse con otro en carretera, y por reventar una rueda recientemente adquirida, se pierde el dominio del vehículo, que desviándose hacia el lado del que circula en dirección contraria, entra en colisión con él, originándose la muerte del conductor de este último vehículo y grandes daños en el mismo.

En nuestro modo de ver, creemos que en el supuesto contemplado aparece con evidencia:

I) Que el acto inicial de conducir supone la realización de una actividad, en principio al menos, distinta del hecho que provoca la explosión de la rueda y, subsiguientemente, el resultado perjudicial.

Y decimos distinta, porque mientras el conducir implica *una acción* y, como tal, supone un acto humano voluntario y consciente, el reventar la rueda y sus consecuencias posteriores suponen *un hecho*, esto es, un fenómeno no humano, en el que, por tanto, no interviene la conciencia ni la voluntad, pudiendo ser, sin embargo, el resultado producido jurídico, lo mismo que lo es, por ejemplo, la "mutación de cauce", la "formación de isla", el "nacimiento", etc., esto es, por un mecanismo distinto, que no puede implicar "imputabilidad".

II) Que, consiguientemente, así como la actividad inicial (conducir) depende enteramente de la voluntad del sujeto, la consecuencia surtida durante el desarrollo de ella la estimamos completamente involuntaria y *a-intencional*.

III) En consecuencia, cuando esto acontece, puede estimarse que en la conducta humana se inserta un fenómeno extraño a la misma y, por tanto, trascendente respecto de ella, que en nuestra opinión rompe el nexo causal entre la actividad inicial (conducir) y el resultado final, en cuanto no es la propia acción primaria del sujeto, enteramente voluntaria y consciente, la que produce directa e inmediatamente ese resultado, sino que éste es originado de manera inmediata por ese fenómeno no humano (o si lo es, provocado por el propio perjudicado o un tercero) y sin transcendencia alguna desde el punto de vista intencional. (Vid. esquema de pág. 598.)

Asimismo, y en relación con lo indicado en el texto y en esta misma nota, merecen destacarse las siguientes palabras del profesor DEL VECCHIO: "*La acción es mía, me pertenece; soy, por tanto, responsable, en cuanto no sea arrancada de mí, ya que constituye la natural prolongación de mi querer*". A mayor abundamiento, para este autor, al lado de la voluntariedad de la acción, ha de tenerse en cuenta "... *el fin que la acción persigue*", lo que hace que para él, "... *sólo cuando el fin está presente en la conciencia y como tal querido, la acción refleja la personalidad del sujeto en su esencia... sólo entonces, por tanto, la acción es imputable...*" (ob. cit., pág. 132).

(62) Dicho juicio, también voluntario, lo consideramos perfectamente compatible con el juicio social de "imputabilidad", en cuanto mientras en éste el reproche se nos hace desde fuera, en aquél nos lo formulamos nosotros mismos.

(63) Vide RODOTA, ob. cit., pág. 171 y notas 102 y 103, con la bibliografía allí citada.

des de "imputación" y, concretamente, a las que pueden dar motivo a una "responsabilidad objetiva" (64), lo que, en nuestra opinión, implica que la "imputabilidad" no puede fundamentarse nunca en la producción de un mero resultado por muy lesivo que sea (no ilícito, que es cosa distinta) y que, en consecuencia, si ha de apoyarse en la acción y enlazar ésta con el resultado, deberá tenerse en cuenta si la actividad que verdaderamente produjo el daño o perjuicio es la desarrollada por el agente o no, así como si en ella concurren todos los elementos caracterizadores de la *imputabilidad* y la subsiguiente *responsabilidad*, entre los que jugará innegable papel el volitivo en relación con el fin perseguido por el sujeto al iniciar su actividad y durante el desarrollo de la misma (65).

Por último, no debe olvidarse que, como muy bien señala algún jurista, todas las elucubraciones que hoy se hacen en torno a la llamada "responsabilidad sin culpa" u "objetiva", distinguiendo en esta figura una serie de elementos inmateriales y de efectos en relación con la ausencia de este o de aquel elemento de la misma, son motivos de que "... la noción unitaria e inequívoca de responsabilidad objetiva *devenga ambigua*, en cuanto se perfilan fenómenos de objetivación de la figura fundamental, en la que al lado de elementos objetivos se

(64) Así, por ejemplo, entre otros, COMPORTI, "Esposizione al pericolo...", en cuanto considera que la responsabilidad subjetiva y la objetiva, son dos autónomos y paritéticos criterios de imputación. Parece a su vez admitirlo, aun cuando con reservas, LARENZ, ob cit. T. I. págs. 15 y 191.

Sin embargo, esta tesis es rechazada en términos generales por aquellos que fundamentan la "imputabilidad" en la intención (culpabilidad), y concretamente, entre otros, por REINECKE, "Objektive...", cit., pág. 72, donde nos habla de la intrascendencia, o mejor dicho, irrelevancia de la "imputabilidad" en los supuestos de "responsabilidad objetiva".

A su vez, DEVOTO, en ob. cit., págs. 61-62, n. 4, con ocasión de referirse a los "actos lícitos dañosos", de los que deriva o puede derivarse la "responsabilidad objetiva", nos dice: "No parece dudoso, pues, que la imputabilidad no tenga relevancia alguna en el caso ya indicado de actos lícitos dañosos".

Igualmente interesante a estos efectos, es la distinción que dicho autor hace entre "responsabilidad por la acción" y "responsabilidad por el resultado", es cuando que el ámbito de la "imputabilidad" coincide con la primera categoría (ob. cit., pág. 53, nota 13), lo que en nuestra opinión implica, que la "imputación" no puede fundamentarse nunca en la producción de un resultado por muy perjudiciales que pudiesen ser sus consecuencias, y que por tanto, si ha de apoyarse necesariamente en la acción, deberá tenerse en cuenta si la que en realidad produjo dicho resultado fue la directa e inmediatamente realizada por el agente o no, así como todos los elementos de las dos acciones (la realizada por el sujeto y la del perjudicado o un tercero) o de la acción del sujeto y del hecho que en ella se inserta, para comprobar si concurre el volitivo en relación con el fin perseguido (en relación con esa división de la "responsabilidad" a la que acabamos de aludir, hemos de indicar que los alemanes distinguen entre "responsabilidad de acción" (*Handlung*) y "responsabilidad de estado" o de "situación" (*Zustand*), tal acontece, por ejemplo, con LARENZ, cit. por DEVOTO en ob., página y nota indicada en párrafo anterior).

(65) Decimos en el texto, "... y durante el desarrollo de la misma", con referencia a la acción, para salir al paso de una posible objeción, cual puede ser la de que el agente pueda variar durante su desarrollo la finalidad en principio pensada y querida.

ponen otros subjetivo-objetivos, e incluso elementos verdadera y propiamente subjetivos, como la calificación subjetiva" (66).

Mas la voluntad y la intención, bien entren en la figura de la *imputabilidad* como elementos esenciales o como elementos meramente integrantes de una simple ficción lógica, habrán de ser necesariamente tenidos en cuenta, al menos para no interrumpir el tracto entre la acción y el resultado, si se quiere poder vincular las consecuencias al sujeto.

No hacerlo equivaldrá, en nuestra opinión, a sustituir el nexo vinculatorio por el puro mandato legal, y ello, al no ser propio de la *imputabilidad*, convertirá la figura sobre que se proyecte tal vinculación legal en otra manifestación distinta de la "imputación".

5.^a Por último, y para poner fin a estas consideraciones, hemos de indicar que aun partiendo de la tesis mantenida por un cierto sector de la doctrina jurídico-filosófica de que en la acción humana han de distinguirse dos aspectos o facetas a las que aplican las denominaciones de "discurso descriptivo" y "discurso atributivo", partiendo de lo cual niegan la necesidad del elemento intencional en la construcción de la *imputabilidad*, es lo cierto, al menos en nuestra opinión, que con su predicado lo que hacen es robustecer la necesidad esencial de dicho elemento en la referida figura.

En efecto, para quienes mantienen dicha tesis, el primero de dichos aspectos, esto es, el llamado "discurso descriptivo", va referido a la mera descripción del movimiento humano, y más concretamente, al simple movimiento físico. A su vez, el "discurso atributivo" supone, por el contrario, una especie de valoración ponderativa del acontecer del individuo en relación con un ordenamiento jurídico y, por tanto, social, lo que hace que le sea atribuida una responsabilidad (67).

(66) Devoto, ob. cit., misma página y nota de nota anterior. En relación con lo que indica en el texto, cita dicho autor además a PETTOELLO-MANTOVANI, entre los que reconocen tal *indeterminación conceptual* de la figura de la "responsabilidad objetiva".

También deben tenerse en cuenta esas actuales tendencias que rechazando la idea de una "responsabilidad objetiva", nos hablan de una "culpa social" o de una "culpa sin culpabilidad".

(67) En relación con lo dicho, vide BAGOLINI, en "Responsabilità...", cit., págs. 594-595 y especialmente en nota 10, donde contempla la posición de HART a estos efectos.

Para este último autor, en suma, el hombre no es responsable porque sea libre, *sino que es hecho responsable por el ordenamiento social y jurídico*. No debemos, sin embargo, olvidar la posición de BAGOLINI a este respecto, en cuanto comentando la posición de HART, en misma nota, pág. 595, al preguntarse que significa para éste la atribución de la responsabilidad, dice así: "... me parece que sólo se puede responder de dos modos:

1.º Soy responsable, porque he obrado *sin encontrarme* en las circunstancias que excluyen la responsabilidad.

2.º Soy responsable; porque he realizado una acción punible".

Ello, supone en nuestra opinión proyectar sobre la posición de HART nuevamente la tesis de la intencionalidad o voluntariedad de la acción para su imputación, en cuanto esto sólo puede realizarse si la actividad del sujeto es punible, lo que presupone a su vez intencionalidad, y si además, no concurren

II. La **imputabilidad** en las “obligaciones legales de indemnizar o resarcir”.

Planteada la cuestión como acabamos de exponer, estimamos que nos encontramos ante la misma situación que contemplábamos al estudiar la naturaleza jurídica de la “responsabilidad objetiva”, y que podría esquematizarse así: o ésta no es “responsabilidad”, o si lo es, no contiene ninguno de los caracteres de la verdadera “responsabilidad”; lo que haría necesario construirla de forma completamente distinta.

Pues bien, con la *imputabilidad* acontece lo mismo. Para que pueda serme *imputada* una acción es necesario que ésta sea libremente realizada y conscientemente dirigida a un fin ilícito; que éste se consiga; y que de ello derive daño o perjuicio para alguien.

Por tanto, si falta el elemento intencional e incluso el mismo nexo causal, al no ser la acción por mí elegida la que directa e inmediatamente produce el resultado, ni entrar éste en la finalidad por mí prevista y querida, constituyendo, por tanto, un evento totalmente involuntario, acaso imprevisible y no ilícito, la ley podrá, si quiere, atribuirme una consecuencia directamente encaminada a disminuir o reparar el daño o perjuicio que se ha originado a alguien, *pero no imputarme* una “responsabilidad”, entre otras razones ya examinadas con ocasión de estudiar la naturaleza jurídica de dicha figura y los caracteres de la *imputabilidad*, por dos especialmente interesantes:

A) Porque si se trata de daños o perjuicios derivados tanto de relaciones contractuales como extracontractuales, lo que surge del acto originador de los mismos es una auténtica “obligación de resarcir o indemnizar”, mas nunca una “responsabilidad” (68).

B) Porque aunque ello pueda parecer una mera disquisición terminológica, *las obligaciones no se imputan* —o no son *imputables*—, *sino que se adquieren* por virtud de pactos y convenios, *o se imponen*, por ministerio de la ley, por ejemplo (69).

causas de inimputabilidad, lo que implica también capacidad y libertad plena en el agente.

(68) Vid. principalmente págs. 668 y ss. de nuestro cit. trabajo sobre “Responsabilidad objetiva...”, y téngase en cuenta que como en él indicamos, de los arts. 1.902 y ss., según el propio Código civil, sólo nacen obligaciones.

En cuanto a los supuestos de relaciones contractuales, insistimos en considerar que cuando no pueden cumplirse las obligaciones por causas ajenas a la voluntad del deudor, se opera una *novación legal*, sustituyendo a la obligación pactada la nueva de indemnizar o resarcir de lo que resulta que tampoco en estos casos surge de dicho incumplimiento “responsabilidad”, sino “obligatio”. Vid. págs. 668 y ss. de nuestro cit. trabajo.

(69) En nuestra opinión, es posiblemente este uno de los supuestos en los que la terminología adquiere un excepcional relieve, en cuanto no creemos sea lo mismo “hacer a alguien responsable de algo”, *imputándole* sus consecuencias, que considerar “*si es deudor de ésta o aquella prestación*”.

Se trata, pues, estimamos, de algo más que un simple juego de palabras, habida cuenta la significación que en Derecho tienen los términos “responsabilidad”, “responsable”, etc., proyectados siempre sobre el incumplidor consciente, esto es, doloso o negligente. De ahí, que la doctrina civilista, en general, re-

Concluimos, pues, el examen de la *imputabilidad* y su problemática en las llamadas por nosotros "obligaciones legales de indemnizar", diciendo que la consideramos imposible, habida cuenta que los supuestos de que nacen dichas obligaciones nunca pueden dar lugar a "responsabilidad" y, consiguientemente, no pueden ser objeto de "atribución", al menos en el sentido de *imputabilidad* (70).

chace la *imputabilidad* del deudor que no cumple por causas ajenas a su voluntad (caso fortuito, fuerza mayor).

(70) En efecto, aún no habiendo "responsabilidad", los hechos o actos lícitos queridos o involuntarios, de los que derivan daños, pueden ser *imputados* perfectamente a su autor, en cuanto una cosa es "atribuir" una actividad a quien la ha realizado, y otra muy distinta *imputable* las consecuencias de la misma.

Mas, como indicamos en el texto y hemos procurado poner de relieve a lo largo del presente epígrafe, negamos la *imputación* de este género de actividades a quienes las han realizado:

1.º Porque, en nuestra opinión, se trata de verdaderas obligaciones, y como dicho en el texto, éstas se adquieren o se imponen, pero no se "imputan"; y

2.º Porque estamos hablando de *imputabilidad* en sentido jurídico, y ésta, en nuestra opinión, nunca puede darse sin que la siga la "responsabilidad", de la que es presupuesto esencial.

Los contratos aleatorios *

(Doctrina general)

RAFAEL ALVAREZ VIGARAY

(Doctor en Derecho)

SUMARIO.—1. Concepto de los contratos aleatorios.—2. Definición legal.—3. Naturaleza jurídica (especial consideración de la distinción entre contratos aleatorios y contratos condicionales).—4. El alea o riesgo y su inserción en el contrato aleatorio.—5. La cuestión de si existe un “*numerus clausus*” o “*apertus*” de contratos aleatorios.—6. Contratos aleatorios atípicos.—7. Clasificación de los contratos aleatorios.—8. Efectos de los contratos aleatorios, con referencia a la cuestión de si debe conservarse en el Derecho actual la distinción entre contratos aleatorios y conmutativos.

1. *Concepto de los contratos aleatorios.*

Los contratos aleatorios son contratos a título oneroso. Algunos autores consideran a los contratos aleatorios como una especie de los contratos bilaterales (1), pero semejante apreciación no es del todo exacta, ya que pueden existir contratos aleatorios que, aun siendo contratos a título oneroso, sólo hagan nacer obligaciones a cargo de una de las partes, como ocurre, por ejemplo, con el préstamo a la gruesa, el cual únicamente impone al prestatario la obligación de devolver el capital percibido y abonar la remuneración pactada en caso de feliz llegada de las mercancías al puerto de destino. Igual sucede con el contrato de renta vitalicia que, una vez perfecto, no produce obligaciones más que a cargo del deudor de la renta. Por eso, acertadamente, prevalece en la doctrina (2) la orientación que considera a los contratos aleatorios como uno de los dos términos de la clasificación de

(*) El autor expresa su agradecimiento al ilustrísimo señor Gabriel Marty, Decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, por las facilidades concedidas para ampliar la preparación de este trabajo en la Facultad de su digna presidencia.

(1) En tal sentido, MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de S. SENTÍS, t. IV, Buenos Aires, 1955, pág. 477; y, en la doctrina anterior, PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile* Florencia, 1903, t. IV, págs. 151.

(2) Entre otros, RIBERT-BOULANGER, *Traité de Droit civil*, t. II, París, 1957, pág. 34; MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit civil*, t. II, París, 1956, pág. 84; DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. de SERRANO SUÑER y SANTACRUZ, vol. II, Madrid, 1931, pág. 270.

los contratos onerosos, los cuales pueden ser conmutativos o aleatorios.

Ahora bien: es muy discutido si, además de los contratos aleatorios a título oneroso, pueden existir contratos aleatorios a título gratuito, planteándose por numerosos autores (3) la posibilidad de que existan ciertos contratos gratuitos que, no obstante, sean aleatorios. Se citan como ejemplos: la apuesta en la que sólo una de las partes se obliga, con el fin de robustecer una afirmación suya, a entregar una cosa a la otra parte, sin que ésta a su vez contraiga una obligación semejante, para el caso de que resulte cierta la afirmación sostenida por la otra parte; la renta vitalicia a título gratuito (art. 1.807 del Código civil); los sorteos de publicidad; el derecho a regalo en el recibo de pago de la compra; el seguro gratuito (4).

En cuanto al primero de estos ejemplos (la apuesta unilateral), se ha estimado que no es válida por carecer de causa, ya que no puede decirse que su causa sea el ánimo de liberalidad, pues resulta inconciliable el intento de enriquecerse propio de los contratos de juego y apuesta, la esperanza de vencer en ellos, con el ánimo de liberalidad, con la intención de enriquecer a otro propia de la donación (5). Pero creemos que esta apreciación no es del todo exacta, pues los fines que se pueden intentar con la apuesta son varios, y concretamente en la apuesta unilateral el fin que se propone al apostante no es enriquecerse, sino únicamente robustecer una afirmación suya, y con ese objeto se compromete a efectuar una prestación a la otra parte, en el caso de que se demuestre que está equivocado. Por tal motivo, parece más acertada la opinión de que, si sólo una parte ha prometido una cosa para el caso de que esté equivocada, el contrato produce obligaciones, aunque no sea una apuesta onerosa u ordinaria (6).

(3) Así, entre otros, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid (I. N. E. J.), 1967, págs. 273-274; MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit civil*, t. III, París, 1960, pág. 1291; SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-I, (1960), págs. 140-142.

(4) Estos ejemplos, si bien los más importantes, no tienen carácter limitativo. En general puede decirse que junto a cada contrato aleatorio a título oneroso cabe representarse (y de hecho puede existir) el correspondiente contrato aleatorio a título gratuito. Así, paralelamente a la "emptio spei", cabe que un pescador prometa liberalmente a un amigo la redada de peces, que consiga en una noche determinada o que un ganadero done a un familiar suyo las crías que espera obtener de cierta res. Igualmente, al lado del préstamo a la gruesa ("foenus nauticum" o "pecunia traiecticia"), una persona puede conceder a otra un préstamo sin interés para que adquiera unas mercancías, que han de transportarse en barco, comprometiéndose a no exigir la devolución de la suma prestada en caso de que los géneros no lleguen al puerto de destino.

(5) SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1, (1960), pág. 142; VALSECHI, *Gioco e scommessa*, Vol. XXXVII, t. 2, del "Trattato" dirigido por CICU y MESSINEO, Milán, 1954, pág. 29, n. 35 bis.

(6) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. y notas de FADDA y BENSA, Turín, 1925, t. II, pág. 629.

Ahora bien, aun cuando a juicio de algunos autores (7) los ejemplos citados constituyen verdaderas liberalidades o donaciones comunes, procede insistir en que estos contratos revisten un aspecto aleatorio (8), pues "las previsiones del autor de la liberalidad pueden quedar frustradas" (9) y además, al igual que ocurre en los contratos aleatorios propiamente dichos u onerosos, en los contratos aleatorios gratuitos el evento, que es considerado por algunos como condición de la liberalidad (10), en vez de influir sobre la eficacia del contrato, actúa sobre la prestación de la persona obligada, determinando la incertidumbre en cuanto a su extensión o cuantía.

Existen, sin embargo, una serie de circunstancias que, a primera vista, parecen oponerse a que se consideren como contratos aleatorios verdaderos a los contratos aleatorios a título gratuito, pues dan la impresión de que entre estos últimos contratos y los contratos aleatorios a título oneroso son más las diferencias que las aproximaciones. En primer lugar, sólo en los contratos aleatorios onerosos el riesgo o alea se convierte en causa del contrato, mientras que en los contratos aleatorios gratuitos la causa es el ánimo de liberalidad. Además, la respectiva naturaleza de contratos onerosos o gratuitos determina un diverso régimen jurídico entre uno y otros. Así, por ejemplo, a la renta vitalicia constituida a título gratuito es aplicable el artículo 1.807 del C. c. español, en virtud del cual el constituyente puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista. En términos más generales los contratos aleatorios a título gratuito vendrían considerados como liberalidades a los efectos de forma del negocio, capacidad de las partes, ejercicio por los acreedores de la acción revocatoria y también en lo que se refiere a

(7) Según VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad. y notas de ROCES, t. I, 1.ª edic., Madrid, 1934, pág. 57, n. 4 el seguro gratuito es una donación, pues siempre que una persona promete indemnizar gratuitamente un daño de que no es responsable, realiza una donación.

(8) Como hace notar DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, página 273, "aun cuando el art. 1.790 del C. c. define el contrato aleatorio como si fuera más típicamente oneroso que el mismo contrato oneroso definido en el art. 1.274, parece imposible aceptar que todos los contratos aleatorios resulten sometidos al régimen propio de la causa onerosa". Es también muy significativo que PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil française*, t. XI, París, 1932, págs. 517-518, después de citar una abundante bibliografía contraria a que se le reconozca carácter aleatorio a las constituciones de renta vitalicia a título gratuito, observan: "Sin embargo, es preciso subrayar que, incluso entonces, subsiste en cierto sentido un alea importante, que consiste en que el constituyente no puede medir el alcance de la obligación que asume". Igualmente a favor de la existencia de contratos aleatorios a título gratuito, entre otros, MAZEAUD, H., J. et L., *Leçons de Droit civil*, t. III, París, 1960, pág. 1291; SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto civile", VI-1 (1960), pág. 142.

(9) MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit civil*, t. III, París 1960, pág. 1291.

(10) PASSEFONS, *Du nauticum foenus*, these soutenue devant la Faculté de Droit de Toulouse, París, 1890, pág. 11, considera una liberalidad condicional el préstamo a la gruesa concedido sin hacerse prometer en compensación ventajosas serias.

revocación por ingratitud del donatario o superveniencia o sobrevivencia de hijos al donante y respecto a la reducción por lesión a la legítima, cosa que no tiene lugar en los contratos aleatorios onerosos (11).

Aun siendo ciertas estas diferencias entre los contratos aleatorios onerosos y los contratos aleatorios gratuitos, es fácil observar que son simples consecuencias del diferente carácter a título oneroso o gratuito de unos y otros, sin que esas diferencias tengan que ver con la aleatoriedad común a todos ellos y que da lugar a que en los contratos aleatorios a título gratuito se presenten cuestiones iguales o semejantes a las que suscitan los contratos aleatorios onerosos, como es, por ejemplo, la necesidad de delimitar previamente el alea y reducirla matemáticamente a un valor concreto, pues, aun cuando esta necesidad se plantea en una y otra clase de contratos por motivos diversos (en los contratos aleatorios a título oneroso, principalmente, a los efectos de determinar si procede la rescisión por lesión, en los contratos aleatorios a título gratuito, preferentemente, al objeto de determinar si lesionan la legítima de los herederos forzosos), la operación es sustancialmente idéntica.

No obstante, hace notar De Buen (12) que la tesis de que los contratos aleatorios son contratos a título oneroso es doctrina seguida por el propio Código civil, pues de la misma definición legal (artículo 1.790) resulta que los contratos aleatorios son siempre onerosos, ya que en ellos la obligación de cada parte se contrae en equivalencia de otra obligación adquirida por la parte contraria. De todos modos, aun en el caso de que se estime que en rigor los verdaderos contratos aleatorios son los contratos aleatorios a título oneroso, no podrá menos de reconocerse que existe una categoría más amplia de negocios aleatorios "lato sensu", entre los cuales deberán incluirse los contratos aleatorios a título gratuito.

Dada la mayor importancia práctica de los contratos aleatorios onerosos en lo sucesivo nos referiremos preferentemente a ellos.

Las diversas definiciones de los contratos aleatorios que se exponen en la doctrina obedecen a uno de estos dos procedimientos: bien se basan en la imposibilidad que existe en esta clase de contratos de determinar, al tiempo de su celebración, las ventajas o desventajas que de ellos ha de seguirse para cada una de las partes, o bien toman como base el concepto de riesgo, partiendo de la distinción entre el riesgo común a todos los contratos y el riesgo propio de los contratos aleatorios.

Pueden incluirse en el primer grupo las definiciones de los contratos aleatorios de varios civilistas españoles de finales del siglo pasado y comienzos del actual, como son las propugnadas por Sánchez Román, Manresa y Navarro Amandi.

(11) En contra de que la categoría de los contratos aleatorios pueda referirse a los contratos a título gratuito, entre otros, BARASSI, *La teoria general delle obbligazioni*, vol. II, Milán, 1948, pág. 289.

(12) *Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLÍN y CAPITANT*, t. IV, Madrid, 1925, pág. 637.

Según Sánchez Román (13) son contratos aleatorios o de suerte todos aquellos en que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, pero no bien determinado en el momento del contrato y sí dependiente de un acontecimiento incierto.

En opinión de Manresa (14), mientras en los contratos conmutativos el equivalente económico está bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato, en los contratos aleatorios no lo está (15).

Para Navarro Amandi (16) son contratos aleatorios o de suerte todas aquellas convenciones cuyos efectos dependen, en cuanto a las pérdidas y ganancias, de un hecho incierto.

En la definición de Manresa se destaca que en los contratos aleatorios la prestación de una o ambas partes no está bien determinada al tiempo de celebrarse el contrato. Aunque esta idea no es errónea, conviene subrayar que la indeterminación de la prestación no es privativa de los contratos aleatorios, y por consiguiente no basta por sí sola para definirlos. Ciertamente cabe representarse contratos con prestación no plenamente determinada que, sin embargo, no son aleatorios; así, la compraventa de valores mobiliarios o de mercancías en la que el precio se determina por medio de la cotización que alcancen en determinado día en una bolsa o mercado (17), o un contrato de compraventa con prestaciones alternativas, por ejemplo, la venta por mil pesetas de cincuenta litros de vino o cincuenta litros de aceite, a elección del comprador.

Por tanto, es preciso señalar, además de la relativa indeterminación de una o ambas prestaciones, que produce el que una o ambas partes no puedan precisar al tiempo de la celebración del contrato si experimentarían a consecuencia de él una ganancia o una pérdida, el hecho de que la determinación del respectivo resultado económico, favorable o adverso, depende del azar. En este sentido se define el contrato aleatorio (18) como aquel en el que una de las partes o las dos se comprometen sin poder evaluar la contrapartida que ellas recibirán, cuyo valor depende del azar.

Las definiciones de los contratos aleatorios que toman como base

(13) *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1889, t. IV, pág. 363.

(14) *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 4.ª edic., Madrid, 1931, pág. 8.

(15) Una noción parecida de los contratos aleatorios se contiene en los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1912, al decir que "Los contratos aleatorios se diferencian de los conmutativos en que en los primeros el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado como en los segundos, desde el momento mismo de su celebración".

(16) *Código civil de España*, t. II, Madrid, 1880, pág. 373.

(17) SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1 (1960), pág. 149; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milán, 1948, pág. 290.

(18) MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil*, t. II, vol. 1, París, 1962, pág. 57.

la imposibilidad de determinar al tiempo de la celebración del contrato las ventajas o pérdidas que éste supondrá para uno o ambos contratantes han alcanzado gran difusión en la doctrina (19). No obstante, recientemente han sido objeto de críticas y se propone sustituirlas por un concepto de los contratos aleatorios, que tome como base la idea del riesgo, distinguiendo entre el riesgo normal en los contratos y el riesgo propio en los contratos aleatorios. Así se afirma (20) que no es acertado definir el contrato aleatorio en base a la incertidumbre para las partes del resultado económico, positivo o negativo, de ventaja o de desventaja, pues esta nota se presenta también en los contratos con prestaciones ciertas y determinadas.

Anticipándose a esta objeción, hacía notar Sánchez Román, que si se atiende a la posibilidad de ciertos resultados aleatorios, que en definitiva cualquier contrato puede presentar, todos los contratos pueden tener este carácter. Tal sucedería, por ejemplo, con el caso de la compra de un caballo, que después de celebrado el contrato se muere, sin culpa del vendedor, pues entonces éste, además de la ganancia del precio, se habrá librado de la pérdida del valor del caballo, que tendría que soportar si la muerte hubiera ocurrido antes de venderle.

Ahora bien, el hecho de que en todos los contratos influye, en mayor o menor medida, la existencia de un riesgo, no es razón que justifique el abandono de las definiciones de los contratos aleatorios, basadas en la imposibilidad de determinar al tiempo de su celebración la contrapartida que una o ambas partes recibirán, pues, como observa Sánchez Román, los contratos conmutativos se caracterizan frente a los aleatorios en que, al tiempo mismo de la celebración del contrato, está bien determinado y es cuantitativamente apreciable el interés pecuniario de las prestaciones que genera en favor de cada una de las partes contratantes, *cualquiera que sea el riesgo posterior de que aquellas puedan ser objeto*.

En la doctrina italiana contemporánea existe una corriente doctrinal que define a los contratos aleatorios basándose en la distinción entre riesgo normal en todos los contratos y riesgo propio de los contratos aleatorios y tiene su fundamento legal en el C. c. italiano de 1942, que en su artículo 1.467 establece que la rescisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida no puede pedirse si ésta entra dentro del alea normal del contrato, con lo que insinúa la distinción entre un alea normal y un alea que exceda de lo normal. Siguiendo

(19) Entre otros, WINDSCHEID, *Il Diritto delle pandette*, trad. de Fadda y Bensa, Turín, 1925, t. II, pág. 257; RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, t. II, París, 1957, pág. 34; MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit Civil*, t. II, París, 1956, pág. 84; ARAUD, *La rescision pour cause de lesion et les contrats aleatoires*, these, Toulouse, 1941, pág. 13; MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentís, Buenos Aires, 1955, pág. 477; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milán, 1948, pág. 289.

(20) SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1 (1960), pág. 153.

esta orientación, se intenta (21) diferenciar el alea de los contratos aleatorios frente al alea normal de los contratos, diciendo que aquella es elemento esencial del supuesto de hecho del contrato productor de los efectos jurídicos, determina una prestación en su consistencia física y es intrínseca al contrato.

Analizaremos brevemente cada una de estas tres características que se señalan como propias de los contratos aleatorios. En primer lugar se afirma que el alea en los contratos aleatorios asume el papel de elemento esencial del supuesto de hecho del contrato, lo cual puede suceder de dos maneras: bien porque el alea sea una cualidad necesaria de la estructura de aquel tipo de contrato (así en el seguro, la renta vitalicia, el juego y la apuesta), de forma que no pueda concebirse sin insertarse en su estructura el alea, bien porque las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, hayan insertado el alea en el esquema de un contrato conmutativo convirtiéndolo así en aleatorio (por ejemplo: venta de esperanza).

En el primer caso se dice que el contrato es aleatorio por naturaleza y en el segundo que lo es por voluntad de las partes. Los contratos aleatorios por voluntad de las partes no deben confundirse con la regulación convencional del alea normal del contrato, pues los eventos que caracterizan al alea normal pueden, en virtud de la autonomía de la voluntad, ser objeto de convención, en el sentido de restringirla o extenderla a favor o en contra de quien la deba soportar (22); por ejemplo, en una compraventa las partes pueden convenir que el riesgo por pérdida fortuita de la cosa lo sufra el vendedor, o bien que éste no responda si la pérdida de la cosa se produce por culpa leve suya. Pues bien, el que en un contrato se inserte una de estas convenciones modificativas del alea normal no es suficiente para convertirlo en contrato aleatorio, y así la compraventa no se convierte en aleatoria porque se establezca que el riesgo por pérdida fortuita lo soporta el vendedor.

A precisar más la noción del alea en los contratos aleatorios, contribuyen las dos notas características, señaladas en segundo lugar. El alea en los contratos aleatorios determina una prestación (o ambas) en su consistencia física, influyendo en su nacimiento, extinción o extensión y es intrínseca al contrato, característica esta última que es una consecuencia de la indicada en primer lugar, o sea, de que el alea en los contratos aleatorios es elemento esencial del supuesto de hecho del contrato.

Creemos que no existe oposición sustancial entre el concepto de los contratos aleatorios basado en la imposibilidad en que una o ambas partes se encuentran al tiempo de su celebración de evaluar la contra-

(21) SCALFI, op. cit., pág. 151. A juicio de BOSELLI, *Alea*, en "Novissimo Dig. it.", t. 1, pág. 471, la única distinción posible es la que diferencia el riesgo interno y el riesgo externo al contrato. El riesgo externo —continúa diciendo— no determina la aleatoriedad del contrato; por el contrario, es propio de la aleatoriedad el riesgo interno, que participa del cambio operado por las partes.

(22) SCALFI, op. cit., pág. 151.

partida que recibirán, por depender su valor del azar, y el concepto que parte de la delimitación del alea propia de los contratos aleatorios frente al alea normal de los contratos, como lo prueba el que los autores que siguen esta última orientación terminan caracterizando a los contratos aleatorios por la incidencia de un evento incierto sobre la existencia o sobre la determinación de una prestación (23). No obstante, los estudios sobre la noción y delimitación del alea propia de los contratos aleatorios han sido útiles para una mayor precisión del concepto de esta clase de contratos y su distinción de otros supuestos con los que pudieran confundirse.

2. *Definición legal.*

El artículo 1.790 del C. c. define el contrato aleatorio en los siguientes términos: "Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado".

A dos pueden reducirse las diversas críticas que la doctrina hace a esta definición legal de los contratos aleatorios: la imperfección de caracterizar a estos contratos por la circunstancia de que la obligación de dar o hacer de una o de ambas partes se establezca para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado, y el haber prescindido en la definición de la noción del riesgo.

La censura de que el Código caracteriza a los contratos aleatorios por la circunstancia de que la obligación de dar o hacer de una o de ambas partes se establezca para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado la expone Sánchez Román (24) en los siguientes términos: "el pasaje final del texto del artículo 1.790 distingue claramente dos orígenes o motivos esenciales al contrato aleatorio y ambos son erróneos: No es exacto decir que la obligación una o recíproca de lugar al contrato aleatorio porque sólo se establezca para el caso de un acontecimiento incierto, en cuanto que este no es el supuesto del contrato aleatorio, sino del contrato meramente condicional; tampoco es exacto el que dicha obligación u obligaciones se establezcan para el caso o para el acontecimiento que ha de ocurrir en tiempo indeterminado, porque tal indeterminación en el tiempo no es nota precisa que forzosamente haya de originar un contrato aleatorio, sino más bien todo lo contrario, cualquier contrato aleatorio tiene por de pronto una base cierta de tiempo que es la duración, implícita o explícita, por el objeto y fin del contrato, de la relación contractual, y sólo el supuesto de su celebración, que tenga lugar dentro de ese período será el que esté dentro del contenido del contrato y al que únicamente alcancen sus efectos".

(23) SCALFI, op. cit., págs. 136-137.

(24) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1884, t. IV, págs. 808-809.

Aunque este juicio crítico no esté desprovisto de fundamento, creemos que es un ejemplo más del espíritu excesivamente severo con que se ha enjuiciado al Código civil. Desde luego, no hay duda en que la definición de los contratos aleatorios contenida en el artículo 1.790 no es perfecta; posiblemente su mayor defecto consista en no haber reducido a una unidad los diversos tipos de contratos aleatorios, cosa que, como observa Sánchez Román (25), se hubiera conseguido con relativa facilidad de haberla basado en la idea del riesgo. Falta, pues, en la definición del Código la homogeneidad de contenido propia de una definición esencial; en lugar de condensar en su texto los elementos esenciales que se manifiestan en todos los contratos aleatorios, se limita a describir un doble mecanismo a través del cual se estructuran estos contratos. Y es que, como hace notar Manresa (26), la fórmula del artículo 1.790 más que una definición es una descripción y, ciertamente, en lugar de decir en qué consisten los contratos aleatorios, como correspondería a una definición esencial, se limita a describir su estructura, explicando cómo se inserta y actúa en ellos el alea.

Admitido, pues, que se trata de una definición descriptiva y no de una definición esencial, cabe preguntarse si esa descripción es o no acertada. No hay duda de que en ella los redactores del Código han intentado reflejar con fidelidad las dos clases, distintas por razón de su estructura, de los contratos aleatorios: una en que la prestación o ambas prestaciones, y por consiguiente la ganancia o la pérdida de cada una de las partes depende de la realización de un acontecimiento incierto (así el seguro en la mayor parte de sus modalidades, el juego y la apuesta), y otra en que depende de la realización de un acontecimiento incierto en cuanto al momento en que se realizará, pero cierto en cuanto al hecho de que ha de tener lugar (renta vitalicia, seguro de vida). Sin embargo, es verdad que en la descripción de la primera hipótesis ("obligación contraída para el caso de un acontecimiento incierto") no aparece clara la distinción entre esta clase de contratos aleatorios y los contratos condicionales, y más bien aparecen ambas categorías involucradas (27).

En cambio, la segunda expresión ("que ha de ocurrir en tiempo indeterminado") es más aceptable. Indica que se trata de un aconte-

(25) Op. cit., pág. 809.

(26) *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 4.^a edic., Madrid, 1931, pág. 11.

(27) Como afirma CASTÁN, *Derecho Civil*, t. IV, Madrid, 1956, pág. 658, "hay que reconocer que la distinción que establece (el art. 1.790 del C. c.) entre aquellas especies aleatorias que dependen de un acontecimiento incierto (o incierto en el *an*), como el seguro, el juego y la apuesta, y aquellas otras que dependen de un acontecimiento cierto, pero que ha de ocurrir en tiempo indeterminado (o sea, incierto en el *quando*), como la renta vitalicia, es verdadera. Pero, así y todo, siempre resulta que en la definición de nuestro Código no resalta con la debida claridad la diferencia que existe entre la incertidumbre característica de los contratos aleatorios y la que es propia de cualquier condición suspensiva."

cimiento que necesariamente se ha de producir, aunque no se puede determinar exactamente cuando, y fácilmente se comprende que la indeterminación del momento en que se ha de realizar ese suceso no puede ser absoluta, sino que viene contenida dentro de ciertos límites.

Ahora bien: aun cuando el apartado primero del inciso final del artículo 1.790 confunda, o al menos no delimite los contratos aleatorios respecto a los contratos condicionales, se trata de un defecto disculpable. Existe en realidad una gran analogía entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales, que han llevado a muchos autores a confundirlos y, como expondremos seguidamente, el principal problema que presenta el estudio de la naturaleza jurídica de los contratos aleatorios consiste precisamente en delimitar claramente ambas categorías. Es más, posiblemente los autores del Código civil se han esforzado por mejorar en la definición del artículo 1.790 el precedente establecido por una de las definiciones de los contratos aleatorios contenidas en el Código civil francés.

Existen en el Código de Napoleón dos definiciones de los contratos aleatorios, formuladas en los artículos 1.964 y 1.104. Según el artículo 1.964, "Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effects, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain." Con arreglo al artículo 1.104, "Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage a donner ou a faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire."

De estas dos definiciones la doctrina francesa se inclina a favor de la contenida en el artículo 1.104, por estimar que la definición del artículo 1.964 incurre en el error de creer que el carácter aleatorio de un contrato puede existir para una o solamente algunas de las partes, sin afectar a las otras (28). Pues bien, los redactores del Código civil español, al definir en el artículo 1.790 los contratos aleatorios, se han inspirado en la definición del artículo 1.964 del Código civil francés, el cual, según señala la doctrina (29), lo que en realidad quiso decir, pero lo dijo mal, es que el acontecimiento incierto enfocado en el contrato puede producir el efecto de suspender las obligaciones, bien de ambas partes, bien de una de ellas solamente, y eso es lo que principalmente expresa el texto del artículo 1.790 del Código civil español.

3. *Naturaleza jurídica.*

Como se ha indicado antes, uno de los principales defectos de la definición descriptiva que el artículo 1.790 del Código civil español

(28) RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, t. II, París, 1957, pág. 35; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, t. IV, Madrid, 1925, pág. 566. En opinión de ARAUD, *La rescision pour cause de lesion et les contrats aleatoires*, these, Toulouse, 1941, pág. 14-15, ambas definiciones son equivalentes.

(29) COLIN y CAPITANT, *Curso elemental* cit., pág. 566.

hace de los contratos aleatorios es que, llevado de la gran semejanza que existe entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales, no ha diferenciado ambas categorías. Y es precisamente la delimitación entre ambas especies de contratos la tarea que fundamentalmente plantea el estudio de la naturaleza jurídica de los contratos aleatorios.

Desde luego, es indudable que no todos los contratos aleatorios son susceptibles de esa asimilación con el contrato condicional. Ya en la definición legal del artículo 1.790 se distingue entre contratos aleatorios en que la obligación de una o de ambas partes se contrae para el caso de un acontecimiento incierto y contratos en los que se contrae para el caso de un acontecimiento que ha de ocurrir en tiempo indeterminado. Sólo los primeros son susceptibles de ser asimilados a los contratos condicionales, no los segundos, en los que el evento determinante del riesgo, si bien futuro, no es incierto, al menos en cuanto al hecho de que se realizará. Hay, pues, contratos aleatorios, como los de renta vitalicia, venta de usufructo, venta de nuda propiedad, etc., en los que en rigor la equiparación a los contratos condicionales no puede plantearse.

Para aquellos contratos aleatorios que tienden a confundirse con los contratos condicionales, la doctrina propone varios criterios de distinción, basados en distintos puntos de vista y que no todos tienen el mismo valor.

Así, para nuestro Derecho, carece en absoluto de utilidad la observación de que mientras la condición ha de consistir en un hecho que además de incierto sea futuro, el evento en algunos contratos aleatorios (apuesta, seguro) puede consistir en un suceso pasado, cuya realización es ignorada por las partes (30), pues desde el momento en que el artículo 1.113 del C. c. admite que la condición puede consistir en un suceso pasado que los interesados ignoren, desaparece toda diferencia en este punto.

Tampoco parece de gran solidez la distinción basada en el diverso interés del acreedor respecto a la realización del evento (31) en el sentido de que mientras en la obligación bajo condición suspensiva el acreedor está interesado en que se realice el evento, en tanto que al deudor le conviene que no se realice, en los contratos aleatorios, y especialmente en el seguro, el acreedor tiene interés en que no se realice el evento. Por el contrario, en la realidad puede ocurrir que el acreedor bajo condición suspensiva esté interesado en que no se realice el evento (por ejemplo, un inquilino, a quien han denegado la prórroga de arrendamiento, alquila o compra otro piso para el caso de que la sentencia le sea desfavorable) (32) y que en los contratos aleatorios el acreedor

(30) BOSELLI, *Alea*, en el "Novissimo Dig. it.", t. I, pág. 470.

(31) SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1 (1960), págs. 142 y 157.

(32) Aun en las liberalidades bajo condición suspensiva, especialmente si es potestativa, al acreedor puede interesarle que no se cumpla la condición; por ejemplo, dejo 100 a X, si aprende tal oficio. Es posible que X no quiera moles-

tenga interés en que se realice (así sucede generalmente en los contratos de juego y apuesta, y hasta puede ocurrir en el mismo contrato de seguro, por ejemplo, al dueño de una casa asegurada contra incendios, que ha intentado venderla sin encontrar comprador, puede interesarle que arda, para así recibir su valor en dinero. Que esto es posible lo demuestran las normas legales y las cláusulas de las pólizas de seguros, dirigidas a evitar que el asegurado provoque el siniestro).

También se señala como elemento diferencial entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales la diversa importancia que, en la respectiva estructura de cada uno de ellos, asume el evento (33). En el contrato aleatorio el riesgo no es un elemento autónomo respecto a la configuración del contrato, como lo es, en cambio, la condición en el negocio condicional, o, dicho en otros términos, la condición es elemento accidental del contrato y tiene por ello naturaleza marginal respecto al tipo contractual a que pertenece el contrato en que se inserta, mientras que el alea es elemento esencial del contrato aleatorio. Creemos que esta nota distintiva resulta exacta respecto a determinados contratos aleatorios, pero no sirve para todos en el caso de que, como veremos más adelante, se admita la procedencia de la distinción entre contratos aleatorios por naturaleza y contratos aleatorios por voluntad de las partes. Sería aplicable a los contratos aleatorios por naturaleza (seguro, renta vitalicia, juego y apuesta), que ciertamente no pueden concebirse sin la existencia del alea. El riesgo es en ellos elemento esencial del tipo del contrato.

No sucede igual en los llamados contratos aleatorios por voluntad de las partes, que son aquellos contratos que responden a la estructura de un determinado contrato conmutativo, pero que los interesados han modificado insertando en él un riesgo, que es extraño al esquema normal de ese tipo de contrato. En ellos el alea no es elemento necesario del tipo contractual, y si forma parte de la estructura del contrato celebrado, es por haberlo querido así las partes, de modo semejante a lo que ocurre con la condición.

Posiblemente la forma de distinción más segura entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales es la que parte de la diversa función y efectos que asume el evento en unos y otros (34). Mientras que la condición suspensiva subordina a ella todo el contrato, haciendo que no se produzcan sus efectos en tanto no se realiza, en el contrato aleatorio el evento se limita a incidir en las relaciones y proporcionalidad entre las respectivas prestaciones, determinando en definitiva la ganancia o pérdida para cada uno de los contratantes. Hay, pues, una

tarse en aprenderlo, o que le sea más provechoso emplear el tiempo en otras actividades.

(33) SCALFI, op. cit., págs. 142 y 174; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de S. Sentís, t. IV, Buenos Aires, 1955, pág. 478.

(34) SCALFI, op. cit., págs. 142 y 176; BOSELLI, *Alea*, en el "Novissimo Dig. it.", t. 1, pág. 472; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 4.ª edic., Madrid, 1931, pág. 13; ARAUD, *La rescision pour cause de lesion et les contrats aleatoires*, these, Toulouse, 1941, pág. 16.

diferencia indudable entre el contrato aleatorio y el contrato condicional, y es que el primero produce sus efectos inevitablemente: el azar no decide si el contrato producirá o no efectos, sino cuál sea ese efecto. En cambio, el contrato bajo condición suspensiva sólo produce sus efectos si el evento se realiza. El contrato aleatorio es, pues, de por sí, un contrato puro y simple (35).

No obstante, aun admitiendo que el contrato aleatorio es en su conjunto un contrato puro y simple, es posible pensar que alberga una o dos obligaciones condicionales, de forma que, si bien el contrato aleatorio no esté sometido a condición, sí lo están una o las dos obligaciones principales que constituyen su objeto. En este sentido, afirma Von Tuhr (36) que "la condición pactada en un contrato puede referirse a toda la relación obligatoria (compraventa condicional, arrendamiento condicional), o a un determinado crédito dentro de la relación obligatoria (así, por ejemplo, en un contrato de seguros no condicional, el crédito de indemnización se halla condicionado al hecho de que el daño se produzca)" (37).

Ciertamente, además del ejemplo del contrato de seguro, cabe representarse al contrato de apuesta conteniendo dos obligaciones subordinadas en forma contraria a la condición de que resulte o no cierta una de las dos afirmaciones contradictorias sostenidas por los apostantes o, en el contrato de juego, estimar el crédito de cada uno de los jugadores sometido a la condición de que resulte vencedor en la competición.

De admitir este criterio de que en el contrato aleatorio, en su conjunto puro y simple, una o ambas obligaciones son condicionales, habría que precisar si, en los contratos a que acaba de aludirse (seguro, juego y apuesta), esa subordinación de una de las obligaciones a la realización del evento constituye una condición en sentido propio, o es más bien una "condicio iuris", en cuanto que se deriva de la misma estructura legal del contrato, que no es concebible sin ella (38), Actualmente la consideración del riesgo como "condicio iuris" del

(35) Según MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de S. Sentis, Buenos Aires, 1955, pág. 478, el contrato aleatorio es siempre contrato puro y simple. Ciertamente eso es lo normal; pero no cabe descartar en algunos contratos aleatorios el que se celebren bajo condición, por ejemplo, la viuda de un funcionario vende la nuda propiedad de una finca, reservándose el usufructo vitalicio, para el caso de que no le sea concedida la pensión de viudedad que ha solicitado, o un comerciante celebra con un amigo un contrato preliminar de préstamo a la gruesa, para el caso de que no le sea concedido el préstamo a la gruesa que, a un interés más módico, ha solicitado de un banco.

(36) Op. cit., pág. 213.

(37) También PASSEFONS, *Du contrat d'assurance contre l'incendie*, these soutenue devant la Faculté de Droit de Toulouse, París, 1890, pág. 22 afirma que si bien el contrato de seguro es puro y simple y la obligación del asegurado nace inmediatamente, la obligación del asegurador es condicional.

(38) En este sentido, en relación con la "emptio spei", WINDSCHEID, *II Diritto delle pandette*, trad. de Fadda y Bensa, Turín, 1925, t. II, pág. 483, n. 8c; y, con referencia al juego y la apuesta, TRAVIASAS, *El juego y la apuesta*, en la "Revista de Derecho Privado", IV (1917), pág. 276.

contrato aleatorio está en casi completo abandono, desde el momento en que la doctrina más autorizada considera a la "condicio iuris" como simple requisito de la eficacia del contrato (39).

En cuanto a la tesis de que en el contrato aleatorio, en su conjunto puro y simple, una de las obligaciones de las partes sea condicional, conviene insistir en la diferencia de función que existe entre la condición suspensiva en sentido propio y la subordinación al evento en el contrato aleatorio. La condición simplemente impide que nazca la obligación mientras no se realiza. El riesgo en los contratos aleatorios influye en la relación entre la prestación, determinando la ganancia o la pérdida para cada una de las partes.

Cabe, pues, que en un contrato puro y simple una de las obligaciones esté sometida a condición, sin que por ello el contrato se haga aleatorio. Es posible que en un contrato de compraventa se haga depender de una condición el pago de una parte del precio sin que el contrato resulte aleatorio, por ejemplo, estableciendo en la compraventa de una finca urbana, que el vendedor pagará por ella determinado precio, pero que tendrá que abonar cierta cantidad más, si en el plan de urbanismo, de inminente aparición, se aprueba el trazado de una nueva calle, cuya construcción revalorizará notablemente la finca. También en el contrato de secuestro cabría representarse el crédito de cada uno de los depositantes a la entrega de la cosa, sometidos a la misma condición de forma opuesta, de tal modo que, al cumplirse la condición (que uno de los depositantes gane el pleito), entre en vigor uno de los créditos y caduque el otro (40).

Aparte del examen precedente sobre la diversa función y estructura de la condición en sentido propio y del evento en el contrato aleatorio, existe otra forma de apreciar las analogías y diferencias que median entre ambos, y es la consideración del régimen jurídico de uno y otro, es decir, ver hasta qué punto es aplicable al riesgo en los contratos aleatorios las normas que el Código dicta para la condición.

En este aspecto resulta que en algunos aspectos hay identidad, o al menos analogía, de régimen jurídico entre ambos y en otros no. Hay cierta analogía, por ejemplo, entre la necesidad de que el riesgo en el contrato aleatorio sea posible y lícito y la norma del artículo 1.116 del C. c., según la cual "las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, anularán la obligación que de ellas dependa". Es aplicable a los contratos aleatorios la regla del artículo 1.119 del C. c., según el cual "se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento". Así, en el contrato de seguro el asegurador no responde de los daños causados por delito del asegurado (art. 396-2.º C. de c.); el seguro para caso de muerte no comprende el fallecimiento del asegurado en duelo, por suicidio, por sufrir la pena capital por delitos

(39) BOSELLI, *Alea*, en el "Novissimo Dig. it.", t. 1, pág. 472.

(40) El ejemplo puede verse en VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad. de Rocés, t. II, pág. 213, n. 5.

comunes (art. 423 C. de c.); en el contrato de renta vitalicia, si el obligado a pagar la renta mata dolosamente al beneficiario, tendrá que seguir pagando los plazos de la renta durante el tiempo que se pueda presumir que hubiera vivido (41). No obsta a esta aplicación del artículo 1.119 del C. c. a los contratos aleatorios el hecho de que en algunos de ellos una o ambas partes estén autorizadas para influir, dentro de ciertos límites, sobre el riesgo (así, por ejemplo, en el contrato de juego, y en el mismo contrato de seguro en el que se admite que el daño pueda provenir de culpa leve del asegurado), pues se asemeja a la facultad que tiene el acreedor en la obligación bajo condición potestativa de provocar por sí mismo el cumplimiento de la condición. En cambio, no parece, en principio, aplicable a la realización del evento en los contratos aleatorios el efecto retroactivo, que es propio de la condición cumplida.

Como resumen de esta cuestión de las relaciones entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales puede decirse que si bien existe cierto parecido entre el riesgo o el evento en el contrato aleatorio y la condición en el contrato condicional, son en realidad figuras distintas y, por tal motivo, al tiempo de determinar la naturaleza del contrato aleatorio, es de más provecho, en vez de trazar paralelismos y diferencias entre la condición y el riesgo, afrontar directamente el problema de en qué consiste el riesgo y cómo se inserta en el contrato aleatorio.

4. *El alea o riesgo y su inserción en el contrato aleatorio.*

En la terminología usual de las obras sobre contratos aleatorios los términos de riesgo y alea suelen emplearse como sinónimos, e incluso algunos utilizan como equivalente la palabra evento. No obstante, se han efectuado intentos de diferenciarlos y atribuir a cada una de esos vocablos un contenido propio.

A juicio de Bosselli (42), mientras el alea indica un estado del que es de esperar y temer al mismo tiempo, o sea, la probabilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de una pérdida, el riesgo expresa el aspecto negativo de esa situación de incertidumbre, en cuanto suele ser empleado para significar más propiamente el peligro de un mal. Ciertamente, parece ser que este significado de la palabra riesgo es el usual en materia de contrato de seguro, en el cual el riesgo supone la producción de un daño para el asegurado, que engendra en el asegurador la obligación de indemnizarlo. Pero, en cambio, en los demás contratos aleatorios la palabra riesgo conserva su doble sentido positivo y negativo, significando la probabilidad en que se encuentra cada una de las partes de experimentar, en virtud del contrato, una ganan-

(41) ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, t. II-2, Barcelona, 1935, pág. 447, y *Notas*, de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, pág. 449.

(42) *Op. cit.*, pág. 469.

cia o una pérdida (43). Finalmente, por evento debe entenderse el suceso o acontecimiento posible, pero incierto al menos en cuanto al momento de su producción, que determina la incidencia del riesgo al incidir sobre el nacimiento o extinción de una o ambas obligaciones de las partes, o bien sobre la cuantía de las respectivas prestaciones.

En el contrato aleatorio el riesgo deviene elemento esencial del contrato, convirtiéndose en su causa (44), y consiste en el hecho de que, al tiempo de la celebración del contrato, es incierto para cada una de las partes si le reportará una pérdida o una ventaja que sea proporcionada al sacrificio patrimonial a soportar.

Cabe pensar, sin embargo, que también para el contrato aleatorio es válido el concepto de causa que, con referencia a todos los contratos onerosos en general, expresa el artículo 1.284 del C. c. al decir que "en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte". Eso es verdad; en el contrato de seguro, por ejemplo, la causa del contrato es para el asegurado la indemnización que se compromete a pagarle el asegurador, así como para éste la causa del contrato es la prima del seguro que ha de pagarle el asegurado. Pero como quiera que una de las obligaciones o ambas son inciertas en cuanto a su nacimiento, extinción o extensión, no cabe duda de que, en primer lugar, la causa del contrato aleatorio es la perspectiva de un alea, de la cual el contratante trata de sacar provecho o contra la cual trata de resguardarse.

La entidad del riesgo está en función de dos factores: por un lado, depende de la cantidad patrimonial expuesta por cada contratante, es decir, por la importancia económica de los bienes que cada parte puede ganar o perder; pero, por otra parte, responde al número de probabilidades que existen de que se verifique o no el evento, que determinará para cada una de las partes, respectivamente, la ganancia o la pérdida.

Dentro de lo que permita la incertidumbre del alea, debe existir igualdad para ambas partes entre cada uno de los elementos que integran el riesgo, o al menos proporcionalidad, de forma que la menor probabilidad de que se realice el evento a favor de una de las partes quede compensada con la mayor importancia del beneficio patrimonial que espera obtener. Así, en algunas apuestas sobre carreras de caballos la mayor probabilidad de que determinado caballo favorito gane la carrera suele ir contrarrestada por el hecho de que los apostantes por su triunfo hayan de comprometer cantidad de dinero doble, triple, etc., que los demás apostantes. Otras veces, la menor probabilidad de ganar, que parecen tener los que apuestan por cierto caballo, se compensa por la circunstancia de que normalmente es mayor el número de apos-

(43) Entre otros, emplean la palabra riesgo en este sentido de probabilidad alternativa de ganancia o pérdida, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1884, t. IV, pág. 364; VALSECCHI, *Giuoco e scommessa*, vol. XXXVII, t. 2 del "T-attato" dirigido por Cicu v Messineo, Milán, 1954, pág. 30.

(44) MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentís, t. IV, Buenos Aires, 1955, págs. 477-478.

tantes por el éxito de los otros caballos y, como quiera que las cantidades comprometidas en la apuesta se distribuyen entre los ganadores, en caso de que triunfe el caballo que parecía menos aventajado, al ser el número de los que apostaron por él más reducido, cada uno de ellos percibe una cantidad muy superior a la que obtendrían los otros apostantes en el supuesto de ganar la apuesta. En el contrato de seguro, la prima se calcula atendiendo tanto al importe económico del riesgo asegurado como al número de probabilidades que existan de que se produzca el siniestro, calculadas con arreglo a los índices estadísticos.

Si bien la proporción entre los dos elementos que integran el riesgo (probabilidad de que se realice el evento y cantidad patrimonial expuesta) puede variar, es necesario que existan ambos elementos, pues si uno de ellos falta, desaparece el riesgo. Si en un contrato, celebrado con apariencias de aleatorio, no existe en realidad riesgo, el contrato, a pesar de sus apariencias, no es aleatorio (45), pudiendo constituir un contrato conmutativo (46), una liberalidad (47), una estafa (48), o el contrato es simplemente nulo (49).

El riesgo ha de ser bilateral, cada una de las partes ha de tener la posibilidad de experimentar la ganancia o la pérdida, y de tal forma

(45) MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit Civil*, t. II, París, 1956, pág. 84.

(46) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1948, vol. II, pág. 291. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1956 estableció que no existe contrato de renta vitalicia si efectivamente, transferida la finca, la cantidad que como renta o pensión habían de abonar los deudores no resultaba calculada mediante la división del valor de la finca en cuotas anuales, en función de la vida probable del dueño del predio cedido, sino que se señaló como pensión anual cierto interés sobre el valor atribuido a la finca entregada, que había de abonarse al dueño de ella, más otro interés sobre cierta cantidad que había de pasar al hijo y hermano, respectivamente, del dueño y deudora para compensarle de la diferencia en menos que valía la finca que igualmente a él fue transferida en el mismo acto.

(47) BARASSI, loc. cit. Por ejemplo, una persona, con ánimo de beneficiar a otra, le cede una finca a cambio de una renta vitalicia, cuyo importe es inferior, igual e incluso un poco mayor que las rentas o productos del inmueble. En este sentido observa DUSI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Turín, 1937, t. 2, pág. 169, "es esencial que (en el contrato de renta vitalicia) la renta supere el rédito normal del precio, de forma que absorba, en las singulares prestaciones periódicas, una parte del capital, de otro modo el contrato no sería aleatorio y contendría una donación *sub modo*".

(48) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1884, t. IV, págs. 593 y 363-364; FALCÓN, *Derecho Civil*, t. IV, 1889, pág. 430; NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, t. II, Madrid, 1880, pág. 373; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 4.ª edic., Madrid, 1931, pág. 14. El art. 529, núm. 7.º, del Código penal de 1944 castiga por delito de estafa a "Los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte".

(49) Por falta de existencia de un riesgo efectivo, el art. 1.804 del C. c. español declara nula la renta vitalicia constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad, que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha. Vid. con referencia a los arts. 1.974 y 1.975 del C. c. frances, que concuerdan con el 1.804 del nuestro, RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, t. III, París, 1958, pág. 801; MAZEAUD H., L. et J., *Leçons de Droit Civil*, t. II, París, 1956, pág. 84.

precisamente que a la ganancia de una de ellas corresponda la pérdida de la otra (50). Si bien este principio de la bilateralidad del riesgo es muy discutido, pues, por un lado, su admisión depende del criterio que se sustente respecto a si pueden o no existir contratos aleatorios a título gratuito y, además, aun con referencia a los contratos aleatorios onerosos, la idea de que, en algunos de ellos, el riesgo es unilateral, recogida por los artículos 1.964 del C. c. francés y 1.102 del C. c. italiano de 1865 y que se encuentra en obras de finales del siglo pasado (51), es hoy mantenida desde diversos puntos de vista.

A juicio de Scalfi (52), la idea de que a la ventaja para una parte ha de corresponder la desventaja o pérdida para la otra es simplemente el resultado de considerar como nota general de los contratos aleatorios una característica que sólo es propia de alguno de ellos, como es, por ejemplo, la apuesta. En cambio —continúa diciendo—, hay contratos aleatorios, como el de seguro, en los que la producción del evento no supone, en todo caso y necesariamente, que el asegurado haya de salir ganando y el asegurador perdiendo, pues cabe la posibilidad de que el valor de la indemnización debida sea inferior al importe de las primas percibidas por el asegurador.

Sin embargo, aun siendo cierta la observación de que en el contrato de seguro la producción del siniestro no determina forzosamente que el asegurador resulte perdiendo y el asegurado ganando, no cabe duda de que la realización del hecho temido influye en forma inmediata y opuesta en las ganancias y las pérdidas de cada una de las partes, determinando, cuando menos, que la ganancia del asegurador sea más pequeña y, paralelamente, que la pérdida del asegurado sea menor, lo cual pone de manifiesto que, aun en la hipótesis de que el siniestro sea inferior al importe de las primas del seguro, subsiste la bilateralidad del alea.

Insistiendo en la opinión de que en algunos contratos aleatorios el riesgo es unilateral, se afirma (53) que hay contratos aleatorios en que sólo uno de los contratantes asume un determinado riesgo del cual puede ser desgravado el otro contratante. El contrato, configurado así para poner a uno de los contratantes a salvo del riesgo, tiende a cargar

(50) Entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., t. IV, pág. 364; TRAVIESAS, *El juego y la apuesta*, en la "Revista de Derecho Privado", IV (1917), pág. 276; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, t. IV, Madrid, 1925, pág. 566; RIPERT-BOULANGER, op. cit., t. II, pág. 35; MAZEAUD, op. cit., t. II, págs. 84-85; DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil* cit., vol. II, pág. 271; BOSELLI, *Alea*, en el "Novissimo Dig. it.", t. 1, pág. 473.

(51) PASSEFONS, *Du contrat d'assurance contre l'incendie*, these soutenue devant la Faculté de Droit de Toulouse, París, 1890, pág. 21-22; NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil*, Madrid, 1891, t. IV, pág. 381, afirma que en el contrato aleatorio lo que cada uno de los contratantes recibe no es equivalente a lo que se obliga a dar, sino equivalente a un riesgo de ganancia o pérdida que corre una sola o las dos partes contratantes.

(52) Op. cit., pág. 170.

(53) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, t. II, Milán, 1948, páginas 293-294; SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1 (1960), pág. 153.

el riesgo sobre el otro contratante. Concretamente, con referencia al contrato de seguro, sostiene Passafons (54) que "sólo el asegurador, siguiendo los acontecimientos, está en probabilidad de ganar o perder: ganará si el siniestro previsto no se produce, perderá en el caso contrario. El asegurado sabe de antemano que pierde el importe de la prima. Se dice que él obtendrá más tarde una ventaja del contrato, si el derecho a la indemnización se produce para él, y, por consiguiente, que la obligación es aleatoria. Tal objeción es insostenible: el asegurado obtendrá simplemente la reparación del perjuicio que se le haya causado, y esto es tan verdadero, que no podrá reclamar, incluso en virtud de una convención formal, una suma superior a este perjuicio; no obtendrá más ganancia que si el siniestro no se hubiera producido, se contentará con mantener la integridad de su patrimonio."

Este razonamiento tiene algunos elementos acertados, como son la distinción entre contratos aleatorios en que el riesgo es creado artificialmente por las partes y contratos aleatorios que versan sobre un riesgo ya existente, además de la finalidad de indemnización del contrato de seguro, que excluye el que el asegurado pueda percibir en virtud de él cantidades superiores al perjuicio sufrido. Sin embargo, es en su conclusión erróneo; si bien considerado el patrimonio del asegurado en su conjunto, al producirse el siniestro, el crédito a la indemnización lo que hace es volver a colocar el activo patrimonial en la situación en que se encontraba antes de producirse el daño, no cabe duda de que el asegurado experimenta un incremento patrimonial, pues el daño lo hubiera tenido que sufrir de todas maneras, con contrato de seguro o sin él y de no haber celebrado este contrato, no recibiría ninguna indemnización a cambio. Obtiene, pues, un incremento patrimonial, ya que por tal ha de entenderse no sólo el aumento del activo, sino también la evitación de una disminución del mismo, que, de otro modo, habría de producirse necesariamente.

Más envergadura presenta la observación de la desaparición de la bilateralidad del alea en los que algunos llaman contratos aleatorios colectivos, que han experimentado en nuestra época un desarrollo tan notable. Estos contratos —concretamente los de seguro y renta vitalicia— se celebran por importantes empresas, de un lado, y una gran multitud de individuos, por otro, de modo que la aplicación de la estadística y el cálculo de probabilidades permite hacer desaparecer el alea para el conjunto de esos contratos, haciendo así posible aplicar el rigor y la exactitud de los números a la previsión del futuro. De este modo el contrato no es aleatorio para la compañía de seguros o la empresa de capitalización. Cuando el asegurador contrata, por ejemplo, un seguro de vida, tiene en cuenta la duración media de la vida humana, fijada según los resultados de estadísticas, de tal modo que el conjunto de sus operaciones le produce un beneficio, que puede ser calculado casi exactamente.

(54) These cit., pág. 21-22.

Para desvirtuar el alcance de esta observación, se afirma (55) que para saber si un contrato es aleatorio hace falta examinarlo aisladamente y, si se destaca cada contrato del conjunto de las operaciones hechas por el asegurador, se comprueba que el riesgo interviene en ventaja o detrimento tanto del asegurador como del asegurado. De todos modos, no cabe duda de que esa planificación matemática y técnica del alea, que se consigue en los contratos aleatorios colectivos, tiene importantes consecuencias en materia de rescisión por lesión, influyendo no sólo en los contratos celebrados entre un particular y una compañía de seguros o de capitalización, sino incluso en los que se concluyan entre dos particulares. Así, por ejemplo, en la doctrina francesa se estima que, aun en los contratos de renta vitalicia celebrados entre particulares, es fácil determinar si ha habido o no lesión acudiendo a los baremos de las compañías de capitalización, que indican el capital que, según la edad del rentista, es necesario para constituir una renta vitalicia de una cuantía determinada, sin que esto suponga ninguna injusticia para con el particular deudor de la renta, ya que, en todo caso, puede entregar, a fin de que le sustituya, a una de esas compañías el capital representativo de la renta que se compromete a pagar, evitando así todo alea (56).

Las objeciones a la bilateralidad del riesgo, que acaban de exponerse, están basadas en su mayor parte en las circunstancias y características del contrato de seguro. Por ello interesa subrayar que existen además otros contratos, generalmente considerados como aleatorios, en los que la bilateralidad del alea no aparece, al menos de forma clara y terminante. Nos referimos concretamente a los contratos de préstamo a la gruesa, asistencia marítima y mandatos aleatorios.

Ya, con referencia al primero de estos contratos, hacia notar Tourranton (57) que, a diferencia del juego y la apuesta en los que las partes pueden ser considerados como enemigos en presencia, esforzándose en enriquecerse uno a expensas de otro, el prestamista en el préstamo a la gruesa realiza un servicio al prestatario y el interés común de ambos es el éxito de la operación.

Desarrollando esta idea, puede decirse que el préstamo a la gruesa (y lo mismo se diga para los mandatos aleatorios y la asistencia marítima) la realización o no realización del evento no provoca alternativamente la ganancia de una de las partes y la pérdida para la otra. Si las mercancías transportadas arriban felizmente al puerto, el prestamista a la gruesa experimentará la ganancia de que obtendrá, además de la devolución de la suma prestada, el abono de los intereses muy superiores a los normales en el préstamo ordinario; pero, al mismo tiempo, el prestatario a la gruesa se beneficia de la llegada ven-

(55) MAZEAUD H., L. et J., *Leçons de Droit Civil*, t. II, París, 1956, págs. 172-173.

(56) MAZEAUD, op. cit., págs. 172-173.

(57) *Du jeu et du pari et du prêt a la grosse aventure*, thèse, Toulouse, 1876, pág. 32.

turosa de las mercancías, que supone para él la consecución del fin económico que se proponía con el contrato y la posibilidad de lucrarse con la venta de las mismas. En cambio, si las mercancías perecen en la travesía, el prestamista a la gruesa experimenta una pérdida, pues se queda sin poder exigir la devolución del capital y el abono de los intereses; sin embargo, aparentemente, no puede decirse que a esa pérdida corresponda una ganancia del prestatario, que en realidad ni gana ni pierde y aun, considerando la cuestión más allá del ámbito estricto del contrato, puede decirse que también pierde, en cuanto que se queda sin obtener los beneficios que pensaba iba a conseguir con la venta de las mercancías. Así, pues, a primera vista, parece que en el contrato de préstamo a la gruesa el riesgo es unilateral, en cuanto que sólo al prestamista le producirá ganancia o pérdida la realización o no realización del evento previsto (llegada de las mercancías a puerto) y desde luego resulta claro que la relación de los riesgos es diferente a la del contrato de apuesta, en el que a la pérdida experimentada por una de las partes corresponde necesariamente una ganancia paralela de la otra.

Sin embargo, creemos que estas circunstancias no permiten afirmar que, en los contratos de que se trata, el riesgo es unilateral. Para apreciar la ganancia o pérdida del prestatario a la gruesa, conviene referir su situación en este contrato a la que tendría de haber celebrado un contrato de préstamo ordinario no aleatorio. En efecto, en el caso de que las mercancías no lleguen a puerto, el prestamista a la gruesa pierde el capital prestado y los intereses pactados; aparentemente, el prestatario ni pierde ni gana, pero en realidad, comparando su situación con la que tendría en el préstamo ordinario, gana, porque queda liberado de la obligación de devolver el capital y abonar los intereses al cual, si el préstamo no fuera aleatorio, quedaría subsistente, a pesar de la pérdida de las mercancías para cuya adquisición y transporte había solicitado el préstamo; gana, pues, en cuanto que ha desplazado el riesgo por pérdida de las mercancías sobre el prestamista a la gruesa, riesgo que en otro caso tendría que soportar necesariamente. En el supuesto contrario de que las mercancías alcancen el puerto, el prestamista a la gruesa gana, pues obtiene la devolución del capital y el abono de intereses muy crecidos; en cuanto al prestatario ciertamente se beneficia con el feliz desenlace de la operación, ya que puede vender las mercancías, pero pierde en relación a la situación en que se encontraría de haber celebrado un préstamo ordinario, pues tiene que pagar unos intereses muy superiores a los usuales en estos préstamos. De todos modos, resulta claro que la relación entre los riesgos de ambas partes es en estos contratos distinta a la que es propia del contrato de apuesta.

Para terminar el estudio de la estructura del riesgo, aludiremos a la cuestión de si el evento que determina el riesgo ha de ser necesariamente futuro o puede consistir en un suceso pasado, cuya realización es desconocida para una o ambas partes contratantes o bien, dicho

en otros términos, si se exige la incertidumbre objetiva del riesgo o basta la incertidumbre subjetiva. No existe en la doctrina un parecer unánime sobre este punto, habiéndose mantenido posiciones tanto a favor, como en contra de que el evento pueda ser un hecho pasado, aunque desconocido por las partes. Mientras algunos afirman (58) que “a diferencia de la condición, es aquí suficiente una incertidumbre incluso meramente subjetiva del evento; y puesto que subjetivamente incierto es normalmente un evento pasado o presente, se desprende que al futuro verificarse de un acontecimiento, puede ser equiparado en esta materia la adquisición del conocimiento de un hecho ya verificado”. En cambio, Gómez de la Serna y Sánchez Román (59) censuran a los artículos 744 del C. de c. y 1.797 del C. c. por admitir el seguro retroactivo y creen que en esta materia debe estarse a los principios rigurosos del Derecho civil en casos análogos y que, por lo mismo, si es nula la compraventa cuando la cosa vendida no existe creyendo el vendedor lo contrario, así, cuando el riesgo ya no existe, no debe ser válido el seguro; tanto más, cuanto que las comunicaciones modernas y las claves y combinaciones que la malicia humana puede emplear, se prestan a multitud de estafas cometidas por este medio.

Creemos que esta cuestión de si el riesgo ha de ser objetiva o sólo subjetivamente incierto no puede decirse con carácter general, sino que debe plantearse en concreto respecto a cada uno de los tipos particulares de contratos aleatorios. Así, por disposición expresa del artículo 1.804 del C. c., no es suficiente la incertidumbre subjetiva, sino que se requiere además la objetiva, en el contrato de renta vitalicia. En cambio, hay otros contratos aleatorios, como la apuesta, en los que se admite generalmente que el evento pueda consistir en hechos pasados, desconocidos por las partes (60), incluso hay autores que intentan diferenciar a los contratos de juego y apuesta, basándose en que el evento es en el juego un acontecimiento futuro y en la apuesta un acontecimiento pasado (61). En el contrato de seguro ya hemos indicado cómo el artículo 1.797 del C. c. y los artículos 744 y 785 del C. de c. admiten la validez del seguro retroactivo, siempre que el asegurado, al celebrar el contrato, no tenga conocimiento de haber ocurrido ya el daño objeto del mismo o el asegurador de haberse preservado ya de él los bienes asegurados; no obstante, el seguro retroactivo es poco frecuente en la práctica de las compañías de seguros, las cuales no sólo no acostumbran asegurar riesgos pasados, sino que además acostumbran consignar en las condiciones generales de la póliza del seguro contra incendios la cláusula de que el contrato no entrará en

(58) BOSELLI, *Alea*, en el “Novissimo Dig. it.”, t. 1, pág. 470.

(59) SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, págs. 800-801.

(60) Entre otros, PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, t. XI, París, 1932, pág. 496; COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 567; RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, t. III, pág. 797.

(61) MANRESA, *op. cit.*, pág. 36.

vigor hasta el mediodía siguiente a la fecha en que se firma la póliza, para, de este modo, disponer del tiempo necesario para convencerse de que el asegurado no ha cometido ningún fraude, especialmente de que no ha asegurado una casa que acaba de incendiarse.

Puede, pues, concluirse diciendo que hay contratos aleatorios en los que el evento que determina el riesgo ha de ser necesariamente futuro y otros en los que se admite que sea pasado, si bien su realización no deba ser conocida por las partes. En cuanto a estos últimos, cabe preguntarse si en todo caso ambas partes han de desconocer la realización del evento pasado o, en algún supuesto especial, bastaría con que lo ignorara solamente una de ellas. Nos referimos en concreto al contrato de apuesta, en el cual se discute si será válida la apuesta que una de las partes celebre teniendo noticia segura de la verdad de su afirmación y sin participárselo a la otra parte. A juicio de Windscheid (62) tal contrato sería en principio válido y sólo podría impugnarse por dolo, si el apostante aparentase saber el suceso de que se trate menos seguramente de lo que es en realidad. Pero predomina la opinión de que, en cuanto una de las partes conoce con seguridad el evento, desaparece el alea (63) y la parte que contrata sobre seguro comete un verdadero abuso, que incluso puede constituir una estafa (64), por lo que debe entenderse, que es condición de todo contrato aleatorio el que el riesgo sea desconocido por ambas partes contratantes.

5. *La cuestión de si existe un "numerus clausus" o "apertus" de contratos aleatorios.*

El artículo 1.964 del C. c. francés, seguido por el artículo 1.102 del C. c. italiano de 1865, enumeraban como contratos aleatorios los de seguro, préstamo a la gruesa, juego y apuesta y renta vitalicia; pero, como hace notar la doctrina de los respectivos países (65), esa enumeración no es limitativa, sino sólo "ad exemplum". El Código civil español, que no contiene una enumeración análoga, regula en el título XII del libro IV como contratos aleatorios los de seguro (artículos 1.791 a 1.797), juego y apuesta (arts. 1.798 a 1.801) y renta vitalicia (arts. 1.802 a 1.808). Los autores contemporáneos a la publicación del Código censuraban a éste por haber omitido toda referencia a contratos que nuestra doctrina venía incluyendo entre los aleatorios, como la decisión por suerte y la venta de esperanza, regulada esta última por la ley 11, tít. 5, Partida 5 (66).

Interpretando restrictivamente este silencio del Código, una antigua sentencia del Tribunal Supremo (S. de 27 de junio de 1906) declaró que nuestro Derecho no cabe admitir otras obligaciones con-

(62) Op. cit., pág. 629.

(63) BARASSI, op. cit., págs. 291-292.

(64) MANRESA, op. cit., págs. 14-15.

(65) COLIN y CAPITANT, op. cit., pág. 567; MAZEAUD, op. cit., t. III, pág. 1229.

(66) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 809.

tractuales de carácter aleatorio, que las establecidas en el título XII del libro IV del Código civil; pero tal criterio fue censurado por la doctrina (67), y el mismo Tribunal Supremo ha rectificado posteriormente esa antigua opinión, declarando que ni siquiera llegó a constituir doctrina legal, por hacerse de modo incidental en la sentencia de 27 de junio de 1906 la afirmación de que no existen otras obligaciones de carácter aleatorio que las reguladas en el título XII del libro IV del Código civil, y por no haberse recogido ese criterio en ninguna otra sentencia (s. s. de 30 de diciembre de 1944, considerando 6.º, y de 15 de febrero de 1957, considerando 6.º). Por consiguiente, no cabe duda de que en el Derecho español, además de los contratos de seguro, renta vitalicia, juego y apuesta, regulados por el Código civil en el título de los contratos aleatorios, del préstamo a la gruesa, regulado por los artículos 719 a 736 del Código de comercio y del contrato de auxilio o salvamento marítimo, regulado por la Ley de 24 de diciembre de 1962 (68), pueden existir otras figuras de contratos aleatorios que, al no estar disciplinados expresamente por la ley, encuentran su fundamento legal en el principio de autonomía de la voluntad, proclamado por el artículo 1.255 del C. c., y que pueden considerarse como contratos aleatorios atípicos.

6. *Contratos aleatorios atípicos.*

Cuales sean en concreto estos contratos aleatorios atípicos no es posible determinarlo exhaustivamente. Desde luego, hay que incluir en este grupo contratos que, como la venta de esperanza y la decisión

(67) MANRESA, op. cit., pág. 11; FÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones*, de ENNECCERUS-LEHMANN, t. II-2, Barcelona, 1935, pág. 454.

(68) El aspecto aleatorio de este contrato resulta de la disposición del art. 2 de la ley de 24 de diciembre de 1962: "Todo acto de auxilio o salvamento que haya producido un resultado útil dará lugar a una remuneración equitativa. No se deberá ninguna remuneración si el socorro prestado no llegase a producir resultados útiles." Como observa ARAUD, *thèse cit.*, pág. 128, comentando el art. 2 de la ley francesa de 26 de abril de 1916 (cuyo texto concuerda con el art. 2 de la ley española que acaba de transcribirse, ya que, como hace notar DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 522, n. 17, ambos han sido tomados del art. 7 del Convenio de 23 de septiembre de 1910 sobre salvamento marítimo, al que se adhirió España en 17 de noviembre de 1923), "la convención de auxilio o salvamento presenta un carácter aleatorio: un navío que socorre a otro no está seguro del todo del resultado de su empresa. Puede no encontrarlo, llegar tarde e incluso zozobrar a su vez. En todos los casos realiza gastos, que en el supuesto de fracaso no le serán reembolsados". Interesa subrayar que, tanto en el Derecho francés como en el español, ese aspecto aleatorio del contrato de auxilio y salvamento no impide que el precio fijado por las partes pueda ser modificado por los tribunales, pues según los arts. 8 y 9 de la ley española (que concuerdan con el art. 9 de la ley francesa), "Todo convenio de auxilio y de salvamento estipulado en el momento y bajo el influjo del peligro podrá ser, a petición de las partes, modificado por el Tribunal Marítimo Central, si estima que las condiciones estipuladas no son equitativas." Es este un supuesto considerado típico de la rescisión en su forma más flexible (DE CASTRO, op. cit., pág. 522).

por suerte, nuestra doctrina ha venido tradicionalmente estudiando al tratar de los contratos aleatorios. A ellos pueden añadirse: la venta de usufructo (69), bien de usufructo vitalicio en todo caso, bien además la de usufructo constituido por cierto número de años, si se estima que en este último la muerte del usufructuario determina la extinción del usufructo, que no se transmite a sus herederos por el tiempo que reste del término por el que fue constituido; la venta de nuda propiedad (70); la venta de derechos litigiosos (71); la fianza onerosa, mencionada por el artículo 1.823-1.º del C. c. y que presenta gran parecido con el seguro de crédito, pero que no se confunde con él, en cuanto que en este último la obligación asumida por el asegurador es absolutamente distinta de la obligación del deudor cuyo crédito es asegurado, y su objeto no es la ejecución de la obligación garantizada, sino solamente la reparación del perjuicio causado por la falta de pago del crédito; los contratos diferenciales de Bolsa, si bien estén parcialmente regulados por los artículos 63 y siguientes del Reglamento de las Bolsas de Comercio, aprobado por Decreto de 30 de junio de 1967, y que, en el fondo, son modalidades del contrato de apuesta; la constitución de censo vitalicio (72); el violario (73); las tontinas (74). Y, en la doctrina extranjera, se citan también como contratos aleatorios la cesión de derechos sucesorios (75), la venta con riesgo y peligro de evicción a cargo del comprador (76) y cierta clase de mandatos (77).

Es procedente preguntarse si pueden existir, además de los que acaban de relacionarse, otros contratos aleatorios y si, en definitiva las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden convertir a cualquier contrato, normalmente conmutativo, en aleatorio, con insertar en su estructura un alea. En este punto numerosos autores opinan que el número de los contratos aleatorios es ilimitado y que puede imprimirse carácter aleatorio a todos los contratos a título oneroso, bastando para ello que las prestaciones que se hayan de hacer dependan, en cuanto a su estructura o extensión, de un acontecimiento incierto (78).

De todos modos, conviene advertir que debe procederse con prudencia antes de calificar de contrato aleatorio a una de esas convenciones, pues, como el riesgo influye en mayor o menor medida en todos

(69) CASTÁN, *Derecho Civil*, t. IV, 8.ª edic., Madrid, 1956, pág. 660.

(70) CASTÁN, op. cit., pág. 660; COLIN y CAPITANT, op. cit., pág. 567; ARAUD, *thèse cit.*, págs. 17 y 63.

(71) CASTÁN, loc. cit.; COLIN y CAPITANT, loc. cit.; ARAUD, *thèse cit.*, pág. 23.

(72) MANRESA, op. cit., pág. 9.

(73) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 273, n. 41.

(74) DE CASTRO, loc. cit.

(75) ARAUD, *thèse cit.*, pág. 87.

(76) SCALFI, op. cit., págs. 115 y 138.

(77) COLIN y CAPITANT, loc. cit.; ARAUD, *thèse cit.*, págs. 17 y 63.

(78) COLIN y CAPITANT, op. cit., pág. 567; MAZEAUD, op. cit., t. III, pág. 1229; BARASSI, op. cit., pág. 294; NAVARRO AMANDI, *Cuestionario... cit.*, pág. 381.

los contratos, existe el peligro de considerar como aleatorios a contratos que en realidad no lo son.

7. Clasificación de los contratos aleatorios.

Existen varias clasificaciones de los contratos aleatorios, tomadas desde distintos puntos de vista.

Atendiendo al origen de la aleatoriedad del contrato, se distingue entre contratos aleatorios por naturaleza y contratos aleatorios por voluntad de las partes (79). En los primeros la aleatoriedad es una consecuencia, o mejor una cualidad de la causa del contrato, que no es concebible sin ese alea (seguro, renta vitalicia, juego y apuesta), y en los segundos el carácter aleatorio se debe a la voluntad de las partes y tienen lugar generalmente cuando los contratantes, para la consecución de un fin práctico, se valen del esquema de un contrato normalmente conmutativo e insertan en él un riesgo (así, a juicio de algunos, la venta de esperanza, por ejemplo).

Como consecuencia práctica adosada a esta distinción, se señala que los contratos aleatorios por voluntad de las partes no se presumen, dicho en otros términos, que en caso de duda sobre si la intención de las partes, al celebrar el contrato, fue asumir el alea o, por el contrario, concluirlo con el carácter conmutativo normal en aquel tipo de contrato, el juez habrá de pronunciarse en este último sentido y así, por ejemplo, en la duda de si una compraventa de cosa futura es "emptio spei" o "emptio rei speratae", los tribunales habrán de resolver que se trata de una "emptio rei speratae" y no de una "emptio spei".

La distinción que acaba de exponerse tiene, no obstante, contradictores, los cuales afirman que la asunción de un riesgo, que las partes hagan dentro del esquema de un contrato conmutativo, altera profundamente la estructura del tipo, por lo que, en realidad, todos los contratos aleatorios lo son por naturaleza y que, en definitiva, con esa clasificación lo que se hace es separar los contratos aleatorios típicos o innominados (80).

Por razón de su diversa estructura o, si se quiere, por la diversa forma en que opera el evento determinante del riesgo, se distingue entre "contratos en los que el acontecimiento incierto desempeña el papel de una condición suspensiva, que impide toda prestación a cargo de una de las partes de tal suerte que, si no se realiza, esta parte contratante no habrá suministrado nada en virtud del contrato (vg. seguro) y contratos en los que el evento incierto juega el papel de un término extintivo, que pondrá fin a las prestaciones debidas por una de las partes, de suerte que hace variar la extensión de su obligación sin jamás suprimir la enteramente (renta vitalicia)" (81). Más am-

(79) NAVARRO AMANDI, loc. cit.; ARAUD, thèse cit., pág. 17; BARASSI, op. cit., págs. 293-295; MESSINEO, op. cit., pág. 478.

(80) BOSELLI, op. cit., pág. 474.

(81) RIPERT-BOULANGER, op. cit., t. II, págs. 34-35.

pliamente se distingue entre “contratos en los que las dos partes en presencia se obligan desde el momento de la formación del contrato a una prestación determinada, pero cada una de ellas especula sobre una alea, cuenta con un evento, cuya llegada, más o menos próxima, determina la extensión de la prestación (venta de usufructo, renta vitalicia); contratos en los que una de las partes se compromete a pagar una cierta suma para protegerse de determinado riesgo, que la otra deberá indemnizar en caso de producirse (seguro) y contratos en que sólo una de las partes estará obligada si la suerte se vuelve contra ella (juego)” (82), o bien entre “contratos en los que el riesgo incide sobre la prestación de una de las partes, determinando su necesidad (seguro contra daños), contratos en los que el riesgo altera la prestación en sentido cuantitativo (renta vitalicia), contratos en los que el riesgo determina la incertidumbre sobre el momento de la exacción del crédito por una de las partes (seguro sobre la vida) y contratos en que el riesgo determina la incertidumbre de dos prestaciones opuestas de las cuales cada una depende de una condición recíprocamente inversa” (83).

Teniendo en cuenta la posibilidad o no de que las partes puedan intervenir en el riesgo, se distingue entre contratos en los que el evento es de pura suerte y aquellos otros en los que depende, en todo o en parte, de la misma actividad de las partes interesadas (84).

Atendiendo a la naturaleza del riesgo, se distingue entre contratos aleatorios que versan sobre un riesgo, que ya existía con independencia del contrato (seguro) y contratos en los que el riesgo es creado artificialmente por la voluntad de los contratantes (juego y apuesta) (85).

Intimamente relacionada con esta última clasificación está la que distingue los contratos aleatorios por su fin, según que en ellos las partes, contando con la suerte, expongan a su patrimonio a experimentar una pérdida a cambio de una posibilidad de ganancia (juego y apuesta), o bien una de las partes se proponga con el contrato escapar a ciertos riesgos (seguro) (86). Esta clasificación de los contratos aleatorios por su finalidad es de gran importancia porque, en tanto que los contratos aleatorios dirigidos a poner a una de las partes a salvo de un riesgo ya existente, responden a un espíritu de previsión y son bien acogidos por los legisladores, que favorecen e incluso ordenan su celebración, en cambio los contratos aleatorios en los que el riesgo es creado artificialmente por las partes son mirados generalmente con desconfianza y aversión por las leyes, que limitan sus efectos y, en determinados casos, llegan a prohibirlos, incluso con sanciones penales.

(82) ARAUD, *thèse cit.*, pág. 15.

(83) BARASSI, *op. cit.*, págs. 292-293.

(84) BOSELLI, *op. cit.*, pág. 470.

(85) BARASSI, *op. cit.*, pág. 297; VALSECCHI, *op. cit.*, pág. 31.

(86) ARAUD, *thèse cit.*, pág. 18.

8. *Efectos de los contratos aleatorios.*

Tradicionalmente se ha venido considerando la no aplicación de la rescisión por lesión como efecto general, común a todos los contratos aleatorios y que los caracteriza frente a los contratos conmutativos. Como observa Araud (87), “cuando la lesión penetró en el Derecho romano, los contratos aleatorios fueron excluidos de ella. La rescisión por lesión no tiene lugar cuando el objeto de la venta no es cierto y determinado, así cuando, sabiéndome heredero, vendo la herencia a que tengo derecho sin especificar los bienes que la componen; o bien cuando vendo un derecho que puedo tener a una sucesión, ignorando si soy heredero. La rescisión no se aplica a las otras ventas que presentan un carácter aleatorio, como la venta de un golpe de red o la venta de otra cosa cuyo producto sea incierto”.

Este principio de la no rescisión por lesión de los contratos aleatorios ha llegado hasta nuestros días, siendo en la actualidad declarado expresamente en algunos Códigos modernos (88).

En el Derecho francés ningún texto del C. c. establece formalmente la exclusión de la rescisión por lesión en los contratos aleatorios y la doctrina y la jurisprudencia revisan actualmente el viejo principio, que deja a los contratos aleatorios fuera del campo de la rescisión por lesión. Como hacen notar Marty et Raynaud (89), “se ha hecho valer a favor de esta exclusión, de una parte, la imposibilidad de apreciar la lesión en razón a la incertidumbre reinante sobre la importancia de las prestaciones de una de las partes y, de otro lado, el hecho de que, aceptando un alea, cada parte ha aceptado con ello mismo un riesgo de desequilibrio en su detrimento. Ninguna de estas dos consideraciones es decisiva absolutamente: la lesión puede a veces existir en el momento mismo de la formación del contrato y, de otra parte, el que concluye un contrato aleatorio no está necesariamente animado de un espíritu de especulación”.

Por ello los tribunales y la doctrina francesa se esfuerzan por aplicar, en lo posible, la rescisión por lesión a los contratos aleatorios. Así se aprecia la lesión en la renta vitalicia, constituida a cambio de la transmisión de un inmueble, cuando los productos de éste son iguales o superiores a la renta estipulada (90) y, aún siendo los plazos de la renta superiores a los productos del inmueble, se admite la existencia de lesión si, puestos en la situación más desventajosa para el deu-

(87) *Thése cit.*, pág. 19.

(88) Entre otros, el art. 1.448-4.º del C. c. italiano de 1942 establece: “non possono essere rescisi per causa de lesione i contratti aleatori”; el art. 323, ap. 2.º, de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña dispone: “No procederá la acción rescisoria en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinada por el carácter litigioso o aleatorio de lo adquirido.” También en Navarra, por aplicación del Derecho romano, rige el principio de que la rescisión por lesión “*ultra dimidium*” no tiene lugar en los contratos aleatorios.

(89) *Op. cit.*, pág. 145.

(90) ARAUD, *thése cit.*, págs. 32-50.

dor de la renta (esto es, en el supuesto de que el acreedor de la renta alcance una longevidad extraordinaria), resulte que éste no pagará sino una parte muy pequeña del inmueble que se le transmite (91).

En cuanto a la venta de usufructo, la jurisprudencia francesa es vacilante, mientras algunas sentencias se niegan a admitir la rescisión por lesión, por razón del carácter aleatorio de esa venta, otras admiten la procedencia de la acción de rescisión por lesión, cuando es posible determinar la existencia de una lesión cierta en más de siete duodécimos (92). Otros contratos aleatorios, como el juego y la apuesta y el "bail a nourriture", quedan fuera de toda rescisión por lesión, debido a la imposibilidad de apreciarla (93).

Derecho español. Según afirma Sánchez Román (94), en el Derecho de Castilla anterior al Código civil, aparte de las reglas especiales que se refieren a cada uno de los contratos aleatorios en particular, existía la siguiente regla aplicable a todos ellos: "la rescisión por causa de lesión, en los casos que según el Derecho de Castilla procede, sólo es aplicable a los contratos conmutativos, nunca a los aleatorios". Pero como los artículos 1.291 y 1.292 del C. c. han reducido la rescisión por lesión para todos los contratos a límites muy estrechos, pues sólo la admiten en los contratos que pudieran celebrar los tutores sin la autorización del consejo de familia y en los celebrados en representación de ausentes, parece que en materia de rescisión por lesión ha desaparecido prácticamente toda diferencia entre los contratos conmutativos y los aleatorios y que, por consiguiente, ha desaparecido del mismo modo el interés práctico de la distinción entre una y otra clase de contratos (95).

A esta opinión pudiera contestársele que, aún dentro de esos límites estrechos en que el Código admite la rescisión de los contratos, cabría admitir la subsistencia de la regla diferencial de los contratos aleatorios y los conmutativos, estimando que únicamente los pertenecientes a ésta última clase, que sean celebrados en nombre del menor o ausente, serán rescindibles por lesión, y no lo serán, en cambio, los que tengan carácter aleatorio. Este razonamiento carece de fuerza desde el momento en que será poco frecuente el caso de contratos aleatorios celebrados en nombre del menor o ausente (por ejemplo, carece de sentido celebrar un contrato de renta vitalicia a favor del ausente y menos aún es concebible que se celebren a nombre del menor o ausente los contratos de juego y apuesta (96) y que hay contratos aleatorios en que normalmente no podrá presentarse la lesión (por ejemplo, el seguro contra daños de los bienes del menor o ausente si,

(91) ARAUD, thèse cit., págs. 55-60.

(92) ARAUD, thèse cit., págs. 72-73.

(93) MARTY et RAYNAUD, op. cit., pág. 145.

(94) Op. cit., pág. 364.

(95) Así lo afirma MANRESA, op. cit., pág. 13.

(96) Como hace notar DE CASTRO, op. cit., pág. 274, falta a su deber el representante legal o administrador de patrimonio ajeno que "coloca" el dinero de su representado en juegos de azar, aun de los lícitos o permitidos.

como es normal, se concierta con una compañía de seguros, que se limita a cobrar la prima señalada en las tarifas). Pero aun en el caso muy improbable de que se presentara un contrato aleatorio, celebrado en nombre de un menor o ausente, en que estos hubieran sufrido una lesión en más de la cuarta parte (por ejemplo, un seguro concertado con un particular a cambio de una prima muy superior a la usual en las compañías de seguros), creemos que, puesto que el Código no establece el principio de no rescisión por lesión de los contratos aleatorios, nada se opondría a la rescisión por lesión de ese contrato aleatorio, celebrado a nombre del menor o ausente, siempre que se demostrara la existencia de lesión en más de la cuarta parte.

Esta apreciación se consolida, si se tiene en cuenta la progresiva posición adoptada por el Tribunal Supremo en materia de rescisión por lesión "ultra dimidium" de compraventas aleatorias, regidas por el Derecho foral catalán. La sentencia de 19 de octubre de 1959 (97) estima que el carácter aleatorio que presenta la venta de nuda propiedad no es óbice para que se pueda apreciar la lesión "ultra dimidium" y, en consecuencia, se disponga la rescisión de la venta, pues tanto la nuda propiedad como el usufructo pueden ser valorados separadamente por los tribunales con intervención de las partes y asesoramiento de peritos (98).

Con todo, cabe pensar que si el Código civil ha reducido la rescisión por lesión a límites tan estrictos, que prácticamente suponen la desaparición de toda diferencia en esta materia entre los contratos aleatorios y los conmutativos, fuera del Código existen leyes que,

(97) Rep. Jurisp. Aranzadi, 4872.

(98) Considerando 4.º: "Que el motivo 3.º del recurso, a través de las infracciones que a su entender se cometen en la sentencia recurrida, plantea concretamente el tema de si el contrato que se impugna en el pleito, por comprender sólo la venta de la nuda propiedad de los inmuebles que son su objeto, reservándose el vendedor el usufructo, tiene el carácter aleatorio, al que no es aplicable la rescisión por lesión "ultra dimidium" que reconoce el Derecho vigente en Cataluña, a cuyo fin analiza la ley de Bases para la redacción del C. c. en relación con el art. 467 del mismo, en cuanto al concepto de usufructo, que hace exista una incertidumbre en cuanto al precio que no puede determinarse en el momento de la perfección del contrato, en relación también con la opinión de algún tratadista del Derecho foral, que a su entender ratifica su tesis, y, por último, con el art. 1.790 del repetido Código, que expresa lo que es el contrato aleatorio y comparando el usufructo con el contrato de renta vitalicia, identificándolos en cuanto a sus efectos, deduce que en ambos existe un "aleas", que impide admitir que el precio esté determinado, y si bien es cierto que una corriente doctrinal muy autorizada entiende que la enumeración que el Código hace de los contratos aleatorios no debe ser considerada como limitativa, pues existen otros contratos de suerte no comprendidos en ella, no es dable olvidar que tanto la nuda propiedad como el usufructo pueden ser valorados separadamente, y respecto del último, existen normas que precisan cuál sea ese valor, atendiendo a distintos supuestos que la realidad y cada caso ofrecen, valoraciones que se han efectuado con intervención de ambas partes litigantes, lo que se deduce del precio justo, por lo que lo aleatorio solo muy remotamente puede producirse, siendo muy distinta la contingencia de una ganancia mayor o menor que pueda obtenerse, o de una pérdida que asimismo pueda sufrirse, que el propio concepto de "aleas" a que se concreta el art. 1.890 del Código civil."

como la de la Usura de 23 de julio de 1908 que, aun cuando no contemplan la lesión de manera explícita, la nulidad de los contratos que en determinados casos pronuncian responde a la idea de lesión, y que esas leyes serán aplicables a los contratos conmutativos, pero no a los aleatorios.

Creemos que ni aun aquí será posible mantener la diferencia. Por ejemplo, dada la moderna planificación y reducción técnica del alea, estimamos que no es posible sostener que la Ley de la Usura es sólo aplicable a los préstamos ordinarios y no es aplicable a los préstamos a la gruesa. A primera vista parece que el préstamo a la gruesa es refractario a cualquier intento de determinar si el interés pactado es superior al normal del dinero, "ya que este contrato presenta un carácter eminentemente aleatorio y, dado el número y multitud de causas, a menudo imprevisibles, que son aquí susceptibles de influir sobre los resultados del contrato, toda reducción de la tasa del interés resulta improcedente" (99). Así, en el Derecho romano clásico y postclásico los límites de la cuantía de los intereses no se aplicaban al "foenus nauticum", y el intento de Justiniano de reducirlos al 12 por 100, además de haber sido muy censurado, apenas tuvo aplicación en la práctica. Sin embargo, en la actualidad puede verse en el préstamo a la gruesa una combinación de un préstamo ordinario y un seguro marítimo, lo cual permite hacer la siguiente observación: si, después de deducir la cantidad que en concepto de prima del seguro marítimo hubiera cobrado una compañía de seguros, resulta que el resto del beneficio prometido en el préstamo a la gruesa es muy superior a lo que sería el interés normal del dinero en un préstamo ordinario, no habrá inconveniente en aplicar la ley de la Usura. Y esta tesis viene confirmada, en cierto modo, por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1911, la cual declaró que "no es usurario el préstamo por el que la sociedad prestamista se compromete a no cobrar a los herederos los plazos o intereses que venzan después de muerto el prestatario, y añade la garantía de un seguro; siempre que la prima del seguro no sea superior a la normal estimación del riesgo" (100).

(99) ARAUD, *thése cit.*, pág. 124-125.

(100) Estimamos que esta doctrina jurisprudencial confirma el criterio expuesto de que la ley de la Usura sería aplicable a los préstamos a la gruesa (y, en general, a cualquier préstamo de carácter aleatorio) en los que el beneficio prometido al prestamista sea muy superior a lo que representaría el interés normal del dinero más la prima del seguro marítimo (o de crédito, en su caso), porque si bien el supuesto sobre el que recayó esta sentencia de 14 de noviembre de 1911 no era en rigor un préstamo a la gruesa, no cabe duda de que se trataba de un préstamo aleatorio, pues el derecho del prestamista a obtener la devolución de los plazos del capital y el abono de los intereses dependía de un evento incierto, como es el que, al tiempo de los respectivos vencimientos, viviese el prestatario. Con todo, es evidente que en los préstamos de carácter aleatorio no será sin más usuario cualquier interés superior al normal del dinero, ya que cuanto mayor sea el alea, es decir, el riesgo que corra el prestamista en no cobrar, en todo o en parte, el capital y los intereses, estará justificado un interés superior, y si el Tribunal Supremo tiene en cuenta en los préstamos ordinarios, a los efectos de determinar si es usurario el interés pactado, el riesgo que corre

Aparte de la rescisión por lesión, se plantea la cuestión de si existirá diferencia de régimen jurídico entre los contratos conmutativos y los aleatorios en lo que se refiere a revisión del contrato por alteración de las circunstancias, en el sentido de que mientras son susceptibles de ella los contratos conmutativos, no lo son, en cambio, los contratos aleatorios. En esta dirección, el artículo 1.469 del C. c. italiano de 1942 dispone que "la resolución por excesiva onerosidad de un contrato con prestaciones bilaterales, o bien la reducción a equidad, o la modificación de las modalidades de ejecución de un contrato con prestación de una parte no tienen aplicación a los contratos aleatorios".

Efectivamente, en una primera apreciación, resulta que la aleatoriedad impide toda valoración de desproporción entre las prestaciones encaminada a la revisión o a la resolución por excesiva onerosidad del contrato. Sin embargo, creemos que en el contrato aleatorio debe distinguirse entre aquella desproporción entre las prestaciones las partes, que es consecuencia del riesgo asumida por cada una de ellas, y la diferencia que eventualmente pueda producirse por hechos y circunstancias ajenos al riesgo asumido en el contrato; estas últimas pueden ser sometidas al régimen común en orden a la revisión o resolución del contrato.

La cuestión sólo se plantea en torno a ciertos contratos aleatorios en los que la prestación de una de las partes es de tracto sucesivo (seguro, renta vitalicia), en cambio, carece de sentido referirla a los contratos aleatorios de tracto único (juego y apuesta). Concretamente, por lo que se refiere al seguro de defunción, varias Ordenes del Ministerio de Hacienda español han elevado las primas en los contratos en vigor, debido a que, por haber aumentado el valor de las prestaciones prometidas por el asegurador (aumento del precio de los gastos de sepelio, funerales, etc.), se había modificado notablemente el valor del riesgo sobre el cual venían calculadas las primas. Y, por lo que respecta al contrato de renta vitalicia, en el Derecho francés las leyes de 25 de marzo de 1949, 22 de julio de 1952 y el Decreto de 16 de enero de 1960 han procedido a la revisión de las rentas vitalicias, fijando módulos de revalorización, que varían según la fecha de constitución de la renta, con el fin de restablecer en lo posible el equilibrio entre el deudor de la renta, cuyo valor efectivo ha disminuido, y el deudor de la renta que ha adquirido un inmueble, cuyo valor ha aumentado paralelamente, o un capital, que ha podido emplear en inversiones no afectadas por la devaluación del dinero.

También en Italia, no obstante la regla del artículo 1.469 del Código civil de 1943, a la que hemos aludido ya, la ley de 24 de febrero de 1953 ha dispuesto la revalorización de las rentas vitalicias en dinero, constituidas por contrato o testamento antes de 31 de diciembre de 1945, siempre que la constitución se haya realizado mediante transfe-

el prestamista (entre otras, SS. de 24 de marzo de 1912; 12 de febrero de 1928 y 13 de febrero de 1941), con mayor razón habrá de ponderar el riesgo especial del préstamo aleatorio.

rencia de inmuebles a favor del deudor de la renta y éste no los haya vendido antes del 1 de enero de 1946. Como observa Scarpello (101), “la propuesta de esta ley fue determinada por una exigencia equitativa, como era la de remediar la situación de aquellos que, habiendo cedido todo o parte de su patrimonio con el fin de asegurarse la tranquilidad de su existencia y de su vejez, se habían visto reducidos, a causa de la guerra y de la pérdida de valor de la moneda, a la más absoluta indigencia. En la relación que acompañaba a la propuesta de la ley se consideraba la objeción de que el principio de la excesiva onerosidad podía parecer inaplicable, teniendo en cuenta la naturaleza aleatoria del contrato de renta vitalicia, pero se la descartaba alegando que el alea contemplada por el Código civil italiano no comprendía revoluciones verdaderas y propias, como las producidas por la última conflagración mundial.”

Todavía es posible pensar que existe un problema de orden práctico común a todos los contratos aleatorios, aun cuando en rigor no pueda decirse que constituye un efecto de esta clase de contratos. Se trata de la necesidad de que en ellos se presenta de fijar, al tiempo de su celebración, el valor pecuniario de las prestaciones que en virtud del contrato efectuará una de las partes, independientemente de las vicisitudes particulares que posteriormente el alea pueda producir en cada caso concreto. Por diversos motivos, al legislador, a los tribunales e incluso a las mismas partes se les hace preciso determinar lo que, por ejemplo, valen una renta vitalicia, un usufructo vitalicio, la nuda propiedad, etc., sin esperar a que transcurra el tiempo y se verifiquen los eventos que, en los distintos supuestos particulares, harán posible la exacta valoración pecuniaria de cada uno de esos derechos. Por ejemplo, en materia fiscal se requiere fijar inmediatamente la base imponible de los actos y contratos por los que se constituyan o se transmitan usufructos o pensiones vitalicias, la nuda propiedad, etc., ya que, según el artículo 150 de la ley de Reforma del sistema tributario de 11 de junio de 1964, “el impuesto recae sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tuviesen el día en que se celebró el contrato o se causó el acto sujeto al mismo”, y según el artículo 151 de la misma ley, “se devengará el día en que tenga lugar el acto o contrato gravado”.

Asimismo, ya en el campo del Derecho civil, son numerosas las hipótesis en que se impone reducir el alea a cifras pecuniarias concretas, si bien tengan estas un carácter en cierto modo arbitrario y solamente aproximado. Tal ocurre a los efectos de determinar si procede la reducción por lesión a la legítima de los herederos forzosos de las donaciones o disposiciones testamentarias por las que el causante haya dejado al beneficiario de ellas un usufructo, la nuda propiedad de determinados bienes o una pensión vitalicia. El mismo Código civil

(101) *La rivalutazione delle rendite vitalizie in danaro in base alla legge 24 febbraio 1953*, en la “*Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*”, X (1956), págs. 67-68.

contempla uno de estos casos en el artículo 820-3.º, al disponer que "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", y si bien este artículo no señala el procedimiento a seguir para determinar si el legado de usufructo o de renta vitalicia puede o no considerarse superior a la parte disponible, no hay duda de que los herederos forzosos gravados con uno de esos legados (o los tribunales, si los legatarios beneficiados no se conforman con la valoración hecha por los herederos y estos hayan optado por entregarles la parte disponible), antes de optar entre una de las dos soluciones que les brinda el Código, deberán determinar si la manda, independientemente de cuál sea después en realidad la duración de la vida del usufructuario o rentista, puede estimarse que lesiona la legítima o, por el contrario, considerarla comprendida en la parte disponible.

También puede plantearse la necesidad de reducir el alea a cifras numéricas en materia de usufructo del cónyuge viudo, si los herederos, haciendo uso de la facultad que les concede el artículo 839 del Código civil, acuerdan satisfacerlo mediante la asignación de un capital en efectivo, ya que para proceder a esta capitalización habrá que partir de la fijación de lo que puede estimarse vale el usufructo legal, atendiendo a la duración probable de la vida del cónyuge supérstite (102).

En aquellos ordenamientos que admiten ampliamente la rescisión por lesión, igualmente se impone acudir a la delimitación del alea para determinar si, en ciertos contratos aleatorios, una de las partes ha experimentado o no lesión (103).

En cuanto al procedimiento que ha de seguirse para la estimación previa del valor de estos derechos afectados por un alea, las leyes fiscales, a los efectos de la liquidación del impuesto, establecen reglas para fijar el valor de los usufructos vitalicios, de la nuda propiedad

(102) Aunque este art. 839 afirma que los herederos y el cónyuge viudo procederán de "mutuo acuerdo", como sostiene la doctrina (PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones* de ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2-1.º, Barcelona, 1933, pág. 116), más que de un contrato, se trata de una obligación con facultad alternativa a cargo de los herederos, que tiene su fuente en la misma ley, pues la decisión de conmutar en modo alguno puede ser fruto del "mutuo acuerdo", sino que corresponde exclusivamente a los herederos (MEZQUITA DEL CACHO, *Commutación del usufructo viudal común*, en la "Revista de Derecho Notarial", 1957, pág. 274; GULLÓN BALLESTEROS, *La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo*, en el "Anuario de Derecho Civil", t. XVII (1964), pág. 612), lo cual no obsta para que, si el cónyuge viudo rechaza la cantidad que le asignen los herederos, sean los tribunales quienes la fijen.

(103) En nuestro Derecho civil común, aunque poco frecuente, no es de todo punto imposible que se pueda plantear este problema. Por ejemplo, en una partición de herencia, para evitar la división de una cosa, se acuerda compensar al heredero cuyo lote tiene menor valor asignándole una renta vitalicia; si posteriormente se estimara que con esta atribución el heredero había sufrido lesión en más de la cuarta parte, procedería la rescisión por lesión de la renta vitalicia a través de la rescisión de la partición.

y de las rentas y pensiones vitalicias (104). La duda se proyecta en torno a si se han de aplicar también las expresadas normas fiscales a las relaciones civiles, puesto que el Código civil no establece reglas sobre este punto, o si, como quiera que el artículo 150-9 de la ley de Reforma del sistema tributario limita las estimaciones en él contenidas "a los efectos del impuesto", se ha de acudir a otros procedimientos.

Teóricamente, aparte de la aplicación de las valoraciones de las leyes fiscales, cabe acudir al dictamen pericial y determinar el valor de la nuda propiedad, del usufructo o de la renta vitalicia atendiendo al número probable de años de vida que los médicos, efectuado el oportuno reconocimiento, asignen al titular de esos derechos. En el caso de la renta vitalicia se pueden también utilizar las tablas de las empresas de seguros y capitalización que, atendiendo a la duración media de la vida humana, señalan el capital que, según la edad del rentista, es preciso entregar para constituir una renta de determinada cuantía (105).

La elección entre esos posibles procedimientos de reducción numérica del alea corresponde a las partes, si la fijación del valor de los derechos de carácter aleatorio se hace de mutuo acuerdo (106), o a los tribunales, si se plantea en un litigio (107).

(104) Ley de Reforma del sistema tributario, art. 150-9: "El valor del derecho real de usufructo se estimará, a los efectos del impuesto, en la forma siguiente: En los usufructos vitalicios se estimará que su valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos ve veinte años, y que va decreciendo a medida que aumente su edad en la proporción de un 10 por 100 menos por cada diez años más. El límite de esta regresión será en todo caso el 10 por 100. El valor del derecho de nuda propiedad se computará en todos los casos por la diferencia entre el valor del usufructo según las reglas anteriores y el valor total de los bienes sobre que recaigan dichos derechos."

(105) Aunque el Código de comercio parece partir de la base de que las primas en el seguro de vida se determinarán atendiendo también al estado de salud del asegurado, la Orden de 16 de febrero de 1955 ha autorizado, dentro de ciertos límites, el seguro de vida sin reconocimiento médico.

(106) En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de febrero de 1957 (*Colección de Jurisprudencia civil de la R. G. L. J.*, nueva serie, t. 59, págs. 1930-1939) declaró en el considerando 7.º que: "Si bien el Reglamento del impuesto de derechos reales establece, con fines fiscales, una forma de capitalización de las pensiones asignadas como renta vitalicia, es indudable que en el campo civil los interesados pueden apartarse de ella, sin que el Registrador pueda tratar de limitar esa facultad."

(107) Para esta última hipótesis, y refiriéndose al usufructo del cónyuge viudo, el Tribunal Supremo tiene establecido en la sentencia de 5 de noviembre de 1913 (C. L., t. 46, pág. 597) que "El Código civil, en defecto de reglas procesales anteriores a su publicación, dispone como regla fija que el importe efectivo numerario de la cuota viudal, cuando no exista acuerdo entre los interesados, será fijada por el tribunal de instancia, cuya apreciación, como cuestión de hecho, no es impugnabile en casación, a menos que se demuestre el error evidente. Si bien puede ser criterio racional tomar como tipo de valuación del usufructo el que establezcan las leyes fiscales, sus preceptos no pueden estimarse infringidos porque son independientes de los sustantivos reguladores de las cuestiones entre particulares en la esfera del Derecho civil, expresamente sometidos, en este caso, a la facultad discrecional del juzgador." La sentencia de 19 de

Ahora bien, como puede apreciarse en los ejemplos que acaban de exponerse, la delimitación matemática del alea, si bien es una cuestión práctica que se presenta en los contratos aleatorios a título oneroso, no puede decirse que sea exclusiva de esta categoría contractual, pues es común a todos los actos y negocios de carácter aleatorio "lato sensu".

Todas estas apreciaciones parecen conceder la razón a los que opinan que en el Derecho español vigente ha desaparecido en absoluto el valor práctico de la distinción entre contratos aleatorios y contratos conmutativos, desde el momento en que no existen efectos generales de la primera categoría de contratos que los caractericen frente a los segundos.

Semejante juicio no es, sin embargo, completamente exacto. Ciertamente la importancia de la distinción ha disminuido al desaparecer las diferencias de régimen jurídico en materia de rescisión por lesión entre una y otra clase de contratos; pero la subsistencia y autonomía de la categoría de los contratos aleatorios frente a los contratos conmutativos está suficientemente justificada por la especial estructura de las prestaciones en el contrato aleatorio y por la necesidad de la existencia de un riesgo, que se inserta en la estructura del contrato, convirtiéndose en su causa. De ello cabe deducir reglas generales comunes a todos los contratos aleatorios, que se refieren a la necesidad de la existencia del riesgo al tiempo de la celebración del contrato y a la prohibición de que, durante el curso del mismo, una de las partes actúe sobre el mismo (en absoluto, o fuera de los límites permitidos en algunos contratos aleatorios) suprimiéndolo o modificándolo en su beneficio.

octubre de 1959 (Rep. Jurisp. Aranzadi, 4872) aprueba la valoración de un usufructo vitalicio realizada por los tribunales de instancia en base al informe pericial y con intervención de las partes litigantes. La sentencia de 2 de abril de 1949 (Rep. Jurisp. Aranzadi, 556) ordena que la capitalización del usufructo de la tercera parte de la herencia, correspondiente al cónyuge viudo, se haga en fase de ejecución de la sentencia, aplicando el porcentaje establecido en el párrafo 4.º del art. 66 del Reglamento del impuesto de derechos reales, vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

1. La reciente reforma de la adopción en Italia (Ley n.º 431 de 5 de junio de 1967) ⁽¹⁾

FRANCISCO VEGA SALA

Secretario del Instituto de Derecho Comparado del C.S.I.C. (Barcelona)

La tímida legislación italiana sobre la adopción que databa de 1942 (2) ha sido felizmente modificada, dentro de la línea de las legislaciones de España y Francia, más prudentes y más complejas que las de los países nórdicos, de la "Common Law", o socialistas. Consciente el legislador italiano de las dos funciones de la adopción, la de protección de la infancia abandonada, y la de negocio jurídico entre sujetos capaces que estatuyen lo que conviene a sus respectivos intereses mediante una relación parental, introduce, como hizo en su día nuestro legislador, y como ha hecho también posteriormente el legislador francés (3) dos clases de adopción: la "adopción" a secas, sin ningún adjetivo, pero que nosotros para calificarla frente a la otra clase de adopción llamaremos "simple", y la "adopción especial" equivalentes respectivamente a nuestra "adopción menos plena" y "adopción plena", o a la "adopción simple" y "adopción plena" de la legislación francesa. Aquellos "inconvenientes de la novedad" que nuestro legislador temía en la exposición de motivos de 1958 al referirse a la nueva terminología empleada, parecen haber cristalizado en ventajas, pues permite delimitar las dos funciones de la adopción, casi casi, nos atreveríamos a decir, a delimitar las dos instituciones acogidas bajo un único nombre.

Igual que nuestro legislador y que el legislador francés, la reforma italiana no es una ley independiente, sino que pasa a formar parte del Código civil, aunque sea un poco forzosamente, pues al introducir la "adopción especial" en un cuerpo legal donde no tenía cabida, obliga a subdividir el artículo 314 en 28 subartículos numerados del 314 al

(1) Publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, 3.319, 1967. El texto de la ley también se hallará en la revista *Diritto e Giurisprudenza* (julio-agosto 1967, pág. 488 y ss.) de relativa asequibilidad en las bibliotecas españolas. Para un estudio de la ley en su parte más importante, véase Alfonso PALLADINO, *L'adozione speciale*, Giuffrè, Milán, 1968. Para el espíritu que existía antes de la reforma: Vincenzo LOJACONO, *Spunti critici e prospettive di riforma in tema di adozione*, Giuffrè, Milán, 1966.

(2) Antes de la reforma de 1967, la adopción se regía por los arts. 291 a 314, que constituían el Título VIII del Libro I del Código civil, de 16 de marzo de 1942, que entró en vigor el 21 de abril del mismo año.

(3) Véase nuestro comentario a la ley francesa sobre la adopción de 1966 "La reciente reforma de la adopción en Francia", publicado en este mismo ANUARIO, Tomo XX, Fasc. III, 1967, págs. 565-574.

314/28 y que constituyen el nuevo capítulo III del Título VIII del Libro I, con el único fin de respetar la numeración del Código. Los artículos 291 al 313 quedan reservados a la adopción en general. Además de introducir este capítulo III, modifica en parte los artículos 291, 294 y 311, así como el tribunal competente del que se habla en el Capítulo II del mismo Título VIII.

La ley de 2 de junio de 1967 consta de cinco artículos y una norma transitoria. Los dos primeros artículos reforman la adopción única que admitía el Código, principalmente rebajando la edad de los adoptantes, que pasa de cincuenta a treinta y cinco años, y que puede llegar a treinta en excepcionales circunstancias que quedan a la apreciación judicial, y admitiendo las adopciones sucesivas. El artículo 3.º traslada la competencia para entender en los expedientes de adopción, de los Tribunales de Apelación (4), que eran los competentes, a los Tribunales de Primera Instancia (5), o a los Tribunales Tutelares de Menores (6) cuando se trata de adoptar un menor. El artículo 4.º, larguísimo, introduce la adopción especial, para lo cual hace la subdivisión del artículo 314 del Código civil de que antes hemos hablado, y el artículo 5.º introduce el principio de la adquisición de la nacionalidad italiana por el adoptado durante su minoría de edad por un matrimonio italiano, principio que dado que lo coloca fuera del artículo 4.º —cuya subdivisión 26 corresponde a los efectos de la adopción especial—, es de creer que afecta a las dos clases de adopción, siempre que la simple, claro está, sea efectuada por dos cónyuges y no por una persona sola, único caso, por lo demás, en que se permite la adopción por más de una persona.

Con la nueva ley, la adopción en Italia queda reglamentada de la siguiente forma:

I. REQUISITOS PERSONALES

1) *Para poder adoptar.*

A) *Adopción simple.* Es necesario para poder adoptar de manera simple:

1.º Que el adoptante haya cumplido la edad de treinta y cinco años (art. 291, pár. 1.º) (7). Cuando excepcionales circunstancias lo aconsejen, el tribunal puede autorizar la adopción si el adoptante ha alcanzado, al menos, la edad de treinta años, siempre que la diferencia de años con el adoptado sea la señalada por la ley, y que a continuación indicamos (art. 291, pár. 2.º). Aquí vemos la posibilidad de que se

(4) "*Corte di Appello*".

(5) En Italia llamados solamente "*Tribunale*".

(6) "*Tribunale per i minorenni*".

(7) Los artículos que se citan son los del Código civil tal como han quedado después de las modificaciones aportadas por la ley de 5 de junio de 1967.

pueda autorizar la adopción por un matrimonio en el cual sólo uno de los cónyuges haya alcanzado la edad de treinta y cinco años y el otro sólo haya cumplido los treinta, supuesto que no tiene solución en nuestro derecho positivo (8).

2.º El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado (art. 291, pár. 1.º).

3.º El adoptante no debe tener descendientes legítimos o legítimados (art. 291, pár. 1.º). No dice nada de los hijos naturales reconocidos, lo que nos hace suponer que la existencia de los mismos no impide la adopción, lo mismo que la existencia de hijos adoptivos, y este segundo caso lo reconoce expresamente la ley al admitir la adopción de varias personas en forma sucesiva (art. 294, pár. 1.º).

4.º Si el adoptante está casado "es siempre necesario" el asentimiento de su cónyuge (art. 297, pár. 1.º). Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y fuera de este caso, nadie puede ser adoptado por más de una persona (art. 294, pár. 2.º).

5.º El tutor no puede adoptar a su pupilo hasta que no han sido aprobadas las cuentas de su administración, consignados los bienes, y extinguidas las obligaciones resultantes de su cargo o haya dado garantía suficiente para su cumplimiento (art. 295).

B) *Adopción especial*. Para poder adoptar en forma especial, son necesarios los siguientes requisitos:

1.º Permanecen los mismos requisitos que para la adopción simple en lo que se refiere a la edad de los adoptantes (treinta y cinco años que se pueden rebajar a treinta), al hecho de no tener descendencia legítima o legitimada, y a la posibilidad de las adopciones sucesivas.

2.º La adopción especial está sólo permitida a los cónyuges que lleven más de cinco años de matrimonio, no exista entre ellos separación de derecho ni de hecho, sean física y moralmente idóneos para educar e instruir a los menores que quieren adoptar y estén en condiciones de poderlos mantener (art. 314/2, pár. 1.º).

3.º Los adoptantes deben tener veinte años más que el adoptado, pero no más de cuarenta y cinco (art. 314/2, pár. 2.º).

2) Para poder ser adoptado.

A) *Adopción simple*. Cualquiera puede ser adoptado, excepto los hijos nacidos fuera de matrimonio que no pueden ser adoptados por sus progenitores (art. 293, pár. 1.º), pero, como hemos anteriormente indicado, nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que los dos adoptantes sean marido y mujer (art. 294, pár. 2.º).

B) *Adopción especial*. Sólo pueden ser adoptados de forma especial, los menores que hayan sido declarados en estado de adoptabilidad, mientras dure el mismo (art. 314/3, pár. 1.º), y cuya declaración

(8) Nuestro art. 173 es taxativo en este sentido: "Pueden adoptar quienes... y hayan cumplido la edad de treinta y cinco años".

sólo puede hacerse en favor de los menores que no hayan cumplido ocho años en el momento de iniciarse el expediente para dicha declaración (art. 314/4, párr. 1.º y 3.º). El expediente para declarar el estado de adoptabilidad está detalladamente regulado por los artículos 314/4 a 314/19, y lo exponemos al hablar de los requisitos formales de la adopción especial.

II. REQUISITOS FORMALES

1) *Adopción simple.*

A) *Fase judicial.* El expediente de adopción se inicia a demanda del adoptante, y es competente el Tribunal de primera Instancia del domicilio del adoptante, o, cuando se trata de adoptar un menor de edad, al Tribunal Tutelar de Menores, también del domicilio del adoptante (art. 311 y 313), y en él constará necesariamente el consentimiento del adoptante y del adoptado (art. 296, párr. 1.º). Si el adoptado fuera menor de dieciocho años, el consentimiento debe darlo su representante legal; si es mayor de dieciocho años, pero menor de veintuno, el representante legal no dará el consentimiento, pero sí su asentimiento al consentimiento prestado por el adoptado (art. 296, párr. 2.º). En todo caso, el adoptado mayor de doce años debe ser siempre oído (art. 296, párr. 3.º). Si el adoptado estuviera casado "es siempre necesario" el asentimiento de su cónyuge (art. 297, párr. 1.º). También es necesario el asentimiento de los progenitores del adoptado (artículo 297, párr. 2.º). Los consentimientos exigidos deben darse personalmente, pero los asentimientos pueden ser prestados por persona provista de poder especial (art. 311).

El Tribunal, una vez recogida la oportuna información y oídos los padres del adoptante, verificará: si se han cumplido todas las condiciones de la ley, si el que quiere adoptar tiene buena fama, y si la adopción es conveniente para el adoptado (art. 312). El expediente pasa al Ministerio Fiscal y, una vez que éste ha sido oído, el Tribunal dictará auto (9) no motivado en el que declarará o rechazará la adopción (art. 313). Este auto se inscribe en un registro especial que estará al cuidado del Secretario (10) (art. 314, párr. 1.º); el Tribunal puede, además, ordenar la publicación del auto que "pronuncia la adopción" (no, pues, del que la deniega) del modo que crea oportuno (art. 314, párr. 3.º).

Cuando se trate de un menor, el adoptante debe hacer inventario de los bienes del adoptado menor, y enviarlo al Juez Tutelar de Menores (11) en el plazo de un mes a partir de la fecha del auto de adopción. El adoptante que no presenta el inventario en el plazo señalado.

(9) "Decreto".

(10) "Cancelliere".

(11) "Giudice tutelare".

o presenta un inventario falso, puede ser privado de la administración de los bienes por el Juez Tutelar (art. 302).

B) *Fase registral*. Dentro de los diez días siguientes al de la declaración de la adopción, el Secretario del Tribunal debe comunicar copia del mismo al Encargado del Registro civil (12), el cual hará la oportuna anotación al margen de las actas de nacimiento (13) del adoptado y del adoptante (art. 314, párr. 1.º).

En Italia no existe una fase notarial como sucede en España.

2) *Adopción, especial*.

A) *Fase preparatoria*. Consta de dos partes: La declaración del estado de adoptabilidad, y el prohijamiento preadoptivo.

1.º *Declaración del estado de adoptabilidad*. No puede iniciarse un expediente de adopción especial sin que antes se haya declarado al futuro adoptado en estado de adoptabilidad (art. 314/3, párr. 1.º). El expediente para declarar el estado de adoptabilidad se inicia a instancia del Ministerio Fiscal, de las instituciones públicas o privadas de protección y asistencia a la infancia, o de todo aquél que tenga interés en el asunto, y es competente el Tribunal Tutelar de Menores del lugar donde se halle el menor, el cual, para que pueda iniciarse dicho expediente debe ser menor de ocho años y estar privado de asistencia material y moral por parte de sus progenitores y de aquellos parientes que están obligados a ellos, siempre que esta falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor (art. 314/4, párr. 1.º).

A fin de que los órganos e instituciones antes señalados puedan tener conocimiento de los menores abandonados cuyo estado de adoptabilidad deban instar, cualquiera puede señalar a las autoridades las situaciones de abandono de que tenga conocimiento (art. 314/5, párr. 1.º) y además los agentes de la autoridad y los órganos educativos deben comunicar a los Tribunales Tutelares de Menores la existencia de los menores en situación de abandono de que tengan conocimiento (artículo 314/5, párr. 2.º). Por su parte, las instituciones, públicas o privadas, de protección y asistencia a la infancia, deben transmitir trimestralmente al Juez Tutelar del lugar de su domicilio social, la lista de los menores recogidos o asistidos, para que a la vista de la misma pueda indicar el Juez al Tribunal Tutelar de Menores aquellos que en su opinión están en situación de abandono, especificando los motivos que tenga para ello (art. 314/5, párr. 3.º). El Tribunal Tutelar de Menores tan pronto se le señale la existencia de un menor de ocho años abandonado abrirá de urgencia una ampliación de información (art. 314/6, párr. 1.º) y podrá ordenar su internamiento en una institución de beneficencia, o tomar cualesquiera otras medidas que crea beneficiosas para el menor, al mismo tiempo que suspende el ejercicio de la patria potestad (art. 314/6, párr. 2.º).

(12) "*Ufficiale dello stato civile*".

(13) "*Atto di nascita*".

Si de esas investigaciones no resulta la existencia de progenitores legítimos, bien por no ser conocidos o bien porque hayan fallecido, ni naturales que hubiesen reconocido al menor, o cuya paternidad o maternidad haya sido judicialmente establecida, ni la existencia de familiares obligados a los alimentos o dispuestos a ocuparse convenientemente del menor, el Tribunal Tutelar de Menores declarará sin más el estado de adoptabilidad del menor (art. 314/7).

Si, por el contrario, estas investigaciones dieran como resultado la existencia de progenitores o de parientes obligados a los alimentos, el Tribunal Tutelar de Menores interesará su comparecencia, y oída su declaración, el Tribunal Tutelar de Menores, mediante auto motivado, señalará las disposiciones que deben cumplir sus padres o familiares, así como podrá exigir del Ministerio Fiscal el que promueva la acción de alimentos, y disponer cualquier medida que considere beneficiosa para el menor (art. 314/8).

Si hubiese en trámite una acción para establecer la paternidad o la maternidad, el Tribunal Tutelar de Menores podrá suspender el expediente de declaración de adoptabilidad hasta que la paternidad o maternidad sea establecida (art. 314/10, párr. 1.º). Igualmente podrá suspenderlo cuando lo crea beneficioso para los intereses del menor, pero en este caso el tiempo de la suspensión nunca podrá ser superior a un año (art. 314/10, párr. 2.º).

Una vez oídos los progenitores y familiares o transcurrido el plazo señalado sin que se hubiesen presentado, el Tribunal Tutelar de Menores podrá declarar el estado de adoptabilidad cuando la audición de los mismos ha demostrado la persistencia de la falta de asistencia moral y material y la imposibilidad de obviarla, e igualmente cuando no se hayan presentado (art. 314/11, párrs. 1 a 4). La declaración de adoptabilidad se hará mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del representante de la institución en la que el menor se halle y del tutor, si existe (art. 314/11, párr. 5.º). El auto es notificado al Ministerio Fiscal, a los progenitores, a los parientes obligados a los alimentos y al tutor, indicándoles expresamente el derecho que les asiste de interponer recurso de reposición dentro de un plazo de treinta días desde la notificación de la declaración de adoptabilidad (art. 314/11, párr. 6.º, y art. 314/12). El recurso se substancia con vista oral, dentro de un plazo de tres meses, a la que comparecen la parte recurrente, las personas que ésta haya propuesto para ser oídas, el Ministerio Fiscal, el representante de la institución donde se halle el menor y el curador que el Tribunal Tutelar de Menores le habrá nombrado en cuanto el recurso ha sido presentado. El Tribunal Tutelar de Menores decide, después de haber oído las conclusiones de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal, y da lectura a la parte dispositiva de la sentencia (14) (art. 314/13); Contra la sentencia cabe recurso de apelación, que debe ser interpuesto en el plazo de

(14) "Sentenza".

treinta días, por la parte que hizo la oposición, el curador o el Ministerio Fiscal. El recurso de apelación se substancia por la Sección especial que para los menores existe en los Tribunales de Apelación, con el mismo procedimiento con que se substanció la reposición. Contra la sentencia del Tribunal de Apelación cabe recurso de casación en el plazo de treinta días (art. 314/14), y de revocación en el de veinte (art. 314/19 y 395 y 399 del Código de Procedimiento Civil).

La declaración definitiva del estado de adoptabilidad será inscrita en el plazo de diez días en el Registro especial que está a cargo del secretario del Tribunal Tutelar de Menores (art. 314/15).

Declarado el estado de adoptabilidad, queda suspendida la patria potestad (art. 314/16, párr. 1.º), y el Tribunal Tutelar de Menores nombra un tutor, en el caso de que no existiera, y toma las providencias necesarias en beneficio del menor (art. 314/16, párr. 2.º).

El estado de adoptabilidad cesa: 1.º por adopción del menor; 2.º por haber cumplido el menor los ocho años de edad si ya llevaba tres en estado de adoptabilidad, si no se prorroga hasta que lleve tres años en dicho estado aunque al cesar en el mismo el menor tenga más de ocho años (art. 314/17, párr. 1.º). Cuando el expediente ha sido suspendido porque estuviera en curso un juicio de declaración de paternidad o maternidad, o por decisión del Tribunal Tutelar de Menores, el estado de adoptabilidad se prorroga por un tiempo igual al de la citada suspensión (art. 314/17, párr. 2.º); 3.º por revocación en interés del menor, si el estado de adoptabilidad ha sido declarado por desconocimiento o fallecimiento de sus progenitores o familiares obligados a los alimentos (art. 314/18).

2.º) *Prohijamiento preadoptivo*. Los cónyuges que cumplan los requisitos que señala la ley antes citados, y deseen adoptar un menor con adopción especial, presentarán conjuntamente una demanda de adopción ante el Tribunal Tutelar de Menores del domicilio donde el menor se halle, en la que pueden hacer constar expresamente el menor que deseen adoptar (art. 314/20, párr. 1.º).

El Tribunal Tutelar de Menores examinará si los demandantes cumplen los requisitos exigidos por la ley, y en el caso de haber más de una demanda las examinará comparativamente teniendo presente el interés del menor. Oído el Ministerio Fiscal y, en su caso, los ascendientes del menor, dispondrá, sin más trámites, el prohijamiento preadoptivo y determinará las modalidades del mismo (art. 314/20, párr. 2.º). El auto autorizando el prohijamiento preadoptivo, que será motivado (art. 314/22, párr. 1.º), se inscribirá en el plazo de tres días en el mismo Registro en el que se inscriben las declaraciones de adoptabilidad (art. 314/20, párr. 3.º). Contra este auto puede interponerse recurso de apelación, en un plazo de treinta días a partir de la fecha de la notificación, recurso que puede ser interpuesto por el Ministerio Fiscal, el tutor o los adoptantes. El Tribunal de Apelación decidirá, oídos el recurrente, los adoptantes, el Ministerio Fiscal, el tutor y los institutos o personas encargados de la vigilancia del prohijamiento

preadoptivo, y que mencionamos en el párrafo siguiente (art. 314/22, párs. 2.º y 3.º). La ley, a diferencia de cuando habla de la declaración del estado de adoptabilidad, no dice nada sobre si hay o no recurso de casación.

El Tribunal Tutelar de Menores vigilará directamente, o mediante el juez tutelar, persona idónea o institutos especializados, la buena marcha del prohijamiento preadoptivo (art. 314/20, pár. 4.º).

El prohijamiento preadoptivo puede ser revocado por el Tribunal Tutelar de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del tutor o de la persona o instituciones que deben vigilar su buena marcha, cuando desaparezcan las circunstancias que lo han motivado, cuando el menor muestre graves dificultades de adaptación en la familia de los cónyuges adoptantes, o cuando los cónyuges adoptantes retiren la demanda de adopción (art. 314/21). El auto declarando o denegando la revocación será motivado, y contra el mismo cabe recurso de apelación ante la Sección especial para menores del Tribunal de Apelación, la cual se substanciará de la misma forma que se ha descrito para el caso de impugnar el auto que concede el prohijamiento preadoptivo, sin que la ley diga tampoco nada sobre la existencia del recurso de casación (art. 314/22). Si el prohijamiento preadoptivo es revocado, la duración del estado de adoptabilidad se prorroga por un tiempo igual al que ha durado el prohijamiento preadoptivo revocado (art. 314/23).

El prohijamiento preadoptivo debe durar, al menos, un año antes de que se pueda declarar la adopción especial del menor (art. 314/24, pár. 1.º).

B) *Fase judicial.* Pasado un año del prohijamiento preadoptivo, el mismo Tribunal Tutelar de Menores que declaró el estado de adoptabilidad, después de oír a los cónyuges adoptantes, al Ministerio Fiscal y a la persona o a las instituciones que han ejercido la vigilancia durante el período preadoptivo, y el tutor y Juez tutelar, en su caso, así como a los descendientes legítimos o legitimados de los adoptantes que sean mayores de catorce años, comprobará que concurren todas las condiciones previstas por la ley, y proveerá sin más trámites, autorizando o no la adopción especial (art. 314/24).

Los cónyuges adoptantes, el Ministerio Fiscal y el tutor pueden recurrir en apelación, dentro de los treinta días, contra el auto que autoriza o deniega la adopción, ante la Sección especial para los menores del Tribunal de Apelación, el cual, oído el Ministerio Fiscal, decidirá definitivamente si ha lugar o no a la adopción (art. 314/25, pár. 1.º).

C) *Fase registral.* El auto del Tribunal Tutelar de Menores o, en su caso, la sentencia del Tribunal de Apelación que autoriza la adopción se inscribe dentro de los diez días siguientes a la declaración de adopción especial en el mismo Registro especial donde figura inscrita la declaración del estado de adoptabilidad, y se comunica al Re-

gistro Civil (15) para su anotación marginal en el acta de nacimiento (art. 314/25, pár. 2.º).

En la adopción especial tampoco existe fase notarial.

III. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

La adopción produce sus efectos a partir de la fecha de su declaración (art. 298, pár. 1.º).

1) *Adopción simple.*

A) *Patria potestad.* La patria potestad sobre el adoptado corresponde al adoptante (art. 301, pár. 1.º). Si la mujer adopta al hijo de su marido, la patria potestad pertenece al marido (art. 301, pár. 3.º).

El adoptante tiene la obligación de mantener al adoptado, de educarlo y de instruirlo conforme a todo lo prescrito respecto a la prole legítima (art. 301, pár. 2.º).

Si el adoptado tiene bienes propios, la administración de esos, durante la minoría de edad del adoptado, corresponde al adoptante, el cual no tendrá el usufructo legal, pero podrá emplear los réditos para los gastos de mantenimiento, educación e instrucción del menor, con la obligación de invertir el excedente de modo fructífero. El adoptante debe administrar el patrimonio del menor con la diligencia del buen padre de familia, y responde frente al menor del daño causado violando sus propios deberes (art. 301, pár. 4.º, en relación con el 382, pár. 1.º).

B) *Parentesco.* El adoptado conserva todos sus derechos y deberes respecto a su familia de origen, salvo las excepciones establecidas por la ley (art. 300, pár. 1.º).

La adopción no introduce ninguna relación civil entre el adoptante y la familia del adoptado, ni entre el adoptado y los parientes del adoptante, salvo lo establecido para los impedimentos matrimoniales (artículo 300, pár. 2.º).

C) *Impedimentos matrimoniales.* No pueden contraer matrimonio entre sí: 1.º el adoptante, el adoptado y sus descendientes; 2.º los hijos adoptivos de la misma persona; 3.º el adoptado y los hijos del adoptante; 4.º el adoptado y el cónyuge del adoptante, el adoptante y el cónyuge del adoptado.

D) *Derechos sucesorios.* La adopción no atribuye al adoptante ningún derecho de sucesión (art. 304, pár. 1.º).

Los derechos del adoptado en la sucesión del adoptante vienen regulados en las normas contenidas en el libro II del Código civil, que trata de las sucesiones (art. 304, pár. 2.º) y que establece que la representación tiene lugar, en la línea recta, en favor de los descendien-

(15) "Ufficio dello stato civile".

tes de los hijos legítimos, legitimados y adoptivos (art. 468, párr. 1.º).

Las personas en favor de las cuales la ley reserva una cuota de herencia u otros derechos en la sucesión son, los hijos legítimos, los ascendientes legítimos, los hijos naturales y el cónyuge (art. 536, párrafo 1.º), pero la ley equipara, en el párrafo siguiente del mismo artículo, los hijos legitimados y los adoptivos a los legítimos (art. 536, párr. 2.º), afirmación que hace de nuevo el artículo 567, párr. 1.º En favor de los descendientes de los hijos legítimos o naturales, los cuales sucedan el lugar de éstos, la ley reserva los mismos derechos que se reservan a los hijos legítimos o naturales (art. 536, párr. 3.º).

Los hijos adoptivos no participarán a la sucesión de los familiares del adoptante (art. 567, párr. 2.º).

E) *Apellidos*. El adoptado toma el apellido del adoptante y lo añade al suyo propio.

El adoptado que sea hijo natural no reconocido de los propios adoptantes toma sólo el apellido del padre. El reconocimiento posterior a la adopción no hace que el adoptado tome el apellido del progenitor que le ha reconocido, salvo que la adopción sea posteriormente revocada.

Si la adopción ha sido realizada por una mujer casada, el adoptado, que no sea hijo del marido, toma el apellido de ella (art. 299).

F) *Alimentos*. El adoptante debe los alimentos al hijo adoptivo antes que los padres legítimos o naturales del adoptado (art. 436, párr. 1.º). El hijo adoptivo debe alimentos al adoptante en concurso con los hijos legítimos (art. 436, párr. 2.º).

G) *Nacionalidad*. El menor de nacionalidad extranjera que sea adoptado por cónyuges de nacionalidad italiana adquiere la nacionalidad italiana (art. 5 de la ley de 5 de junio de 1967). Este texto no lo incluye dentro de ningún artículo del Código civil, y parece ser que tanto se refiere a la adopción simple como a la especial.

2) *Adopción especial*.

Los efectos que produce la adopción especial son los mismos que los de la adopción simple, salvo que refuerza los lazos del parentesco adoptivo en el sentido de que por efecto de la adopción especial el adoptado adquiere el estado de hijo legítimo de los adoptantes. La adopción especial no instaura relaciones de parentesco entre el adoptado y los parientes colaterales de los adoptantes (art. 314/26, párr. 1.º). Con la adopción especial cesan las relaciones entre el adoptado y su familia de origen, salvo los impedimentos matrimoniales y las normas penales fundadas sobre las relaciones de parentesco, art. 314/26, párr. 2.º).

Por efecto de la adopción especial el adoptado toma y transmite el apellido de los adoptantes (art. 314/26, párr. 1.º). Salvo los casos en que por la ley se exige copia literal del acta de nacimiento, cualquier certificación que se solicite del Registro civil indicará exclusi-

vamente el nuevo apellido y no contendrá ninguna indicación relativa a la filiación legítima o natural del adoptado (art. 314/28).

IV. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

1) *Adopción simple.*

La adopción simple sólo puede revocarse por indignidad del adoptado, por indignidad del adoptante y a propuesta del Ministerio Fiscal por razones de buenas costumbres (artículo 305 en relación con 306, 307 y 308):

a) *Indignidad del adoptado.* La revocación de la adopción puede ser pronunciada por los tribunales a demanda del adoptante cuando el adoptado hubiese atentado contra la vida del adoptante o de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes, o bien si hubiese sido declarado culpable, en la persona del adoptante, de un delito punible con pena privativa de libertad personal por un tiempo no inferior en el mínimo a tres años (art. 306, párr. 1.º).

Si el adoptante muere a consecuencia del atentado, la revocación de la adopción puede ser pedida por aquellos a los cuales se devolvería la herencia al faltar el adoptado y sus descendientes (art. 306, párr. 2.º).

b) *Indignidad del adoptante.* Cuando los hechos anteriormente descritos han sido realizados por el adoptante contra el adoptado, o contra su cónyuge, o sus descendientes o ascendientes, la revocación puede ser pronunciada a demanda del adoptado, o, si éste es menor, a instancia del Ministerio Fiscal. En este caso, el tribunal, oído el Juez tutelar, puede tomar las oportunas decisiones sobre el cuidado del menor, su representación y la administración de sus bienes, y también, si lo cree conveniente, que el ejercicio de la patria potestad sea recuperada por sus padres (art. 307).

Tanto en uno como en otro caso, los efectos de la adopción cesan cuando la sentencia de revocación adquiere el carácter de cosa juzgada (art. 309, párr. 1.º). Si la revocación es pronunciada después de la muerte del adoptante por hecho imputable al adoptado, el adoptado y sus descendientes quedan excluidos de la sucesión del adoptante (art. 309, párr. 2.º).

La sentencia de revocación de la adopción debe ser inscrita en el Registro especial de la Secretaría del Tribunal, dentro de los treinta días siguientes al carácter de cosa juzgada. A este efecto, la parte interesada debe presentar copia auténtica de la sentencia al secretario del Tribunal que ha declarado la adopción y al encargado del Registro Civil competente (art. 314, párr. 2.º). Además, la autoridad judicial puede ordenar la publicación de la sentencia de revocación del modo que crea oportuno (art. 314, párr. 3.º).

La adopción también puede extinguirse por matrimonio entre las per-

sonas ligadas por el vínculo de la adopción y por legitimación del hijo adoptivo por parte del adoptante (art. 310).

2) *Adopción especial.*

La adopción especial puede ser revocada por algunos de los mismos motivos que permiten la revocación de las sentencias dictadas en grado de apelación o en único grado: 1) por efecto del dolo de una de las partes en daño de la otra; 2) si el Tribunal ha fallado sobre la base de pruebas reconocidas o declaradas falsas después de la sentencia, o que la parte perjudicada ignoraba haber sido reconocidas o declaradas como tales antes de la sentencia; 3) si la sentencia es efecto del dolo del juez (art. 314/27, pár. 1.º, en relación con el 395, núms. 1, 2 y 6 del Código de Procedimiento Civil).

La demanda de revocación puede ser presentada por el Ministerio Fiscal o por los padres del adoptado dentro de los seis meses de la fecha en que hubiesen tenido conocimiento de las circunstancias que permiten entablar la demanda de revocación (art. 314/27, pár. 2.º).

Sobre la demanda de revocación decide el Tribunal de Casación, oídos los adoptantes y, en su caso, el adoptado (art. 314/27, pár. 3.º).

La sentencia se inscribe en el Registro antes citado al tratar de la adopción simple, y al margen del acta de nacimiento (art. 314/27, pár. 4.º).

2. La Ley francesa n.º 68-5 del 3 de enero de 1968 sobre los incapaces mayores de edad

RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

Esta Ley modifica la regulación de la incapacitación de los mayores de edad. Su artículo 1.º introduce una nueva redacción del Título XI del Libro I del C. c., bajo la rúbrica: "De la mayoría y de los mayores de edad protegidos por la ley". Pueden quedar sometidos a tutela (cap. III) o a curatela (cap. IV), las que sustituyen a las instituciones anteriores de interdicción y consejo judicial; además, se crea una tercera situación, la de los mayores bajo salvaguardia de la justicia (cap. II). Esta es aplicable a los mayores necesitados de protección en los actos de la vida civil, como consecuencia de una alteración de sus facultades personales (art. 491). Conservan el pleno ejercicio de sus derechos, pero los negocios que concluyen pueden ser rescindidos por simple lesión o reducidos en caso de exceso. La acción puede ser ejercida por todos los que podrían solicitar la constitución de la tutela, así como los herederos a la muerte de la persona protegida (art. 491-2). Aquéllos tienen obligación, además, de ejecutar las medidas de conservación necesarias para la gestión del patrimonio del protegido, cuando tengan conocimiento de su urgencia, así como de la situación de salvaguardia en que se encuentra la persona; lo que se extiende a los directores de establecimientos encargados del cuidado y tratamiento de los afectados y, eventualmente, al que alberga a éstos en su domicilio (art. 491-4). Fuera de los casos anteriores, toda persona interesada puede dar aviso al juez tutelar, que nombrará un mandatario especial para realizar actos, dentro de los límites de lo que un tutor podría hacer sin autorización del consejo de familia, o bien decidirá la apertura de la tutela o de la curatela (art. 491-5).

La tutela afecta a los que necesitan estar representados permanentemente en los actos de la vida civil, por causa de una alteración de sus facultades personales (art. 492) y comprobada por un médico especialista elegido en una lista establecida por el ministerio público (artículo 493-1). Produce la nulidad de derecho de los negocios ejecutados por el tutelado. El artículo 496 prevé la posibilidad de que la tutela se defiera a una persona moral, y el artículo 496-1 reduce a

cinco años el período durante el cual el tutor no puede rechazar su función, salvo el cónyuge, los descendientes y las personas morales. El médico que atiende a la persona tutelada no puede ser su tutor, ni su protutor. Prohibición que se extiende al establecimiento en el que aquélla viene tratada, así como a los empleados en el mismo. Los artículos 497-499 configuran algunos supuestos en los que se puede evitar la constitución formal de la tutela. Cuando exista un cónyuge, un ascendiente o un descendiente, un hermano o una hermana, apto para la administración de los bienes, el juez tutelar puede concedérsela en calidad de administrador legal, sin necesidad de protutor ni de consejo de familia, ajustándose a las normas aplicables a la administración legal bajo control judicial para los bienes de los menores. Tampoco ha lugar a la apertura de la tutela que habría de ejercer el cónyuge si con la mera aplicación del régimen matrimonial basta para atender a los intereses de la persona protegida. Finalmente, si el juez tutelar estima que es inútil la constitución completa de una tutela, en base a la cuantía de los bienes, puede limitarse a nombrar como administrador o encargado de la misma, sin protutor ni consejo de familia, a un empleado del establecimiento que se ocupa del tratamiento, perteneciente al personal administrativo del mismo o a un administrador especial. La incapacidad resultante de la sumisión a tutela no es fija, ya que en el momento de su apertura, o en juicio posterior, el juez, en base a la opinión del médico que atiende al incapacitado, puede señalar un número de negocios que éste podrá realizar (art. 501). Por otra parte, los negocios anteriores a la tutela pueden ser anulados si la causa determinante de esta existía ya entonces (art. 503); lo que concuerda con el artículo 489, que permite la anulación de cualquier negocio concluido en un estado de anormalidad mental. La legitimación para recurrir contra la sentencia que rehusa la extinción de la tutela se extiende a cualquier pariente, a los afines, amigos, al médico que trata al afectado y al director del establecimiento (arts. 507 y 492).

La curatela se aplica a los mayores necesitados de consejo o control para los actos de la vida civil, resultado de una alteración de sus facultades personales, así como a aquellos que por su prodigalidad, intemperancia u ociosidad se exponen a caer en una situación de necesidad o comprometen la ejecución de sus obligaciones familiares. Origina la anulabilidad de los negocios realizados sin asistencia del curador. Además, cuando esta no sea requerida por la Ley, se pueden ejercer las mismas acciones previstas para la persona bajo salvaguardia de la justicia. Tampoco las limitaciones a la capacidad del sometido a curatela son fijas, puesto que el juez puede disminuir o aumentar el número de actos en los que el incapacitado necesita de la asistencia del curador.

El artículo 2.º de la Ley modifica el artículo 1.304 del C. c., rebajando a cinco años la duración de la acción de nulidad o de rescisión de los negocios. El artículo 3.º introduce en el C. c. un artículo 1.125-1: se prohíbe, salvo autorización, a quien ejerce una función en un esta-

blecimiento que alberga a personas ancianas o que proporciona cuidados psiquiátricos, la adquisición de bienes o derechos pertenecientes a la persona admitida en el mismo, así como el arrendamiento del alojamiento ocupado por ella antes de dicha admisión. Los artículos 4-22 contienen modificaciones al Código de salud pública y reajustes de las demás normas afectadas por esta Ley, así como las reglas procesales y de derecho transitorio correspondientes.

VIDA JURIDICA

1. NOTICIAS

Coloquios sobre la muerte y los trasplantes de órganos

Durante los días 21 y 22 de junio de 1968, y organizados por el Consejo General de los Colegios Médicos de España, con la colaboración de las Facultades de Derecho, Filosofía y Letras y Medicina, han tenido lugar en Madrid unos interesantes Coloquios sobre tema de tan palpitante actualidad como es el de "La muerte y los trasplantes de órganos". Estos Coloquios perseguían el esclarecimiento de los fundamentos jurídico-sociales, ético-morales y biológico-médicos de los trasplantes, con el fin de sentar unas sólidas bases para una ley española que los regule con criterios más actuales que los que inspiraron la de 18 de diciembre de 1950. Los Coloquios se han desarrollado en un clima de auténtica expectación, y a veces con verdadero apasionamiento. Quizá pudiera deducirse de los mismos la conveniencia de profundizar el diálogo interprofesional entre médicos y juristas.

Prescindiendo aquí de los aspectos exclusivamente médicos de los Coloquios, indicaré el temario de los aspectos jurídico-sociales, que comprendía los puntos siguientes: Definición legal de la muerte; Responsabilidad en los trasplantes de órganos, del cirujano, del Servicio, de la Universidad, del Estado; Derechos y tutela del donante; Derechos y tutela del receptor; Valor legal del consentimiento en el donante y receptor. Pero los diversos ponentes no se atuvieron estrictamente al temario, y abordaron su estudio desde distintos puntos de vista; ello, aunque significó repeticiones, ofreció también pluralidad de perspectivas.

El profesor Hernández Gil disertó sobre los "Actos de disposición sobre el propio cuerpo". Arrancó de la consideración de la persona en el Derecho civil, observando que ésta no es tanto el centro cuanto el punto de partida, y que si bien en el momento actual puede señalarse el indiscutible triunfo de haber logrado el reconocimiento de que todos los hombres son personas, existe la quiebra de que tal reconocimiento se ha producido sólo en un plano formal y volitivo. Alude luego a los derechos de la personalidad, que viene a ser el estatuto de la persona y que van introduciéndose en los Códigos civiles. Analiza el derecho a la vida, poniendo de relieve su aspecto de derecho-deber y los delicados problemas de límites que plantea cualquier acto de disposición del mismo. No existe en nuestro Código el derecho a disponer del cuerpo en su conjunto, por no ser cosa y deducirse un criterio contrario del artículo 1.583 *in fine*; tampoco puede disponerse de un órgano vital único, y en todo caso la disposición sobre partes del cuerpo siempre será revocable y condicional. El nuevo Código de Etiopía es quizá el cuerpo legal que con mayor detalle y espíritu progresivo regula esta materia; no en vano ha sido obra de juristas europeos. Hay reparos de carácter dogmático para hablar de venta y donación de partes separadas del cuerpo, ofreciendo mayores facilidades la disposición en testamento; con todo, desde un punto de vista práctico, la utilización del testamento es poco satisfactoria. Concluye

pronunciándose por una nueva ordenación jurídica que armonice todos los intereses afectados; el Derecho no puede desconocer la realidad, ni anticiparse excesivamente a ella; sin duda, el problema más grave es el de la determinación del momento de la muerte. Hasta ahora se ha atendido a la certeza o seguridad del fallecimiento; quizá haya que atender en adelante a las esperanzas que la propia muerte ofrece a los demás. La muerte va dejando de ser un riguroso acto individual para quedar afectada por el proceso de socialización. En tal sentido sugiere que de la misma manera que los artículos 29 y 30 Código civil no hacen coincidir el hecho biológico del nacimiento con la adquisición de personalidad, también podría llevarse un procedimiento análogo al caso de la muerte.

El profesor Del Rosal expuso "La problemática de la responsabilidad criminal en los trasplantes de corazón". Comenzó indicando que nos encontramos en una circunstancia constituyente, lo que obliga a los distintos profesionales a la sinceridad en el diálogo a fin de que el Derecho penal no quede divorciado de la Medicina. Ofreció el siguiente cuadro de la responsabilidad criminal: 1.º) El problema de la muerte ante el cual el penalista opera con un criterio puramente biológico, protegiendo a la persona en tanto haya en ella un aliento de vida; 2.º) La actuación del cirujano como socialmente adecuada, que implica la noción penal de tratamiento médico, y que, a su juicio, legítima la actuación profesional en los recientes trasplantes; 3.º) El valor del consentimiento, expreso o presunto, y 4.º) La cuestión de la finalidad.

Don Manuel Escobedo desarrolló el tema "Derechos de los herederos sobre el cadáver", manifestándose en contra de la tendencia legislativa que atribuye al Estado los cadáveres, entendiéndolo que los herederos no tienen otro derecho que custodiarlo, cumpliendo lo dispuesto por el difunto, o, en todo caso, interpretarlo y suplirlo. Pide una legislación acomodada a nuestra psicología.

Don Antonio Pedrol ofreció, desde el punto de vista fundamentalmente práctico, unas "Sugerencias para una necesaria y urgente ley de trasplantes". Propone hablar de "cedente" en lugar de "donante" para no prejuzgar la naturaleza del acto dispositivo. No considera cuestión definitivamente resuelta la intransferibilidad del cadáver, pues el propio Pío XII no se mostró absolutamente en contra de una cierta compensación económica a favor del cedente. Cree que hay que encontrar una fórmula más práctica que la exigencia de "acto o documento auténtico" de la Ley de 1950, y propone la creación de un Banco y de un Registro Nacional de cedentes de órganos que recibiría las declaraciones de los mismos. Cuando la autoridad judicial ha acordado la práctica de una autopsia no debe ser necesario el consentimiento de los familiares, según el modelo italiano de la Ley de 8 de marzo de 1968.

Don Roberto Reyes trató de "Derechos y tutela del donante". La definición de la muerte sólo puede emanar de la Ciencia médica y, en último término, de la conciencia del facultativo; si actualmente se considera que un electroencefalograma lineal durante algunos minutos es una prueba indudable de la muerte, en el futuro pueden encontrarse otros métodos de diagnóstico, y siempre caben errores o averías mecánicas que no deben afectar a la vida humana. Propuso en conclusión: La seguridad de la muerte con certeza absoluta; respeto a los sentimientos que el donante manifestó en vida, o a los que manifiesten los fa-

miliare conviventes, sin exigir parentesco legal; y si no hay manifestación expresa en contrario, se entiende que hay autorización implícita.

El profesor García Cantero leyó una Comunicación sobre "Los trasplantes de órganos ante el Derecho civil". Destacó la necesidad de una norma legal que ofrezca garantías y seguridades a los profesionales en su actuación, que aliente las esperanzas de los enfermos, y tranquilice a la opinión pública española un tanto perturbada por informaciones sensacionalistas y por opiniones contradictorias manifestadas en los últimos meses. Antecedente obligado será partir de la Ley de 18 de diciembre de 1950, examinando las consecuencias de su aplicación y las dificultades habidas en su interpretación; esta ley, incluso en contra de lo consignado en su exposición de motivos, acaso permita mayores posibilidades de actuación que las que a simple vista aparecen. Dicha ley contiene un principio de reconocimiento del derecho a disponer de partes del propio cuerpo, que puede ser desarrollado y ampliado de conformidad con las enseñanzas del Derecho comparado. Parece inevitable contar con una cierta comercialización del cuerpo humano, pero debe rodearse con rigurosos requisitos el acto de disposición; problemas delicados plantea la disposición por menores de edad; parece, asimismo, que debe rectificarse el artículo 2.º de la Ley de 1950 en cuanto permite la disposición de piezas anatómicas cuando no existiera disposición del difunto ni oposición por los familiares conviventes. La definición de la muerte, según las modernas técnicas de diagnóstico, no debe formar parte de la nueva ley; no sólo porque no se ha encontrado todavía el diagnóstico definitivo, sino porque no es misión de una ley definir el momento de la muerte, el cual puede encontrar lugar en una norma de inferior rango.

Del máximo interés fueron asimismo las diversas intervenciones acerca de los aspectos ético-morales de los trasplantes. Señalaré la breve, aunque profunda, comunicación del profesor Muñoz Alonso sobre "El hombre y su cuerpo", y la del profesor Todolí O. P. acerca de los "Problemas éticos y morales que plantean los trasplantes de órganos" con un criterio favorable a su licitud moral.

Gabriel GARCÍA CANTERO

II. DICTAMENES

Limitación del número de votos que pueda emitir un socio en Sociedades Anónimas

CONSULTA

Una sociedad anónima está integrada por siete socios, seis de ellos con un 10 por 100 del capital cada uno y el séptimo que ostenta el 40 por 100 restante. A cada acción corresponde un voto.

Se propone una modificación de estatutos por la que ningún socio podría tener más votos que los correspondientes a un 10 por 100 del capital social. Con esta alteración, los siete socios quedarían con igual número de votos.

El accionista titular del 40 por 100 del capital, consulta sobre la legalidad de la pretendida modificación estatutaria.

BASE DE PARTIDA

Artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1961. "Los estatutos... igualmente podrán fijar el número máximo de votos que un mismo accionista puede emitir".

Disposición transitoria 7.^a: "Las sociedades que al entrar en vigor la presente Ley tuvieran válidamente emitidas... cualesquiera otras (acciones) que supongan una derogación del principio de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto, podrán conservar dichas acciones no obstante lo dispuesto en el artículo 38".

APRECIACION PRIMERA

La pretendida reforma de estatutos parece apoyarse en el artículo 38 de la Ley. Por tanto si se aprueba con los requisitos legales, la misma devendría inatacable.

No es óbice la transitoria 7.^a que tiene un ámbito distinto. De un lado permite la supervivencia de las acciones de voto plural, contra la prescripción de futuro del artículo 38.

En cuanto a la desproporción entre capital de la acción y voto, puede referirse a las acciones con voto disminuido, o sea inferior al que les correspondería. En cambio el que un socio tenga limitado el número de votos, es cuestión personal que no contempla la transitoria.

Pero siempre sería verdad que la transitoria 7.^a trata de un extremo (acciones de voto disminuido) no regulado expresamente en el artículo 38. Y ello aconseja ahondar más en la permisión de este precepto respecto a la limitación del número de votos.

UNA SENTENCIA INTERESANTE

Nos referimos a la dictada por la sala 1.^a del Tribunal Supremo de Justicia con fecha 1 de febrero de 1957. En el caso resuelto se invocan los preceptos antes transcritos. Veamos los principales pronunciamientos.

En el artículo 38 se ha partido del principio de la proporción entre el capital de la acción y el derecho de voto. Pero se ha querido respetar lo que con anterioridad tenían algunas sociedades establecido. De ahí la transitoria 7.^a.

Y si esto se ha permitido respecto de las acciones de voto plural..., con más motivo se ha autorizado la limitación del número de votos que correspondían a un solo accionista, aunque en esa forma se rompa la ecuación entre el voto y el capital.

Y como en este caso esta limitación de votos a los asociados viene establecida desde el año 1915, en la Junta general de 30 de mayo de 1954, al computarse de esa forma los votos de los accionistas, se atuvieron a lo establecido legalmente en sus estatutos, sin infringir disposición legal alguna.

Hasta aquí la sentencia referida.

De este fallo pueden extraerse algunas consecuencias.

En primer lugar, el Tribunal Supremo afirma que la limitación de votos rompe la ecuación entre éstos y el capital. No con el capital de la acción, pero sí respecto al capital de un determinado accionista. Y ello indirectamente repercute sobre la acción, puesto que las poseídas por el socio en cuestión tendrán en definitiva un derecho de voto disminuido.

Por otra parte el Supremo se produce como si esa restricción estuviera permitida por la disposición transitoria 7.^a, ya que a ella acude para declararla válida. Claro que la sentencia no se enfrenta con una limitación en el número de votos posterior a la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que no puede resultar decisiva para resolver el problema.

PANORAMICA DOCTRINAL

Es muy escasa la atención que la doctrina patria dedica al problema planteado. La obra clásica de Garrigués y Uría o la más moderna de Rubio y García Mina, exponen el tema sin abordar la posible antinomia de disposiciones dentro de la ley. A su vez, Gay de Montellá inserta en nota jurisprudencial la sentencia de 1 de febrero de 1957, aunque sin comentario.

Breve, pero aguda es la referencia que al tema hallamos en la obra de Girón Tena. Al exponer la limitación en el número de votos de un so-

cio, la conecta a un aumento de capital de la sociedad. Sobre ésto volveremos después.

Expuesto lo anterior, hora es ya de adelantar la propia tesis. La limitación en el número de votos puede establecerse indiscutiblemente en los estatutos iniciales de la sociedad. Es dudoso que pueda introducirse por vía de modificación de estatutos. En todo caso ello no podría lograrse sin el acuerdo de los socios afectados.

PRINCIPIOS GENERALES

La sociedad anónima es el prototipo de sociedad capitalista. En ella interesa el capital o la acción, más que la persona. Traducido esto al campo de los derechos políticos, significaría que cada acción da derecho a un voto; es la perfecta proporcionalidad. Bien es verdad que cabrán excepciones, pero siempre habrán de interpretarse restrictivamente.

La limitación en el número de votos rompe aquella proporcionalidad. Las acciones del socio afectado vendrán a tener una avá parte del voto de las restantes. Por esa vía puede perfectamente llegarse a que la minoría del capital se imponga a la mayoría.

La exposición de motivos de la Ley de 1951, señala que los privilegios de las acciones ofrecen siempre un margen de peligro. La Ley respeta el principio de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto. La sentencia transcrita es bien expresiva.

Es interesante la dicción del artículo 39 de la Ley. La acción confiere la condición de socio... y atribuye como mínimo... el derecho de votar en las juntas generales... Bien es verdad que el artículo anterior permite la limitación en el número de votos; pero tampoco cabe olvidar los términos tajantes del artículo 39. Más que antimonías habrá que buscar pues, armonización.

Porque si importantes son los derechos sustantivos de dividendo o cuota de disolución, o bien el peculiar de preferente suscripción, con finalidad conservativa, el derecho de voto, por su carácter principalmente político, viene a ser como la salvaguarda de los otros tres. Así el artículo 48 proclama que los accionistas decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta.

LIMITACION INICIAL Y EN MODIFICACION POSTERIOR

Ya adelantamos que la limitación de votos no despierta especial recelo cuando consta en los estatutos iniciales. El socio que entra en la sociedad o adquiere después acciones en número crecido, sabrá de antemano la limitación existente.

En cambio si la modificación es posterior, el socio afectado se ve privado de un derecho fundamental, cual el de voto, sin compensación alguna. Con esto no contaba. Viene a ser como una expropiación forzosa de votos en beneficio de los restantes socios.

Tal vez por ello, Girón Tena conectaba tal restricción a un aumento de capital social. Al menos en este caso el socio afectado podría no suscribir ese aumento para verse libre de la limitación. Con lo cual, indirectamente se afectaba su derecho de suscripción preferente. Pero la expropiación no se daba.

Es significativo que el capítulo de la Ley dedicado a la modificación de estatutos, no mencione el caso de la restricción en el número de votos. En cambio el artículo 93 se ocupa de la creación de acciones preferentes, aludidas también en el 38. A su vez el artículo 85 trata del cambio de objeto y de la variación en la transmisibilidad de las acciones. En todos esos supuestos se establecen las medidas de garantía en defensa del socio.

Pues bien, si ello se hace con modificaciones que no afectan a los derechos mínimos de los socios. ¿Puede pensarse que cuando tales derechos se restringen no quepa defensa alguna del accionista? O más bien, la falta de regulación expresa del supuesto ¿no indica que éste no puede producirse por la vía de una modificación de estatutos?

Piénsese en otro derecho, tal vez no tan importante, como el de suscripción preferente y en la enérgica defensa con que el mismo se rodea, hasta en las hipótesis extremas de las aportaciones *in natura*.

ADMISION DE LA MODIFICACION

Lo expuesto anteriormente nos prueba hasta qué punto es dudoso el que la restricción en los votos pueda introducirse por reforma estatutaria; también la razón que asistía al Tribunal Supremo para acudir a la permisón de la transitoria 7.^a. Con todo, resta indagar si tal modificación podrá operarse con el acuerdo de los afectados.

Sería de aplicación entonces el artículo 85 de la Ley. Establece dicho precepto que no puede haber modificación que afecte a una clase de acciones sin el consentimiento de éstas, y que ninguna nueva obligación a los socios puede establecerse sin su aquiescencia.

La restricción en el número de los votos no podría considerarse propiamente como una nueva obligación del socio, aunque indiscutiblemente menoscabe uno de sus derechos. En cambio, tal restricción, ¿puede decirse que afecta a una clase determinada de acciones? En el supuesto que nos ocupa es claro que la limitación pretendida sólo afectará a las acciones del socio titular del 40 por 100 del capital social. Los demás quedan igual. ¿Será pues preciso el consentimiento del socio afectado?

No es claro que las acciones del socio consultante sean de "una clase especial". La clase hace referencia a una peculiaridad objetiva de la acción en sí, e independiente de la titularidad de ésta. Si acaso habría, no acciones especiales, sino un "socio especial", que por su porcentaje en el capital verá afectado su derecho de voto.

Con todo también a este caso puede extenderse la exigencia del consentimiento del interesado. La prueba la tenemos en el artículo 100 de la Ley dedicado a la reducción de capital. Cuando la amortización de acciones

no afecta por igual a todas éstas, será preciso el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados. Y la Ley se remite al artículo 85 que citamos antes.

La jurisprudencia ha comprobado este criterio. Tiene gran interés la sentencia de 17 de febrero de 1958 sobre el artículo 100 de la Ley. El acuerdo de reducción se anula por la Audiencia y por el Supremo porque la amortización no afectaba por igual a todas las acciones. Por tanto no podía prescindirse legalmente del acuerdo de las acciones afectadas.

La Audiencia estimó que el acuerdo impugnado desnivelaba la igualdad de trato y proporcionalidad que deben recibir todas las acciones, infringiendo los artículos 37 y 39 de la Ley y su exposición de motivos, punto segundo; por lo que es aplicable el artículo 67 por infracción de la Ley.

Concluye el Supremo. Siendo de la misma clase todas las acciones de la Sociedad demandada, la igualdad de derechos de los accionistas se impone por propio mandato legal, y les atribuye todos aquéllos de que están investidos por la ley. Y el acuerdo atacado de nulidad dispensó distinto trato a acciones de una misma clase.

Es de destacar la referencia al artículo 39 de la Ley del que anteriormente hicimos mención. Por otra parte, aunque el artículo 85 hablaba de una clase especial de acciones, exigía el consentimiento de éstas cuando el cambio afectara a sus derechos, bien directa o indirectamente.

Más terminante es aún en su exigencia el artículo 118 del Reglamento del Registro Mercantil. La inscripción de toda modificación estatutaria que afecte directa o indirectamente los derechos de una clase especial de acciones, deberá expresar:

3.º Que la modificación fue consentida por acuerdo mayoritario de las acciones directa o indirectamente afectadas por ella, bien en la propia Junta general en votación separada, bien en Junta especial, con los requisitos previstos en el artículo 84 de la Ley.

Y ya hemos expuesto el criterio legal y jurisprudencial de que lo establecido para un clase especial de acciones, vale para los títulos de la misma clase cuando la modificación les afecta de forma desigual.

CONCLUSIONES

1.ª A la vista del artículo 38 de la Ley, no ofrece duda que los estatutos iniciales de una sociedad anónima pueden limitar el número de votos a emitir por un accionista.

2.ª Es dudoso que tal restricción pueda introducirse posteriormente en modificación de estatutos. Así se desprende de la disposición transitoria 7.ª, cual la interpreta nuestro Tribunal Supremo en sentencia del 1 de febrero de 1957.

3.ª La limitación de votos no podrá introducirse por vía de modificación estatutaria sin el consentimiento de los socios afectados, prestado

conforme al artículo 85 de la Ley. Así en la sentencia de 17 de febrero de 1958.

4.^a Si la restricción se estableciera sin tal consentimiento, el socio afectado podría impugnar el acuerdo por ilegal, al amparo del artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Tal es mi dictamen que, como siempre y muy gustosamente, someto a cualquier otro mejor fundado.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Doctor en Derecho. Abogado del Estado

III. NOTAS CRITICAS

LA FRUSTRACION DEL FIN DEL CONTRATO *

CELESTINO A. CAÑO TELLO
Profesor ayudante de Derecho civil

Nos encontramos en presencia de una obra que sin duda alguna puede calificarse de actualidad en una época en la que las devaluaciones monetarias, las crisis económicas y la alteración de las circunstancias de todo orden que presiden la vida de los contratos, son en todas las naciones el pan nuestro de cada día.

Un estudio riguroso profundo y de primera mano de la materia, unido a la experiencia de muchos años de notaría, han permitido al autor ofrecer un trabajo que, junto con una sólida fundamentación doctrinal y científica, aporta una interesantísima proyección práctica.

Se trata, en suma, como pone de manifiesto el Profesor Díez-Picazo que prologa el libro, de una obra importante. En primer lugar porque proporciona un nuevo enfoque en una serie de problemas típicos que hoy poseen un gran relieve, tanto en el plano teórico como en el orden práctico. Lo es en segundo lugar porque proporciona unos datos de singular utilidad y aporta unas soluciones que con todo el riesgo que las soluciones de problemas jurídicos llevan consigo, son también de evidente utilidad. Y es importante, finalmente, porque al estar todos estos problemas estrechamente enraizados en la teoría general, nos suministran puntos de meditación y cavilación.

Consta de doce capítulos (el último de los cuales contiene las conclusiones) que pasamos a resumir.

CAPITULO I

Introducción

Comienza el autor por plantearse el problema de si en el estado actual de la ciencia jurídica, se puede considerar la frustración del fin del contrato como una causa sobrevenida de ineficacia que pueda ser objeto de una contemplación aislada dentro de la doctrina general del contrato y más concretamente de su ineficacia. Señala que el objeto del trabajo, es averiguar si un contrato puede perder su eficacia aunque haya nacido totalmente válido, si como consecuencia de acontecimientos posteriores a su formación, la prestación que una de las partes esperaba, ha perdido utilidad para ella.

* VICENTE ESPERT SANZ; Editorial Tecnos, Madrid.

Pasa a continuación a estudiar el fin del contrato, exponiendo las opiniones de CAPITÁN, RENATO MICCIO, BARASSI, PISKO y GONZÁLEZ PALOMINO, afirmando que se trata de un problema vivo que se puede plantear y se plantea frecuentemente en la vida real; el deudor de la prestación puede efectuarla, pero ésta ha perdido interés para el acreedor por un cambio imprevisto de las circunstancias.

El principio "pacta sunt servanda", se ha considerado durante un larguísimo período histórico, como una nota fundamental de la contratación, pero quebró cuando se descubrió que por la vía anteriormente seguida, se podría llegar a soluciones claramente injustas.

Recoge la afirmación de García de Enterría de que la ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares, jamás reducible al esquema mental axiomático expresado en las matemáticas, pasando a continuación a exponer y comentar varias sentencias del Tribunal Supremo relativas al problema que le preocupa y afirmando que algunas veces en el propio Código civil parece apuntarse el mismo (arts. 1.491, 1.494 y 1.797).

CAPITULO II

Derecho anglosajón

Considera que es oportuno estudiar el problema en el Derecho británico por ser clásicos los llamados "casos de la Coronación", prototípicos en el planteamiento de nuestro problema. Toda una dirección actual de la ciencia jurídica, dice, se coloca bajo la enseñanza central de VIEHWEG, superando la tradicional contraposición entre jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses, postulando una jurisprudencia de problemas que es lo que los ingleses nunca han dejado de hacer.

Estudia el caso *Paradine v. Jane* (año 1647) en que el Tribunal consideró que, a pesar de que un ejército extranjero había ocupado las tierras, el arrendatario debía pagar la renta. Las primeras limitaciones al principio de responsabilidad a ultranza frente a lo pactado aparecen en el Derecho marítimo: pronto se generaliza el principio de que el capitán de una nave, no responde del no cumplimiento de la obligación cuando este incumplimiento procede de "acts of God, or the kings enemies".

Trata del caso *Taylor v. Caldwell* en el que el Tribunal declara que habiendo dejado de existir sin culpa de los contratantes a consecuencia de un incendio un teatro arrendado para ofrecer varios conciertos ambas partes están liberadas. El mismo principio se consagra en el caso *Appley v. Myers*.

Los auténticos "leading cases" en esta materia, son los llamados *casos de la coronación*. Con motivo de la Coronación de Eduardo VII, se habían proyectado diversos actos que hubo que suspender a causa de una enfermedad del Rey. Como consecuencia de ello, las esperanzas de aquellas personas que habían alquilado habitaciones para presenciar un

desfile que fue cancelado, quedaron defraudadas dando lugar a diversas reclamaciones en relación con el precio estipulado.

En el caso *Chandler v. Webster*, la Corte de Apelación declaró que el derecho del demandado al precio total, se había perfeccionado antes de que el desfile se cancelara y en base de que el efecto de la frustración no era declarar la nulidad "ab initio" del contrato, sino solamente relevar a las partes de ulteriores pretensiones, rechazó la demanda del arrendatario.

En el caso de *Krell v. Henry*, el Juez Darling, en primera instancia acogió la tesis del arrendatario y su derecho a la devolución del precio. El dueño de la casa apeló y la apelación fue rehusada. Lord Vaughan dijo que la subsiguiente imposibilidad de la prestación, no afectaba a los derechos ya adquiridos, pero que el arrendatario tenía que pagar el resto del precio que no había satisfecho durante todo el día 24 y que el anuncio de la cancelación del desfile tuvo lugar en la mañana del 24, pero que el dueño, no podía haber emprendido ninguna acción hasta el final de dicho día.

Clásico en la materia es el caso *Herne Bay Steam Boat Company v. Hutton*. El demandado alquiló un barco propiedad de los demandantes, el *Cinthia*, con objeto de llevar pasajeros de pago a la revista naval proyectada con motivo de la Coronación. Al suspenderse ésta, el arrendatario se negó a cumplir su obligación. El Tribunal Superior, dio la razón a los dueños del barco con facultad para cobrar la parte impagada del precio, menos los beneficios que habían obtenido por el uso del barco durante los dos días que también se discutían, basándose en el fin comercial a que estaba dedicada la nave.

Procediendo a examinar la "consideration", señala el autor que el peso de una larga tradición, es un obstáculo en la conciencia de los jueces ingleses para permitir la liberación de su obligación al deudor. En la *Common Law*, la promesa contractual no engendra un deber de prestación específico, sino sólo una garantía incondicionada que obliga a indemnizar daños y perjuicios cualquiera que sea la causa del incumplimiento. La aproximación entre los derechos continentales y el anglosajón, se ha operado mediante una atenuación recíproca del rigor de sus principios. Para que exista una "valuable consideration", se requiere que se trate de una razón de presente, que sea real y que sea lícita. No sería aventurado encontrar un paralelismo entre el concepto de causa del derecho continental y la influencia de los motivos cuando son ilícitos en la eficacia del contrato, con el juego de la "consideration" en el Derecho anglosajón.

Bajo la denominación general de doctrina de la frustración, estudian los juristas ingleses, los casos en que un contrato pierde su eficacia a consecuencia de ciertos acontecimientos o circunstancias que con posterioridad a su perfección, hacen que su cumplimiento sea ilegal, imposible o comercial o económicamente estéril.

Los autores consideran como bases jurídicas de la doctrina de la frustración las siguientes: la teoría de la condición implícita, la de la

solución justa y razonable, la de la desaparición de la base del contrato, la del cambio de las obligaciones. La frustración resuelve el contrato automáticamente por el solo hecho de ocurrir el acontecimiento "frustrante" (efecto general). Los derechos nacidos antes de la frustración, permanecen exigibles, los no nacidos son inexigibles. Expone a continuación las normas más significativas del Derecho legislado sobre la materia.

En conclusión, en el Derecho anglosajón, la frustración del fin del contrato es un concepto general. Produce la ruptura automática del contrato aun contra la voluntad de las partes y una liberación de las mismas de toda prestación ulterior, con mantenimiento de las prestaciones ya realizadas, si bien por vía de derecho estatutario se ha llegado a una solución más equitativa, en caso de que una de las partes hubiera incurrido en gastos en beneficio de la otra.

CAPITULO III

Frustración y base del negocio. Doctrina de Karl Larenz

Estima indispensable el autor, dedicar un capítulo al estudio del tema en el Derecho alemán. El trágico fin de la Segunda Guerra Mundial provocó un verdadero colapso en la vida contractual de aquella nación, puesto que en numerosísimas ocasiones los contratos resultaron de cumplimiento física o jurídicamente imposible, excesivamente onerosos o desprovistos de fin o utilidad. El cataclismo fue de tal envergadura que no pudo ser contemplado por las partes como base del negocio.

Siguiendo a Karl Larenz estudia las teorías de la "clausulas rebus sic stantibus", la de Erich Kaujmann, la de Kűchmann, la de la presuposición, la de la base del negocio, la de Locher y la de Lehmann, poniendo de manifiesto como ante la inseguridad de la materia, el Tribunal Supremo de Colonia para la Zona Británica, se inclina por atender a la ponderación de las circunstancias del caso concreto conforme a la buena fe.

Hace notar Larenz que hay que distinguir entre base de negocio subjetiva y objetiva. La primera es la común representación de los contratantes, sobre las circunstancias del contrato, la segunda se refiere a aquellas que, sépanlo o no los contratantes, su existencia o persistencia son necesarias para que se logre el fin del contrato.

El Derecho general territorial prusiano, distinguía entre la desaparición de la finalidad última de ambas partes o de una sola de ellas, siendo necesario que dicha finalidad última sea declarada expresamente o sea deducible de la naturaleza del negocio y en todo caso que sea conocida o mejor cognoscible para la otra parte. Además se requiere que el contrato no esté íntegramente cumplido por ambas partes y que la transformación no haya tenido lugar cuando la parte cuya finalidad se ha frustrado, se encontrara en situación de mora. La transformación ha de ser imprevista.

El B. G. B. no contiene ninguna regla general en la materia, si bien una serie de disposiciones especiales resuelven casos concretos. Larenz expone las soluciones adoptadas por la jurisprudencia alemana frente a las lagunas del B. G. B. en materia de compraventa, arrendamiento, arrendamiento de obra y de servicios y sienta las siguientes conclusiones:

Un contrato no puede subsistir como regulación dotada de sentido:

a) Cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación se ha destruido.

b) Cuando la finalidad objetiva expresada en su contenido resulta inalcanzable.

Finalidad objetiva es la de una parte si la otra la hizo suya.

No han de tenerse en cuenta las transformaciones que:

a) Son personales o están en la esfera de influencia de la parte perjudicada.

b) Repercutieron en el contrato sólo porque la parte perjudicada por ellos se encontraban en "mora solvendi" o "accipiendi".

c) Porque siendo previsibles forman parte del riesgo asumido en el contrato.

Una vez hecho el estudio de los supuestos típicos de la desaparición de la base del negocio, se plantea el problema de las consecuencias que tiene en la vida futura del contrato, la desaparición de dicha base; consecuencias que deben ser distintas según se trate de la desaparición de la base por destrucción de la relación de equivalencia o del supuesto en que ya no sea posible alcanzar el fin del contrato.

Termina el capítulo con las siguientes conclusiones tomadas de la obra de Larenz.

La transformación de las circunstancias sólo puede considerarse como desaparición de la base del negocio, en caso de que ambas partes hubiesen celebrado el contrato en atención a determinadas circunstancias, cuya aparición o persistencia era positivamente esperada por ellas o cuando la persistencia de estas circunstancias es necesaria objetivamente para que el contrato pueda existir como regulación dotada de sentido.

Las consecuencias jurídicas de la desaparición de la base del negocio son distintas para los distintos grupos de casos, pero se funda directamente en la Ley.

La base del negocio objetiva, ha desaparecido cuando se ha destruido la equivalencia entre prestación y contraprestación o cuando la finalidad objetiva es inalcanzable.

No han de tenerse en cuenta las transformaciones de las circunstancias que sean personales o no estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada o que repercutieron en el contrato porque el perjudicado estaba en "mora solvendi" o "accipiendi" o porque siendo previsibles, forman parte del riesgo normal del contrato.

CAPITULO IV

Frustración y causa. Las "conditiones" de la causa

Al tratar de poner en relación el problema de la frustración del fin del contrato con el problema de la causa, es obligado adoptar una postura sobre dicho tema, dice el autor, por lo que trata de investigar cuál es la posición doctrinal más convincente examinando el Derecho romano, los precedentes y el Código civil francés, el español, el alemán, las teorías negativas, subjetiva y objetiva y aceptando en definitiva con el profesor Díez-Picazo que sólo se puede aclarar el concepto de causa diferenciando y considerando como cosas distintas la causa de la atribución (razón que fundamenta un desplazamiento patrimonial) la causa de la obligación (que si es voluntaria o negocial lo normal es que sea un contrato) y la causa del negocio (que si es ejecutivo es la situación subyacente que le sirve de soporte y si es inicial, es la representación mental de las partes).

De todo lo que antecede, se desprende que la teoría de la frustración del fin del contrato, no está desconectada de la teoría de la causa y que en algunos momentos parecen identificarse.

Pasa a continuación a estudiar las condiciones, "actiones stricti iuris" que no expresan en la fórmula el fundamento de la reclamación. Frente al problema del enriquecimiento injusto, el Derecho romano reaccionó con su estilo habitual sin formular una teoría general, pero concediendo una acción de tipo abstracto y de derecho estricto para remediar la merma sufrida en un patrimonio. Estas acciones son la "condictio indebiti", la "condictio ob turpem causam", la "condictio ob iniustam causam", la "condictio sine causa" y la "condictio causa data causa nonsecuta" o "condictio ob causam datorum" de la que se encuentran aplicaciones en nuestro Código civil (arts. 647, 797, 1.326 y 1.333).

En el Derecho alemán la condictio por falta de resultado o "condictio ob causam datorum" se estudia en la teoría del enriquecimiento sin causa y requiere una prestación con la cual, conforme al contenido del negocio, se tienda a un resultado, que es frecuentemente un acto del receptor, pero que puede ser otro acontecimiento; la fijación del fin tiene que resultar del contenido del negocio jurídico; el resultado tiene que haber fracasado.

Se excluye la condictio cuando el resultado fuera imposible desde el principio y el que prestó lo sabía o cuando el que prestó impide la prestación contra la buena fe o en ciertos casos en la donación modal. El B. G. B. no regula la carga de la prueba.

Pérez González y Alguer comentando a Enneccerus afirman que la "condictio ob causam datorum" requiere una prestación encaminada a la obtención de un resultado futuro; que la fijación del fin resulte normalmente del contenido del negocio expresa o tácitamente; que el resultado haya fracasado.

De acuerdo con el art. 1.214 de nuestro Código civil, corresponde la prueba al demandante.

CAPITULO V

Frustración del contrato y buena fe

Empieza el capítulo señalando que la tesis de la ineficacia devenida por la frustración del fin del contrato, es una de las situaciones contempladas por el art. 6.º del Código civil; que no hay regla exactamente aplicable al punto controvertido, por lo que habrá que acudir a la costumbre del lugar y como ésta no resuelve el problema, a los principios generales del Derecho. Federico de Castro, los define como "las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación" que ofrecen base a las normas jurídicas legales y consuetudinarias, nos dan medios con que interpretarlas y son el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas. La buena fe puede servirnos de guía para tratar de resolver el conflicto de intereses planteado con la inutilidad sobrevvenida de la prestación.

La buena fe es el concepto que encontramos ya en el Derecho romano como algo que impregna la esencia misma de la regla jurídica. Buena fe es la confianza en que todo el que forma parte, se mezcle, otorgue, intervenga o se obligue en una relación o en un acto jurídico, se conducirá en orden al mismo tal y como lo hacen los hombres honrados.

BETTI afirma que es un concepto que tiene diversos aspectos: un estado de conciencia, la creencia en la apariencia de una relación cualificante que legitima a la contraparte a disponer del derecho de que se trate, hablándose de buena fe en otro sentido con referencia a la fase de conclusión o perfección del contrato. La buena fe es más importante en una teoría general de las obligaciones y en este punto puede actuar como un criterio hermenéutico o como una norma de conducta que debe ser observada por las partes en la fase de ejecución del contrato. La buena fe en el Derecho alemán ofrece los siguientes aspectos: la buena fe dirigida a ampliar las obligaciones contractuales ya existentes, a aliviar las obligaciones ya asumidas en el contrato y transformar el contenido de los vínculos contractuales y a evitar un abuso de derecho. La buena fe sirve también, según BETTI, para valorar si se ha conseguido o no, la satisfacción del interés del acreedor y juega su papel en la fase patológica del incumplimiento, pero actúa durante todas las fases de la vida del contrato.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS insiste en la idea de que la buena fe a que hace referencia el art. 1.258 del Código civil, se sitúa en la misma posición que el uso y la norma dispositiva, sirviendo para corregir e integrar la voluntad privada que ha dado vida al negocio. La buena fe actúa también en el campo del Derecho mercantil de acuerdo con el art. 57 del Código de comercio, pero con una fuerza más cogente, con carácter más configurativo que en Derecho civil.

En el Código civil portugués de 1966, el concepto de la buena fe aparece íntimamente ligado al tema de que tratamos.

Con carácter de recapitulación, señala el autor, que la buena fe nos

interesa, no como creencia de un sujeto en la corrección de su posición jurídica, sino como una recepción de la moral en la conducta de los contratantes durante la vida del contrato y especialmente en la fase de ejecución. En este caso, ante un cambio posterior de circunstancias que imprevisto hace que la prestación del deudor ya no sea útil para el acreedor, pueda actuar la buena fe en el punto dudoso, como un principio de Derecho a través del cauce del art. 6.º o del 1.258 del Código civil y del 57 del Código de comercio.

CAPITULO VI

Frustración y error

La progresiva espiritualización del Derecho, consagra más pronto o más tarde un principio de espiritualidad en la contratación, quedando el antiguo formulismo relegado a determinados campos acotados por virtud de especiales exigencias de seguridad de tráfico o protección de terceros. El principio espiritualista obliga a investigar profundamente la voluntad de los contratantes y la voluntad contractual. De ahí también que sea necesario tener la seguridad de que la voluntad declarada se ha formado y expresado en un clima de absoluta libertad de saber y querer. El estudio de esta materia, constituye la teoría de los vicios de la voluntad de los cuales sólo el error interesa a la materia que nos ocupa.

Pasa a continuación a estudiar el error en el Código civil español (arts. 1.265 y 1.266) y en los Códigos francés, italiano y alemán y se pregunta si un error en la formación del contrato que frustre la consecución del fin del mismo, encaja en el tema objeto de nuestro estudio. Los autores distinguen entre error impropio que afecta a la voluntad en su declaración que es relevante en ciertos casos, cuando se considera como prevalente la seguridad del tráfico sobre la regulación de los intereses contractuales y el error sobre la formación de la voluntad.

Trata del error en la sustancia que es un elemento de hecho, debiendo convencer al Juez de que la parte que se obligó no lo hubiera hecho si no hubiera incurrido en dicho error. ENNECCERUS afirma que son cualidades esenciales las que influyen decisivamente en la utilidad o en el valor. GHESTEIN precisando el concepto de error sobre la sustancia, dice que es el que recae de una manera directa o indirecta sobre el objeto de una de las obligaciones nacidas del contrato o del acto jurídico y debe reunir los siguientes requisitos: haber determinado el consentimiento de quien lo alega, ser excusable y haber figurado la cualidad o sustancia sobre la que recae el error, expresa o tácitamente en la definición contractual del objeto de la obligación.

Respecto del error en los motivos, ENNECCERUS asegura que en principio y salvo en materia de testamentos, no puede ser admitido como causa de anulación sin atentar gravemente contra la seguridad del tráfico, a menos que recaiga el error sobre la base del negocio.

Respecto del error en la persona, anula la convención, cuando la consideración a ella haya sido la causa principal del mismo. Nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de junio de 1943, sienta con referencia a error, la siguiente doctrina:

1.º Que el error sustancial con trascendencia anulatoria del negocio, tiene un sentido excepcional muy acusado.

2.º Que se requiere prueba y constancia en cada caso del nexo que tenga aquel con los fines y objetos que las partes hayan perseguido y tenido en cuenta al contratar.

3.º Que la justificación del carácter esencial del error, ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto.

4.º Que como consecuencia de todo ello la determinación de lo que puede ser la sustancia del objeto contractual, requiere la investigación de cada caso y sobre todo del fin perseguido por las partes, de modo que se trata fundamentalmente de una cuestión de hecho, reservada a la apreciación de los tribunales de instancia.

Concluye afirmando que un error tanto en la sustancia como en el motivo determinante y a veces en la persona, puede impedir la consecución del fin de los contratantes o de uno de ellos por lo que sería justo decretar la pérdida de eficacia del contrato. Pero en caso de error, la ineficacia surgió coetáneamente a la formación de la voluntad contractual, mientras que la frustración se produce por cambio posterior de las circunstancias.

CAPITULO VII

La onerosidad excesiva sobrevinida y la frustración del contrato

Comienza el capítulo poniendo de manifiesto que se observa una progresiva humanización o benevolización en el terreno del Derecho Privado General y muy claramente en el Derecho contractual.

Como dice HERNÁNDEZ GIL, desde hace tiempo y cada vez más acusadamente, asistimos a un proceso de socialización del Derecho. La socialización formalmente considerada ha recibido hasta el presente dos versiones jurídicas: una, la creación de un derecho específicamente social; y otra, la revisión desde el punto de vista social de gran número de instituciones y en su conjunto de todo el ordenamiento jurídico.

Es frecuente atribuir al proceso de socialización del Derecho el significado simplista de que rechaza los valores de la individualidad. Con ello se dice muy poco. Lo que ante todo entraña es un apartamiento de la concepción voluntarista del Derecho, revisando los conceptos de igualdad y libertad que son los epígonos de la misma. La protección no puede dispensarse de un modo idéntico para todos. Para que los que ocupan los planos inferiores no sucumban, es preciso que el Derecho les proteja más intensamente que a quienes ocupan los planos superiores.

También el concepto de libertad se revisa profundamente para atribuirle un significado más real. El dogma de la autonomía de la voluntad ha sido rectificado, pero no se ha encontrado una idea que le reemplace. Si bien razones prácticas de signo vital y social, se oponen a la configuración del contrato a imagen sólo de la voluntad y la libertad, no por ello deja de ser ésta la concepción ideal destinada a seguir rigiendo, mientras no se opongan aquellas exigencias.

Cita a continuación el autor a HERNÁNDEZ GIL, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU como autores que han denunciado como ya no digna de protección, la total inflexibilidad del principio "pacta servanda sunt" y a COURTS GRAU que acaba postulando frente a una jurisprudencia automática de pura aplicación de la letra escrita, una jurisprudencia de "colaboración creadora".

Considera la onerosidad excesiva sobrevenida, como un acontecer de la vida del contrato que produce la alteración del mismo, consistente en que la prestación posible en su origen como consecuencia de obstáculos extraordinarios que sólo pueden vencerse mediante un sacrificio completamente desproporcionado o bajo graves riesgos o violando deberes de mayor importancia, llega a ser preciso considerar tal prestación como imposible a la luz de la consideración racional, ética y económica que es decisiva para el Derecho (ENNECERUS). Pasa después a exponer la conexión de esta materia con el tema objeto del estudio y su consagración legal en diversas legislaciones, y fundamento y presupuestos, a cuyo efecto considera los tres que deben concurrir, según MOSCO: Acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, onerosidad excesiva de una de las prestaciones y relación de causalidad. El campo de aplicación de la teoría es bastante amplio, abarcando, tanto los contratos de ejecución continuada o periódica, como los de ejecución diferida y respecto de estos, no distingue MOSCO entre los contratos a corto o a largo plazo.

Estudia a continuación la doctrina de los autores españoles sobre la materia: CASTÁN, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, ROCA SASTRE, BÁDENES GASET, PUIG BRUTAU. Este último, tras un estudio jurisprudencial, afirma que en el Derecho español el problema está resuelto en los siguientes términos: el factor que determina la rescisión o revisión es el hecho de que el juzgador llegue al convencimiento de que la aplicación al caso concreto de la regla "pacta sunt servanda" daría lugar a una injusticia; que se haya creado una obligación duradera entre las partes; que los desequilibrios producidos en la valoración de las prestaciones sean independientes de toda acción voluntaria de las partes; los tribunales deciden siempre influidos por la valoración sociológico-histórica de las circunstancias económicas de la época.

Pasa a exponer a continuación, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1962 y de 6 de junio de 1959 y la posición de DIEZ-PICAZO quien afirma que la actitud del Alto Tribunal es restrictiva y que parece haberse enfrentado con el problema sólo frente a alteraciones producidas por la devaluación de la moneda, mostrándose partidario del principio nominalista clásico: la doctrina de la base del negocio tal como

la plantea LARENZ en Alemania, no ha sido abordada de frente por el Tribunal Supremo.

Concluye afirmando que ha quedado suficientemente demostrado que la frustración del fin del contrato por causas imprevistas y sobrevenidas, puede considerarse conectado íntimamente con el problema más amplio de una onerosidad excesiva de la prestación por alteración posterior e imprevista de las circunstancias.

CAPITULO VIII

Intermedio

Al llegar a este punto del trabajo, considera el autor imprescindible hacer una recapitulación de ideas antes de iniciar la fase constructiva, esquematizando los conceptos básicos entre los examinados.

CAPITULO IX

Presupuestos

Este capítulo trata de los presupuestos: que el contrato sea bilateral, que tenga un fin y que se frustre dicho fin.

El contrato tiene que ser bilateral, porque es precisamente en esta clase de contratos donde ocurre el enfrentamiento de dos personas en el doble aspecto de acreedor y deudor de prestaciones. La onerosidad es otra de las notas para que pueda aplicarse la teoría de la frustración del fin del contrato; el fin del contrato se frustra cuando la parte que aún puede realizar su prestación y está dispuesta a ello se encuentra con que su sacrificio económico ya no tiene interés para la otra parte a consecuencia de la circunstancia inesperada. Es también necesario que el contrato sea conmutativo; sólo podrá aplicarse a los contratos aleatorios la doctrina de la frustración, cuando el evento frustrante sea distinto del elemento alea. En fin, el contrato ha de ser de tracto sucesivo.

El contrato ha de tener un fin ROCA SASTRE considera la causa como el por que inmediato, jurídico y objetivo, en virtud del cual una persona emite una declaración de voluntad. Entiende que en principio, así como el juego de la causa es determinante y vital en la génesis y operancia del contrato, los motivos son inoperantes desde un punto de vista jurídico. Pero esta distinción, no es del todo cierta porque el Tribunal Supremo a afirmado repetidamente que los motivos se confunden con la causa que indujo a celebrar el contrato en ciertos casos; cuando son ilícitos, torpes o inmorales, se "causalizan" para por ese medio conseguir la ineficacia del contrato. Aquí, examina el autor a la luz de estas ideas los "casos de la coronación" junto con otros resueltos por la jurisprudencia española

Por último, es necesario que se frustre el fin. Perfil a el concepto de

frustración a fin de distinguirlo de otros conceptos afines: imposibilidad de realizar la prestación e inexigibilidad.

La imposibilidad se refiere a la prestación, la frustración al contrato. La imposibilidad puede ser originaria (coetánea a la perfección del contrato), objetiva (nadie puede realizar la prestación), subjetiva (sólo para el que se obligó). La imposibilidad originaria no nos afecta, sólo sirve para delimitar el tema.

La imposibilidad sobrevenida entre el tiempo de celebración del contrato y el momento de realizarse la prestación, que puede ser también objetiva o subjetiva, tiene carácter liberatorio de la prestación, cuando no es imputable al deudor.

La imposibilidad es clara de consecuencias cuando el contrato no tiene más que una obligación, pero cobra tremenda importancia cuando la prestación que ha devenido imposible, forma parte de un contrato con obligaciones correspondientes. Esta afirmación lleva al autor a examinar el contrato de compraventa y los demás contratos bilaterales.

Los conceptos de exigibilidad y de no exigibilidad han sido traídos de terrenos extrajurídicos al campo jurídico, para tratar de dotar de un denominador común a una serie de casos en que el Juez necesita una regla de enjuiciamiento amplia y general que sea al mismo tiempo de gran precisión en su uso y que permita un trato justo a todas aquellas dificultades planteadas por los cambios sobrevenidos. Ciertas legislaciones atendieron a ello mediante leyes de emergencia para liquidar las consecuencias de la primera guerra mundial, como ocurrió en Alemania donde el concepto de inexigibilidad ya latía en el fondo de algunas instituciones como la "Verwirkung". Pero la doctrina alemana ha observado una tendencia a confundir los conceptos de exigibilidad y no exigibilidad con el de buena fe cuando se trata de cosas distintas y, desde luego, no se ha llegado a una formulación sistemática de la teoría de la no exigibilidad. En realidad lo más interesante del tema de la inexigibilidad, se refiere al problema del límite de la prestación. Se puede decir que aunque la prestación sea objetivamente posible, ya no es exigible cuando ha devenido extraordinariamente dificultosa o carente de utilidad. El contrato que no se ha frustrado es un contrato exigible. El contrato cuyas prestaciones son objetivamente posibles puede ser exigible o no exigible. Si el contrato cuyas prestaciones son todavía posibles, tiene un fin peculiar en el sentido que consideramos necesario para que pueda aplicarse la teoría de la frustración del fin, puede resultar ya no exigible o inexigible, cuando aunque las prestaciones sean todavía objetivamente realizables, el fin del contrato ha devenido imposible de alcanzar o bien se ha conseguido el resultado por otro medio extraño al contrato mismo.

Gramaticalmente, frustrar es dejar sin efecto un intento. La idea de frustración está íntimamente asociada con la de interés. Derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. Cuando el esquema contractual permanece vivo y el interés en la ejecución del contrato ha desaparecido, estamos "prima facie", ante la frustración. Frustración no será, sino la pérdida del interés que por ser aceptado como básico, se ha obje-

tivado convirtiéndose en fin del contrato, por lo que la pérdida del interés podrá ser esgrimida por ambas partes contratantes.

Estudia las razones diversas de la frustración y afirma que puede tener lugar, por imposibilidad de alcanzar el fin del contrato o porque éste se ha obtenido por otros medios. En el primer supuesto, distingue los siguientes casos: cuando la prestación tenía que realizarse en un término esencial y no ha sido cumplida en tal término; cuando pactado un término esencial se han adelantado ciertas circunstancias de hecho que debían concurrir en el tiempo en que se cumpliera la prestación, haciendo ésta inútil; cuando el supuesto de inutilidad de la prestación ha ocurrido a consecuencia de ser un contrato aleatorio, estando esta inutilidad comprendida en el ámbito del alea del contrato; cuando se ha producido a consecuencia de sobrevenir circunstancias extrañas a la entera misma del contrato; cuando se den los supuestos que podemos considerar como de inutilidad del fin. Respecto del segundo caso KLEIN entiende que puede tener lugar cuando se realiza el fin perseguido mediante el cumplimiento de una obligación distinta de la originaria, pero con el mismo objeto, cuando este resultado se obtiene mediante una actividad no dirigida a cumplir la obligación pactada ni siquiera otra que tenga un objeto distinto, cuando el fin se realiza de un modo totalmente casual.

Para ANDREOLI son supuestos de esta figura, cuando el interés del acreedor se realiza por un hecho natural, por un hecho del propio acreedor o por un hecho de un tercero.

El autor parece aceptar las siguientes afirmaciones:

1. Si el fin del contrato se ha cumplido por medios independientes de su ejecución normal y no puede repetirse, estamos ante un supuesto de imposibilidad de la prestación.

2. Si el resultado se obtiene por la acción del acreedor tampoco estamos ante un caso de frustración.

3. Si por un hecho natural o de un tercero, se obtiene el resultado contemplado por el contrato, si parece aplicable la doctrina de la frustración.

CAPITULO X

La frustración y los contratos más típicos

Pasa a continuación el tratadista a aplicar la teoría de la frustración a los contratos más frecuentes:

Contrato preliminar o precontrato.—Se frustra en la forma y medida en que se frustra el contrato principal.

Contrato de opción.—El optante queda liberado con no ejercitar la opción. El concedente podrá alegar la frustración del fin del optante, cuando la opción se ejercite como camino indirecto e injusto para conseguir una finalidad que no se previó y que representa un enriquecimiento sin causa para el optante.

Compraventa.—Se plantea el problema de si en este contrato pueden

concurrir los presupuestos necesarios para aplicar la teoría de la frustración llegando a un resultado positivo y considerando a la compraventa de suministro como particularmente apta para aplicarle la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Arrendamiento de cosas y de servicios.—Caen perfectamente en el ámbito de la teoría.

Arrendamiento de obra.—Distingue entre obras de resultado fungible e infungible y entiende que la teoría de la frustración sólo puede ser aplicable a las primeras.

Contrato de sociedad.—Solamente en el supuesto concreto se podrá decir si la frustración del fin de un contratante aceptado por los otros, es base suficiente para destruir el fin social.

Estudia también el préstamo mutuo, los contratos de depósito, mandato, fianza, los contratos aleatorios y la donación en sus diversas modalidades.

CAPITULO XI

Efectos de la frustración

Después de citar numerosas opiniones doctrinales, sienta el autor como propias las siguientes. La frustración del fin del contrato es susceptible de provocar una ineficacia sobrevenida del mismo; ineficacia que sitúa en la zona de la resolución total o parcial, según los casos y que actúa como sigue:

I. La frustración del fin del contrato, no actúa "ipso iure", sino que faculta a las partes, para pedir la resolución total o parcial del contrato.

II. Puede actuar por vía de acción, tanto como por vía de excepción.

III. Legitimados para alegar por vía de acción o de excepción la frustración del fin del contrato, están los que puedan ser perjudicados por ella.

IV. Lo normal es que los Tribunales declaren una "congelación" del contrato, admitiendo como bien hechas las prestaciones ya efectuadas o al menos ya devengadas y liberando a los contratantes de efectuar prestaciones ulteriores. Es la norma que mediante un argumento de analogía se obtiene de los arts. 1.594 y 1.595 de nuestro Código civil.

V. En cuanto al plazo, hay que excluir toda aplicación del de quince años de prescripción de las acciones personales. Tampoco sirve el plazo de cuatro años de las acciones rescisorias. Aquel que quiera alegar la frustración deberá actuar con la rapidez de un hombre justo y razonable e incluso será exigible una particular diligencia que justifique su liberación.

VI. Por último, hay que añadir que la alegación de la doctrina de la frustración no tiene el carácter de un remedio subsidiario, sino que puede ser alegada con carácter principal y no a falta de otros medios típicos existentes contra los defectos consistentes en nulidad o anulabilidad.

CAPITULO XII

Conclusiones

1. La frustración del fin del contrato se puede encuadrar entre aquellas "anomalías atípicas" de que habla Puig Brutau.

2. Tiene lugar principalmente, aunque no exclusivamente, en los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva que al mismo tiempo tengan un fin peculiar.

3. Este fin peculiar es el propósito práctico de la prestación que ha de recibir una de las partes contratantes cuando dicho propósito es conocido y aceptado o, al menos, no rechazado por la otra parte.

4. Producido el evento frustrante, la parte perjudicada por la frustración puede aceptar sus consecuencias inconvenientes y no obstante ejecutar todo cuanto le compete. Pero puede oponerse por vía de acción o de excepción. No puede alegarse la frustración respecto de un contrato consumado.

5. La sentencia en que se acepte la frustración de un contrato será constitutiva.

6. Aunque no considera deseable una reforma inmediata del Código civil, postula la incorporación al futuro Código de una norma que recoja la teoría.

7. Parece indispensable un amplio margen de actuación al arbitrio judicial.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALLIOT, G.: «Notions pratiques de copropriété, Paris, 1967. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de 109 págs.

El movimiento de acceso a la pequeña propiedad inmobiliaria urbana en Francia, concretamente de pisos y apartamentos, es cada vez más intenso, llegándose a la cifra de más de cien mil franceses por año que compran su vivienda en un inmueble común o de propiedad horizontal, ya construido o en curso de construcción.

Entre las causas que aceleran este acceso a la propiedad de casas por pisos están, fundamentalmente para el autor, las medidas favorecedoras del ahorro vivienda, así como las que disponen la devolución o posibilidad de rescindir los arrendamientos anteriores.

Con esta obra, el autor se ha preocupado de dar referencias concretas y precisas del régimen de la propiedad horizontal. Las obligaciones de los copropietarios son detalladas con objeto de ver su alcance en el período anual en que discurren, especialmente las que corresponden a sus cargas contributivas o comunes; estas cargas pueden ser más o menos gravosas según la manera como se administre, se entretiene o repara el inmueble, por lo cual, cree que quien contribuye a pagarlas debe tener la posibilidad de discutir y confrontar el fundamento de su gasto.

La Ley francesa del 10 de julio de 1965 es clara y precisa en cuanto a los derechos de los copropietarios y a las condiciones de su ejercicio. El autor hace su análisis y plantea las cuestiones precisas referentes a su alcance y a la manera de invocarlos en las asambleas generales anuales, cuál es el papel de los miembros de dicha asamblea, qué representan las cuotas en cuanto a los títulos de propiedad y en las cuentas de gastos, cómo mejorar las copropiedades existentes y la manera de hacer revisar las cuotas partes en las cargas impuestas. Todas estas cuestiones prácticas del régimen de copropiedad son resueltas por el autor con gran claridad y eficacia, por lo que con su obra pone en manos de los intérpretes, asesores y juzgadores un instrumento muy adecuado para la resolución de posibles y efectivos conflictos. Con sus ejemplos prácticos para el cálculo de las cuotas en relación con la copropiedad, el comentario legal a cada artículo de la ley y todos aquellos detalles posibles y previsibles, hacen de la obra una guía muy práctica y eficaz. Además, su libro está al día, en cuanto recoge el Decreto del 17 de marzo de 1967 sobre la reglamentación dada por la administración pública para la aplicación de la Ley del 10 de julio de 1965.

Para el comparatista, y en particular para cualquier especialista del régimen de la propiedad horizontal, la obra es de interés, tanto por la casuística y criterios interpretativos que contiene, como por la analogía de cuestiones con el régimen español.

JOSÉ BONET CORREA.

ALONSO OLEA, Manuel: «Introducción al Derecho del trabajo», 2.^a edición revisada. Editorial de Derecho Privado. Madrid, 1968, 258 págs.

Dar cuenta de la segunda edición de un libro tan conocido y apreciado como el del profesor Alonso Olea puede parecer tarea fácil, pues respecto a lo ya dicho y bien sabido nada hay que añadir; mas por eso mismo, es difícil y obligada, porque sería laxitud imperdonable dejar pasar en silencio lo que, en sí mismo, ha de valorarse como acontecimiento importante en nuestra vida jurídica.

Esta obra ha sido caracterizada por su autor, ahora y antes, como teniendo la finalidad de «proporcionar una visión inicial y primera de los problemas básicos del Derecho del trabajo como disciplina jurídica», junto con «su esquema general de ideas con arreglo al cual pudiera ordenar (el interesado en los problemas laborales) los hechos y fenómenos concretos». Dicho objetivo se ha cumplido fielmente, con elegancia y claridad envidiables.

El libro reseñado, interesa no sólo al especialista del Derecho del trabajo. Como el profesor Alonso Olea destaca, las disciplinas jurídicas no pueden delimitarse rígidamente, y su misma expansión y alcance en cada momento y circunstancia están determinadas por causas últimas meta-jurídicas. Ello, probablemente, explica que el autor, frente al «imperialismo» mercantilista tan en boga, afirme: «que el Derecho del trabajo tiende a la expansión y a la reinterpretación desde sus supuestos de todo el mundo de lo jurídico».

Muchas son las cuestiones de general interés para el jurista planteadas en esta obra; como muestra, tan solo, puede señalarse, la de si la persona jurídica puede ser «trabajador», la del significado subjetivo y objetivo de la empresa, la de la naturaleza del contrato de trabajo y las referentes a las fuentes del Derecho del trabajo.

La obra examinada está avalorada con una referencia bibliográfica en cada capítulo y con una final «selección bibliográfica», cuidadosamente puesta al día.

Como complemento de ella hubiera sido deseable que se recogiera la doctrina jurisprudencial sobre los temas tratados; lo que, posiblemente, no se habrá hecho para evitar que, con ello, se rompiera la clara línea de la exposición.

BACHELET, Vittorio: «Attività tecnica della pubblica amministrazione». Milano. Dott. A. Giuffré Editore, 1967, 122 págs. (1).

El tema propio de este libro excede ciertamente de los límites estrictos propios de este Anuario. Ello no obstante, ha parecido conveniente mencionarlo por su general interés, ya que pone bien de relieve los nuevos cauces

(1) Se nos dice que, con este volumen, se inicia una nueva colección de «Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trieste»; cesando en la de las publicaciones del Instituto de la misma Facultad de Derecho.

impuestos al Derecho por el desenvolvimiento científico y tecnológico de ésta, la llamada segunda revolución industrial. Ella ha venido a imponer un cambio profundo a la Administración del Estado; la que corresponde al paso desde el antiguo «Estado de Derecho» al nuevo «Estado social».

Se nos enfrenta con el fenómeno de la transformación de los órganos administrativos, cuya función jurídica va perdiendo relativamente en volumen, a la vez que crece cuantitativamente su actividad técnica. Ello hace que, desde el punto de vista jurídico, se suscite la cuestión del alcance y límites de una nueva discrecionalidad administrativa, la de la discrecionalidad «técnica», también llamada «discrecionalidad pura». ¿Cuándo podrá acusarse esta actividad de exceso de poder?

También, y en relación con ello, esta obra destaca la importancia de las normas «técnicas», las que distingue de las estrictamente jurídicas y de las leyes científicas. Definiendo las normas técnicas, como aquellas normas de conducta que imponen una obligada referencia a los criterios técnicos, es decir, a la utilización de los resultados de las ciencias y artes y a sus procesos de aplicación; refiriéndose, por tanto, a la ciencia y pericia común de los «técnicos» de la disciplina o profesión considerada.

R.

BARRERA, GRAF, Jorge: «La representación voluntaria en Derecho privado. Representación de Sociedades», UNAM. Instituto de Derecho Comparado, Mexico, 1967, 211 págs.

A pesar de su extensión, no amplía en demasía, este volumen contiene en realidad dos libros. El uno, dedicado a la teoría general de la representación (págs. 11-142). El otro, especialmente consagrado a las cuestiones sobre la representación de las sociedades (págs. 145-191).

El estudio de la representación se hace siguiendo el sistema y los criterios de la doctrina común. Después de una breve referencia a los antecedentes históricos, se va tratando de: elementos y características de la representación; representación directa e indirecta; representación y negocios afines; la representación voluntaria unilateral, poder y ratificación; la representación voluntaria en los contratos, extinción de la representación.

De esta primera parte del libro, puede destacarse el apartado que se dedica a la representación indirecta; siendo del máximo interés la referencia hecha a la especial regulación de la materia por el Derecho mejicano. En cambio, el lector español habrá de lamentar que sea tan escueta la referencia que se hace al «fideicomiso» mejicano, que si bien familiar para los juristas en Méjico, es en general desconocido entre nosotros.

La segunda parte del libro, que trata, como ya se ha indicado, de la representación de las sociedades, es muy de recomendar a los estudiosos de Derecho mercantil, pues nos aporta muy valiosas noticias sobre las especialidades de la legislación mejicana.

La obra aquí reseñada tiene el mérito muy notable, de haber recogido con brevedad las principales cuestiones que ofrece la figura de la representación y de haberlas expuesto con claridad y en buen castellano;

descartando con habilidad las dificultades y confusiones habituales en las monografías sobre la materia. También debe señalarse la información bibliográfica extranjera, especialmente amplia respecto a la italiana y considerable sobre autores españoles.

R.

BUCOLO, Francesco: «*Il procedimento d'esecuzione nella giurisprudenza-Raccolta sistematica di Giurisprudenza commentata. Edizione CEDAM, Padova, 1967, 1014 págs.*

La colección de estudios monográficos dedicada a las aportaciones de la jurisprudencia de los Tribunales, sobre los grandes temas del Derecho, dirigida por el profesor Mario Rotondi, ha continuado sus publicaciones, con este libro dedicado al procedimiento ejecutivo.

No parece necesario repetir ahora lo ya varias veces dicho en fascículos anteriores de este ANUARIO sobre las excelencias y utilidad de esta Colección y sobre el tino en la elección de temas con que procede su director. Sólo cabe añadir cómo, a pesar de la diferencia de la legislación que ha de aplicarse, las decisiones italianas tienen también interés para los juristas de otros países, pues vienen a presentarnos las cuestiones jurídicas en su aspecto más vivo, en el del contraste de intereses y en el de la consiguiente resolución judicial.

En este libro se va clasificando la jurisprudencia de los Tribunales, en 26 capítulos y 160 números o apartados. La extensión de su contenido nos excusará de su enumeración. Bastará decir que se recogen sentencias sobre los títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales, actos preliminares y posteriores a la ejecución, proceso ejecutivo, impugnación de los actos de ejecución y daños derivados del proceso ejecutivo.

R.

FLEISCHHAUER, H. A.: «*Über die Enteignung von Grundbesitz der Gebietskörperschaften nach geltendem Recht*», Gräfelfing-München, 1968. Un volumen de XXI + 203 págs.

Resulta de gran interés conocer cómo se presenta el régimen de la expropiación de bienes inmuebles pertenecientes a las corporaciones públicas regionales en el vigente Derecho alemán. Con la obra del Dr. Fleischhauer se cumple ese cometido plenamente, dada su clara, sistemática y exhaustiva labor en el estudio del ámbito legislativo, jurisprudencial y doctrinal.

La obra, dividida en cuatro partes, de las cuales la primera forma dos capítulos, trata las nociones elementales correspondientes a la expropiación y sus fundamentos, así como su significación en la Constitución. Las partes más amplias son la segunda y la tercera, que atañen respectivamente a las cuestiones fundamentales de la expropiación a las corporaciones públicas regionales (sus antecedentes históricos hasta el régimen actual) y a la expropiación de las cosas públicas (carreteras y caminos, ferrocarriles

y aguas). Se finaliza con una cuarta parte en la que se contienen las conclusiones y resultados obtenidos.

El Dr. Fleischhauer expone cómo la expropiación se encierra en la forma de un acto de administración, pero que comprende actos y relaciones privadas; no obstante, las relaciones de Derecho público en que se fundamenta la expropiación permanecen intocables. La protección de la propiedad privada de las corporaciones regionales públicas se puede ejercer en base al artículo 14 de la Constitución.

Las cuestiones fundamentales de la expropiación a las corporaciones regionales las resume el Dr. Fleischhauer en cuatro puntos: 1.º El que hace referencia a la posibilidad de la expropiación de bienes pertenecientes a las corporaciones regionales, ya que el patrimonio público no posee una preferencia en rango; 2.º Cómo ya en el pasado fue posible la expropiación del patrimonio público; 3.º La posibilidad de expropiación de los bienes públicos es factible, ya que las propiedades de las corporaciones pueden tratarse como las de las personas privadas, y lo que pudiera verse como autoexpropiación es un auténtico acto de expropiación y no un mero acto de organización; 4.º Cómo es ilícita la expropiación de un bien de la corporación sólo porque esté situado el patrimonio especial de otra sección o dependencia de la propia corporación pública.

En cuanto a la expropiación de las cosas públicas, el Dr. Fleischhauer hace ver cómo en la doctrina y en la práctica jurisprudencial la cuestión es indiscutible por lo que se refiere a la oponibilidad, debido a que estas cosas públicas están al servicio de una finalidad también pública; sin embargo, domina una teoría «diferenciadora», en cuanto si bien cabe enunciar la expropiación de las cosas públicas, sus conexiones y finalidades jurídico públicas las hacen intocables.

Con la opinión dominante, el autor señala cómo las cosas públicas, si bien bajo una relación de propiedad privada de las corporaciones resultan sometidas al dominio jurídico público. En base a esta naturaleza jurídica de las cosas públicas es posible su expropiación, ya que un acto de expropiación sólo puede implicar un derecho de propiedad y relaciones jurídico-privadas. Una colisión del acto de expropiación y las finalidades jurídico públicas tiene aquí un efecto diverso: si la expropiación no sirve a fines públicos será nula; si está en función de otra finalidad jurídico pública es válida.

Por regla general, la privación de la propiedad de las carreteras y caminos a las corporaciones regionales públicas es inválida. Solamente se dan excepciones para el caso de una nueva estructuración de una carretera. También el ensanchamiento y ampliación de la red de carreteras hace posible una expropiación a las corporaciones públicas.

En el nuevo Derecho de aguas sólo es posible la expropiación del derecho privado que poseen las corporaciones públicas cuando se concede una autorización; no es posible la expropiación cuando la ley establece concretamente un rango determinado para dicha corporación. Una nueva construcción de conducción de aguas, según el § 31 WHG puede permitir la expropiación a una corporación pública.

La expropiación de bienes del ferrocarril federal es considerada por su

ley especial (§ 39 BBahnG), con la necesaria decisión del Gobierno federal y una autorización especial.

Por el muestreo de cuestiones aquí traídas, el lector podrá apreciar el interés de la obra y, sobre todo para el civilista, al comprobar el fortalecimiento del derecho de propiedad dentro de las relaciones públicas y entre corporaciones de derecho público, abandonándose la concepción del *ius imperium* o dominio inminente de antaño; actualmente no sólo la jerarquización dentro de la misma finalidad pública es importante, sino también el fortalecimiento de un derecho de propiedad como relación de derecho privado.

La obra del Dr. Fleischhauer contiene, además, una relación bibliográfica sobre la materia y un índice completísimo de las sentencias habidas en estos últimos años, lo que a la profundidad de su estudio se une su valor práctico.

J. B. C.

FLORIO, Franco: «*La codificazione del Diritto internazionale privato e processuale in Cecoslovachia*». Publicazione della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste. Milano. Dott. A. Giuffrè editore, 1967, 435 págs.

Este libro, como su título indica, trata del Derecho internacional privado de Checoslovaquia. En efecto, se examina y comenta en detalle la ley de 4 de diciembre de 1963, sobre *Derecho internacional privado y procedimiento*; la que, con la de la misma fecha, sobre *Arbitraje en las relaciones comerciales internacionales y sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, se publican en dos apéndices, en su versión francesa. Mas el lector se encontrará con la grata sorpresa de que el libro le ofrece mucho más de lo que aquel título ofrece. El primer capítulo de la obra (hasta la pág. 89) se ocupa de los «principios generales del Derecho internacional privado socialista.» Entendiendo como merecedor de este calificativo los Derechos de la Unión Soviética, Checoslovaquia, Rumanía, Bulgaria, Alemania oriental (República alemana democrática), Polonia, Hungría y Polonia (1). El segundo capítulo de la parte primera se dedica a la evolución histórica del Derecho privado checoslovaco, ocupándose el tercer y último capítulo de esta parte del Derecho internacional privado checoslovaco en sentido amplio. La segunda parte o Parte especial, va estudiando: capacidad, derechos patrimoniales (derechos reales, obligaciones), Derechos del trabajo y Derecho de familia. En el capítulo 3.º de la primera parte y en toda la parte segunda, la atención del autor se centrará en el estudio de la ley checoslovaca; pero, ni por un momento se descuida considerar también, comparativa o valorativamente, el Derecho de los otros países «socialistas».

Uno de los aspectos más sugestivos de esta interesante obra está en sus indicaciones sobre las semejanzas y las diferencias entre los sistemas de Derecho internacional privado de los países «socialistas» y el de los países «burgueses» o «capitalistas». La doctrina propia del Derecho internacional público de la «coexistencia pacífica de los Estados», se ha traducido res-

(1) No se menciona Yugoslavia, porque su régimen es considerado espúreo por la doctrina socialista oficial (la de la Unión Soviética).

pecto a la colisión de leyes en el principio del deber de cooperación económica y cultural entre los Estados. Esta nueva fundamentación del Derecho internacional privado ha de llevar, según los autores «socialistas» a soluciones distintas y que superan las dadas en los sistemas «burgueses», «tarados de ideas imperialistas». Florio contrasta estas afirmaciones en las principales figuras del Derecho internacional privado; así, respecto a las calificaciones, al fraude a la ley, al reenvío y a la regla *iura novit curia*. Su estudio le lleva a afirmar la poca originalidad de las soluciones legales a que llegan los sistemas «socialistas» estudiados. Dice que sorprende mayormente la continuidad en el régimen «socialista» de una tradición que nunca ha dejado de llevar la impronta de los principios de la ciencia jurídica occidental. La codificación de 1963, aparece así como una fase, la más perfeccionada del largo proceso de elaboración del Derecho internacional checoslovaco, iniciado en el acto de la formación de la misma Checoslovaquia.

En conclusión, se nos ofrece un panorama muy completo de la regulación jurídica de los conflictos de leyes en los países de detrás del telón de acero, visto desde el punto de mira central del Derecho checoslovaco. Se nos advierte que, en algunos países socialistas, como la misma Checoslovaquia, Polonia y la República democrática alemana, la renovación de su Derecho ha sido ocasión para una vuelta al sistema tradicional europeo; mientras que, en otros, como en la Unión Soviética y Bulgaria, con una experiencia marcada por la concepción esencialmente territorialista de las leyes, resulta en un redescubrimiento del Derecho internacional privado clásico.

El estudio hecho, está basado en material abundante y en una amplia y bien elegida bibliografía. De su lectura se obtiene el convencimiento de que nos proporciona un exacto conocimiento del Derecho checoslovaco y, en general, del sistema «socialista» en materia de colisión de leyes. Con la reserva, que prudentemente hace el mismo autor, de si es posible conocer de verdad el Derecho de los países socialistas; Su estrecha dependencia hacia la regulación administrativa y el desconocimiento de su jurisprudencia hace que se ignore lo más importante de su realidad jurídica, es decir, saber si se aplican, cómo y cuándo las disposiciones legales.

R.

«*Gaudium et spes*». L' Eglise dans le monde de ce temps. Commentaires du Schéma XIII. Maison Mame, Tours 1967, 420 pgs.

«Comentarios a la Constitución «*Gaudium et spes*» sobre la Iglesia en el mundo actual». Edición dirigida por el Cardenal Angel Herrera Oria. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1968. 628 pgs.

La Constitución Pastoral *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II es un documento — dice Karl Rahner— «qui relève d'un genre absolument inedit»; para Monseñor Cirarda: «Ningún Concilio había promulgado hasta el Vaticano II un documento semejante..., es una gran novedad en la historia de la Iglesia. Nuevo es su propósito. Nuevo su tema. Su nombre es también nuevo. Original su estructura... Hasta su estilo es distinto del habitual en los documentos del magisterio eclesiástico». Pero dejando su ca-

lificación a los especialistas, aquí interesa hacer constar que los viejos postulados del iusnaturalismo católico aparecen en él recogidos, no tanto en su aspecto inmovilista, cuanto en su valor dinámico y reformador. Por ello estimo que el jurista católico, y aun cualquiera de buena voluntad, que quiera hacerse eco de los «signos de los tiempos», deberá acudir a este texto, buscando un modelo para valorar el derecho vigente y un estímulo para impulsar su reforma. La función creadora de *Ius Naturale catholicum* aparece aquí en todo su desarrollo. Si lo dicho es válido para cualquier jurista, también lo es, en su respectivo campo, para el privatista.

Ya se comprende que por la densidad de su contenido, la novedad de su enfoque, la nueva perspectiva bajo la que se contempla la relación de la Iglesia y el mundo, la revalorización del papel de los seglares, y por otras razones que sería fuera de lugar exponer en estas páginas, se está muy lejos de haber agotado todas las virtualidades de la *Gaudium et spes*. Ello explica que los diversos comentarios aparecidos hasta ahora sólo abordan aspectos parciales, o bien sólo son aproximaciones o introducciones al texto conciliar. Falta el estudio verdaderamente exhaustivo. Con todo, puede ser útil para el jurista español señalar dos comentarios, hasta cierto punto complementarios.

El publicado en lengua francesa ofrece el atractivo de deberse a la pluma de un grupo de teólogo, de varias nacionalidades, que de modo directo o indirecto han estado asociados a la redacción del texto. Los nombres de Rahner, Riedmatt, Chenu, Schillebeeckx, Dondeyne y Dubarle son buena prueba de lo dicho. La obra fue publicada primero en holandés bajo el título *De Kerk in de Wereld van deze Tijd* por la editorial Paul Brand sin que en la edición francesa conste el nombre del traductor o traductores. Contiene, además, las opiniones de dos observadores no católicos, el seglar anglicano John Lawrence y el teólogo escocés John K. S. Reid.

El comentario español es la obra colectiva de un grupo de eclesiásticos y seglares, de diversas tendencias, aunque con predominio de la moderada. He aquí el elenco de autores: Monseñor Cirarda, P. Sigmond O. P., Sentién, Guix Ferreres, Mons. González Moralejo, P. Zalba, P. Sánchez Aizcorbe, Capelo Martínez, Federico Rodríguez, Martín Artajo, Pereña y Santamaría.

No es posible exponer ampliamente el contenido de ambos comentarios. Bastará indicar los estudios que pueden interesar más a los privatistas:

P. HEYLEN: «La dignité du mariage et de la famille».

P. LEBRET: «La vie économique et sociale et la communauté des nations à promouvoir».

P. CALVEZ: «La communauté politique».

SETIEN: «La comunidad humana».

GUIX FERRERES: «La actividad humana en el mundo».

ZALBA S. J.: «Dignidad del matrimonio y de la familia».

CAPELO MATINEZ: «El desarrollo económico».

FEDERICO RODRIGUEZ: «Régimen de propiedad».

MARTIN ARTAJA: «La vida en la comunidad política».

NAJJAR, I.: «Le droit d'option. Contribution à l'étude de droit testamentif et de l'acte unilatéral», Paris, 1967. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de 356 págs.

Dentro del ámbito de las instituciones del Derecho civil se observa la existencia de una amplia serie de derechos de opción: la opción testamentaria, la sucesoria, la resultante de la promesa de llevar a cabo un contrato, en el derecho de retracto, en el derecho de prelación, en el derecho de rescate, la resultante de la donación acumulativa de bienes presentes o futuros, en las obligaciones alternativas, etc. Lo mismo sucede en el Derecho mercantil, en sus relaciones contractuales, en el ejercicio de los títulos obligatorios de sociedades pactados con opciones de cambio y de plaza, en la opción de la nacionalidad, en el Derecho internacional privado, etc. Tales opciones no son exclusivas del ordenamiento jurídico francés, sino que aparecen también en los ordenamientos del Derecho continental europeo y anglosajón.

Es curioso observar cómo este concepto tan ampliamente utilizado por el legislador y las partes en sus relaciones contractuales, doctrinalmente ha sido escasamente trabajado monográficamente, y ninguna vez tratado como una teoría general, por lo que faltaba un estudio de conjunto y sistemático. He aquí el mérito de la obra de Najjar, además de la profundidad de su investigación, puesto que el intento no resultaba fácil a pesar de los progresos de la doctrina contemporánea acerca del derecho subjetivo y de la teoría general de los actos jurídicos.

Según este autor, el derecho de opción hay que considerarlo incluido en la clasificación de los derechos subjetivos; su explicación es hábil al presentarla tanto en su estructura general como particular. Cree que el análisis crítico de las definiciones doctrinales de los derechos facultativos permite afirmar la existencia de un verdadero derecho de opción por estar dotado de los elementos de un derecho subjetivo en cuanto que resulta un poder de exigir cualquier cosa en vista de la satisfacción de un interés jurídicamente protegido. El derecho de opción no es ni un derecho de crédito, ni un derecho real, sino un derecho potestativo específico; lo entiende como un poder de influir sobre las situaciones jurídicas preexistentes, modificándolas o creándolas mediante una actividad propiamente unilateral. El autor, al precisar el concepto del derecho de opción, destaca la situación de la persona respecto a la cual tal derecho potestativo puede ser ejercitado que no es la de un ligamen como el que origina una deuda, ni tampoco una obligación pasiva universal como la que establece un derecho real; precisamente las características propias de este ligamen confieren al derecho potestativo su originalidad. También debe distinguirse de otros falsos derechos de opción (como las de procedimiento o de las meras obligaciones facultativas). De aquí que el análisis de un derecho de opción se descubre a través de su régimen jurídico, en cuanto al acto unilateral en que se concreta, en las condiciones de ejercicio, en la prescripción del derecho, en las relaciones de este último con la acción oblicua y con la causa del acto unilateral de opción, en cuanto a la capacidad de optar y en cuanto a los vicios del consentimiento.

Esta configuración de la opción como un derecho potestativo particular

es un tanto extraña a la doctrina francesa, pero que el Dr. Najjar introduce hábilmente con sus finas apreciaciones en cuanto al derecho subjetivo y a la teoría general de las obligaciones, así como respecto a los actos jurídicos unilaterales.

J. B. C.

PANUCCIO, Vincenzo: «Le dichiarazioni non negoziali di volontà». Pubblicazioni dell'Intituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Università di Messina, Milano, Dott. A. Giuffrè. Editore, 1966, 384 págs.

La doctrina italiana, como es sabido, ha continuado y sigue desarrollando, perfeccionando, ese *ius commune* de la Europa continental, que se ha basado en el *usus modernus pandectarum*; labor en la que sus juristas se han venido distinguiendo por lo agudo e ingenioso de sus aportaciones. La obra del profesor Panuccio puede valorarse como una importante aportación a esta dogmática jurídica, en una de sus materias más fundamentales y más difíciles.

El estudioso de la parte general del Derecho civil recordará, casi como una pesadilla, las discusiones de escuela, las distinciones sutiles y contradictorias, las mutuas críticas de los autores, al tratar de la clasificación y distinción de los actos jurídicos. La cuestión, que parecía un tanto abandonada en la doctrina alemana (1) ha sido replanteada por nuestro autor. Consciente del peligro que ha venido implicando el conceptualismo irreal, lo que él llama *Namenjurisprudenz* (jurisprudencia de meros nombres), ha procurado dar una base firme a su investigación. Para ello, piensa que hay que ocuparse de la principal dificultad, la de la distinción entre negocio jurídico y declaraciones no negociales de voluntad, y procurar superarla procediendo de abajo arriba; es decir, destacando algunas figuras de tales declaraciones de voluntad, y estudiarlas en detalle y a fondo, para después, sobre dicha base, formular, si fuera posible, una doctrina general.

Conforme al señalado propósito, el libro se divide en tres partes. La primera, titulada «La distinción tradicional entre negocios y declaraciones de voluntad»; la segunda, denominada «Las declaraciones no negociales de voluntad», y la tercera, rotulada «Para una teoría de la relación entre declaraciones no negociales de voluntad y negociales».

La primera parte, se ha dedicado a la exposición preliminar del tema, al recuerdo de los criterios de distinción propuestos por las principales direcciones teóricas, a su crítica y al método que el autor se propone seguir en su trabajo.

La segunda parte, de carácter analítico, comienza tratando de las clasificaciones de las declaraciones no negociales de voluntad, para centrarse

(1) Comp. la posición excéptica de FLUME, *Allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, 1965, pág. 108; también, la exposición de LARENZ, *Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* 1967, páginas 495 y sigs. Una exposición completa de la doctrina anterior en NIPPERDEY, *Allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts* (Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus), II, 1955, págs. 575 y sigs.

en el estudio singular de las declaraciones elegidas como típicas o más significativas. Son éstas, los permisos, las declaraciones imperativas y determinativas en general, las órdenes, las instrucciones, las declaraciones determinativas menores, los reglamentos, las oposiciones, las declaraciones del titular del derecho respecto a su propia conducta, las declaraciones del obligado (oferta, no aceptación) y declaraciones no negociales de voluntad plurisubjetivas.

Los capítulos dedicados a las citadas declaraciones son de mucho interés y gran originalidad, ya que tratan de cuestiones que, por su carácter secundario o dependiente de otra figura, han sido descuidadas por la doctrina. Es cierto que se echa de menos el estudio de algunas declaraciones sobre cuya naturaleza se ha discutido o que importa dilucidar por su importancia práctica; pero, ello no puede reprochársele, pues nos ha advertido que su examen sería ejemplar y sin pretensiones de exhaustivo.

Esta parte segunda, termina con un capítulo consagrado a la regulación jurídica de las declaraciones no negociales de voluntad; que puede considerarse central en la obra, pues se ocupa de los especiales y distintivos requisitos para la eficacia de estas declaraciones, en las que se destacan sus diferencias respecto del negocio jurídico. Trata, separadamente, de la capacidad, de la representación, de los vicios de la voluntad, de los límites de la determinación del contenido, de la forma y de la interpretación; estudio que se completa, con una referencia sobre las declaraciones ineficaces, la no necesidad de causa y la importancia de la legitimación.

Sería extender demasiado esta nota exponer con detalle y críticamente, la doctrina del profesor Panuccio. Tanto más, cuanto que habría que tenerse en cuenta, para ello, las diferencias de los ordenamientos jurídicos italiano, alemán y español sobre las materias tratadas. La opinión de un jurista sobre un problema, por muy abstracto o generalmente que se haya planteado, por profundo que sea su conocimiento de los Derechos extranjeros, difícilmente podrá liberarse de los prejuicios en favor del sistema en el que se ha formado. Ello no obstante, y siempre con las reservas hechas, y aunque no sea más que para mostrar el interés práctico de la materia, parece conveniente hacer algunas observaciones a las conclusiones a que se llega sobre los requisitos de eficacia de las declaraciones no negociales.

Se nos enseña que las declaraciones del titular relativas a una actividad propia no requieren capacidad, porque falta cualquier posible perjuicio para el declarante; que tampoco respecto a las relativas a la actividad ajena (órdenes, instrucciones), desde el momento en el que se admite el control del destinatario (pág. 228) (2). Con ello, parece que no se ha tenido

(2) Doctrina sobre la que se insiste diciendo: «Pero regularmente, para las declaraciones no negociales, la capacidad de obrar es un instrumento para controlar los fenómenos de transformación de los derechos y no los fenómenos de realización. Para estos últimos bastan y proveen a toda exigencia de control, la capacidad de derecho y la legitimación juntas, unidas. Ya que la capacidad es una situación generalísima común a todos los sujetos, la clave del régimen de participaciones de voluntad se encuentra siempre, en el fondo, en la legitimación. Esta hace inútil la institución de la capacidad de obrar, del mismo modo que hace inútil la institución de la causa», pág. 346.

suficientemente en cuenta que la falta de capacidad de una persona supone el poder de su representante legal, que puede ser desplazado por la actuación del incapaz, y que las declaraciones eficaces pueden afectar no sólo a los interesados directos sino también a los terceros (como p. ej.: artículo 1.975 C. c.).

Respecto a los vicios de voluntad, se nos dice, que la declaración de voluntad hecha por error, violencia o dolo, no precisa de consideración especial, porque el sujeto puede emitir en cualquier momento una declaración de voluntad contraria (pág. 257). Con ello, parece olvidarse que el resultado de tales declaraciones de voluntad (permisos, órdenes, denuncias, reservas, requerimientos, notificaciones, reclamaciones, etc.) no queda en el ámbito de lo indiferente jurídico sino que será lícito si hecho en base a una declaración válida, pero que si se ha producido a consecuencia de una declaración inválida, podrá tener, según las circunstancias, la condición de ilícito, inconstituido, denunciado como ineficaz, posesión de mala fe, etc., etc., y ello respecto al declarante, al que recibe la declaración y a los terceros.

Importancia de la cuestión de la validez de las declaraciones no negociales, que se acentúa en la práctica, si se consideran como tales, junto a las aludidas en el Código civil, las que se puedan encontrar en las leyes especiales; p. ej., las notificaciones en la L. A. U. sobre subida de precios, denegación de prórroga, necesidad del arrendador, notificación de traspaso, permiso para obras, etc.

La última parte del libro saca los resultados del análisis hecho, para inducir de ellos la construcción de la figura de la declaración de voluntad no negocial. Aunque, aquí, como el mismo autor señala, la cuestión se saca un tanto fuera del ámbito señalado, pues se le «reduce pura y simplemente al problema de la definición del negocio» (pág. 316). El negocio jurídico se caracteriza en que produce un cambio sustancial en el estado (situación) jurídico precedente; es decir, tiene el valor de «acto *innovativo*», del que carece la declaración no negocial. Por el contrario, esta declaración se entiende que está al servicio de un derecho subjetivo ya constituido, suponiendo no un cambio *del* derecho sino un cambio *en* el derecho», es decir, que incide en la dinámica interna, en «el proceso de realización del derecho».

La concepción del profesor Panuccio viene a coincidir con ideas aceptadas en la doctrina española; en especial, sobre la valoración de la causa como requisito específico del negocio jurídico y en general, sobre la significación de las declaraciones no negociales. En cambio, puede pensarse que adolece del mismo prejuicio que la doctrina alemana común, al basar la distinción de los actos jurídicos en su configuración psicológica, en vez de como parece más exacto, centrarla en la valoración que hace el ordenamiento jurídico de cada tipo de hechos sociales (3). También aparece como dudosa la reducción de las declaraciones no negociales a las que están dentro del cuadro de la realización de un derecho subjetivo «primario», excluyendo expresamente a los llamados «potestativos»; cuando parece más de acuerdo con la realidad jurídica considerar que se trata de manifestaciones de las

(3) Comp. CASTRO, *Derecho Civil de España*, 3.^a ed., 1955, págs. 688 v siguientes.

facultades que forman el contenido de «la relación jurídica negocial», sea desarrollando, concretando, conformando su contenido y también incidiendo en su alcance y hasta en su misma existencia; siempre y cuando no exceda del ejercicio de los poderes de la relación jurídica existente y, por tanto, que no requiera basarse en una nueva y especial causa.

R.

SAVATIER, René, «Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile, Paris, Dalloz, 1967 (44 págs.)

La reelaboración que debe hacerse, a la que alude el pequeño libro de Savatier, deriva de que en el *Code* responsabilidad civil [extracontractual] y responsabilidad [extracontractual] por culpa o negligencia son términos virtualmente sinónimos. Mientras que en la actualidad, enfrentado el Derecho con el problema de la «reparación de los daños en una sociedad mecanizada» el derivado de la culpa o negligencia de su autor no es sino uno de los tipos y no ciertamente el más importante. A su lado hay que situar la «responsabilidad por riesgo voluntariamente aceptado» por una persona, con independencia de toda noción de culpa o negligencia de la persona a la que la responsabilidad se imputa (responsabilidad objetiva; responsabilidad por riesgo, profesional o no); y la responsabilidad general que la comunidad asume de «atenuar el mal insoportable sufrido por alguno de los miembros de la misma por determinados acaecimientos de su vida» (responsabilidad generalizada o social) que llena de admiración al autor, hasta el punto de que coloca con el correspondiente signo ortográfico la frase: «¡el antiguo terreno de la caridad se integra así en la justicia!» (pág. 5).

El replanteamiento es además necesario porque por virtud de contratos de seguros voluntarios, pero muy generalizados (por ejemplo, los de responsabilidad civil de los médicos), contratos de seguros forzosos (accidentes de trabajo, automóvil) o por asunciones o imputaciones generales de responsabilidad del acto de otro (el Estado respecto de los de sus funcionarios, o el empresario respecto de los de sus trabajadores) la responsabilidad por daños se imputa a los aseguradores, con acción directa de la víctima contra los mismos, relegándose a un segundo plano al asegurado autor del daño.

El planteamiento dista mucho de ser claro, entre otras cosas, porque se coloca en posición equívoca a las normas reparadoras de la seguridad social, no sabiéndose si lo que se predica exactamente de ellas es que sean una forma de aseguramiento de responsabilidades preexistentes, o que sean una nueva fuente de responsabilidades. Más bien se trata de lo segundo que de lo primero, creo, como hace años dijera R. Pound, el Derecho contemporáneo está tratando de hacer buena la frase de que «si no podemos ser los guardianes de nuestros hermanos, seamos al menos sus aseguradores» (*Introduction to the Philosophy of Law*, Yale, Univ., 1961, pág. 102), pero no tanto porque desplace hacia la comunidad responsabilidades que antes se imputaran a alguien, sino porque crea la responsabilidad misma, o título de deuda de reparación en favor del dañado, antes inexistente.

Lo más importante del trabajo es no ya que se descubran fuentes de

responsabilidad no imputables a la culpa o negligencia de persona determinada, sino que se nos diga que aun existiendo una falta en sentido civil con un daño ligado causalmente a la misma y con determinación precisa y clara de su autor, aún así la responsabilidad civil no puede jugar al modo llamémosle «clásico», porque en la sociedad mecanizada actual «una falta venial puede causar un daño considerable» y es contra equidad el «privar a un hombre durante toda su vida de todos sus bienes» para que atienda a sus deberes civiles de reparación (pág. 4); y, sin embargo, la responsabilidad civil por culpa puede y debe seguir jugando, aunque relegada a un papel subsidiario, pero absolutamente necesario en una comunidad de hombres libres, puesto que, de otro modo, los aseguramientos sociales serían «aseguramientos de irresponsabilidad», que favorecerían las conductas antisociales de quienes abusan de su libertad; como deben seguir jugando para discriminar la distribución de las indemnizaciones entre los distintos aseguradores, responsables por subrogación de los asegurados responsables directos, según las culpas o negligencias de éstos.

Estas consideraciones forman el capítulo inicial y más interesante del libro.

El capítulo 2.º trata de aplicarlas al *proyecto Tunc* sobre responsabilidad por accidentes de tráfico, del que se hace una crítica sumamente enérgica y, en bastantes de sus partes, no excesivamente justificada, no obstante estar de acuerdo con el principio esencial de que la seguridad vial debe pesar sobre el automovilista como puro y simple creador de un riesgo que voluntariamente asume, aunque pueda su responsabilidad agravarse por la culpa en que concretamente pueda haber incurrido en un accidente determinado. Un seguro forzoso y general de responsabilidad civil por accidentes de tráfico en cuanto a los daños causados a las personas basado en la doctrina del riesgo, debe dejar al margen los que se causen por el automovilista, cuya culpa o negligencia aparezca como causa exclusiva del daño causado; ni la comunidad en general, ni la comunidad restringida de los propietarios de vehículos que forma el colectivo asegurado, tienen por qué ni deben soportar los daños que se deriven de las acciones u omisiones del conductor irresponsable y temerario, respecto del que la exigencia de la responsabilidad civil individualizada tradicional debe seguir siendo el corolario de su persecución y condena penal.

El capítulo 3.º es mucho más difuso y de escasa relación con los anteriores, no quizá porque no la tenga, sino porque no se nos precisa exactamente cuál sea. Se refiere a la responsabilidad civil del médico por las faltas «técnicas» o «contra el humanismo» en las que haya podido incurrir en el ejercicio de sus funciones. La tesis general es que toda actuación médica es arriesgada de suyo —la más de las veces es una elección del riesgo a asumir— y supone además una autorización del paciente, por lo que sólo las culpas o negligencias graves (*fautes lourdes*) deben generar acciones de responsabilidad. Este, por lo demás, ha sido el criterio sentado por la jurisprudencia respecto de la responsabilidad de la Administración por los médicos a su servicio; la Administración acepta esta responsabilidad siempre haya habido falta *grave de aquél*, y no en otro caso, frente a la regla civil de la responsabilidad médica con independencia de la gravedad de la

falta, si esta se alega y prueba (la presunción general es contraria, en todo caso, a la falta médica).

Aunque de gran interés y con pasajes brillantes este trabajo del Prof. Savatier, quizá prometa en su título más de lo que en realidad ofrece, especialmente en cuanto a construcción general sistemática. Pero es un buen índice de la complejidad creciente de los problemas jurídicos contemporáneos de la responsabilidad civil y de la necesidad de una dogmática unitaria de los mismos, para guía de legisladores y jueces.

M. ALONSO OLEA.

SCHMIDT-HIDDING, Wolfgang: «Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas. Das sogenannte Anerkennungssystem und seine Abwägungen». Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht. Band 46. Verlag Ernst und Werner Gieseking. Bielefeld 1967, 224 pgs.

La excelente colección de monografías que dirigen los Profesores Schiedermaier, Boch y Abraham publica el presente estudio del Dr. Schmidt-Hidding —con todas las apariencias de una Tesis Doctoral— sobre uno de los temas de mayor actualidad, no sólo en Alemina, sino en todo el ámbito del Derecho de familia europeo. Puesto que el llamado sistema del reconocimiento de la filiación natural es característico, aunque no exclusivamente, de los países latinos, la obra ofrece el atractivo de una visión del mismo expuesta por un jurista germánico, así como un juicio comparativo y valorativo con el sistema de su país, inspirado, como se sabe, en principios bastantes diversos.

El autor ha realizado una seria labor de documentación e información sobre el régimen de la filiación extramatrimonial en Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Portugal y Luxemburgo con vistas a la reforma del Derecho alemán en la materia. En líneas generales cabe decir que ha conseguido resumir el derecho vigente de cada uno de estos países con gran acierto y exactitud; para nuestro Derecho baste decir que no omite la legislación del Registro Civil ni las orientaciones de la jurisprudencia. Es lástima que no haya podido tener en cuenta las disposiciones del nuevo Código Civil portugués más liberal que el anterior en este punto (cfr. arts. 1.824 y ss. en comparación con los arts. 122 ss. del código derogado).

La obra se inicia con un desarrollo histórico del *Anerkennungssystem*, dividido en dos partes, una hasta el *Code* de Napoleón, comprendiendo los antecedentes germánicos, los del *Ancien Droit* y los del Derecho Revolucionario; otra relativa a la expansión de los principios del Código Civil francés en la materia, primero, por vigencia directa en Bélgica y Luxemburgo, y luego por imitación en los códigos holandés, portugués de 1867, español e italiano de 1865 y de 1942.

La segunda parte está dedicada al establecimiento de la filiación, sea por reconocimiento voluntario, sea por declaración judicial, con especial referencia a la prohibición de investigar la paternidad, así como al procedi-

miento introducido por el art. 49 de nuestra Ley de Registro Civil para inscribir la filiación natural mediante expediente gubernativo.

La tercera parte trata de la posición jurídica de aquellos hijos cuya filiación ha sido establecida, analizando con detalle la nacionalidad, nombre, patria potestad, alimentos y derechos sucesorios.

La cuarta y última parte se refiere a la situación jurídica de aquellos hijos cuya filiación no puede legalmente ser establecida, con especial referencia a los alimentos.

La obra finaliza con un cuidado resumen y bien razonadas conclusiones a la vista de la reforma alemana del derecho de los hijos extramatrimoniales, de donde se infiere un estudio comparativo y valorativo de ambos sistemas.

No cabe duda de que esta materia exige reformas entre nosotros. La obra del Dr. Schmidt-Hidding, por su amplia documentación y clara exposición, ofrece al investigador español datos útiles y motivos de reflexión.

El favorable juicio general de la obra no se oscurece con algunas inexactitudes relativas al Derecho español que hemos notado; por ejemplo, la omisión de Galicia como territorio foral en la pág. 36.

G. G. C.

REVISTAS

A cargo de Rodrigo BERCOVITZ R.-CANO
José Manuel BURGOS PEREZ
Antonio Manuel MORALES MORENO

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

MÜLLER, Klaus: *Gesetzliche Vertretung ohne Vertretungsmacht*, ACP-T. 168, vol. 2, mayo 1968; págs. 113-149.

El BGB da una regulación unitaria para la representación en los párrafos 164-181. Sin embargo, resulta evidente que el legislador ha atendido fundamentalmente a la representación negocial, basada en el otorgamiento de un poder. Ello plantea problemas de adaptación de algunas normas cuando han de aplicarse a supuestos de representación legal. El autor estudia el caso de los párrafos 177 y 179 del BGB, acudiendo para ello a los supuestos más importantes de representación legal.

SCHMIDT, Reiner: *Racionalización y Derecho privado*, RCDI, año XLIII, número 463, noviembre-diciembre 1967; págs. 1485-1521.

Traducción de un artículo aparecido en la Revista Archiv für die Civilistische Praxis, marzo 1966, realizada por Aurora Huber Robert. En una primera parte se estudian las repercusiones de la racionalización en el Derecho privado. La segunda parte se ocupa de la racionalización del Derecho privado mismo y del ámbito en que eventualmente pueden aplicarse las máquinas automáticas para la elaboración del Derecho.

ALVAREZ ROMERO, Carlos Jesús: *Notas sobre el estudio del Derecho como unidad esencial*, RCDI, año XLIII, núm. 459, marzo-abril 1967; págs. 325-357.

El autor reconoce la existencia de una triple dimensión en la esencia del Derecho: sociológica, normativa y valorativa. Esta última, el valor de la justicia, es la que, al incorporarse a la realidad social y al definirse normativamente, produce el fenómeno jurídico.

2. Derecho de la persona

GEILEN, Gerd: *Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts*, ZGF, año XV, vol. 3, marzo 1968; págs. 121-130.

En esta conferencia se apuntan los graves problemas planteados por los avances de la ciencia en lo referente a la protección jurídica de la vida humana

en sus momentos inicial (nacimiento) y final (muerte). Las operaciones de trasplante de órganos y los atentados contra la integridad del "nasciturus" son fenómenos necesitados de especial regulación jurídica.

VALIÑO, Emilio: *La capacidad de las personas "in potestate" en Derecho romano*, RDN, núm. LVII-LVIII, julio-diciembre 1967; págs. 99-177.

Se estudia en apartados sucesivos la representación directa en Derecho romano, el patrimonio peculiar de los hijos, los actos adquisitivos de las personas "in potestate", los actos de disposición, los actos con "auctoritas patris", los actos de obligación y la capacidad procesal de los sometidos.

3. Obligaciones y contratos

MERTENS, Hans-Joachim: *Der Referentenentwurf zur Änderung des Schadensersatzrechts*, ZGF, año XV, vol. 3, marzo 1968; págs. 130-136.

Exposición y juicio crítico sobre los caracteres principales de un proyecto de Ley modificador del régimen legal de las indemnizaciones por daños, publicado en enero de 1967 por el Ministerio de Justicia.

KEUK, Brigitte: *Die Solidarhaftung der Nebentäter*, ACP-T. 168, vol. 2, mayo 1968; págs. 175-206.

Se critica la aplicación rigurosa del criterio de responsabilidad solidaria de todos los coautores o causantes de un daño, especialmente en los casos en que uno de ellos queda liberado de su responsabilidad y en los que el damnificado es responsable en parte también del daño sufrido.

HADDING, Walter: *Die Rechtswirkungen beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung*, ACP-T. 168, vol. 2, mayo 1968; págs. 150-174.

Quando la imposibilidad sobrevenida de la prestación es imputable tanto al deudor como al acreedor, la solución jurídica no puede surgir de una simple combinación de los párrafos 324 y 325 del BGB, ya que, según el primero, cuando el acreedor es responsable, subsiste el derecho del deudor a la contraprestación, mientras que, según el párrafo 325, cuando es el deudor el responsable, la subsistencia o extinción de ese derecho depende de la opción que realice el acreedor con respecto a las posibilidades que le ofrece dicho párrafo. El autor cree que se debe aplicar sólo al párrafo 325, párrafo 1.º.

SOTO NIETO, Francisco: *La llamada "compensación de culpas"*, RDP, mayo 1968; págs. 409-427.

Comprende el estudio de la valoración jurídica de la conducta del damnificado, de la concurrencia de causas en la producción del resultado dañoso, de los requisitos condicionantes de la "compensación de culpas" y de sus efectos, con una amplia referencia a la jurisprudencia. El último apartado se ocupa

de la inoperancia de la "compensación de culpas" en el ámbito de la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor.

CID LÓPEZ, Manuel: *Observaciones sobre aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" ante las medidas devaluatorias de nuestro signo monetario*, RDP, abril 1968; págs. 329-335.

El autor propugna la adopción legislativa de una norma similar a la del artículo 1.467 del C. c. italiano. Mientras que tal norma no se promulgue, considera oportuno acudir a la cláusula "rebus sic stantibus", única forma de obtener resultados justos ante fenómenos como una devaluación monetaria.

BONET RAMÓN, Francisco: *La prestación y la causa debitoria*, RDP, marzo 1968; págs. 205-232.

Comprende seis apartados, en los que se estudia sucesivamente el concepto, naturaleza y caracteres de la prestación, las modalidades de la prestación, las prestaciones con pluralidad de objetos, las prestaciones especiales, el tiempo de la prestación y la causa de la obligación.

BONET RAMÓN, Francisco: *Fuentes de las obligaciones*, RDN, núm. LV, enero-marzo 1967; págs. 9-43.

Comprende una exposición de la doctrina tradicional moderna, seguida del estudio de la materia en el C. c. español y de una consideración especial de la eficacia obligatoria de la voluntad unilateral.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Algunos aspectos de la "Lex commissoria"*, RCDI, año XLIV, núm. 464, enero-febrero 1968; págs. 49-106.

Esta conferencia presenta algunos problemas prácticos del pacto comisorio en sus relaciones con la letra de cambio, normalmente concurrente con él en el aplazamiento del precio. También se ocupa del pacto de retención por el vendedor de los plazos cobrados.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La mora en las obligaciones recíprocas*, RCDI, año XLIV, núm. 464, enero-febrero 1968; págs. 9-31.

El autor mantiene que la regla de constitución en mora mediante requerimiento vale también para las obligaciones recíprocas. Naturalmente, también rigen en este caso las excepciones establecidas en los números 1.º y 2.º del artículo 1.100, con la diferencia, respecto de las obligaciones no recíprocas, de que en éstas basta el incumplimiento para caer en mora, y en aquéllas hace falta, además, que cumpla la otra parte.

ALONSO PÉREZ, Mariano: *La colación de las donaciones remuneratorias*, RCDI, año XLIII, núm. 461, julio-agosto 1967; págs. 1017-1073.

El autor cree que, en realidad, la colación de las donaciones es un concepto contradictorio, ya que viene a destruir la propia esencia de la donación. En cuanto a las donaciones remuneratorias, interpreta en sentido negativo el silencio del C. c. sobre su colación, ya que el deber de gratitud por servicios o la admiración por méritos desaparecen si la recompensa se quita posteriormente.

DÍEZ PICAZO, Luis: *El juego y la apuesta en el Derecho civil*, RCDI, año XLIII, núm. 460, mayo-junio 1967; págs. 718-733.

El autor señala cómo el fenómeno jurídicamente importante es la apuesta cruzada con ocasión de un juego o con otra ocasión distinta. Define la apuesta como "una situación jurídica en la cual una o varias personas quedan obligadas a realizar en favor de otra u otras una prestación que se hace depender de la exactitud o acierto sobre un acontecimiento pretérito o futuro, que en ocasiones es el resultado de un juego". Entre los apostantes o jugadores media un contrato bilateral o plurilateral, que se puede transformar en unilateral por venir a menos algunas de las obligaciones. Termina haciendo una referencia a problemas prácticos planteados por las formas modernas de juegos o apuestas de reciente aparición.

SOTO BISQUERT, Antonio: *La donación con cláusula de reversión en el Código civil*, RCDI, año XLIII, núm. 459, marzo-abril 1967; págs. 359-414.

Estudio de los antecedentes históricos, concepto, fundamento, naturaleza y régimen jurídico de este tipo de donaciones, previsto por el artículo 641 del C. c. Se trata de una donación bajo sustitución, en cuya estructura interna pueden distinguirse dos o más llamamientos en favor de los sucesivos beneficiarios; llamamientos que son verdaderas donaciones actuales e "inter vivos", si bien con efectividad normalmente diferida respecto de los posteriores al primer llamado, y que crean consecuentemente en favor de los llamados el derecho de aceptar o repudiar la donación.

CHABAS, François: *Remarques sur l'obligation "in solidum"*, RTDC, año LXVI, núm. 3, julio septiembre 1967; págs. 310-338.

En la primera parte se estudia el fundamento clásico de las obligaciones solidarias, así como su evolución. En la segunda, el autor aboga por la oportunidad de su mantenimiento, a pesar de las nuevas orientaciones mantenidas por la jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad delictiva.

CATALA-FRANJOU, Nicole: *De la nature juridique du droit de rétention*, RTDC, año LXVI, núm. 1, enero-marzo 1967; págs. 9-44.

Este estudio del derecho de retención viene a configurarlo como una modificación de la obligación de entrega del acreedor, nacida de un poder de hecho

sobre el objeto debido, negando así su encuadramiento entre los derechos reales de garantía.

CICALA, Raffaele: *Delegazione ed espromissione*, RDDC, año XIV, núm. 2, marzo-abril 1968; págs. 113-141.

Para distinguir delegación y expromisión, la doctrina atiende normalmente a la iniciativa del deudor, propia de la primera y ausente en la segunda figura jurídica. Frente a esta opinión, el profesor Cicala considera relevante a efectos de la diferenciación sólo la referencia conjunta del tercero y del acreedor a la existencia de una delegación. Cuando no existe tal referencia, nos encontramos ante un caso de expromisión.

DE CUPIS, Adriano: *Il problema giuridico del "quantum respondeatur"*, RDDC, año XIII, núm. 5, septiembre-octubre 1967; págs. 516-527.

En esta conferencia, el profesor De Cupis presenta un cuadro esquemático de la problemática originada por el "quantum respondeatur", aludiendo sucesivamente a las relaciones existentes entre la cantidad objeto de la indemnización y el principio de causalidad, el daño previsible, la distinción entre el lucro cesante y el daño emergente, la "compensatio lucri cum damno", así como la medida y estimación del daño. En los últimos apartados pone de relieve cómo en la acción determinadora del juez han de intervenir elementos de equidad y oportunidad.

CATTANEO, Giovanni: *Il concorso di colpa del danneggiato*, RDDC, año XIII, núm. 5, septiembre-octubre 1967; págs. 460-515.

Trabajo dividido en tres partes. La primera se ocupa del fundamento de la responsabilidad por culpa del damnificado, que el autor ve en la finalidad de disminuir los casos de daño mediante la carga de una conducta diligente impuesta a todas las personas frente a los daños a los que se encuentran expuestas, aligerando así, al mismo tiempo, la carga impuesta a todos de una actuación no dañosa frente a terceros. La segunda parte estudia los límites existentes en la apreciación de la culpa del damnificado a efectos de esta norma. Finalmente, en la última parte, al tratar de las condiciones subjetivas del damnificado, el autor opta por una valoración subjetiva y concreta de la culpa de aquél.

TEDESCHI, Guido: *Il contratto come promessa anzichè come accordo nella dottrina angloamericana*, RDDC, año XIII, núm. 5, septiembre-octubre 1967; págs. 453-459.

Breve estudio en el que el autor rechaza una teoría surgida en las últimas décadas de la doctrina angloamericana. Según dicha teoría, el contrato se configura como una promesa, contraponiéndose así a la construcción tradicional que ve en él un acuerdo de voluntades. Los autores que la sostienen

apoyan sus conclusiones fundamentalmente en la apreciación según la cual no siempre que el ordenamiento reconoce la existencia de un contrato se da un acuerdo de las partes, mientras que siempre se puede afirmar en tales casos que ha existido una promesa.

4. Derecho de las cosas

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *Sobre la posibilidad de que el disfrute de los servicios comunes pueda corresponder por distintos títulos a los propietarios de los edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal*, RDP, marzo 1968; págs. 232-241.

El autor trata de averiguar, en base a un supuesto concreto, si no existen excepciones a la norma del artículo 3.º, b), de la Ley de propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, según la cual, al dueño de cada piso o local le corresponde "la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes".

GARCÍA GARRIDO, Manuel: *De la "bonorum possessio" a la posesión civilísima*, RDN, núm. LV, enero-marzo 1967; págs. 113-152.

La sucesión del heredero en la posesión "ipso iure" es un efecto de la posesión ya conocido en Derecho romano clásico. En las constituciones imperiales del Bajo Imperio, las prácticas de Derecho romano vulgar llegan a confundir propiedad y posesión. Posteriormente, los glosadores y comentaristas aplican esa concepción espiritualista de la posesión al nuevo Derecho feudal y se llega a la noción de posesión civilísima. Este concepto, según el autor, debería abandonarse, ya que los únicos efectos que produce el artículo 440 (legítimar al heredero para el ejercicio de los interdictos y para accionar frente al arrendatario) podrían conseguirse sustituyéndolo por reglas más precisas y adecuadas.

PONT BOIX, Vicente: *El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal*, RDN, núm. LVII-LVIII, julio-diciembre 1967; págs. 7-62.

Estudio del derecho sobre el vuelo ("derecho de naturaleza real que faculta a su titular para construir sobre un edificio uno o varios pisos o plantas, cuya propiedad pertenecerá al constructor, unida a la copropiedad sobre determinadas partes del edificio resultante, llamadas comunes, y entre las cuales, por esencia, se incluye el solar") y del derecho de sobreelevación superficiario ("derecho de naturaleza real, que faculta a su titular para construir sobre un edificio uno o varios pisos o plantas, cuya propiedad pertenecerá "ad tempus" al constructor, siendo el vuelo y las edificaciones preexistentes de sus anteriores propietarios, así como la posibilidad de adquirir la propiedad de lo sobreedificado, transcurrido el plazo pactado expresamente"). Un capítulo inicial trata del derecho de superficie y de la propiedad horizontal en general.

SAPENA TOMÁS, Joaquín: *Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas*, RDN, núm. LVII-LVIII, julio-diciembre 1967; págs. 63-97.

Aunque es posible regular perfectamente las relaciones jurídicas nacidas de una urbanización con los medios jurídicos existentes actualmente, el autor aboga en esta conferencia por una regulación directa de las urbanizaciones privadas. La solución para dicha regulación está en considerar la zona de urbanización como la finca general de la que se separan para formar fincas independientes las parcelas de propiedad particular, pero que continúan en ella integradas y sujetas a la reglamentación que el Registro acoge en el folio de la finca madre.

GARCÍA-BERNARDO, Alfredo: *Usufructo sucesivo de cónyuges y cusufructo*, RDN, núm. LV, enero-marzo 1967; págs. 61-111.

La satisfacción de las necesidades durante la viudedad es inquietud propia de los esposos cuando la comunidad conyugal está en pleno vigor. El autor cree que las dificultades que se oponen a las medidas correspondientes, nacidas de la indeterminación del cónyuge supérstite, pueden salvarse mediante el usufructo sucesivo y el cusufructo. Se estudia el usufructo en los diversos regímenes económico-matrimoniales; a continuación, los diversos modos de adquirir el usufructo sucesivo y el cusufructo, especialmente la naturaleza jurídica de la adquisición por el segundo usufructuario y el cusufructuario sobreviviente, y la trascendencia jurídica en la liquidación de la sociedad conyugal y en la herencia. Se dedica un pequeño apartado final al usufructo ganancial.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Los arrendamientos y la extinción de servidumbre por el propietario*, RCDI, año XLIII, núm. 463, noviembre-diciembre, 1967; págs. 1587-1605.

Estudio basado en un dictamen para un supuesto concreto, en el que se plantea si el arrendatario tiene un derecho real sobre las "qualitates fundi" (en particular, sobre los derechos de luces y vistas) competentes al arrendador en el momento de iniciarse el arriendo, de modo que la renuncia del propietario a tales derechos los deje intactos frente a quienes tienen sobre ellos una titularidad real. El autor da una solución negativa, ya que el arrendamiento no crea un verdadero derecho real a favor del arrendatario.

FONT BOIX, Vicente: *La adquisición a "non domino"*, RCDI, año XLIII, número 463, noviembre-diciembre 1967; págs. 1607-1640.

Este trabajo comprende un estudio de la doctrina de las adquisiciones a "non domino", tomada fundamentalmente de autores italianos. A continuación se examinan en nuestro Derecho las diversas figuras que la dogmática considera como supuestos de "acquisto a non domino". El autor cree que estas figuras responden a situaciones excepcionales y no pueden dar lugar a la construcción de una categoría jurídica unitaria.

CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO: *La conservación de la concentración parcelaria y el tema de las nuevas estructuras*, RCDI, año XLIII, núm. 462, septiembre-octubre 1967; págs. 1341-1377.

El 2 de enero de 1964 se dictó el Decreto de Ordenación Rural, con nuevo texto de 11 de septiembre de 1965. El autor pone de relieve en la introducción la importancia de la ordenación rural, que acabará por sustituir a la concentración parcelaria. A continuación estudia la conservación de la concentración parcelaria y las relaciones entre ésta y las nuevas estructuras tendentes a la implantación de una explotación viable.

ESCRIVÁ DE ROMANÍ, FRANCISCO: *Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal*, RCDI, año XLIII, núm. 462, septiembre-octubre 1967; páginas 1233-1261.

El artículo 396 del C. c. antepone las disposiciones legales especiales a la voluntad privada en lo que se refiere a la propiedad horizontal. Se trata, pues, de una normativa de carácter fundamentalmente imperativa. Esta conferencia estudia los márgenes que, a pesar de todo, han sido dejados a la iniciativa individual por el C. c., la Ley de la Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y la Ley Hipotecaria.

MORENO QUESADA, BERNARDO: *Régimen jurídico de los frutos pendientes*, RCDI, año XLIII, núm. 461, julio-agosto 1967; págs. 963-1015.

Estudio dividido en dos partes, en las que se tratan sucesivamente la delimitación conceptual de los frutos pendientes y su naturaleza jurídica. Los frutos pendientes son cosas autónomas y no partes integrantes de las que los han producido, cosas existentes y no futuras, cosas muebles y no inmuebles, a pesar de la determinación contenida en el artículo 334 del C. c.

LALAGUNA, ENRIQUE: *Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en relación con la venta a plazos de bienes muebles*, RCDI, año XLIII, mayo-junio 1967, núm. 460; págs. 677-718.

Este estudio se ocupa del valor y alcance de las garantías respectivas de la Ley de garantías mobiliarias de 16-12-1954 y de la Ley de venta a plazos de 17-7-1965 en situaciones de conflicto entre el vendedor a plazos y los titulares de una garantía real mobiliaria sobre la cosa cuyo precio de venta no hubiere sido íntegramente pagado.

GIORGIANNI, MICHELI: *Los derechos reales*, RCDI, año XLIII, núm. 458, enero-febrero 1967; págs. 9-28.

Traducción realizada por el profesor Díez Picazo del artículo escrito sobre el tema por el profesor Giorgianni para la enciclopedia jurídica Novissimo Digesto Italiano.

5. Derecho de familia

HECKELMANN, Dieter: *Der Zeitpunkt für die Vermögensbewertung bei Beendigung von Zugewinn- und Gütergemeinschaft*, ZGF, año XV, vol. 2, febrero 1968; págs. 59-69.

El autor estudia el momento con respecto al cual se debe valorar el patrimonio familiar en los casos de disolución del mismo según las diversas causas que dan lugar a ésta.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: *Del viejo al nuevo estatuto francés del matrimonio y de la familia. En torno a la Ley de 13 de julio de 1965*, RDP, enero 1968; páginas 15-45.

Este trabajo comprende una visión histórica en la que se expone la situación jurídica de la mujer y sus bienes en la época merovingia y carolingia, en el Derecho feudal y en el de la burguesía, en el "Ancien Régime" y en la Revolución. A continuación, una presentación de la materia en el Código de Napoleón. Finalmente, un estudio de la nueva Ley, con indicación previa del contenido de sus 23 artículos.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: *La mujer casada y la disposición de sus bienes*, RDN, núm. LVI, abril-junio 1967; págs. 91-207.

Conferencia en la que se pretende demostrar la inoportunidad de la licencia marital sobre los bienes parafernales. En opinión del autor, con ello se ha desbordado la función marital a bienes que le están sustraídos, sin que pueda esgrimirse seriamente el argumento de que sus frutos están sujetos en último extremo al levantamiento de las cargas del matrimonio.

ESCRIVÁ DE ROMANÍ, Francisco: *Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil*, RDN, núm. LVI, abril-junio 1967; páginas 7-41.

Comprende esta conferencia un examen de la naturaleza jurídica del "consentimiento uxoris", de la convalidación "a posteriori" de los actos realizados sin consentimiento de la mujer y de los efectos de la enajenación realizada sin consentimiento de la mujer. Termina con un estudio de la jurisprudencia.

GONZÁLEZ-ALBREGRE, Manuel: *Sistematización procesal de las medidas provisionales en relación con la mujer casada y separación de los cónyuges*, RGLJ, año CXVII, tomo LVI, núm. 1, enero 1968; págs. 45-96.

Estudio de la primera sección del título cuarto del libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificada con motivo de la Ley de 24 de abril de 1958, en relación a la problemática que encierra en su interconexión con los preceptos del C. c. que se remiten a ella. Comprende una exposición de las medidas previas urgentes en relación con la mujer casada en el supuesto

a que hace referencia el artículo 67 del C. c. y una exposición de las medidas provisionales simultáneas a la sustanciación de los correspondientes procesos de separación conyugal a que hace referencia el artículo 68 del C. c.

ESPINOSA AFONSO, Ceferino: *El patrimonio familiar protegido ante el impuesto general de sucesiones*, RCDI, año XLIII, núm. 460, mayo-junio 1967; páginas 735-776.

El Decreto-ley de 3 de octubre de 1966 reconoce a efectos tributarios un patrimonio familiar protegido, que puede estar constituido por valores mobiliarios o fincas rústicas, concediendo exenciones en los Impuestos Generales sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre las Sucesiones. Este Decreto-ley ha sido desarrollado por la Orden del Ministerio de Hacienda de 17 de diciembre de 1966. Este artículo se ocupa fundamentalmente del patrimonio familiar protegido con relación al Impuesto General sobre las Sucesiones.

VERON, Michel: *Volonté du "père" et reconnaissance d'enfant*, RTDC, año LXVI, núm. 3, julio-septiembre 1967; págs. 521-544.

Bajo este título se estudian los casos de reconocimiento y desconocimiento del hijo, casos en que la voluntad del padre tiene plena eficacia, siempre que vaya acompañada de los requisitos adecuados. Un segundo grupo de casos viene constituido por aquellos en que la eficacia de la voluntad de reconocimiento queda limitada por la existencia de otro reconocimiento de filiación legítima o natural o por la naturaleza adulterina del hijo.

FENAU, Henri: *Le changement de régime matrimonial et les droits des tiers*, RTDC, año LXVI, núm. 3, julio-septiembre 1967; págs. 545-580.

Estudio de las repercusiones frente al donante "propter nuptias" y frente a los terceros acreedores del cambio convencional del régimen económico matrimonial, posibilidad introducida por el nuevo artículo 1.397 del C. c. francés.

OPPETIT, Bruno: *Les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle*, RTDC, año LXVI, núm. 4, octubre-diciembre 1967; págs. 749-781.

El ordenamiento francés no admite la declaración judicial de la paternidad natural en determinados casos establecidos en su C. c. El autor estudia el momento en que se han de ejercer las excepciones correspondientes en el proceso, así como las personas que pueden oponerlas, cuestiones estrechamente ligadas a la naturaleza procesal de tales excepciones.

RASSAT, Michèle-Laure: *Père de droit et père de fait*, RTDC, año LXVI, núm. 2, abril-junio 1967; págs. 249-309.

Se estudia la problemática nacida de la concurrencia de las obligaciones del padre de hecho y las obligaciones y los deberes del padre legal o de

derecho. Se considera que la prestación alimentaria de aquél debe ir acompañada de un derecho de visita que permita al padre biológico controlar el buen uso de los alimentos. Además, de lege ferenda, el autor estima que las dificultades y contradicciones, nacidas de la actual legislación, se salvarían dando entrada al reconocimiento jurídico de la filiación adulterina, junto a la legítima y a la natural.

HUET, André: *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques*, RTDC, año LXVI, núm. 1, enero-marzo 1967; págs. 45-81.

El autor estudia la repercusión que el derecho positivo atribuye a las condiciones de viudedad y de soltería sobre los negocios jurídicos en que se introducen tales cláusulas.

6. Derecho de sucesiones

CAMY, Buenaventura: *Contador-partidor y personas a quienes válidamente puede adjudicar bienes*, RDP, abril 1968; págs. 311-328.

Estudio de los diversos casos posibles dentro de la sustitución vulgar y del derecho de representación, así como del derecho de transmisión y de preterición, como figuras jurídicas determinantes de las personas a quienes el contador-partidor debe entregar los bienes.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *¿Puede desheredarse parcialmente o bajo condición?*, RDN, núm. LVII-LVIII, julio-diciembre 1967; págs. 179-197.

Problemas de los que no se ocupa el C. c., reciben un tratamiento separado en este trabajo. La solución adoptada frente a la desheredación parcial es positiva. En cuanto a la desheredación condicional, no cabe una solución uniforme, por lo que el autor examina los diversos casos posibles: desheredación condicionada a que en lo futuro incida un legitimario en causa de desheredación, desheredación efectuada por el testador sin tener la certeza del hecho y condicionándola a que éste resulte probado, desheredación ordenada para el supuesto de que se produzca una sentencia que como causa, fundamente la desheredación, y desheredación fundada en un hecho ocurrido con anterioridad al testamento, pero condicionándola a la posterior conducta o a un hecho ulterior del desheredado.

GARCÍA-ARANGO, César: *Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón*, RCDI, año XLIII, núm. 462, septiembre-octubre 1967; páginas 1291-1339.

Estudio de la sucesión contractual, tal como vive actualmente en las comarcas del Alto Aragón, a la luz de la doctrina tradicional, de las normas legales y de la práctica diaria.

II. DERECHO HIPOTECARIO

VILLARES PICO, Manuel: *Anotaciones preventivas*, RCDI, año XLIV, núm. 464, enero-febrero 1968; págs. 34-48.

Breve exposición de los tipos más importantes de anotaciones preventivas, que el autor define como asiento, no siempre provisional, que se practica en el Registro para asegurar el cumplimiento de los fallos judiciales o la eficacia de cualquier derecho que aún no se puede inscribir.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, RCDI, año XLIII, núm. 463, noviembre-diciembre 1967; páginas 1523-1586.

El autor estudia si es necesaria la buena fe para que entre en juego el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Da una contestación afirmativa. Así lo impone la opinión de los legisladores, de los comentaristas y de la jurisprudencia del siglo pasado, así como una interpretación actual de la norma. Por otra parte, la buena fe no sólo es requisito de aplicación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, sino que constituye un principio general de la protección registral.

DÍEZ PICAZO, Luis: *El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación*, RCDI, año XLIII, núm. 462, septiembre-octubre 1967; págs. 1263-1290.

Estudio crítico de lo que el autor califica de "mitos hipotecarios": el principio del consentimiento formal, la calificación de negocio abstracto y de negocio de disposición para el consentimiento de cancelación.

CRISTÓBAL MONTES, Angel: *Algunas reflexiones sobre el sistema registral venezolano*, RCDI, año XLIII, núm. 458, enero-febrero 1967; págs. 29-50.

El artículo 1.924 del C. c. venezolano establece que "Los documentos, actos y sentencias que la Ley sujeta a las formalidades del Registro y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen efecto contra tercero, que, por cualquier título, haya adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble", recogiendo así, solo parcialmente, el principio de la fe pública registral: el Registro se presume íntegro, pero no exacto. Sin embargo, el autor cree que una jurisprudencia adecuada podría subsanar las principales deficiencias provenientes de la fragmentaria admisión que el ordenamiento venezolano hace del principio de la fe pública registral en su faceta positiva.

III. DERECHO MERCANTIL

FRAGUAS MASSIP, Ramón: *Inversiones de capital extranjero*, RDN, núm. LV, enero-marzo 1967; págs. 45-60.

Comprende una exposición de la evolución del régimen legal y de los principios orientadores de la legislación vigente. La parte más extensa se dedica a los diversos tipos de inversión.

BERCOVITZ, Alberto: *Algunas nociones preliminares para el estudio del derecho de patentes*, RDM, vol. XLIV, núm. 105-106, julio-diciembre 1967; páginas 79-142.

Frente a un Derecho de patentes en sentido estricto, que tiene por objeto fomentar el progreso técnico-industrial mediante la regulación de la concesión y régimen jurídico de las patentes de invención o de introducción, existe un Derecho de patentes en sentido amplio que abarca también los modelos de utilidad y los certificados de autor, en cuanto estas figuras también a la finalidad esencial que informa el Derecho de patentes: el fomento del progreso técnico-industrial. El artículo contiene también una exposición de los principios esenciales que informan el Derecho de patentes y de los criterios para la clasificación de los ordenamientos jurídicos en materia de patentes, con una aplicación de estos últimos al ordenamiento español.

GARRIGUES, Joaquín: *Estudios sobre el contrato de seguro*, RDM, vol. XLIV, núm. 105-106, julio-diciembre 1967; págs. 13-49.

Comprende una introducción sobre delimitación y fuentes de la materia, el estudio de los fundamentos técnico-económicos del seguro y el concepto y clasificación del contrato de seguro.

FRANCESCHELLI, Remo: *Fusione con trasferimento della sede all'estero e ditto di recesso*, RDDC, año XIV, núm. 2, marzo-abril 1968; págs. 142-150.

El profesor Franceschelli se opone a la tesis mantenida por la delegación italiana con ocasión de las labores a nivel comunitario para favorecer la fusión de sociedades en el ámbito del Mercado Común. Según la mencionada tesis, de acuerdo con el Derecho italiano (arts. 2.437, 2.501 y 2504 del C. c.), cuando las fusiones implican el desplazamiento de la sede de la sociedad fuera de Italia, los socios que disientan tendrán derecho a separarse de la misma.

PAVONE LA ROSA, Antonio: *La teoria dell' "imprettore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, RDDC, año XIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1967; páginas 623-686.

Exposición de las líneas fundamentales de la teoría del profesor Bigiavi sobre el empresario oculto, basada en la atribución del riesgo y de la responsabilidad a aquella persona que detenta el dominio real sobre la Empresa.

PANUCCIO, Vincenzo: *Note in tema di impresa illecita*, RDDC, año XIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1967; págs. 586-622.

Doctrina y jurisprudencia aparecen divididas por lo que se refiere a la admisibilidad o inadmisibilidad de la Empresa ilícita en el ordenamiento jurídico italiano. El autor se pronuncia por la existencia y relevancia jurídica de la misma.

OPPO, Giorgio: *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, RDDC, año XIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1967; págs. 561-585.

El autor critica la opinión dominante de la doctrina italiana actual, según la cual, Empresas mercantiles son todas las Empresas definidas en el artículo 2.082 del C. c. salvo las agrícolas del artículo 2.135. Este criterio, concordante con el del Código de 1882, no responde al artículo 2.195 del Código de 1942, que define las Empresas mercantiles mediante caracteres positivos y no por la eliminación de las agrícolas.

IV. DERECHO DE TRABAJO

BRANCA, Giuseppe: *Reflessioni sullo sciopero economico*, RDDC, año XIV, núm. 2, marzo-abril 1968; págs. 151-161.

Breve artículo sobre el derecho de huelga, en el que se estudia, sucesivamente, su concepto, fundamento, naturaleza y ejercicio.

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 = Bollettino 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.
 BUSEC = 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. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (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 Generali 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).
 EGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (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 Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

1. *Para verificar el cómputo de plazo en la interposición de los recursos gubernativos contra la calificación registral, no es de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo, sino el artículo 7 del Código civil.*

A) Como declaró la Resolución de 23 de marzo de 1961, el recurso gubernativo contra la calificación registral recae sobre materias típicamente de derecho privado y constituye uno de los supuestos de la denominada jurisdicción voluntaria, cuyas diferencias con los procedimientos de la contenciosa han sido puestos de manifiesto a través de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado inadmisibles la interposición del recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones de esta Dirección, dictadas en este tipo de expediente, mientras que admite tales recursos en los demás casos de la competencia de este Centro, que constituyen típica materia administrativa.

Igualmente, la mencionada Resolución estableció "que la excepción contenida en el número 7 del artículo primero del Decreto de 10 de octubre de 1958, que determina los procedimientos administrativos especiales, a los que no se aplican los preceptos contenidos en el título primero, capítulo segundo, títulos cuarto y sexto de la Ley de Procedimiento Administrativo, se refiere a aquellos procedimientos de las disposiciones citadas cuya materia es administrativa y, entre otros, los regulados en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria, 563 y 618 del Reglamento para su ejecución, 340 y siguientes del Reglamento Notarial, pero no comprende los que por su naturaleza y circunstancias se hallan fuera de la competencia del citado Decreto".

B) Si se trata de recursos gubernativos interpuestos contra la calificación de los Registradores Mercantiles, las normas a aplicar, en defecto de las específicamente suyas, recogidas en el Título II del Reglamento del Registro Mercantil, serán las mismas que el Reglamento Hipotecario establece para los recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad, dada la remisión que al Reglamento Hipotecario hace la disposición transitoria adicional cuarta del primer texto legal citado.

En consecuencia de lo expuesto, no es de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo para verificar el cómputo del plazo, sino el ar-

título 7 del Código civil que establece que si la Ley habla de meses, se entiende que serán de treinta días, por lo que extendida la nota de calificación el 26 de diciembre de 1966, finalizó el término para impugnarla el 24 de febrero de 1967, e interpuesto el recurso el 25 del mismo mes y año lo ha sido fuera del plazo legalmente señalado. (Res. de 23 de febrero de 1968, *Boletín Oficial* del 6 de marzo.)

2. Principios de publicidad y especialidad. Necesidad del consentimiento de los titulares o copartícipes en una comunidad horizontal sobre una finca para que pueda inscribirse una segregación y venta a un tercero de una determinada porción del solar no edificado.

A N T E C E N D E N T E S

a) En escritura de 5 de junio de 1962 don J. M. C., constituye en una finca de su propiedad de 613,46 metros cuadrados, el régimen de propiedad horizontal de una casa de cuatro plantas edificada sobre 241,42, con reserva del derecho de vuelo, causando en el Registro de la Propiedad la inscripción sexta de la finca 5.071.

b) En escritura de 26 de junio de 1962, el mismo dueño segrega y vende a don L. E. 372,24 metros cuadrados, que correspondían a la parte no edificada de la mencionada finca y que al ser presentada con bastante posterioridad a su otorgamiento en el Registro de la Propiedad va a dar lugar al presente recurso.

c) En escritura de 4 de noviembre de 1963 el propio don J. M. C., y en virtud del derecho de vuelo que se reservó, declara la nueva obra de tres plantas edificadas sobre un solar de 241,42 metros cuadrados y las describe en régimen de propiedad horizontal, causando en 7 de febrero de 1964 la inscripción décima de la misma finca 5.071.

d) Por otra parte, en diferentes escrituras desde 31 de mayo de 1963 a 28 de julio de 1965 el propietario enajenó los pisos del inmueble, y las adquisiciones a favor de los compradores causaron una serie de inscripciones, salvo una, todas posteriores a la escritura de 4 de noviembre de 1963.

e) En las escrituras de compraventa a que hace referencia el párrafo anterior, se describía el piso con todos los requisitos exigidos por las leyes y reglamentos, y entre ellos la cuota de copropiedad en los elementos comunes, sin que constará la extensión del solar.

f) Como consecuencia de lo anterior y de no haberse presentado la escritura de segregación de 26 de junio de 1962, la medida superficial que aparecía en el Registro era de 613,46 metros cuadrados.

g) Al presentarse ahora en el Registro para su inscripción la escritura de 26 de junio de 1962, la cuestión que se plantea consiste en resolver si será necesario o no el consentimiento de los titulares o copartícipes en la comunidad horizontal constituida sobre la mencionada finca número 5.071 para que pueda hacerse constar la segregación y venta que se realizó.

La Dirección General sienta la siguiente doctrina:

A) Es premisa básica para la solución del problema la delimitación de la finca sobre la que se constituyó la indicada propiedad horizontal, pues según englobe y comprenda o no la porción segregada habrá que concluir la necesidad o no del consentimiento de dichos copartícipes, titulares y adquirentes, según el Registro, de derechos que no pueden ser —en principio— menoscabados o desconocidos, dados los efectos registrales producidos que tienen su fundamento principalmente en los principios de prioridad —artículo 17 de la Ley Hipotecaria— y legitimación —artículo 1-3.º de la misma Ley—.

B) Las dudas que podrían plantearse acerca de la delimitación de la finca proceden del hecho de que en las escrituras de compraventa de los distintos pisos que forman parte del inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal, la descripción que se realiza es exclusivamente la del piso con su extensión, linderos y demás circunstancias reglamentarias, sin señalarse expresamente la extensión del edificio en su conjunto, por suponerse que ésta ya consta en el Registro, con lo cual cuando ha sido modificada por una operación posterior de agregación o segregación puede ocurrir —y esto no deja de ser una deficiencia del sistema— que al inscribirse los pisos como fincas independientes aparezca como superficie del solar en el Registro —en el que como elemento común participan— una diferente de la que en la realidad tiene, como consecuencia de las transmisiones u operaciones registrales realizadas.

C) Sin entrar en la cuestión —por no haber sido planteada—, de si con ocasión de la escritura de 4 de noviembre de 1963 en la que, al hacerse la descripción de las nuevas plantas levantadas, se describe el inmueble en su conjunto con una extensión superficial de 241,42 metros cuadrados y que, al ser inscrita en el Registro, hubiera podido provocar la rectificación de la medida superficial que figuraba para la finca 5.071, siempre resultará que, al menos uno de los pisos de la primera finca se inscribió con anterioridad a la mencionada escritura y, en consecuencia, el asiento que provocó está bajo la salvaguardia de los tribunales y sólo podrá ser rectificado mediante consentimiento de su titular o, en su defecto, mediante la resolución judicial adecuada, caso de que los interesados hubiesen contenido entre sí cerca de sus respectivos derechos. (Res. de 28 de febrero de 1968, *Boletín Oficial* del 12 de marzo de 1968.)

3. *No procede la cancelación, ordenada por el Juez ante el que se tramitó una ejecución hipotecaria, de determinadas anotaciones de embargo de fecha posterior a la escritura de hipoteca que se ejecuta, pero anotadas en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción de dicha hipoteca.*

A) La anotación preventiva de embargo, según tiene declarado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones, convirtiendo en real la acción

que con anterioridad no tenía ese carácter, pues el efecto primordial que produce es conferir al acreedor que la obtuviere una preferencia en cuanto a los bienes anotadas, sólo frente a otros que tengan contra el mismo deudor un crédito distinto contraído con posterioridad a la anotación, tal como se desprende del artículo 1.923-4.º del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

B) El artículo 131, número 17 de la Ley Hipotecaria de aplicación al caso presente, no obstante haberse seguido el procedimiento ejecutivo ordinario, en base a lo dispuesto en el artículo 133, párrafo segundo de la misma Ley, establece que se ordenará por el Juez la cancelación de "todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ejecute, permitiendo, además, el artículo 233 de su Reglamento la cancelación de las inscripciones y anotaciones "anteriores pospuestas al crédito del actor", lo que deberá hacerse conforme a las normas contenidas en el artículo 44 de la citada Ley y 1.923 del Código Civil y en el ámbito del procedimiento hábil para ordenar cancelaciones y posposiciones.

C) La doctrina reiteradamente declarada por el Tribunal Supremo acerca del artículo 1.923-4.º del Código Civil de que lo que determina la preferencia para el cobro no es el orden de ingreso de los embargos en el Registro de la Propiedad sino la fecha de los respectivos créditos, entendida aisladamente de otros preceptos legales, puede inducir a confusión y que para su correcta aplicación hay que ponerla en relación con otras normas de particular importancia, como son las de carácter procesal de las que se desprende que no son los procedimientos de apremio los adecuados para resolver las cuestiones relacionadas con la preferencia de créditos que, por el contrario, deberán ser ventiladas según disponen las normas sobre la tercería de mejor derecho "por los trámites del juicio declarativo que correspondan a su cuantía" (Artículo 1.534 L. E. C.).

D) De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en ninguno de los diversos procesos de ejecución establecidos para hacer efectivos los créditos existen normas sobre la resolución del conflicto de posibles preferencias entre ellos, en caso de concurrencia sobre una misma finca, ni se prevé la citación a los titulares de anotaciones preventivas de embargo practicadas con anterioridad al asiento del ejecutante —artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 131-4.º de la Ley Hipotecaria—, y ni siquiera la interposición de la tercería de mejor derecho provoca la suspensión del juicio ejecutivo (artículo 1.534 y 1.535 L. E. C.), por todo lo cual no es función del Juez que entiende del apremio decidir acerca de las cuestiones pues, si lo hiciere, se podrían llegar a cancelar asientos sin que sus titulares hubieran podido tener conocimiento de la situación planteada.

E) Si bien de conformidad con los preceptos legales que estructuran en nuestro ordenamiento hipotecario el principio de legalidad en su aplicación a los títulos de carácter judicial, es cuestión privativa del juzgador todo lo que concierne al aspecto sustantivo y formal de la litis y, por tanto, de su exclusiva responsabilidad la decisión de las cuestiones planteadas entre las partes, corresponde a las facultades calificadoras del Re-

gistrador, según establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, examinar "la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado", congruencia que no se produce en el presente caso, ya que la cancelación de las anotaciones practicadas con anterioridad a la inscripción del crédito del actor aparece ordenada no por el Juez que entiende de la tercería que pueda interponerse, que sería el competente, sino por aquel otro ante el cual se tramitó la ejecución.

F) Conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario y constante jurisprudencia del Centro directivo, la calificación registral se entiende limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la operación solicitada, pero no impide ni prejuzga los resultados de un litigio ante los Tribunales de Justicia, puesto que el recurso gubernativo no equivale a un debate judicial con intervención de los interesados y en donde puedan ventilarse las cuestiones en litigio. (Res. de 20 de marzo de 1968, *Boletín Oficial* del 1 de abril.)

4. *Presentado en el Registro un mandamiento de prórroga de anotación de embargo que se retiró seguidamente para la liquidación del impuesto y se devolvió de nuevo dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, tal prórroga podrá cumplimentarse aunque la fecha de devolución sea posterior a la caducidad de la anotación de embargo.*

El artículo 86 de la Ley Hipotecaria establece que las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen y, entre ellas, las de embargo, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo que por mandato de la Autoridad judicial se prorrogue el plazo otros cuatro años más — hoy indefinido en virtud de lo dispuesto en el artículo 199-2.º del Reglamento—, pero sólo tendrá esto lugar cuando la prórroga haya sido anotada antes de que caduque el asiento a que la anotación se refiere.

El hecho de que la caducidad opere automáticamente y que por ministerio de la Ley cesen los efectos o limitaciones que la anotación lleva consigo, no es óbice para que pueda prorrogarse la misma si los documentos necesarios para practicarla se presentaron en tiempo y forma oportunos, aunque materialmente y por exigencia del despacho de oficina o por otra causa legalmente fundada, como ocurre en el presente caso, se realizase con posterioridad al día del vencimiento del asiento, ya que con arreglo al artículo 24 de la Ley se entenderá como fecha para todos los efectos que hayan de producirse la de presentación del título o mandamiento.

A mayor abundamiento, el artículo 255 de la misma Ley previene la suspensión de la calificación u operación solicitada cuando el título presentado no ha satisfecho el impuesto, con devolución del mismo al interesado, a fin de que, una vez pagado, se extienda el asiento pedido, con retroacción de sus efectos a la fecha de la presentación, siempre que sea dentro del plazo de vigencia del asiento mismo, tal como ha sucedido en el presente caso en que el mandamiento ingresó en el Registro con anterioridad a la fecha de caducidad de la anotación y, en consecuencia, es forzoso reconocer que habrá de procederse a extender la prórroga ordenada. (Res. de 15 de abril de 1968, *Boletín Oficial* del 3 de mayo.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

I. Colaboración de José M. BURGOS PEREZ

1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: *El T. S. admite y aplica los principios: "Ubi lex noc distinguit, nec nos distingere debemus" y "Ubi est eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio esse debet".*

NEGLIGENCIA: *La Ley de Accidentes de Trabajo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, ni sus pretensiones son incompatibles con las obligaciones que imponen estos artículos. Las dos acciones son compatibles. [S. 24 de noviembre de 1967; estimatoria.]*

2. PRUEBA: CARGA: *Un hecho negativo no es susceptible de prueba. Probar un hecho que le exime de responsabilidad incumbe a quien le beneficia.*

CULPABILIDAD: *El nerviosismo y falta de presencia de ánimo de un conductor no exime de responsabilidad civil, por venir obligado todo conductor a lo contrario. [S. 17 de noviembre de 1967; desestimatoria.]*

3. COSA JUZGADA: *No existe identidad cuando un acción la ejercita el padre arrendatario y la otra la hija, no en concepto de subrogada en el arrendamiento, sino como nueva propietaria.*

ACTOS PROPIOS: *Para que sea de aplicación este principio es preciso que los realizados sean jurídicamente eficaces al fin de crear, modificar o extinguir algún derecho. [S. 25 de enero de 1967; desestimatoria.]*

4. ACCIÓN DE DESLINDE Y REIVINDICATORIA: *La acción de deslinde se puede hacer efectiva en forma convencional, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, o a través del juicio ordinario que corresponda a su cuantía. La acción de deslinde puede ir implícita en la contradictoria de dominio o deducirse en conjunción con la reivindicatoria. No es preciso el ejercicio independiente y autónomo de la acción de deslinde. [S. 23 de mayo de 1967; desestimatoria.]*

5. PROPIEDAD HORIZONTAL: ALTERACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES: *Las excavaciones en sótanos y alteración de las crujeas y muros de carga afectan a los elementos comunes de la finca, y para realizar obras y alteraciones en los mismos no basta el cumplimiento de los requisitos del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, sino que hay que cumplir los requisitos del párrafo 2.º del mismo artículo. [S. 30 de junio de 1967; estimatoria.]*

6. SERVIDUMBRES DE VISTAS Y AGUAS: PERDURACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES: *Destruído un edificio y construido uno nuevo se extinguen las servidumbres que poseía el antiguo. Para la rehabilitación de la servidumbre se precisa identidad en los predios y en las servidumbres.* [S. 28 de junio de 1967.]

7. SENTENCIA: LIQUIDACIÓN: *Se ha de estar al criterio del juzgador sobre la imposibilidad de fijar en el fallo el importe líquido, o de establecer las bases con arreglo a las que se debe hacer la liquidación, salvo que notoriamente se demuestre en casación que eran posibles, bien basándose en los hechos o por el cauce del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *La acción de enriquecimiento injusto no trata de reparar el empobrecimiento, sino que tiene su objeto y medida en el enriquecimiento.* [S. 22 de diciembre de 1967; desestimatoria.]

8. CONTRATOS: INTERPRETACIÓN: *Para interpretar un contrato es necesario tener en cuenta la realidad verdaderamente acaecida, y en segundo lugar, averiguar la verdadera intención de las partes intervinientes.*

CASACIÓN: PROCEDIMIENTO: *Es necesario expresar, al interponer el recurso de casación, el párrafo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se halla comprendido, la Ley o doctrina legal infringida y el concepto en que lo ha sido.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La interpretación por el Tribunal "a quod" de un documento dentro del conjunto de la prueba practicada, priva al documento de autenticidad a efectos de casación.* [S. 3 de octubre de 1967; desestimatoria.]

9. INTERPRETACIÓN: *La interpretación del juzgador prevalece sobre la de las partes si no se prueba que la conclusión de aquél es falta de lógica o desorbitada.* [S. 21 de abril de 1967; desestimatoria.]

10. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Por este cauce sólo se pueden combatir los postulados de hecho de una sentencia, invocando documento auténtico, existente en el pleito, no desvirtuado por otras pruebas y que contradiga fundamentalmente tales postulados de hecho.*

CULPA AQUILIANA: *Hoy se ponderan fundamentalmente los riesgos inherentes a la circulación y la profesionalidad. "La Jurisprudencia de esta Sala va inclinándose, de forma acusada, hacia una apreciación cada vez más objetiva de la llamada culpa aquiliana". "La responsabilidad derivada de la posesión de un vehículo de motor, por los daños que el mismo cause al ser utilizado, se considerará como responsabilidad por riesgo, prescindiendo de la culpa de la persona que lo maneja".*

La responsabilidad generada en el uso de un vehículo de motor habrá de apreciarse siempre que el accidente producido no sea inevitable, debiendo

estimarse como tal el atribuible a la conducta del perjudicado o de un tercero, siempre que conste la diligencia debida del conductor". [S. 15 de junio de 1967; estimatoria.]

En igual sentido las sentencias de 30 de junio de 1959 y 9 de abril de 1963.

11. **CULPA PENAL Y CIVIL:** *El no haber estimado la jurisdicción penal la existencia de culpa o negligencia no vincula a los Tribunales Civiles.*

PRUEBA: PRESUNCIONES: *Las conclusiones obtenidas por vía de presunción sólo pueden combatirse eficazmente por la impugnación de los hechos base de la presunción o alegando infracción del artículo 1.253 del Código Civil.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La falta de claridad y precisión, citando los folios y números del apuntamiento que los reproducen, sin concretar cada uno de los documentos, da lugar a la desestimación. [S. 14 diciembre de 1967; dsestimatoria.]*

12. **PERSONALIDAD: OMISIONES FISCALES:** *El no acreditar al interponer la demanda hallarse al corriente en el pago de la cuota de la Licencia Fiscal no tiene consecuencias procesales que impidan que la demanda prospere. Este defecto es subsanable.*

Las disposiciones de carácter administrativo no tienen efectos civiles. [S. 21 de diciembre de 1967; desestimatoria.]

13. **SENTENCIA: INCONGRUENCIA:** *No se incurre en ella por fallar unos autos en base a fundamentos distintos a los alegados por las partes.*

CONTRADICCIÓN: *Ha de existir en los mismos términos del fallo. No la reviste si el fallo contradice alguno de los considerandos.*

COSTAS: *No tienen acceso a la casación la apreciación de la temeridad y mala fe en los litigantes y consiguiente condena en costas. [S. 6 de marzo de 1967; desestimatoria.]*

14. **SENTENCIAS: CONGRUENCIA:** *Supone una relación de conformidad entre las pretensiones de las partes en la súplica de sus escritos y la parte dispositiva de la sentencia. La sentencia debe resolver todas las cuestiones controvertidas y ninguna que no haya sido debidamente planteada. [S. 28 de marzo de 1967; estimatoria.]*

15. **INJUSTICIA NOTORIA: PRESUNCIONES:** *No se pueden combatir las presunciones por el cauce de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. [S. 23 de junio de 1967; desestimatoria.]*

16. **MOTIVOS DE CASACIÓN:** *El artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no admite la interpretación analógica, ni su ampliación. [S. 8 de mayo de 1967; desestimatoria.]*

17. **PROCEDIMIENTO: ADMISIBILIDAD DEL RECURSO:** *El recurso de casación que*

pretende atacar la cosa juzgada formal se ha de llevar por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ERROR DE HECHO: *Este ha de aparecer patente e inequívoco y no mediante argumentaciones.* [S. 4 de octubre de 1967.]

18. **CASACIÓN; ADMISIBILIDAD:** *No se pueden acumular en un mismo motivo los conceptos de violación e interpretación errónea de los mismos artículos.*

ERROR DE HECHO; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen tal carácter los de índole administrativa o que son resultado de prueba pericial.* [S. 10 de marzo de 1967; desestimatoria.]

19. **CASACIÓN; QUEBRANTAMIENTO DE FORMA:** *Los defectos de procedimiento producidos en la segunda instancia no puede ser denunciada por el cauce del núm. 1.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

MOTIVOS DE CASACIÓN; ADMISIBILIDAD: *Los motivos de casación útiles sólo son los expresamente mencionados por la Ley, no pudiendo suplicarse por razones de analogía, ni "a contrario sensu".*

DEFECTO DE FORMA: *La falta de emplazamiento sólo puede ser alegada por aquel en quien concurre, no siendo admisible el que afecte a un tercero.* [S. 1 de julio de 1967; desestimatoria.]

20. **CASACIÓN; DEFECTOS FORMALES:** *La casación por falta de pronunciamiento sobre alguno de los extremos de la demanda no puede fundarse en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino por el cauce del núm. 3.º del mismo artículo.*

INTERPRETACIÓN ERRÓNEA: *La existencia de interpretación errónea requiere que el juzgador de instancia efectúe la exégesis del precepto que se invoca, estableciendo un sentido del mismo que no sea conforme a las normas gramaticales y lógicas, o en atención a la concordancia precisa entre el aludido precepto legal y otros que formen con éste un conjunto en íntima relación.* [S. 16 de febrero de 1967; desestimatoria.]

21. **ERROR DE HECHO; DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *Carecen de tal carácter en el caso, la certificación del Registro de la Propiedad o un Oficio del Catastro de Rústica.* [S. 22 de febrero de 1967; desestimatoria.]

22. **CASACIÓN; ERROR DE HECHO; DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *Las declaraciones testificales no son documento auténtico.* [S. 22 de diciembre de 1967.]

23. **DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *El informe del médico forense no puede reputarse documento auténtico a efectos de casación.* [S. 13 de febrero de 1968; desestimatoria.]

24. CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: *La casación amparada en este motivo ha de ir forzosamente acompañada de la cita de la norma valorativa de la prueba considerada infringida. El artículo 1.214 del Código Civil carece de tal naturaleza.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Las declaraciones testificales y los certificados de actos de conciliación no tienen tal carácter. El acta notarial da fe del hecho, pero no del contenido intrínseco de las manifestaciones. [S. 21 de diciembre de 1967; desestimatoria.]*

25. RECURSO DE REVISIÓN: ADMISIBILIDAD: *El recurso de revisión tiene carácter extraordinario y excepcional, debiendo interpretarse las causas de revisión en sentido estricto y restringido. [S. 20 de enero de 1968; desestimatoria.]*

II. Colaboración de Julio GARRIDO AMADO

1. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *No es posible apreciar el vicio de incongruencia contenido en el núm. 2.º del artículo 1.692 LEC, en relación con el 359 del mismo texto legal, cuando se trata de una sentencia que absuelve completamente de las pretensiones deducidas en la demanda o en la reconvencción en su caso.*

CASACIÓN: DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS EN EL FALLO: *La contradicción que es posible tener en cuenta a estos efectos es la existente exclusivamente en los propios términos del fallo que produzcan una notoria disparidad entre los fundamentos que contiene.*

CASACIÓN: FALTA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN: *El motivo, al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 LEC, alega violación de los artículos 1.261, 1.262, 1.303 y concordantes del Código civil, con absoluta falta de la claridad y precisión que requiere el artículo 1.720 de la propia Ley adjetiva, porque no se indica concretamente cuáles son los preceptos que, concordando con los citados, han de reputarse infringidos.*

NEGOCIO JURÍDICO: INEXISTENCIA, NULIDAD Y ANULABILIDAD: *Cuando se produce la falta de uno de los elementos que son los esenciales de todo contrato (el consentimiento de los contratantes, un objeto cierto o la causa de la obligación), lo que tiene lugar, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código, es la inexistencia del pacto, puesto que dicho precepto afirma que "no hay contrato" cuando no concurren aquellos requisitos que menciona, y la acción para pedir que se declare que el contrato es inexistente, nada tiene que ver con la simple anulabilidad a que se refiere el artículo 1.301 C. c. actuable en el plazo de cuatro años para el supuesto de que, como es connatural en este tipo de invalidez, existan aquellos requisitos, pero adolezcan de alguno de los vicios o defectos mencionados en el artículo 1.256, que pueden probar aquella anulabilidad impropia llamada nulidad en nuestro Código civil.*

UNIDAD CONTRACTUAL ENTRE TRES PACTOS: *Existiendo aquella relación contractual (unidad contractual entre los tres pactos discutidos en el pleito, de la que cada uno de ellos no era sino una parte, relativa a las cuestiones concretas que afectaba), es incuestionable que uno de los contratantes no pueda estar en condiciones de utilizarla para lo que le fuere favorable y renunciar a aquello que le perjudique, lo que supondría tanto como dejar el contrato —o unidad contractual— al arbitrio de una de las partes contratantes, en contra de lo establecido en el artículo 1.256 C. c. [S. 24 de febrero de 1967; no ha lugar.]*

2. **CASACIÓN: PRESUNCIONES: DETERMINACIÓN DEL “HECHO DEMOSTRADO”:** *El motivo (formulado al amparo del apartado 1.º del artículo 1.692 LEC denunciando la violación del artículo 1.253 C. c.), es inicialmente inviable, pues cuando argumenta en defensa de la infracción que denuncia, prescinde hasta de la concreta determinación del “hecho demostrado”, que constituye la base o premisa de la que directa y lógicamente se deduzca la conclusión que comb presunción valorable como prueba debe ser tomada en consideración, ausencia de hecho que excusa toda ulterior argumentación, tanto acerca de la procedencia de alegar infracciones de este género de prueba cuando la resolución se funda en otras directas, como respecto de las facultades que la Ley concede a los Tribunales de instancia para la apreciación de las presunciones [S. 13 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

3. **CASACIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS:** *Para la existencia del error de derecho en la apreciación de las pruebas se precisa que el juzgador de instancia tenga que ajustarse a una norma valorativa preestablecida de obligado acatamiento, cuya cita es obligada como precepto violado.*

ARTÍCULO 1.253 C. c.: NO CONTIENE NORMAS VALORATIVAS DE LA PRUEBA: *El artículo 1.253 C. c. se refiere a las presunciones no establecidas por la Ley para que las mismas sean apreciables, cuestión afectante al enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, que, conforme a reiterada y conocida doctrina jurisprudencial de esta Sala, sólo puede ser tratada al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 LEC, no conteniendo norma de valoración de prueba. [S. 8 de febrero de 1967; no ha lugar.]*

4. **CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *Los documentos que se citan como auténticos no gozan de ese carácter a efectos de casación, por haber sido debidamente estudiados y valorados por el Tribunal a quo.*

COMPRA-VENTA DE VEHÍCULOS: TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN: *De acuerdo con el artículo 1.097 C. c., para la validez y eficacia de la transmisión de la posesión jurídica de un vehículo de motor es menester entregar al comprador la documentación correspondiente.*

MORA DEL DEUDOR: MERO RETRASO: *La mera tardanza en el cumplimiento de las obligaciones, mientras no denote voluntad rebelde por parte del deudor*

y no implique la frustración del fin práctico perseguido, no provoca la resolución de lo estipulado a efectos de los artículos 1.124 y 1.506 C. c.

MORA DEL DEUDOR: OBLIGACIONES RECÍPROCAS: *El principio general de Derecho "Nulla enim intelligitur mora ibi fieri ubi nulla petitio est", consagrado en el primer párrafo del artículo 1.100 C. c., subordina su aplicación en las obligaciones recíprocas al mutuo cumplimiento de lo que a cada contratante incumbe, porque la interpretación contraria equivaldría a hacer a uno de ellos de peor condición que al otro, razón por la cual el inciso final de dicho precepto y la doctrina legal que lo desenvuelve establecen que no es necesaria la interpelación judicial o extrajudicial del acreedor al deudor en tales hipótesis, por no ser justo que una de las partes se aproveche, al mismo tiempo y sin la adecuada contraprestación, de la cosa vendida y de lo que a su vez estaba obligada a entregar. [S. 17 de enero de 1967; no ha lugar.]*

5. RECURSO DE CASACIÓN: VIOLACIÓN: SENTIDO TÉCNICO: *Si la sentencia impugnada hace aplicación de los artículos 1.261 y 1.273, citándolos expresamente y proclamando que en el caso de autos concurren los supuestos de hecho que tales preceptos exigen para ser actuados, no cabe hablar de violación de ellos, por lo menos en el sentido técnico a que esta palabra da la jurisprudencia.*

No puede decirse técnicamente que la Sala haya violado un precepto cuando de él hace expresa aplicación.

OPCIÓN DE COMPRA: NATURALEZA: EFECTOS: EXTINCIÓN: *Aun cuando por virtud del negocio jurídico (litigioso), se establece a favor del optante la facultad o derecho de decidir a su libre voluntad si compra o no, es decir, si la promesa de venta que se le ha ofrecido ha de convertirse en realidad o ha de quedar sin efecto, y en tal sentido parece haberse constituido una obligación condicional potestativa y que se deja al arbitrio de dicho optante su cumplimiento, sin embargo ello no es así, en primer lugar, porque lo que se establece a favor del mencionado optante no es una obligación, sino un derecho, y en segundo lugar, porque lo que se deja a su arbitrio es la decisión respecto a la posterior celebración del contrato ofrecido, y por lo tanto, el despliegue de los efectos propios de la cláusula de opción se produce con independencia de esa ulterior celebración, puesto que, desde que llega a conocimiento de dicho optante, puede éste decidirse a dar realidad al contrato prometido, o renunciar expresamente a él, o dejar transcurrir el plazo sin ejercita el derecho otorgado, y por cualquiera de estas tres maneras de actuar, ha quedado extinguido naturalmente el derecho de opción.*

OPCIÓN: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.124 C. c.: *El artículo 1.124 C. c. es inaplicable a un contrato unilateral como es el de opción.*

OPCIÓN: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO: *La consignación del precio por el optante no es forzoso tenga lugar hasta el momento de ser otorgada la escritura.*

OPCIÓN: CONSUMACIÓN DEL CONTRATO: *No puede confundirse la consumación*

del contrato de opción con el perfeccionamiento del contrato de compra-venta prometido, que se ha de celebrar posteriormente, por haberse decidido el optante a dar realidad al negocio jurídico ofrecido, siendo entonces, al perfeccionarse éste, cuando se producirá la obligación de entregar el precio estipulado ya de antemano. [S. 17 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

6. CASACIÓN: DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS EN EL FALLO: *El motivo se ampara en el número 4.º del artículo 1.692 LEC, alegando que la sentencia recurrida contiene disposiciones contradictorias, sin ni siquiera citar el artículo 359 de la Ley Procesal, del que, por tanto, no se dice el concepto en que pueda haber sido infringido, en contra de lo exigido constantemente por la doctrina de esta Sala.*

La contradicción ha de resultar de los términos del fallo entre sí, que produzcan una notoria incompatibilidad de los distintos fundamentos que contiene.

COMPRAVENTA: ABOGADOS: PROHIBICIÓN DE COMPRA: ARTÍCULO 1.459-5.º C. C.: INTERPRETACIÓN ESTRICTA: *La prohibición cesa cuando termina el ejercicio del cargo que la motiva.*

En todo caso deberá tenerse en cuenta el carácter prohibitivo de la norma, que obliga a una interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio general de Derecho "odiosa, sunt restringenda".

CONTRATO DE RENTA VITALICIA: SEMEJANZA Y DIFERENCIAS CON LA COMPRAVENTA: *El contrato de renta vitalicia, aunque ofrece grandes semejanzas con el de compraventa, especialmente en su modalidad de contrato oneroso, estando a veces embebida dentro del mismo la relación de renta que figura como uno de sus efectos, no es menos cierto que esto no puede implicar identidad, por el específico carácter aleatorio de la renta vitalicia y por su discutida naturaleza jurídica, que ha hecho considerarla por parte de la doctrina científica como un contrato real y no puramente consensual, lo que repercute en su tratamiento legal, donde ningún precepto se remite, para el complemento de su regulación, a las normas propias de la compraventa.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *La escritura notarial de venta, precisamente porque fue el objeto principal de lo discutido en el pleito, que el juzgador tuvo presente de modo primordial para emitir su decisión, carece del requisito necesario de autenticidad a los pretendidos efectos de la casación, aparte de que no podría nunca este documento aislado desvirtuar el resultado a que llega el juzgador, valorando, como lo hizo, el conjunto de la prueba practicada en instancia, que quedaría desarticulada, en contra de lo exigido por la doctrina de esta Sala.*

PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL: DISCRECIONALIDAD DEL JUZGADOR: *El recurrente aprecia las manifestaciones expresas de la demanda y del actor al absolver posiciones en confesión judicial, de manera distinta a como lo hizo el juzgador, para lo que éste está igualmente facultado en uso de la discrecionalidad que le está concedida en esta materia, máxime cuando tuvo presente*

para llegar al resultado que se recurre, según antes se ha dicho, el conjunto armónico de la prueba que se practicó.

SIMULACIÓN Y FALTA DE CAUSA EN EL CONTRATO: CUESTIÓN DE HECHO: NULIDAD: *La simulación y consiguiente falta de causa para uno de los contratantes en la compraventa efectuada, que lleva consigo la sanción decretada de nulidad, son puras cuestiones de hecho que el Tribunal "a quo" declara completamente probadas, cuya declaración, al quedar incólume, tiene forzosamente que conducir a la mencionada nulidad, en cuanto a que falta uno de los elementos necesarios para la existencia del contrato celebrado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.261 C. c.*

DOLO: APRECIACIÓN: NO ES NECESARIA LA PRUEBA DIRECTA: *La apreciación del dolo es de la exclusiva competencia del juzgador de instancia, no siendo necesaria la prueba directa para declarar su existencia, que sólo es impugnable cuando se evidencia un error fáctico o jurídico en aquella valoración.* [S. 13 de febrero de 1967; no ha lugar.]

7. ARRENDAMIENTO URBANO: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 53 L. A. U. Y ACCIÓN DE SIMULACIÓN: NATURALEZA: PLAZO PARA SU EJERCICIO: COMPATIBILIDAD: *Se plantea la cuestión de la posibilidad de ejercicio de la acción de simulación, a pesar de que el arrendatario había actuado precedentemente por la vía impugnatoria que le permitía el artículo 53 L. A. U. —afirmándose que va contra sus propios actos—, cuestión ésta que debe ser resuelta en sentido afirmativo, habida cuenta que, si bien es cierto que la acción de impugnación implica el reconocimiento de la existencia de un contrato válido o al menos real, que se ataca por lo excesivo del precio con la pretensión de mantener la vigencia del contrato arrendaticio sin que el nuevo propietario esté en condiciones de negar la prorroga del referido contrato al amparo de la causa 1.ª del artículo 62 L. A. U., no lo es menos que para ejercitar esta acción existe en la misma un plazo preclusivo de caducidad de sesenta días naturales, que no existe para la acción de simulación, y, además, que ambas se rigen por procedimientos distintos que hubiesen imposibilitado su ejercicio conjunto, pues mientras aquélla tiene que actuarse por la vía de la legislación locatoria urbana, ésta, por el contrario, deberá serlo por el procedimiento ordinario de los juicios declarativos, sin que pueda decirse que va contra sus propios actos quien después solicita una declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho que por su misma esencia es indudable que no puede quedar paralizada por una actividad particular y subjetiva (1).*

(1) NOTA: La litis fue originada por la venta de una milésima parte indivisa de un inmueble edificado y arrendado, realizada por su propietario a un tercero con el fin de burlar los derechos de tanteo y retracto que la L. A. U. concede al arrendatario o inquilino (cfr. artículos 50 L. A. U. y 1.522 C. c.).

Dicho arrendatario ejercitó, en primer lugar, la acción impugnatoria del artículo 53 L. A. U., con éxito, por allanarse a ella el adquirente de la referida parte indivisa de la finca, y posteriormente procedió el inquilino a entablar la acción objeto de los presentes autos, calificándola como de simulación absoluta. Se trata, en realidad, de un problema de fraude a la Ley.

CAUSA DEL NEGOCIO: MÓVILES SUBJETIVOS: SU REPERCUSIÓN SOBRE LA EFICACIA DEL MISMO: *Los móviles subjetivos pueden tener repercusión jurídica, como de hecho la tienen en nuestro sistema legislativo para casos concretos, tanto en su aspecto positivo de licitud (cual sucede en la donación remuneratoria del artículo 642 C. c.), como en su consideración negativa de ilicitud (como ocurre en los supuestos de actos celebrados en fraude de acreedores en los artículos 643, 1.111 y concordantes del propio Código), siempre que sean reconocidos por ambos contratantes que los elevan a condición determinante del pacto concertado y sean exteriorizados o relevantes, al modo como se hace, con técnica irreprochable, en el moderno Código italiano respecto del testamento (artículo 626), para la donación (artículo 1.788) e incluso con carácter general para los contratos (artículo 1.345), tendencia ésta de que se hicieron eco, en nuestra doctrina legal, sentencias coincidentes todas ellas en que la posible ilicitud de los móviles o motivos puede afectar sobre la eficacia del negocio en cuanto actúan a manera de causa impulsiva o determinante.*

CAUSA DEL CONTRATO: INEXISTENCIA Y LICITUD: ACCIÓN DE SIMULACIÓN Y ACCIÓN DE NULIDAD: DIFERENCIAS: EFECTOS: ERROR EN LA DENOMINACIÓN DE LA ACCIÓN EJERCITADA: *Una cosa es que no exista causa y otra distinta que ésta sea ilícita, y consiguientemente deben de diferenciarse como dos acciones distintas, de un lado la de simulación, que trata de demostrar la falsa apariencia de un contrato que carece de toda existencia real, y de otro, la de nulidad, basada en la ilicitud, que parte de la base de la realidad de un pacto, uno de cuyos elementos —concretamente la causa para este caso— existe, pero es ilícito, calificación que forzosamente tiene que apoyarse en aquella existencia.*

...Sin embargo, no es menos cierto que ambas acciones conducen a idéntico resultado, que no es otro sino la total ineficacia del acto celebrado, con igual carácter retroactivo o "ex tunc", en un caso por falta de un requisito esencial y en otro por incurrir en vicio de ilicitud, pero con el mismo valor radical y absoluto, que no puede quedar desvirtuado por la circunstancia de que la acción ejercitada se ampare en el calificativo de simulación empleado en el artículo 53 L. A. U., al que nunca puede darse una interpretación rigurosa y estrecha, que conduciría al absurdo de permitir la impunidad de actos ilícitos sin que el arrendatario tuviese posibilidad de reaccionar contra ellos, y además porque, según tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de esta Sala, la calificación que de las acciones hagan los litigantes no puede vincular al juzgador, porque se trata de una apreciación jurídica que, en definitiva, es de la exclusiva incumbencia de los Tribunales, valorando los hechos expuestos y los razonamientos de derechos aducidos.

CASACIÓN: ARTÍCULO 1.253 C. C.: INFRACCIÓN: *El artículo 1.253 C. c., por tratar de una deducción lógico-jurídica que establece el juzgador, únicamente es posible denunciar su infracción por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal. [S. 27 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

8. USURA: LEY DE 1908: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: LIBRE FORMACIÓN DE LA CONVICCIÓN DEL JUZGADOR: *El artículo 2.º de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, al facultar al juzgador para formar libremente su convicción, ha innovado las reglas de la prueba tasada en materia civil, ya que al Poder judicial le es lícito rebasar los límites que para la apreciación de la prueba estatuye la Ley Procesal, y por ello tiene declarado con reiteración la jurisprudencia que los Tribunales de instancia, al apreciar la prueba, han de proceder con un criterio práctico, más que estrictamente jurídico, lo que dificulta la existencia de un error de derecho en su apreciación.*

USURAS: FACULTADES DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA APRECIAR LA PRUEBA: *Si bien es cierto que en los procesos sobre aplicación de la Ley de Usura puede el Tribunal Supremo entrar en el análisis de la prueba practicada en el juicio, no lo es menos que debe aceptar los hechos y apreciaciones de hechos fundamentales de la sentencia y sustentadores de la convicción del juzgador.*

PRUEBA DE TESTIGOS: DISCRECIONALIDAD EN SU APRECIACIÓN: REGLAS DE LA SANA CRÍTICA: *La prueba testifical es de la discrecional apreciación del Tribunal sentenciador, al no constar las reglas de la sana crítica en precepto alguno que pueda citarse como infringido. [S. 14 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

9. MANDATO REPRESENTATIVO APARENTE: VINCULACIÓN DEL MANDANTE POR ACTOS DEL MANDATARIO "ULTRA VIRES" SIEMPRE QUE LOS TERCEROS HAYAN PODIDO LEGÍTIMAMENTE SUPONER LA EXISTENCIA DEL MANDATO: FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDANTE APARENTE: *En virtud del mandato ostensible o representativo aparente, queda obligado el mandante en favor de los terceros, incluso por aquellos actos de su mandatario que hayan excedido los límites del mandato, siempre que estos terceros hayan podido legítimamente suponer la existencia del mandato, regla absolutamente necesaria a la seguridad de los que contraten con un mandatario, sobre todo en el ámbito en que, por ser tácito o usual el mandato, sea imposible a los terceros contratantes comprobar cada vez —por medio de un poder regular y detallado— la extensión y la duración de los poderes del mandante; responsabilidad del mandante aparente a la que la jurisprudencia francesa atribuye, a justo título, un fundamento cuasidelictual (extracontractual), porque al mandante corresponde, cuando limita los poderes del mandatario más estrechamente de lo que resulta de la apariencia por él creada, adoptar las medidas necesarias para impedir que los terceros puedan engañarse por esa apariencia, es decir, por él mismo; y a falta de adoptarlas incurre en imprudencia, que puede resultar nociva para tercero y cuya reparación tendrá que soportar, en su caso, consistiendo la reparación más natural a que pueda ser condenado en favor de los terceros engañados por la apariencia del mandato, en obligarle a proceder como si el mandato hubiese efectivamente existido, razones por las cuales los terceros pueden válidamente confiar en que las facultades del mandatario concuerdan con los usos, en tanto que una forma especial y eficaz de publicidad no les haya avisado de las reservas que tales poderes tenían, estando en todos esos casos obligado el man-*

dante en favor de los terceros engañados por la apariencia, por haber creado una apariencia engañosa.

MANDATO REPRESENTATIVO: DECLARACIÓN EN NOMBRE DEL REPRESENTADO: *Es indiferente para que se produzca el efecto directo a favor o en contra del representado, que la declaración se haga expresamente en nombre de éste, o que resulte de las circunstancias que se hace en nombre del mismo, por ser consecuencia natural de la doctrina de la interpretación de los negocios jurídicos, pues si concurren circunstancias que hagan esa voluntad de actuar como tal representante, no puede ser motivo para negarla el no haberla expresado claramente, en definitiva, al igual que la ley no es rigurosa en cuanto a la manera de conferir y significar un poder, ya que admite tanto el expreso como el tácito (art. 1.710-1.º C. c.), tampoco puede serlo en cuanto al modo de exteriorizar el propósito de actuar a título de representante y no en nombre propio, de modo que, si concurren circunstancias que hagan presumible la voluntad de representar (art. 1.253), o hechos con los cuales sea incompatible la voluntad de no representar (teoría de la declaración tácita), por un espíritu de rigorismo formalista ajeno al de nuestra ley, la ausencia de voluntad representativa (1).*

RELACIÓN NEGOCIAL APARENTE: PRINCIPIO DE CARGA PROBATORIA: *Mientras al actor corresponde la prueba correlativa a la posición que mantiene a todo lo largo del proceso, de que la operación comercial concertada se fundamentaba en elementos capaces de suscitar una objetiva apariencia de derecho, incumbe al demandado probar que tal apariencia no estaba racionalmente cimentada, o que aquél conocía la no correspondencia de la misma con la realidad.*

CASACIÓN: INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.253 C. c.: *La infracción del artículo 1.253 C. c. sólo puede ser acogida cuando se denuncia por el cauce del número 1.º del artículo 1.692. [S. 10 de febrero de 1967; no ha lugar.]*

10. **CASACIÓN: INCOMPETENCIA POR RAZÓN DE GRADO JURISDICCIONAL:** *La incompetencia por razón de grado jurisdiccional, al dar origen a un recurso de casación por infracción de Ley, tendría que ampararse en el número 6.º del artículo 1.692 L. E. C.*

REPARACIONES EN FINCA ARRENDADA: ÁMBITO DE LOS ARTÍCULOS 1.554 C. c. Y 107 L. A. U.: *La demanda se dirige de un modo principal a obtener se mantenga el arrendatario en el uso y disfrute del local arrendado, "pues ese mantenimiento constituye la principal obligación del arrendador", siendo lo que se persigue "una total reintegración al disfrute del arriendo y consiguiente posesión y uso de la cosa arrendada, a fin de reparar la especial situación creada por un parcial hundimiento, debido a un socavón producido por escape*

(1) El texto mecanografiado de la sentencia, utilizado para esta reseña, adolece indudablemente de alguna omisión (lo mismo ocurre con el publicado en el Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi, R. 654).

y filtraciones de agua por averías en la red de conducción del Canal de Isabel II", extremos que rebasan el supuesto normal en que se asienta el artículo 107 L. A. U., dada la profunda alteración surgida en la situación arrendaticia en el caso de que se trata (1).

CASACIÓN: MOTIVOS LIMITADOS: FALTA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN: *Los motivos por los cuales puede atacarse la sentencia de instancia por medio del recurso de casación, según la L. E. C., son limitados, exhaustivos y, además, sujetos a un riguroso formalismo que la jurisprudencia ha sancionado de manera estricta, y el artículo 1.692 de la Ley Procesal, en el número 1.º admite como causas de infracción invocables la violación, la interpretación errónea y la aplicación indebida, pero no el concepto antes expresado ("aplicación errónea"), que parece ser como una mezcla o fusión de los dos últimos, por lo que se ha incidido en una falta de claridad y precisión al enunciar el motivo comentado, encuadrable en el número 4.º del artículo 1.729 de la precitada Ley. [S. 2 de febrero de 1967; no ha lugar.]*

11. **CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *El contrato sobre cuya interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto en la sentencia, no hace por sí mismo prueba de su contenido, por lo que carece de autenticidad a efectos de casación, así como los dictámenes periciales.*

CASACIÓN: IMPORTANCIA DEL APUNTAMIENTO: *Esta Sala no puede interpretar el contrato, por no figurar testimonio en el apuntamiento. [S. 4 de febrero de 1967; no ha lugar.]*

(1) **NOTA:** En el caso de autos, la doctrina expresada viene a determinar cuál sea el procedimiento idóneo y Juzgado competente para conocer de la demanda a que se alude en el texto. En efecto, el Tribunal Supremo, en base a dicha doctrina, considera que la demanda ha sido correctamente planteada ante el Juzgado de Primera Instancia y tramitada por el juicio ordinario de mayor cuantía, por ser el principal fundamento de la misma el artículo 1.554 C. c., y desestima el motivo de casación alegado por el recurrente, en el que (por cauce inadecuado) sostenía éste que la demanda debería haberse planteado ante el Juzgado Municipal, y haberse sustanciado por los trámites del juicio de cognición, dado que el demandante traía su título de pedir tan sólo en su condición de inquilino o arrendatario de la vivienda, que los demandados eran los propietarios y arrendadores de la misma, y que todas las reclamaciones entre ellos deberían tener su cauce legal a través de la legislación especial de arrendamientos urbanos.

II. SENTENCIAS DE SUPPLICACION

1. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I. Derecho civil

1. SUBROGACIÓN: INEXISTENCIA: *El requerimiento de denegación de prórroga debió ser dirigido contra el esposo como firmante del contrato de inquilinato, ya que sólo él podía intervenir en el mismo, por vivir en aquellas fechas, y al no haber transcurrido el plazo legal de denegación de prórroga establecido por la L. A. U. y durante su vigencia haberse producido su fallecimiento y la subrogación de la esposa en los derechos y obligaciones del arrendatario a tenor del mismo texto legal, de cuyo sucedido tuvo conocimiento el arrendador por carta, surge de manera inevitable la inoperancia y efectividad del mismo en cuanto afecte a la persona hoy subrogada legalmente.* (S. 24 septiembre 1968; no ha lugar.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: INEXISTENCIA: *Aun cuando es cierto que cada matrimonio aspira a tener hogar propio y que también, no existe ninguna norma por la que se obligue a los padres a tener que convivir con los hijos casados, ello no es aplicable cuando nada consta de que tal convivencia no se desee y menos que sea molesta o incómoda para ambos, máxime cuando el progenitor, por ser viudo y sin otra descendencia, tendría que vivir solo.* (S. 7 mayo 1968; no ha lugar.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: OCUPACIÓN SIMULTÁNEA: EXISTENCIA: *Hasta tanto se obtenga la condición de inquilino en virtud de subrogación que la L. A. U. concede al demandado, no se le puede estimar como ocupante de dos viviendas.* (S. 11 junio 1968; no ha lugar.)

4. RENTA: AUMENTO: SERVICIOS DE PORTERÍA: *Al establecerse que la participación en el aumento será proporcional a "la utilización de los servicios", la cual, tratándose de la portera, es evidente que es por y para todos exactamente igual, por lo que también ha de ser igual la participación, pues no hay duda de que la misión encomendada a la portera no es otra que la de vigilancia, custodia y limpieza del inmueble, misiones que, por su peculiaridad, no son susceptibles de diferenciarse en más o en menos para cada uno de los locales de que aquél se componga.* (S. 9 mayo 1968; ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. **CONSIGNACIÓN DE RENTA: IMPORTE:** *La renta consignada ha de ser la que hubiesen venido abonando a la iniciación del litigio y, por tanto, su cuantía es la que se refleja en el último recibo satisfecho antes de iniciarse el presente litigio, y no siendo posible prever las subsiguientes contingencias que puedan experimentar algunos de los conceptos variables incluidos en dichos recibos de renta, es por lo que debe estimarse correcta a tales efectos la que fue consignada.* (S. 3 julio 1968; no ha lugar.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE y RALUY

I. Derecho civil

VIVIENDA EN QUE SE EJERCE PEQUEÑA ACTIVIDAD ARTESANA: *No pierde el arriendo su conceptualización de referido a vivienda si el fin primordial es el de casa-habitación aunque en ella, de modo eventual, en un pequeño taller, el yerno del inquilino haga algunos trabajos complementarios de su oficio de ebanista, que ejerce en otro lugar. Se trata de una actividad artesana y no de profesión colegiada.* (S. 2 noviembre 1967; no ha lugar.)

ELEMENTOS DEL SUBARRIENDO.: ENTREGA DE MOBILIARIO: *No deja de existir subarriendo por el hecho de que el arrendador no entregue el mobiliario adecuado previsto por la LAU.*

RENUNCIA DE DERECHOS: *Es renunciable el derecho del subarrendatario a recibir el mobiliario adecuado.* (S. de 1 de abril de 1968; no ha lugar.)

SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: PARIENTES CON DERECHO A LA SUCESIÓN.: *No cabe ampliar por analogía los grados de parentesco con derecho a la subrogación arrendaticia "mortis causa" previstos en la LAU.* (S. de 2 de mayo de 1968; no ha lugar.)

VIVIENDA EN QUE SE EJERCE ACTIVIDAD MÉDICA: SUBROGACIÓN: *Pactado el derecho del arrendatario de vivienda a tener en la misma, junto con su morada, su despacho de médico dentista, si se produce ulteriormente una subrogación arrendaticia "mortis causa", el subrogado tiene derecho a la utilización del consultorio médico.* (S. de 26 de enero de 1968; no ha lugar.)

NECESIDAD POR VERSE OBLIGADO A DESALOJAR LA ANTERIOR VIVIENDA: *No puede considerarse que se haya visto obligado a desalojar la vivienda si el beneficiario de la denegación de prórroga se vio lanzado de la que ocupaba en un juicio de desahucio por precario en el que se allanó a la demanda tras renunciar al abogado y procurador de oficio que se le había designado.*

SUPPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de suplicación no constituyen doctrina legal.* (S. de 2 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *La carencia de hogar independiente es causa de necesidad.* (S. de 28 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE DE PERSONA SOLTERA QUE EJERCÉ PROFESIÓN: *El hecho de ser soltero no obsta a que, por sus circunstancias profesionales, necesite una vivienda independiente para establecer su morada y ejercer su profesión de médico.*

PROHIBICIÓN DE ALTERAR EL DESTINO DE LAS VIVIENDAS: *La disp. adicional 1.ª de la LAU no se opone a la reclamación por necesidad de una vivienda destinada a servir de morada y de despacho profesional.* (S. de 10 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

NECESIDAD: DEMANDA POSTERIOR EN DOS AÑOS AL REQUERIMIENTO: *No procede rechazar la demanda porque la misma se haya deducido más de dos años después del acto de conciliación en que se denegó la prórroga, ya que en esta materia no juega el artículo 478 de la L. E. C.* (S. de 9 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

NECESIDAD: INSTALACIÓN PROVISIONAL DEL MATRIMONIO BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *No es obstáculo a la denegación de prórroga por necesidad el que el matrimonio para el que se reclama la vivienda se haya instalado en casa propiedad de un pariente —ignorándose el concepto y por cuánto tiempo— una vez celebrado el enlace.*

SUPPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de las Audiencias no constituyen doctrina legal.* (S. de 28 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Probado que el beneficiario de la denegación de prórroga carece de vivienda independiente, por habitar en la morada de sus padres, es irrelevante el hecho de que el piso de éstos sea de amplitud suficiente para cobijar a dos familias.* (S. de 6 de febrero de 1968; no ha lugar.)

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: *El requerimiento denegatorio de prórroga arrendaticia puede realizarse por medio de mandatario verbal.* (S. de 30 de mayo de 1968; no ha lugar.)

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *No cabe denegar la prórroga arrendaticia con base en la necesidad de residir en determinada población si se acredita que el beneficiario de la denegación sólo realiza actividades aisladas y ocasionales en la población en que radica la finca y su trabajo habitual se realiza en otra población distante bastantes kilómetros de aquélla.* (S. de 22 de enero de 1968; no ha lugar.)

NO USO: JUSTA CAUSA: *Constituye justa causa el abandono temporal de un piso por la inquilina que va a cuidar a una anciana tía, de ochenta y seis años, enferma.* (S. de 21 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

REDUCCIÓN DE RENTA A LA BASE FISCAL: VIVIENDAS AMUEBLADAS: *Procede la re-*

ducción de renta prevista en el artículo 103 de la LAU si, en un arrendamiento de vivienda amueblada, la mitad de la renta total señalada conjuntamente para el arriendo de la vivienda y muebles excede de la cantidad declarada al Fisco. (S. de 29 de febrero de 1968; no ha lugar.)

INDIVISIBILIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *El contrato de arrendamiento es indivisible por voluntad de una de las partes del contrato; no cabe que el arrendador pida la resolución del contrato de arriendo referente a una vivienda, independientemente de un local que con la vivienda forma el objeto de un solo contrato de arrendamiento.* (S. de 30 de septiembre de 1968; ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONSENTIMIENTO PRESUNTO DEL ARRENDADOR: *No infringe la ley la sentencia que del hecho de haber aceptado el inquilino subarrendador un aumento de la renta arrendaticia de 400 a 1.000 pesetas, deduce la existencia de un autorización del arrendador para dicho subarriendo si no se demuestra circunstancia alguna que pueda explicar tal incremento, aparte la indicada.* (S. de 23 de enero de 1968; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR CESIÓN: ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA A LA MUJER DEL INQUILINO EN PROCESO DE SEPARACIÓN: *El hecho de que, como consecuencia de un proceso de separación, el marido, inquilino de la vivienda, la desalojara, quedando en la misma la mujer e hijos, situación prolongada indefinidamente al dictarse sentencia de separación perpetua, que confió a la madre la guarda de los hijos, no es causa de resolución, pues el cambio producido no es resultado de una cesión voluntaria, sino de un derecho de naturaleza familiar.* (S. de 19 de octubre de 1967; no ha lugar.)

AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE OBRAS: *No procede la autorización si la obra no es de mejora; la apreciación de si la obra es o no de mejora corresponde al Juez de instancia, teniendo en cuenta las características del local y la obra de que se trata. Procede denegar la autorización de una obra que habria de producir ruidos y vibraciones molestas para los demás arrendatarios.* (S. de 30 noviembre de 1967; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR OBRAS: PRESCRIPCIÓN: CARGA DE LA PRUEBA: *Incumbe al que alega que las obras se hicieron con más de quince años de antelación al ejercicio de la acción resolutoria, la carga de probar la fecha de realización de las obras.* (S. de 21 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR RUINA: GRADOS DE RUINA: *La Ley sólo habla de ruina, sin distinguir entre la incipiente y la que no lo es.*

RUINA: OBRAS DE CONSOLIDACIÓN O REPARACIÓN: *No se opone a la viabilidad de la resolución por ruina el que la declaración administrativa de ruina impusiera la realización de obras de consolidación o reparación en tanto no se procediera a la demolición.* (S. de 24 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

CONVERSIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: PRESCRIPCIÓN: COMPETENCIA: *El Juzgado Municipal es incompetente para entender en la acción resolutoria distinta de la de falta de pago si aunque el local se arrendó para vivienda, hace ya más de quince años que se destina a local de negocio.* (S. de 21 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

PROCESO ARRENDATICIO: COMPETENCIA: NATURALEZA DEL ARRIENDO: *A efecto de competencia hay que estar a la naturaleza del arriendo, según el destino asignado contractualmente a la cosa arrendada, sin que tenga relieve al efecto la mutación de destino realizada unilateralmente por el arrendatario.* (S. de 23 de abril de 1968; no ha lugar.)

COSTAS EN LA APELACIÓN EN EL PROCESO ARRENDATICIO: *Es aplicable en esta materia el artículo 149 de la LAU y no el D. de 21 noviembre 1952.* (S. de 29 noviembre 1967; no ha lugar.)

COSTAS: *Procede la imposición de costas si, pedida la resolución del arriendo con base en dos causas, se decreta la resolución por estimarse la concurrencia de una de ellas, aunque se afirme la inexistencia de la otra.* (S. de 26 de abril de 1968; no ha lugar.)

SUPPLICACIÓN: CONCEPTOS JURÍDICOS: *La no ocupación o la no habitación son conceptos jurídicos revisables en suplicación.* (S. de 30 de junio de 1967; no ha lugar.)

SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *No es una tercera instancia.*

SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *No cabe estimar el recurso si no se cita el precepto infringido.* (S. de 24 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

SUPPLICACIÓN: ALEGACIÓN DE INFRACCIÓN DE NORMAS ADMINISTRATIVAS: *El recurso de suplicación no puede fundarse en la infracción de normas administrativas.* (S. de 7 de noviembre de 1967; no ha lugar.)

3. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de Julio BONED SOPENA
Magistrado

I. Derecho civil.

1. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL NÚMERO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 63 LAU: *Para su aplicación es preciso que el actor acredite de alguna manera el motivo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente que le imponga el cambio de residencia.* (Sentencia de 12 de julio de 1967; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CARGA DE LA PRUEBA: *Cuando se alega la necesidad del artículo 63, caso 2.º, la Ley establece presunciones, una de las cuales es el aumento de necesidades familiares; mas si no se dan estos supuestos, el actor, conforme al párrafo 1.º del artículo 63, debe probar adecuadamente la necesidad invocada.* (Sentencia de 25 de septiembre de 1967; desestimatoria.)

3. OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE: CASUÍSTICA: *La destrucción o derribo de la campana de la chimenea es una obra manifiestamente modificadora de la vivienda objeto del litigio, sin que pueda alegarse con éxito la inaplicación del artículo 110, párrafo 2.º LAU, por cuanto que el mentado precepto sólo autoriza al inquilino a realizar las reparaciones urgentes encaminadas a evitar daño inminente o incomodidad grave, de cuya naturaleza no goza en manera alguna aquélla.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1967; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: COSTAS: *El artículo 149 LAU sólo ordena la imposición de costas con carácter preceptivo, conforme a la tesis del vencimiento, con respecto a las causadas en la primera instancia.* (Sentencia de 27 de septiembre de 1967; estimatoria.)

4. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia

A cargo de Julio BONED SOPENA
Magistrado

I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: *Lo dispuesto en el artículo 9 LAU no puede tener aplicación en los casos en que el interés que se dice lesionado se encuentra amparado por una específica prerrogativa jurídica, y cuando la lesión que pueda sufrir el interés tenga por causa conducta contraria a Derecho de la persona que haya de soportar el menoscabo.* (Sentencia de 16 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

2. SUBARRIENDO: INTERPRETACIÓN DE SU REALIDAD: *El subarriendo no requiere que el subarrendatario ocupe o use físicamente y de manera material lo arrendado, pues es suficiente que, bien por sí o por otro en su nombre, se realice un aprovechamiento de lo alquilado.* (Sentencia de 7 de julio de 1965; desestimatoria.)

3. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: PRINCIPIO QUE LA RIGE: *La razón de la selección descansa en el respeto a las circunstancias concurrentes en los inquilinos y, en caso de igualdad, en su antigüedad como arrendatarios; pero nada autoriza para que prime la razón subjetiva de la comodidad o conveniencia del presunto necesitado.* (Sentencia de 17 de abril de 1965; desestimatoria.)

4. SELECCIÓN MAL HECHA: *Puede acogerse este defecto, aunque en la oposición al requerimiento no se aludiera a la existencia de vivienda apta para satisfacer las necesidades del reclamante, que constituye el impedimento de la pretensión deducida.* (Sentencia de 17 de abril de 1965; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: AUSENCIAS DEL RECLAMANTE DEL LUGAR DONDE VIENE RESIDIENDO: *Las frecuentes ausencias del actor a otra localidad no son obstáculo a su legítimo derecho a continuar disfrutando de vivienda propia en el lugar donde tiene tierras que trabaja y ha tenido siempre su morada.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: *No puede apoyarse el recurso en infracción de preceptos extraños a LAU.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LA INSTANCIA: *El Juez de la apelación puede examinar y apreciar, según su criterio, las pruebas*

que en el momento procesal oportuno hayan tenido lugar, sin la obligación de vincularse a la valoración que en la primera instancia se haya verificado. (Sentencia de 7 de julio de 1965; estimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA: *Al arrendador corresponde el ejercicio de la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, con independencia del carácter parafernial del inmueble arrendado y de si ejercita su pretensión como representante de la sociedad legal de gananciales. (Sentencia de 7 de julio de 1965; estimatoria.)*

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSTAS: *La circunstancia de que una de las causas alegadas para instar la resolución del contrato de arrendamiento sea desestimada y la de que se dé lugar a otras varias, también invocadas, no puede ser interpretada, a efectos de lo dispuesto en el artículo 149 LIAU, en el sentido de que la demanda se haya estimado parcialmente. (Sentencia de 16 de diciembre de 1965: estimatoria.)*

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.

Extranjero, 540,— pesetas.

Número suelto: España, 125,— pesetas.

Extranjero, 150,— pesetas.