

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 a:

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XIII
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLX

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

Artcs. Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdíguez. San Pedro, 32. Madrid.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil

JUAN VALLET DE GOYTISCALO
Notario de Madrid

II

EL ARTICULO 811 COMO NORMA A INTEGRAR

(*Conclusión*)

§ 5.º RESERVA CONSUMADA. SU CUMPLIMIENTO POR EL RESERVISTA.

La muerte del reservista determina la consumación de la reserva. Es decir, da lugar a su exigibilidad por los reservatarios—ya que: de no haberlos en ese momento no habrá reserva (583)—, apoyados en la sujeción que sufren los bienes reservables, específicamente, y el patrimonio del reservista, en general, cuando consumácellos no se agote la obligación de reservar.

Ahora, nos toca estudiar cómo se cumple la reserva y cómo puede exigirse su cumplimiento. Pero conviene examinar antes una cuestión previa relacionada con este cumplimiento.

27. *¿Es posible su cumplimiento anticipado?*

Es decir, ¿cabe que el ascendiente reservista consume su obligación de reservar transmitiendo los bienes reservables, o parte de ellos, a todos o a alguno de los reservatarios?

(583) Así resulta de la finalidad de la reserva, que es evitar el tránsito de los bienes reservables a persona ajena al núcleo familiar integrado por los reservatarios. Por lo tanto, de no vivir nadie que reúna estas circunstancias falta la base de la protección de la norma. Si alguna duda hubiera, la aplicación analógica del artículo 971 aclara la perspectiva: «971. *Cesará además la reserva si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero*». La mecánica es la misma, cambiando «el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio» por «el ascendiente reservista conforme al art. 811» e «hijos y descendientes legítimos del primero» por «parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden» (Ver II, § 1.º, 4 y en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 670).

El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han rozado esta cuestión en sendas ocasiones. El primero, en la Sentencia de 10 noviembre de 1953, en un caso de venta de un bien, que se estimó reservable con arreglo al artículo 811 del Código civil, otorgada por el reservista a favor de uno de sus hijos habidos en su matrimonio con el otro ascendiente de quien procedían los bienes. La segunda, en Resolución de 20 de febrero de 1914, relativa a un supuesto de donación por el padre al único hijo de su primer matrimonio de bienes heredados de otra hija, premuerta impúber, que los había heredado de su madre, la primera esposa del donante.

La Sentencia de 10 de noviembre de 1953 contempló un supuesto en que la madre, que había heredado *abintestato* de un hijo una finca que éste a su vez había heredado del padre, la vendió a otro de sus hijos comunes, sin que se hubiera hecho constar en el Registro al inscribirse la venta si dicha finca tenía o no carácter reservable. Es de notar que demandado el hijo comprador, no arguyó la posibilidad de que el reservista pudiese enajenar a un reservatario bienes reservables, extinguiéndose al hacerlo la reserva en cuanto a estos bienes enajenados. Diversamente, enfocó la defensa de su derecho invocando: la inaplicación del 811 a Cataluña, la inexistencia de reserva habiendo hijos comunes y la prelación de la legítima de los descendientes y de la reserva viudal, que autoriza la mejora, con respecto a la lineal. La Audiencia de Barcelona revocó el fallo del Juzgado de Mataró, que había estimado no aplicable la reserva, entendió que había lugar a ella y que la venta se hallaba sometida a condición resolutoria. Recurrido en casación esta sentencia, por ambas partes, el Tribunal Supremo rechazó los dos recursos.

La Resolución de 20 de febrero de 1914 resolvió la siguiente cuestión: un padre viudo donó al único hijo vivo de su primer matrimonio seis fincas, que había heredado de otra hija del mismo primer matrimonio fallecida impúber y que ésta, a su vez, las había heredado de su madre, la primera esposa del donante. En la escritura se decía que los bienes se hallaban sujetos a reserva del artículo 811, no obstante lo cual la donación era perfecta *desde su otorgamiento*, por ser el donatario hermano de la causante y el único pariente que existe dentro del tercer grado en la misma línea de donde los bienes procedían. El Registrador había denegado la inscripción, por opinar que se daba la reserva del 811 y que, si bien entonces el reservatario presunto era el donatario, éste podía premorir al otorgante y darse la circunstancia de que, en cambio, sobrevivieran a éste alguno de los cuatro hermanos de la primera esposa del reservista—madre de los descendientes—o bien, los hijos que el propio donatario pudiera llegar a tener, y porque para estas hipótesis no se habían dejado a salvo en la donación los eventuales derechos de esos—a su juicio—posibles reservatarios. La Dirección General confirmó la nota del Registra-

dor considerando «que aun asimilado el poseedor de bienes reservables al poseedor de bienes sujetos a condición resolutoria, no puede enajenarlos, sin que por lo menos en la inscripción se haga constar el derecho de los reservatarios, por lo que una vez declarado el carácter de los bienes donados y su sujeción a las consecuencias del artículo 811, se faltaría a los preceptos del artículo 109 si se diere por extinguido».

No creemos adecuada a la *ratio* del artículo 811 las posiciones de la Sentencia y de la Resolución que acabamos de referir. Aparte de que en el supuesto de la Sentencia de 1953, al no sobrevivir al ascendiente más que los hijos comunes, creemos que la reserva no debió estimarse aplicable.

Para centrar el tema que tratamos de resolver debemos volver a aquellos datos que hemos estimado seguros al analizar teleológicamente el artículo 811 (584). De ellos para resolver esta cuestión interesan los siguientes: a) *La finalidad del 811 es evitar la desviación de su línea de procedencia de ciertos bienes producida por azar imprevisible: en virtud de la interposición de un ascendiente de línea distinta...* (585). c) *El artículo 811, como «ius singularis», es de aplicación estricta a cuanto su «ratio» singular exija...* (586). 7) *No debe aplicarse el artículo 811, si no existe diversidad de línea, y, por tanto, objetivamente de estímulos normales que impulsen al descendiente a disponer de los bienes fuera de la línea de procedencia* (587).

En los casos planteados, al ascendiente reservista dispone a favor de personas que pertenecen a la línea familiar de procedencia de los bienes y que se hallan dentro del grado de parentesco con el descendiente determinado en el artículo 811. No provoca, pues, con ello desviación alguna, sino al contrario, encauza los bienes por la propia línea de la que no quiere el precepto legal que salgan por mediación del reservista.

Se alegrará, tal vez, que esta solución podría dar lugar a que, en su día, si el adquirente premiere al reservista y fueren otros los reservatarios, éstos quedasen perjudicados al no recibir el bien dispuesto anticipadamente a favor de quien en el momento de la disposición era reputado como reservatario preferente. Pero, la objeción carece de valor si atendemos a que los reservatarios, aun consumada la reserva, no tiene—en contra de la voluntad del reservista—más derecho a los bienes que el dimanante de sus poderes de exigir el cumplimiento de la reserva. Como vimos, ni la *era-*

(584) Ver II, § 2.º, núm. 17, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 702 y sigs.

(585) Ver I, § 1.º, núms. 5, 8 y 9, págs. 15 y sigs. y § 5.º, núm. 30, pág. 106, y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs. y 700.

(586) Ver I, § 2.º, núms. 10 y sigs., págs. 29 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 353 y sigs.

(587) Ver I, § 5.º, núm. 20 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 730 y sigs.

ción del artículo 811, ni su letra imponen una sucesión forzosa al ascendiente reservista (588). Y la reserva la cumple el reservista haciendo pasar los bienes a parientes de línea y grado exigidos, al llenarse así el fin perseguido por el precepto.

También se objetará la posibilidad de acuerdo, entre reservista y reservatario adquirente, en fraude de lo ordenado en el artículo 811. Esto es, que el reservista done a uno o varios de los reservatarios, para que éste o éstos vendan el bien donado, libre ya de la reserva, repartiéndose el precio o entregándolo totalmente el donatario al reservista donante. Pero, creemos que la posibilidad de fraude no es razón suficiente para rechazar la validez y licitud de un acto jurídico cuando aquél no se demuestre. El fraude no puede presuponerse, fuera de los casos en que la ley expresamente lo haga, como en las hipótesis previstas en el artículo 1.297 del Código civil y 880 y siguientes de Código de Comercio.

Claro que no faltará quien alegue que, conforme al § 1.º del primero de los preceptos citados: *Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito*. Pero, la réplica es fácil. *el reservista, como tal, sólo es deudor del cumplimiento de la reserva y, precisamente, la cumple anticipadamente transmitiendo los bienes reservables a parientes de la línea y grado determinados en el artículo 811.*

Cosa distinta es la posibilidad de establecer presunciones *hominis vel facti* deducidas de la consecutividad de una donación de bienes reservables a algún presunto reservatario y de la venta, por éste, a personas ajenas al círculo familiar. En especial, si el incremento patrimonial correspondiente al precio de la venta no se refleja en el patrimonio del reservatario vendedor o si se prueba un correlativo enriquecimiento injustificado en el del reservista. El artículo 1.253 del Código civil deja abierta al juez la posibilidad de esa apreciación deducida *según las reglas del criterio humano*.

La validez de la donación de bienes reservables hecha por el reservista o alguno de los reservatarios, deberá entenderse sin perjuicio de los derechos legitimarios de los descendientes que sean comunes a ambos ascendientes (al reservista y al otro de quien proceden los bienes), para cuyo cálculo deben computarse los bienes donados y los demás reservables en la forma que anteriormente hemos indicado (589).

En caso de haber verificado el reservista a título oneroso la transmisión de los bienes reservables al presunto reservatario, creemos que aun cuando los bienes transmitidos queden—según lo indicado—liberados de la reserva por cumplimiento anticipado, en

(588) Ver II, § 2.º, núm. 17, b) y en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 702, y I, § 1.º, núm. 6, págs. 23 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, pág. 743 y sigs.

(589) Ver I, § 7.º, núm. 50, c), págs. 184 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-IV, págs. 1117 y sigs.

cambio, el precio o la contraprestación que el reservista recibiere quedarán sujetos a la reserva de acuerdo con el criterio expuesto al tratar de subrogaciones (590).

28. *Cumplimiento de la reserva «mortis causa» por el reservista.*

Cuanto acabamos de admitir con relación al cumplimiento *inter vivos* del deber de reservar, prejuzga en cierto modo la solución de su cumplimiento *mortis causa*. Pero, como quiera que ésta ha sido una cuestión muy discutida por la doctrina y diversamente contemplada en algunas sentencias del Tribunal Supremo, creemos conveniente detenernos en su examen, que a su vez nos podrá servir para confirmar o rectificar la solución que acabamos de dar al problema del cumplimiento anticipado en vida del reservista.

Pero antes, debemos recordar que, además de aquellos datos demostrados que hemos tomado como base para decidir la cuestión del cumplimiento *inter vivos*, ahora para resolver acerca de su realización voluntaria por disposición *mortis causa* del reservista, debemos tener como apoyo fundamental otro de los datos probados: b) *La «ratio» del artículo 811 ni su letra imponen una sucesión forzosa al ascendiente reservista* (591).

Como razones de esa afirmación, en la primera parte de este trabajo (592) hemos expuesto las siguientes:

1.º Conforme la finalidad enunciada por Alonso Martínez y corroborada por las declaraciones de la jurisprudencia (593)—con la salvedad de las Sentencias de 8 de octubre de 1930, 8 de junio de 1954 (594) y 5 de diciembre de 1958 (595)—lo que se trata de evitar es que por la desviación prevenida los bienes pasen a personas extrañas, entendiéndose por tales las no comprendidas en la línea y grado que el 811 determina. Por lo tanto, en consecuencia, no se producirá desviación si los bienes quedan en poder de parientes que se hallen en ese tercer grado, aunque no sean los más próximos. El fin de prevenir la desviación queda cumplido con impedir que el reservista disponga fuera de dicha línea y ámbito familiar fijados en el 811. Con ello basta para evitar el *irritante espectáculo* que la Comisión General de Codificación quiso prevenir.

(590) Ver II, 3.º, núm. 21, a), en AN. DER. CIV., XII-III, pág. 784.

(591) Ver II, § 2.º, núm. 17, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 762.

(592) I, § 2.º, núm. 6, págs. 23 y sig., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 347 y sig.

(593) Sentencias 30 diciembre 1897, 29 octubre 1907, 19 noviembre 1910, 2 enero 1920, 25 marzo 1933, 26 noviembre 1943, 11 julio 1955, 1 febrero 1957.

(594) La crítica en este aspecto de estas dos sentencias la hemos hecho en este trabajo, I, § 1.º, núm. 7, pág. 26, y en AN. DER. CIV., X-II, pág. 350.

(595) Hemos comentado esta sentencia en AN. DER. CIV., XII-I, págs. 351 y sigs. Respecto al punto que tratamos, ver en especial, págs. 358 y sigs.

2.º La expresión literal del precepto no desmiente lo más mínimo esa interpretación finalista. El artículo 811, refiriéndose al reservista, dice «se halla obligado a *reservar*». El sentido del verbo *reservar*, lo hemos repetido muchas veces, no equivale a disponer o atribuir ni a sufrir una atribución y distribución predeterminados por la ley, sino—conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua—a *destinar, separar o apartar*.

Además, hemos visto:

4.º El carácter de *ius singulare* del 811 (596), limitativo del Derecho común de sucesiones para una finalidad singularísima, que requiere su interpretación ceñida a su *ratio* y, por lo tanto, restrictiva en cuanto exceda de ésta; según la cual el *derecho sucesorio común* (sucesión testada, intestada y sujeción legítima del reservista) *no debe ser limitada más que para cumplir el fin perseguido y de ningún modo cuando con el mero cumplimiento de dichas normas comunes quede satisfecha la finalidad querida en el 811*.

4.º Tenemos: como premisa mayor comprobada (597) la *identidad funcional que ofrecen las dos reservas reguladas en el Código civil*; y como premisa menor, también verificada (598), que en el régimen de la reserva viudal en el Código civil, los bienes reservables no integran la herencia del ascendiente premuerto y, en cambio, hay datos que inclinan a entender que con respecto a los descendientes comunes esos bienes se computan en la herencia del reservista. Este puede disponer de ellos en los límites marcados por los artículos 968 y 972 en relación con el 823 y 937, § 2.º del Código civil. De ello resulta, no sólo que los bienes reservables no integran la herencia del descendiente, ni son atribuidos por la ley directamente de modo individual a los reservatarios, sino que el reservista está facultado para disponer de los mismos dentro de los límites determinados por la ley.

5.º *Sistemáticamente* (600) el artículo 811 está precedido inme-

(596) Ver la fundamentación de este tercer argumento de I, § 2.º, núms. 10 y sigs., págs. 29 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 353 y sigs.

(597) Ver II, § 1.º, núm. 4, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 665 y sigs., y también nuestro trabajo en síntesis *Interpretación localización sistemática e integración de la reserva del artículo 811 del Código civil*, III, B), en REV. DER. PRIV., XLIII (mayo 1959), págs. 392 y sigs.

(598) Ver II, § 2.º, núm. 8, B), en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 697 a 701, especialmente *Las reservas en el Capítulo V del Título IV, Libro III del Proyecto de Compilación del Derecho Civil de Cataluña, redactado por la Comisión de juristas catalanes*, en «Rev. Jur. de Cataluña», LVIII (marzo 1958), págs. 144 y sigs.; *Notas a la Sentencia de 5 de diciembre de 1958*, en AN. DER. CIV., XII-I, pág. 361, notas 18 y 19, e *Interpretación...*, en «Rev. Der. Priv.», LXIII, cit., pág. 394, notas 216 a 221.

(599) Ver II, § 2.º, núms. 14, 15 y 16, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 745 y sigs., en especial 749, 750, 751, 754 y 755 y sigs.

(600) Ver II, § 2.º, núm. 14, 2.º, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 750. En ese mismo sentido, RIZA MARTÍN (*Contribución al estudio de la reserva troncal en el Código civil*, Santiago, 1925, pág. 125) dice que «el artículo 811 no legisla como disposición creadora de una cuota legítima».

claramente por los artículos que establecen las legítimas a favor de los ascendientes, y el artículo 938, que aplica el 811 a la sucesión intestada, subsigue a los que establecen la sucesión intestada de los descendientes por los ascendientes, y aparecen como modalidades o limitaciones de dichas legítimas o sucesión intestada, respectivamente. Así lo corroboran las sentencias de 10 de enero de 1901, 8 de noviembre de 1906, 19 noviembre de 1910, 4 de enero de 1911, 7 noviembre de 1912, 25 de marzo de 1933 (601) y 1 de febrero de 1957, que conceptúan la reserva como limitación de los derechos legítimarios de los descendiente, y las sentencias de 7 de noviembre de 1927 y 26 de noviembre de 1943, las cuales más ampliamente la contemplan como restricción impuesta a la titularidad sucesoria de los ascendientes. De lo cual resulta que el ascendiente ha heredado o ha sucedido a su descendiente, aunque en virtud de su obligación de reservar tiene limitada—según el contenido que de la letra y *ratio* del 811 resulta— la libre disponibilidad de los bienes.

De todas estas razones, además de la conclusión antes enunciada, pueden deducirse escalonadamente—como en otra ocasión ya anticipamos (602)—los siguientes puntos básicos:

a) *El 811 no atribuye derechos individuales a los reservatarios. No les llama directamente como sucesores—universales ni singulares—del descendiente, ni de ninguno de los dos ascendientes. Simplemente, prohíbe que los bienes pasen del reservista a personas no comprendidas en la línea familiar y grado de parentesco determinados en el propio precepto.*

b) *El 811 no excluye totalmente los bienes reservables de la herencia del reservista, sino tan solo restringe su posible destino impidiéndole disponer de ellos fuera de cierto ámbito familiar y limita, en esos mismos términos, las normas de su sucesión intestada.*

c) *La sucesión testada e intestada del reservista, así como las legítimas que limiten aquélla cuando los legítimarios sean a la vez reservatarios, deben ser aplicadas y respetadas en cuanto con su aplicación no se incumpla la limitación impuesta al reservista por el 811.*

ria, sino como limitativa de otra que con anterioridad deja establecida; que sus efectos, más miran a mermar facultades que a concederlas; que su misión es reductoria, no constitutiva).

(601) Especialmente esta Sentencia en su primer considerando observó que «después de determinar el Código civil en su artículo 800, lo que ha de entenderse por legítima y en el 807 y siguientes, cuáles son los herederos forzosos a quienes corresponde dicha porción, regula en el 810 la sucesión de los ascendientes legítimos respecto de sus descendiente de igual clase, pero a renglón seguido limita los efectos de este modo de adquirir la propiedad conforme al 600 en cuanto a determinados casos y bienes en el 811».

(602) *Notas a la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, loc. cit., págs. 360 y sig.*

Con esos datos podríamos resolver la cuestión que hemos planteado, pero antes de hacerlo preferimos repasar la posición de la jurisprudencia y de la doctrina y, en especial, las opiniones adversas a la disponibilidad testamentaria, que, aunque limitada, creemos que corresponde al reservista.

29. *La discutida facultad de mejorar del reservista según la jurisprudencia.*

La facultad de mejorar por el reservista y, más ampliamente, la facultad de éste de elegir o desigualar entre los presuntos reservatarios (si preferimos usar técnicamente el verbo *mejorar* concretando su ejercicio, por el reservista, entre sus descendientes comunes al otro ascendiente, de acuerdo con los artículos 972 y 823 en relación con el 811) es la cuestión de cuya posibilidad o no, según el criterio de la jurisprudencia, vamos a ocuparnos.

La primera Sentencia que rozó esta cuestión fué la de 4 de enero de 1911. Unos tíos del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes demandaron a un sobrino de dicho descendiente, que era nieto del ascendiente reservista y de la ascendiente de quien procedían los bienes, como hijo de una hija común de ambos ascendientes. El Tribunal Supremo, en este caso, aparte de afirmar que no tiene lugar la reserva cuando exista descendencia común del reservista y de la persona de quien procedan los bienes, dió por sentado en su segundo considerando que *con esta reserva (la del 811) o sin ella, mientras exista un solo descendiente al fallecimiento del último cónyuge, los bienes de la familia constituida por el matrimonio y su posteridad, estarían siempre regidos por el sistema de las legítimas y las mejoras y demás disposiciones legales del Código, que regulan la sucesión entre los padres y descendientes legítimos.*

La Sentencia de 21 de enero de 1922 examina el siguiente supuesto: un testador manifestó que de su primer matrimonio tuvo cuatro hijas, de las cuales una había fallecido soltera y otra casada dejando cinco hijos, nietos del testador, y después de varias disposiciones, que no hacen al caso, advirtió a los albaceas—contadores que en las operaciones de su testamentaria no debían incluirse los bienes que el testador había heredado de la hija que le premurió soltera, y que ésta había adquirido de su madre, pues dichos bienes eran reservables en virtud del artículo 811 del Código civil y correspondían exclusivamente a las dos hijas *supérstites*. El Tribunal Supremo, en su segundo considerando, estimó con respecto a dicha advertencia, que en modo alguno cabía apreciar que en tal forma hiciera uso el padre de las atribuciones que le concede el artículo 972 el Código civil, estableciendo sin manifestación clara y explícita de constituirla, una mejora, que por esto solamente sería contraria a Derecho, pues sabido es que nuestro Código no reconoce la mejora tácita, según se desprende de los artículos

825 y 828). Dejamos aparte esta última afirmación, que en otra ocasión hemos criticado (603), pues ahora sólo nos interesa advertir, en la declaración del Tribunal Supremo, que *sensu contrario* admitía la posibilidad de que el causante pudiera haber mejorado expresamente a algunos de sus hijos. Si bien, para nuestro tema, esta apreciación pierde interés por haber estimado el primer considerando de la Sentencia, que la reserva vidual—el testador había contraído segundas nupcias—era preferente a la línea.

La Sentencia de 8 de octubre de 1930 contempló—con criterio netamente opuesto al de la Sentencia de 4 de enero de 1911—el siguiente supuesto: la testadora, que dejó tres hijos, mejoró a uno de ellos; y en la partición de su herencia se comprendieron para computar la mejora unos bienes que la causante había heredado por ministerio de la ley de un hijo premuerto y que éste había habido de su padre, el finado cónyuge de la testadora. Demandaron los hijos no mejorados, desestimó la demanda el Juzgado; pero la Audiencia de Sevilla revocó el fallo y declaró que los bienes heredados por la testadora de su hijo eran reservables y no debían incluirse en la herencia de ella. Interpuso el mejorado recurso de casación y alegó, en su segundo motivo, infracción de los artículos 811, 972, 823 y 808 del Código civil, observando que ni el artículo 811 ni el 968 dicen cómo deben distribuirse los bienes entre los reservatarios, pues basta que queden dentro del ámbito familiar determinado respectivamente para cada reserva. Pero el Tribunal Supremo desestimó el recurso, por entender: en su segundo considerando, que, como quiera que la testadora, «respecto de los bienes reservables antes aludidos *no tenía dominio alguno, no le era licito disponer de ellos*, y, por tanto, no podían ser comprendidos del modo que lo fueron en dichas particiones, puesto que, de conformidad con el repetido artículo 811 y el 921 del Código civil, es palmario que *los repetidos bienes debieron ser heredados y adjudicados por partes iguales*». Y, en el tercero, que el 811 «no distingue ni excepciona respecto de la obligación de reservar, en cuanto a unos respecto de los otros hermanos, no teniendo por ende, aplicación al pleito los artículos del Código citados por la parte demandada en este motivo de su recurso, y precisamente ha-

(603) *La mejora tácita*, en «Anales de la Academia Madrileña del Notariado», VIII, págs. 9 y sigs. Aparte nuestra tesis de estimar posibles las mejoras tácitas y sólo prohibidas las presuntas, observamos (en la página 10) que *da controversia cláusula no contenía ninguna manifestación de voluntad, y sí, solamente, una declaración de verdad. Declaración sin duda viciada doblemente de error de derecho. Primero, porque juzgaba hallarse ante un supuesto de reserva lineal, y se encontraba, como resuelve en su primer considerando el fallo comentado, ante un caso de reserva clásica. Y, segundo, porque, al parecer el testador estaba en la creencia, equivocada, de que en la reserva lineal el pariente de grado más próximo excluía al más remoto, sin ser posible el derecho de representación* (lo cual correspondía a la opinión más común en aquellas fechas, apoyada en la simple letra de las SS. 15 diciembre 1801, 10 enero 1901, 8 noviembre 1906 y 30 diciembre 1912).

lida cuenta de la finalidad que se persigue en el repetido artículo 811, que es que *no salgan los bienes, no de la familia, sino de la línea de donde proceden, adjudicándose a quienes legalmente corresponden y tienen derecho desde la muerte de quien debía guardarlos*».

La Sentencia de 8 de abril de 1931 insistió en ese mismo criterio. Una testadora había dejado a sus tres hijos sobrevivientes la legítima estricta, mejoró en los dos tercios restantes a dos de ellos y designó un contador partididor, quien verificó la partición incluyendo en la herencia de la causante bienes que ésta había heredado de los hijos premuertos y éstos de su padre, el premuerto cónyuge de aquélla. Demandó el hijo no mejorado y el Juzgado y Audiencia de Granada admitieron su petición. Interpusieron los mejorados recurso de casación y lo desestimó el Tribunal Supremo, que afirmó, en su tercer considerando, que no constituyen la herencia de la testadora «dos [bienes] reservables, que *por no ser de aquélla tienen el especial destino* reconocido por la Sentencia [recurrida]» y «porque el artículo 811, que ya se acepta por la parte recurrente al no impugnarse, impide que en la partición de una herencia se adjudiquen los bienes reservables *que no forman parte de ella*: doctrina la expuesta que guarda relación con la ya sancionada en la Sentencia de este Tribunal de 8 de octubre del año próximo pasado».

Pero, la Sentencia de 25 de marzo de 1933, rectificó este criterio y volvió al primitivo de la Sentencia de 1911. También en su supuesto figuraban dos hijos premuertos que habían heredado bienes del padre, que *ab intestato* pasaron a la madre, la cual mejoró a tres de los cuatro hijos supervivientes dejando a la otra su legítima estricta. Ésta demandó y, rechazada su demanda, por el Juzgado de Bilbao y por la Audiencia de Burgos, interpuso el recurso de casación que fué desestimado por el Tribunal Supremo en una sentencia que *caló perfectamente la ratio y esencia del 811, bajo la Presidencia de Jerónimo González y la ponencia de José Manuel Puebla*. Los argumentos de esta Sentencia pueden ser clasificados en dos grupos, distinguiendo los que fundamentalmente se ocupan de rechazar las consideraciones de la Sentencia de 8 de octubre de 1930, y los que construyen la propia doctrina enhebrándola con la jurisprudencia de primeros de siglo. Aparte de sus afirmaciones de no haber lugar a la reserva cuando al fallecer el reservista sólo quede descendencia común y de la preferencia de la legítima de de los hijos comunes respecto la reserva (tercer considerando), nos interesan ahora las que concretamente se refieren a la mejora ordenada por el reservista.

Sus primeros considerando contradicen lo afirmado por la Sentencia de 1930, declarando el primero que, ésta, «parte del supuesto, *que no demuestra*, de que la causante de ellos no tenía dominio alguno sobre dichos bienes, cuando del 976 respecto de los muebles *se deduce lo contrario*, así como del 974 que estima válidas

las enajenaciones de bienes inmuebles hechas por el cónyuge sobreviviente mientras se conserva viudo, siquiera le imponga la obligación de asegurar su valor a los hijos y descendientes del primer matrimonio, y del contenido del 975 se deduce que han de ser válidas aunque rescindibles en su caso dichas enajenaciones de inmuebles». Y, el segundo considerando, añade «que si a la indicada reserva no cabe atribuirle otra finalidad ni otro alcance que los puramente familiares antes expresados [*la precisión de evitar que personas extrañas a la familia puedan adquirir por un asar de la vida bienes que sin él hubiesen quedado en aquélla*], a esta revelación del espíritu del precepto legal referido, que la jurisprudencia descubre, habrá que atenerse en toda ocasión y en todo momento sin olvidarlo un punto, para que la aplicación del 811 a las realidades de la vida se adapte exactamente a las realidades del derecho en él creado».

Esta afirmación del segundo considerando es la pieza maestra en la que se apoya la elaboración de los demás. De éstos, nos interesan ahora los justificativos de la facultad de mejorar. El sexto, que añade a la aplicación integradora a la reserva lineal de las normas de la clásica, para razonar, el séptimo—que, si bien el 811 no prevé el supuesto regulado en el artículo 972—, «como en una y otra hipótesis es la misma la situación en que se encuentran colocados los hijos reservatarios respecto del ascendiente reservista, con relación a los bienes reservables, bien se trate de la reserva establecida en el referido artículo 968 del Código civil o ya de la impuesta en el 811, necesario será que en estos dos casos, aparentes casos distintos que la realidad funde en uno solo, rija el principio de derecho establecido para él en el repetido artículo 972 del Código civil». Y, el octavo, argumenta a mayor abundamiento, que constituiría una irritante desigualdad que, pudiendo mejorar el viudo que contrajese nuevas nupcias, no pudiera hacerlo el que se conserve viudo, y sería absurdo entender que la reservista, que de haberse vuelto a casar hubiese podido mejorar conforme al artículo 972, al mantenerse viuda no pudo hacerlo.

De nuevo vuelve a cambiar el criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de junio de 1954, que replica a los argumentos de la Sentencia de 25 de marzo de 1933 con afirmaciones francamente discrepantes de principios reconocidos reiteradamente por la propia Sala primera como fundamentales, referentes a la finalidad del precepto (604), al carácter normativo del mismo (605) y a su integración por las reglas de la reserva clásica (606). En el supuesto discutido había fallecido el padre dejando tres hijas y

(604) Ver I, § 1.º, núm. 7, págs. 26, y en AN. DER. CIV., X-II, página 350.

(605) Ver I, § 2.º, núm. 13, págs. 33 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 357 y sig.

(606) Ver II, § 1.º, núm. 2, b), en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 157 y sig.

una de éstas falleció, después de haberle heredado, sucediéndola *al intestato* su madre, la cual en su testamento, usando de la facultad conferida en el artículo 1.056 del Código civil, distribuyó los bienes, inclusive los habidos de su hija premuerta, entre las dos *supérstites*, favoreciendo a una de ellas, a quien demandó la otra. El Juzgado y la Audiencia de Madrid desestimaron la demanda, pero el Tribunal Supremo aceptó el recurso de casación.

Como réplica a los argumentos de la Sentencia de 1933, la de 1954, en su séptimo considerando, argumenta fundamentalmente: que la aplicación del artículo 972, para integrar el 811, no puede apoyarse en que éste contenga una laguna en el punto tratado por aquél, pues «no hay en realidad insuficiencia de la ley respecto a indisponibilidad del reservista *post mortem*, puesto que ésta brota lisa y llanamente del principio rector de la reserva lineal, prohibitivo de toda intervención del reservista que altere el curso de sus bienes o su partición por partes iguales entre los reservatarios». Que, ni aun en el caso de existir la laguna estima posible la aplicación analógica de las reglas de la reserva clásica—«otra institución excepcional o singular, que no es susceptible de aplicación por analogía»—, sino que mejor «estaría justificada la asimilación del reservista a la del fiduciario en la sustitución fideicomisaria condicional... o la del legitimario en la legítima corta o estricta». Que «es inexplicable la atribución de la facultad de mejorar el padre o madre segunda vez casado a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, en armonía con lo dispuesto en el artículo 823; pero lo que no sería explicable ni legalmente posible es que se extendiera la facultad de mejorar, prevista en el artículo 972, a tíos, sobrinos, abuelos y bisabuelos del descendiente heredado, en la línea de procedencia de los bienes, todos ellos posibles reservatarios, a menos que entre éstos se alee una distinción según sean o no hijos de reservistas, distinción que ni la ley la autoriza, ni es posible admitirla institucionalmente sin desnaturalizar la esencia de la reserva lineal». Que «si se concediera al reservista lineal la facultad de mejorar a alguno de sus hijos reservatarios, igual razón existiría para otorgarle la atribución de desheredarlos, y por esta senda, cabalgando sobre inconsecuencias y sobre distinciones injustificadas, se llegaría a la conclusión absurda de que el reservista podría desentenderse de los reservatarios, hijos y descendientes suyos, para disponer libremente de los bienes reservables...»

La base positiva de la argumentación de esta Sentencia, según su considerando tercero, la constituye su afirmación de que el legislador «ha retenido para sí la facultad de señalar la trayectoria que habrán de seguir los bienes [reservables]» y que el precepto «veda al reservista todo acto dispositivo *post mortem* de tales bienes, si a su fallecimiento existen parientes del grado indicado». De lo cual, deduce como indudable que «*queda al margen la autonomía de la voluntad del reservista y será ineficaz toda actuación que*

en cualquier forma altere el destino de los bienes preordenado por la ley. Y en el cuarto considerando, que este destino preordenado implica también una distribución de los bienes por igual entre los reservatarios, si hay pluralidad de titulares, porque así se infiere claramente de los términos en que está concebido el artículo 811 (607). Y así está dispuesto por el legislador en casos de concurrencia de varios partícipes en un mismo derecho, cuando no actúa la voluntad privada, como, por vía de ejemplo, ocurre en el supuesto del artículo 393 y, más directamente relacionado con el problema controvertido en el artículo 921, aplicable a la sucesión legítima que es la que corresponde en régimen de reserva lineal fallecido el reservista».

Este mismo criterio lo mantiene la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, que ya hemos comentado en este Anuario (609). El supuesto de esta sentencia no era propiamente de mejora, pues precisamente la hija común de la reservista y del otro ascendiente de quien procedían los bienes, se consideraba única y universal heredera de aquélla. Pero, al reclamar una parte de los bienes reservables una hijastra de la reservista, nacida en el primer matrimonio del marido de ésta y, por tanto, media hermana del descendiente, se planteó el problema del destino y distribución de los bienes reservables, tangente en cierto modo al nuestro. Ello dió lugar a que en los considerandos de la sentencia se deslicen algunas afirmaciones que rozan plenamente la cuestión que tratamos. Así, al replicar la opinión de que al dejar el reservista sólo descendencia común al otro ascendiente no existe diversidad de línea y, por tanto, falla la *ratio legis* del precepto, objeto en el segundo considerando, hacia el final, que es *inadmisible conclusión* la «de eliminar toda participación en ella [la reserva], en provecho exclusivo del legitimario común y en contra del precepto del artículo 811, a otro pariente de igual grado del descendiente que da causa a la reserva y dentro de la misma línea de que los bienes proceden, por el solo hecho, absolutamente indiferente al efecto, de que el favorecido pertenezca a la línea del reservista». Y poco después esgrime *ab absurdum* que «bastaría que el reservista dispusiera de los bienes a favor de uno cualquiera de los varios reservatarios que pudieran estar llamados por la ley, y, por tanto, quedarán dentro de la línea de origen, para anular los derechos de los restantes, al quedar satisfecha la razón y finalidad del precepto, conclusión

(607) Con lo cual este considerando, después de formular unos silogismos con patente fallos lógicos—observados en I, § 1, n. 7, citado en la nota 604—, termina por caer en esa petición de principio.

(608) Afirmación que sólo sería cierta si la reserva supusiera una vocación hereditaria legal a favor de los reservatarios en lugar de ser *meramente una reserva* ordenada para impedir la salida de unos bienes de su línea de procedencia en el supuesto previsto por el 811.

(609) XII-I, págs. 351 y sigs.

como fácilmente se advierte de todo punto insostenible» (610). La base de estas argumentaciones se halla en su primer considerando, al insistir—siguiendo a las Sentencias de 8 de octubre de 1930, 8 de junio 1954 y 30 de mayo 1959—que en el artículo 811 «se marca *ex ministerio legis* la trayectoria hereditaria de determinados bienes».

Pero esta afirmación contradice las Sentencias de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo 1933, e incluso aquéllas que no han entendido la reserva como nueva forma de sucesión sino meramente como limitación de los derechos legítimos del ascendiente (Ss. de 16 de enero de 1901, 7 de noviembre de 1912, 26 de noviembre de 1943 y 1 febrero de 1957), y no podemos aceptarla por las razones que hemos expuesto en el epígrafe anterior y venimos confirmando a lo largo del presente trabajo.

30. Criterios de la doctrina.

Hemos anticipado al comenzar la segunda parte de este trabajo (611), que el tema ha sido discutido por la doctrina y que las diversas posiciones adoptadas por los autores pueden en síntesis reducirse a tres: una totalmente afirmativa, otra negativa y la tercera que es afirmativa en el supuesto de que el reservista deje descendencia común al otro ascendiente de quien proceden los bienes y negativa en caso contrario. No faltan tampoco autores que no definen su propia posición y se limitan a exponer las soluciones contradictorias de las Sentencias de 8 de octubre de 1930 y 25 de marzo de 1933 (612).

(610) Al anotar esta Sentencia (loc. cit., pág. 355) comentamos esa afirmación: «Lo que en verdad nos parece de todo punto insostenible es este razonamiento por la petición de principio que, en el mismo, es lo que más fácilmente se advierte. ¿En qué se funda ese considerando para entender que cada uno de los reservatarios tiene un derecho individual a participar de los bienes reservables? La consecuencia del criterio de estimar que los bienes reservables han de ser distribuídos por partes iguales entre aquellos parientes de la línea que sean más próximos en grado, resulta paradójicamente de los mismos argumentos esgrimidos en su defensa por MANRESA (*Comentarios al Código...*, VI, art. 811, II, págs. 254 y sigs.), y «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 73, págs. 363 y sigs.), a juicio de quien *el pensamiento rector del 811, ase respeta siempre que los bienes quedan en el tronco, en poder de un pariente u otro, o de veinte, porque no han de conservarse mejor por el hecho de fraccionarse o pulverizarse*, y por CLEMENTE DE DIEGO (*Dictámenes jurídicos*, 1. III, págs. 510 y 511, Dicn. 43, Madrid, 21 julio 1943) al afirmar del 811 «que su carácter excepcional y anómalo no puede ser llevado más allá de donde exijan el fin y la necesidad que venía a satisfacer la nueva institución».

(611) II, § 1.º, núm. 2, b), en AX. DER. CIV., XI-III, págs. 657 y 658.

(612) Así, CASTÁN TOBEÑAS (*Bibliografía*, en «Rev. Crít. de Der. Inmod.», XI, enero 1935, págs. 67 y sigs.) al comentar la obra de LA CRUVA y DOXOSO, discrepando de la crítica de este autor a la S. 25 marzo 1933, afirmó: «Sin que pedamos ni debemos entrar en una discusión a fondo y sin que quepa predecir qué solución triunfará en definitiva y constituirá jurisprudencia..., si hemos de observar que el fallo de 1933 se fundó en el

Ahora, enmarcadas en la clasificación enunciada, examinaremos con algún detalle las posiciones debatidas con las razones alegadas por sus respectivos defensores.

a) *Tesis que niega al reservista toda posibilidad de disponer de los bienes reservables entre los presuntos reservatarios:*

Parte de que hay una atribución legal de los bienes reservables directamente verificada a favor de los beneficiarios de la reserva.

Entre los que han entendido esto, algunos ni siquiera discutieron la cuestión, sino que de antemano la presupusieron resuelta, al entender como regla fundamental de las reservas que éstas consisten en una delación legal automáticamente verificada y que los bienes reservables forman una masa separada y excluida de la disposición del reservista. Así: *Mucius Scaevola* (613) al afirmar «que adquirirán los bienes [reservables] todos los parientes dentro del tercer grado con relación al descendiente, que existan en el momento de la muerte del ascendiente, siendo la adquisición por cabezas, por partes iguales». *Alcubilla* (614), pues opinó que «el ascendiente llamado a la sucesión recibe dichos bienes [reservables] en usufructo, correspondiendo la nuda propiedad a dichos parientes dentro del tercer grado». Y otros autores que presuponen una atribución legal automática e igualitaria de los bienes lineales a favor de los reservatarios de grado más próximo (615).

Otros han declarado expresamente que el artículo 972 no es aplicable al artículo 811 y que el ascendiente reservista lineal carece de facultades distributivas *post mortem*. Tales: *Manresa* (616), *Mo-*

espíritu y finalidad del artículo 811, y que esta solución de la Sala primera estuvo atenta, más que a la letra, al espíritu de dicho texto legal y basada además en la relación de dicho artículo con los que regulan la reserva ordinaria y en consideraciones de justicia y equidad». *BONET RAMÓN*, al comentar la S. 25 marzo 1933 (en «Rev. Der. Priv.», XX, septiembre 1933, página 292) escribió que: «Difícil en verdad resulta pronunciarse a favor de una de estas soluciones pues si una encuentra justificación en el texto del artículo 811, la otra descansa en potentes razones de justicia—aunque no suscribamos por completo las del fallo—defendibles, considerando que el referido artículo no se redactó con vistas a esta hipótesis, pues sólo perseguía que los bienes de una familia no fueran a otra habiendo parientes próximos de la primera, y este fin queda también salvaguardado con la solución del fallo que anotamos». *VALVERDE VALVERDE* (op. y vol. cit., cap. X, pág. 234, nota 3) y *GENOVÉS AMORÓS* (loc. cit., pág. 732 in fine y sigs.) se limitan a exponer la discrepancia entre las Ss. de 1930 y 1933 acerca de esta cuestión.

(613) *MUCIUS SCAEVOLA*, *Op. cit.*, XIV, arl. 811, F, b), pág. 314.

(614) *M. ALCUBILLA*, *Código civil de España* (Madrid, 1890), art. 811, nota 294, pág. 238.

(615) Probablemente debe clasificarse en ese grupo a *SÁNCHEZ ROMÁN* (*Estudios...*, VI-II, n. 157, pág. 1037), pese a considerar la reserva más como reversión o reivindicación familiar que como sucesión hereditaria, y sin duda a *FELIPE CLEMENTE DE DIEGO* (*Instituciones...*, vol. cit., Lec. 88, pág. 106, y *Dictámenes jurídicos*, III, dicts. 41, 43 y 44, págs. 500 y sigs.).

(616) *MANRESA*, *Código...* V, art. 811, IV, B, 2.º, 308: «Es claro que en la reserva del artículo 811 no cabe conceder al reservista los derechos

rell (617), López R. Gómez (618), De Buen (619), Charrín—en uno de sus trabajos (620)—, La Cueva (621), Escobar de la Riva (622), y recientemente Entrena Klett (623). De estos autores sólo Charrín y La Cueva han razonado su opinión.

Charrín se limita a esgrimir un solo argumento: «Se explica perfectamente la facultad de mejorar concedida en la primera de dichas reservas [la vidual], que sólo beneficia a los hijos y descendientes comunes, es una verdadera sucesión de los descendientes, en la cual, la ley ha autorizado las mejoras, y por esa razón no debe ampliarse o extenderse esa facultad a la reserva del artículo 811, que favorece a personas que no son descendientes de los reservistas y a los cuales, por tanto, no es aplicable la disposición del artículo 823 del Código Civil, ni ninguna otra de las relativas a las mejoras».

La Cueva, con su característica pasión arremetió contra los razonamientos de la Sentencia de 25 de marzo de 1933, esgrimiendo que: «O hay reserva o no la hay; si existe, el reservista es dueño absoluto y viene la aplicación del artículo 823, pero si existe reserva, hay que acudir para regularla al precepto legal que la origine, al artículo 811, y eso para aplicarlo estrictamente, para llamar al disfrute de los bienes reservables a los parientes todos de cualquier clase y condición que sean, que estén dentro del grado tercero con el descendiente heredado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan. Dejar de cumplir esto para acudir al artículo 972 sito en plena reserva vidual es desnaturalizar los efectos del artículo 811, es cambiar su esencia y naturaleza, es sustituir el derecho que los parientes dentro del tercer grado tienen, a una igual distribución entre ellos de los bienes reservables, por esa otra disposición que faculta al ascendiente para perjudicar a unos hijos en favor de otros, lo que puede autorizar el artículo 823 en los casos que no hay reserva, pero no puede tener aplicación

de mejorar, ni de desheredar, consignados en los artículos 972 y 973 del Código, con relación a la reserva en favor de los hijos y descendientes.»

(617) MORRELL, *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, vol. IV, artículos 191 al 199, pág. 403, se expresa idénticamente que en el texto del tomo de MANRESA citado en la nota anterior.

(618) LÓPEZ R. GÓMEZ, *Op. y vol. cit.*, cap. VIII, n. 12, pág. 253.

(619) DE BUEN, Foz «Reserva de bienes», C, V, a, en «Enciclopedia Jurídica Española», vol. 27, pág. 354: «Falta en esa reserva [la del 811] el supuesto necesario para la aplicación del derecho de mejorar concedido por el artículo 972 del Código.»

(620) A. CHARRÍN, *Interpretación del artículo 811 del Código civil. Consulta*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 132 (2.º semestre 1918), págs. 413 a 416.

(621) MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO, *La verdad sobre el 811* (Sevilla, 1934), págs. 332 y sigs.

(622) ESCOBAR DE LA RIVA, *Op. cit.*, pág. 41 *in fine*.

(623) CARLOS MARÍA ENTRENA KLETT, *Sobre la reserva del 811*, en «Revista General de Derecho», XV (marzo 1950), pág. 216, dice solamente que el ascendiente reservista «carece de facultades distributivas *post mortem*, Sentencias de 8 de octubre de de 1930 y 8 de junio de 1954».

ninguna si existe y hay que sacar de ella las consecuencias naturales y legales que autoriza el beneficio creado en ese artículo 811. Que esto es justo o que es injusto, eso podrá sostenerse en derecho constituyente, pero en derecho constituido no hay más que apreciar escueta y naturalmente, sin retorcimientos ni alambilaciones de juicio, el precepto regulador».

Los prejuicios que encierra la posición de La Cueva al presuponer que el artículo 811 dice lo que realmente no dice ni quiso decir, ni su finalidad reclama, quedan patentes a lo largo de lo expuesto en el presente trabajo, en especial en los §§ 1.º y 2.º de la primera parte y en el § 2.º de esta segunda.

a) *Subtesis negativa, que sólo admite la atribución al ascendiente reservista de la facultad de mejorar del artículo 972 en los casos de concurrencia de reserva lineal con reserva viudal.*

Ese es el criterio de Royo Martínez (624) y de Manuel Docavo (625). Según aquél es inaplicable la facultad de mejorar, regulada para la reserva clásica en el artículo 972, «cuando la reserva sea exclusivamente inpuesta por el artículo 811, pues el reservista es ajeno a la línea de la que los bienes proceden y a la que han de volver, y nada abona el derecho a mejorar. Lo que sucede es que la primera de las dos hipótesis del artículo 969 (viudo que adquiere bienes de un hijo por título lucrativo) engloba en su seno imo de los supuestos del artículo 811 (ascendiente que hereda de su descendiente) y, si concurren los restantes presupuestos de una y otra reserva, se produce una superposición de ambas».

b) *Tesis que acepta únicamente la facultad electiva y distributiva cuando el reservista la ejercite a favor de los descendientes comunes.*

Charrín, al contestar otra consulta (626), resolvió afirmativamente la aplicación al descendiente reservista del artículo 811 de la facultad de mejorar con los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes comunes, conforme al artículo 823, concedida al padre viudo por el artículo 972, «no sólo porque no hay razón alguna legal que se oponga a ello, sino porque existen las mismas razones que se invocan para aplicar a dicha reserva las disposiciones de los artículos 974 y siguientes». Pero observa «que siendo distintos los casos de esas reservas y diferentes también las

(624) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, c. XX, § 4.º, pág. 234.

(625) MANUEL DOCAVO NÚÑEZ, *Las reservas*, en «Rev. Gen. de Der.» XV (junio 1959), pág. 518: «La facultad de mejorar no es aplicable a esta reserva [del 811], salvo que se pudiera estar en un caso de superposición de ambas reservas.»

(626) A. CHARRÍN, *¿Son admisibles la mejora y el derecho de representación en la sucesión de los bienes reservables con arreglo al artículo 811 del Código civil?*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 91 (segundo semestre 1897), págs. 427 y sigs.

personas en cuyo favor se establecen, no se puede aplicar la facultad de mejorar lo mismo en la reserva del segundo matrimonio que en la del artículo 811, porque en aquélla significa la mejora que hace un ascendiente en favor de alguno o algunos de sus descendientes sin limitación de grados, pues así es la reserva de las segundas nupcias, mientras que la reserva del artículo 811 se ha establecido en favor de personas que pueden no ser descendientes de la persona obligada a reservar, y en este caso no cabe ni es posible admitir la facultad de mejorar que concede el artículo 972».

Sin discutir si existe facultad electiva y distributiva en otros supuestos, Reino Caamaño (627) opinó que «si en algún caso esta nueva reserva liga a padre e hijos no debe hacerlo con menores facultades para el padre que la reserva histórica, porque ella vino "como solución para asegurar, en casos dados, la reversión de los bienes inmuebles al tronco de donde proceden sin alterar por esto, en su esencia, el régimen sucesorio moderno"—según transcribió de Alonso Martínez—. «Y ese régimen sucesorio, del que forma parte esencial la mejora, quedaría alterado y contrahecho si esa potestad del padre se barriese por la reserva del artículo 811...» «Cuando el padre que, sin embargo de tener por sus ulteriores bodas mermada o perdida su potestad, por disposiciones como las de los artículos 157 y 168 del Código civil, conserva ese atributo, retiene por el artículo 972 esa facultad, que fortalece su posición en la familia, para disponer hasta de aquellos bienes... ¿será posible que la pierda en los brumosos horizontes del artículo 811, quien, por continuar viudo, conserva íntegras las facultades de su poder de padre?»

Fuenmayor (628) y Roca Sastre (629) son también de este criterio, que igualmente parece aceptado por Gómez Morán (630).

Pero entre estos autores se observan diversidad de matices al hacer esa aplicación analógica. Así:

b.) Charrín sólo admite la mejora de bienes reservables «si la obligación de reservar favorece a los hermanos y sobrinos del descendiente heredado». Es decir, v. gr., «el abuelo que hereda a un nieto no puede ordenar la mejora en los bienes reservables mas que en favor de los hermanos de aquel nieto o de los hijos de éstos, porque son los que están dentro del tercer grado»: pero no «a favor de los tíos del descendiente heredado, aunque sean también descendientes de aquél [abuelo] y estén dentro del tercer grado, porque privaría con esa mejora a los hermanos y sobrinos del descendiente heredado del mejor derecho a los bienes reser-

(627) JOSÉ REINO CAAMAÑO, *La reserva familiar como objeto de mejora*, en «Rev. Grad. de Leg. y Jur.», 128 (segundo semestre 1916), página 428 y sigs.

(628) FUENMAYOR, *Mejora ordenada...*, loc. cit., págs. 350 y sigs.

(629) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., pág. 333.

(630) LUIS GÓMEZ MORÁN, *Las reservas en el derecho español y en el comparado* (Oviedo, 1940), págs. 81 y sigs.

vables, en cuya sucesión deben tener preferencia los parientes de grado más próximo».

b₂) Fuenmayor limita su posibilidad «cuando a la muerte de quien se hallaba obligado a reservar por imperio del artículo 811, quedan como únicos reservatarios los descendientes comunes del reservista y de la persona de quien procedan los bienes afectados por la reserva».

b₃) Reino Caamaño y Roca Sastre no parece que estimen necesario que el reservista tan solo deje descendientes comunes como únicos reservatarios, sino que, para admitir la mejora de alguno de éstos, entienden suficiente que sobrevivan descendientes comunes aunque además existan otros posibles reservatarios, inclusive otros descendientes del ascendiente de quien procedan los bienes. Y, efectivamente, es de notar que si el artículo 972 permite mejorar a los hijos comunes incluso cuando el cónyuge premuerto también hubiese dejado hijos de otro matrimonio, su aplicación analógica al 811 no deberá ser excluida por el solo hecho—equivalente—de que el otro ascendiente de quien procedían los bienes haya dejado descendientes no comunes al reservista—hermanos o sobrinos de vínculo sencillo del descendiente—, además de los comunes a ambos ascendientes—los hermanos de doble vínculo del descendiente—, aunque únicamente a éstos podrá mejorar el reservista, usando este verbo en su sentido técnico riguroso en que es empleado en el artículo 823 y recogido en el 972 del Código civil.

b₄) Posición especial es la de Lozano Sicilia (631), que cree íntegramente aplicables a la reserva del 811 los artículos 972 y 973 del Código civil, pero con la particularidad de que limita la reserva lineal a favor de los descendientes comunes de ambos ascendientes, o, en caso de proceder los bienes de un hermano del descendiente, a favor de los descendientes del reservista que a la vez sean hermanos y sobrinos del referido hermano.

c) Tesis que admite la facultad electiva del reservista para atribuir y distribuir los bienes reservables entre los reservatarios, cualesquiera que éstos fueren.

Creemos que este fué el criterio sostenido por Tomás Albi Agero (632), con las dos solas limitaciones que vamos a ver, al afirmar en el quinto de los corolarios por él deducidos, que: «El ascendiente reservista cumple con hacer pasar los bienes a los parientes que, siendo más próximos del descendiente causante, pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, lo que puede

(631) CRISTÓBAL LOZANO SICILIA, *Interpretación del artículo 811 del Código civil y reserva del ascendiente del cónyuge viudo* (Córdoba, 1898), págs. 197 y sigs. y 218 y sigs.

(632) TOMÁS ALBI AGERO, *Loc. cit.*, pág. 320.

hacer activamente (mejoras) o pasivamente (sucesión abintestato)».

Las dos limitaciones que en la tesis de Tomás Albi tiene la facultad electiva del reservista son: 1.ª) La por él enunciada en el mismo corolario quinto, es decir, que se ejercite a favor de los parientes de la línea de donde los bienes proceden que sean *más próximos del descendiente causante*. 2.ª) La expresada en su sexto corolario, que deduce al aplicar al artículo 811 supletoriamente los artículos 808, 813 y 972 en relación al 823 del Código civil, consistente en la limitación de la reserva por la legítima de los descendientes del reservista que a la vez lo sean del otro ascendiente del que procedían los bienes, suavizada por la facultad de mejorar concedida en el artículo 972 en relación con el 823 del Código civil.

De estas dos limitaciones a la electividad por el reservista del reservatario o reservatarios favorecidos, sólo estimamos lógica la segunda, como luego veremos; pero no hallamos razón que justifique la primera, si—como hemos visto y como literalmente proclama el propio Albi en su tercer corolario—«lo único que evita el 811 es que los bienes reservables salgan de la familia de que proceden para entrar en otra que sin la interposición del ascendiente reservista no los hubiere recibido».

También nuestro compañero Lacal (633) ha escrito que el derecho a los bienes reservables corresponde, no a todos los reservatarios sino a los más próximos, *siempre que no exista disposición testamentaria en la que concretamente se designe el reservatario*. Sus razones son: «Lógico es que así suceda, puesto que el artículo 811 se limita a establecer una reserva, es decir, la guarda de ciertos bienes a favor de un grupo determinado de parientes; pero no crea una sucesión autónoma, de tipo específico, sometida a normas propias para individualizar a los reservatarios y fijar sus cuotas. Los bienes se reservan para los parientes que estén comprendidos dentro de un determinado grado. La preferencia entre ellos, el orden de suceder, la determinación concreta de sus respectivos derechos, es misión extraña al precepto. La sucesión habrá de ser deferida conforme a las prescripciones del Código referentes a las sucesiones testada e intestada y con la preferencia que entre ellas se establece.»

De ello, y añadiendo en apoyo el artículo 972 del Código civil, este querido compañero dedujo que no puede negarse la elección del reservatario beneficiado «al descendiente de la reserva del 811 cuando respeta los fines propuestos por el legislador». Pero igual doctrina cabe aplicar—y así lo estimó el mismo Lacal en conversación que sobre el tema sostuvimos a raíz de la publi-

(633) PASCUAL LACAL, *Un caso de aplicación del artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Crít. de Leg. y Jur.», VIII (agosto 1932), págs. 584 y sigs.

cación de la parte primera de este trabajo—a la elección realizada por el propio reservista sometido a la reserva del repetido artículo 811.

31. *La facultad de mejorar y la de desheredar en la reserva viudal.*

Antes de concretar nuestra posición creemos conveniente trazar la línea de conexión entre los artículos 823, 972 y 811, para lo cual nos parece necesario examinar previamente la facultad electiva en la reserva viudal y concretamente las facultades de mejorar y desheredar reconocidas en los artículos 972 y 973, § 2.º del Código civil.

Antes hemos recordado (634) que en Derecho romano en el régimen de la ley *Peminae*, en virtud de esta Ley, de la Constitución de Teodosio y Valentiniano del 439 y de la Hac Edictali (recogidas en el Código de Justiniano, Lib. V, Tit. IX, leyes 3, 5 y 6, respectivamente), la reserva binupcial no impedía la disposición en el ámbito familiar en favor de la descendencia común, como expuso la ley 5 en su proemio: *Dividendi quoque res inter eos ipsos liberos parentibus pro suo arbitrio vel eligendi, quem voluerint, licentiam non negamus*. Pero también recordamos que la Novela II, cap. I, y la Novela XXII, cap. XX y cap. XXV, de Justiniano, impusieron un régimen de distribución igualitaria.

No obstante, no dejó de plantearse en el Derecho común y concretamente entre los autores castellanos la posibilidad de que el vínculo eligiera heredero, instituyera mayorazgo o mejorara a alguno de sus hijos o descendientes del primer matrimonio.

Es cierto que una abrumadora mayoría contestó negativamente a esta cuestión. Así, Gregorio López (635), Rodríguez Suarez (636), Antonio Gómez (637), los dos Molina, el doctor (638) y el jesuita (639), Juan Gutiérrez (640), Matienzo (641), Acevedo (642),

(634) II, § 2.º, n. 6, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 676 y sigs.

(635) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a las palabras de las donaciones*, 3.º a la ley 26, Tít. XIII, Partida 5.ª

(636) RODRIGO SUÁREZ, XVI, *Additur huic lecture l. fori. lib. 3, tit. 5-50-9 et incipit., Nemo: quae est materia dependens et contigua ad d. legem Quoniam in prioribus*, n. 2, l. de las arrhas foro legum, en «Opera Omnia» (ed. Duaci, 1614), pág. 517.

(637) ANTONIO GÓMEZ, *Opus... super legibus Tauri*, cit., l. XIV, núm. 3, vers. *Item adde* (fol. 61): «Talis mulier non poterit in praedictis bonis plus relinquere uni filio quam alteri, nec eis meliorationem facere.»

(638) DOCTOR LUIS DE MOLINA, *De Primogenitorum Hispanorum Origine ac Natura*, Lib. II, cap. X, núm. 60 y sigs. (ed. Lugduni 1749, página 348).

(639) LUIS DE MOLINA, S. J., *Op. cit.*, Tract. II, Disp. 431, tomo II, cols. 1.161 y 1.162.

(640) JUAN GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum Circa Leges Regias Hispaniae Primae Partis Novae Collectionis Regiae* (Salamanca, 1589), Lib. II, Quaest. XVIII, n. 5 (pág. 49).

Ayerbe de Ayora (643), Angulo (644), Spino (645), el P. Tomás Sánchez (646) y Parladorio (647).

Castillo Sotomayor (648) se contentó con planear la cuestión dejándola en interrogante.

El doctor Molina (649) admitió—siguiendo la opinión de Baldo al comentar la *Authenthica Quorum*, Cod. *De secundis nupt.*—como salvedad de la regla general negativa «quod si primogenium fiat de his bonis tanquam de re aliena, velebit primogenium ipsum quoad aestimationem».

Sarmiento (650) planteó la distinción entre los bienes obtenidos por la hñuba por sus lucros nupciales o por donación o legado directamente de su marido—respecto los cuales estimó inevitable la distribución igualitaria impuesta por el Derecho romano novísimo—y los heredados por aquélla abintestato de los hijos del primer matrimonio, respecto los cuales opinaba que podía la hñuba dividir los bienes a su arbitrio asignando a alguno de los hijos comunes mayor porción que a los otros. Su argumentación se apoyó en el dato literal de que al imponer la distribución igualitaria las *Authenticas* (como, ciertamente, las *Novelas* II, cap. I, y *XXII*, caps. *XX* y *XXV*) sólo se aluden a la donación antenuptial, la dote y demás lucros nupciales y, en general, a las cosas que a la viuda fueron de su primer marido, *pero no a las que hubo por mediación de los hijos del primer matrimonio*, y en que, *por tratarse de una ley penal, no puede aplicarse extensivamente*. A su juicio—apoyando en el de Ripa al comentar la ley *Faeminae* (núm. 34)—, en ese segundo caso, puede la hñuba distribuir desigualmente estos bienes entre los hijos del primer matrimonio con tal de respetar la legítima de todos ellos.

Por criterio aún más radical se inclinó Peláez de Mieres (651),

(641) JUAN MATHENZO, *Op. cit.*, Lib. V, Tít. I, ley 3, gl. 2.^a, n.º 42 (fol. 33); «et non solum non licebit secundo nubenti ea bona alienare, verum nec in testamento uni ex liberis prioris matrimonii magis relinquere, quam alii, nec meliorationem aliquam facere: sed per legem eadem bona aequaliter inter eos dividuntur».

(642) ACEVEDO, *Op. y vol. cit.*, Lib. V, Tít. I, ley IV (Tauri 15), números 4 y ss. (pág. 14).

(643) ANTONIO AYERBE DE AYORA, *Tractatus de Partitionibus Bonorum* (ed. Valencia, 1766), Parte III, Quaest. XV, núm. 25 (pág. 251).

(644) ANDREA ANGULO, *Comentarium ad leges Regias meliorationum*; Tít. 6, lib. 5 (Madrid, 1952), Lex II, gl. 1, n.º 5 (pág. 249).

(645) SPINO, *Op. cit.*, gloss. 8.^a princip., núm. 117 (pág. 781).

(646) P. TOMÁS SÁNCHEZ, S. J., *Op. cit.*, Lib. VII, Disp. XXXIX, núm. 3 (T. II, pág. 305).

(647) PARLADORIO, *Op. cit.*, Dif. CXXI, § 2.^o n.º 8 (pág. 357).

(648) JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Op. cit.*, *De usufructu*, Cap. II, núm. 29 (pág. 13).

(649) DOCTOR LUIS DE MOLINA, *Op. y loc. cit.*, núm. 63.

(650) FRANCISCO SARMIENTO, *Op. cit.*, Lib. VII, cap. XI, núm. 1, página 401).

(651) MELCHIOR PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus de Maioratum et Meliorationum Hispanae* (Granada, 1575), Quaest. LIV, núm. 4 (fol. 200 vto. y

pues opinó que al facilitar la Ley 19 de Toro a los padres para mejorar con todos los bienes, sin distinguir, no debían establecerse distinciones por los intérpretes.

No es de extrañar que el sistema justinianeo de distribución igualitaria de los bienes reservables no se adaptase al criterio de conservación y continuidad de las casas labradoras característico de nuestros regímenes forales (652). Por eso aquel régimen fué rectificado en Vizcaya (653) y Navarra (654). Y en Cataluña, Faus y Condomines (655) y Roca Sastre (656) han hecho no-

201). Después de enunciar el principio *donde la ley no distingue no debemos distinguir*, añade: «Ex qua ratione dubitabilis etiam redditur conclusio supra tradita de bonis, quae mater tenetur reservare filiis primi matrimonii; cum nostrae leges et consuetudo postea conditae sint, nec talem faciant distinctionem, unde in dubio eas servare debemus.» En cambio, no puede afirmarse—como algunos han hecho—que ese mismo había sido el criterio de TELLO FERNÁNDEZ, pues este autor (*Prima pars Commentariorum in Constitutiones Taurinas—Granatae, 1566—*, Ley 19, núm. 12, fol. 167 y vto.) lo que trató y resolvió fue que la madre que no contrajo ulteriores nupcias podía mejorar con las arras, a pesar de la ley del Fuero Juzgo que ordenaba su distribución por igual entre todos los hijos, ya que Tello estimó en desuso dicha ley: «L. erum fori non compellit nos, sed quatenus est in uso, itaque ante omnia de usu constare debet, ex illo enim accipiunt vigorem leges fori, quo deficiente, nec tamen nec effectus legem habebit sed nec tempore nec vidi nec auditi legem fori esse in usu». No planteó el supuesto para la hipótesis de haber contraído la madre segundas nupcias, siendo, por tanto, inexacta la referencia que en el siglo pasado hizo BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Op. cit.* III, cap. VI, Sec. IV, § final, pág. 649) cuando refirió la opinión de Tello, tanto al supuesto de conservarse la madre viuda como al de haber contraído segundas nupcias.

(652) Notemos que en Aragón no fué recibida la reserva binupcial. La falta de disposición foral que la regulara no cupo suplirla con el Derecho común por razón de la disparidad de uno y otro ordenamiento jurídico en orden a la facultad de testar y régimen sucesorio en general. (Ver ANDRÉS BLAS Y MELENDO, *Derecho civil aragonés* (Zaragoza, 1898), núm. 617, página 350.)

(653) Fuero de Vizcaya, Tít. XXI, ley IX: «*Otro sí díscreten: Que habían de Fuero, y establecían por Ley, que si acaeciere, que turbada la orden natural, el padre, o la madre (haviendo dos, o tres, o más hijos) a algunos de los tales hijos heredare, o haya heredado los bienes, y herencia, que así tenía el hijo por fin y muerte de su padre, o madre, y así heredando el tal padre, o madre a su hijo, se casare segunda, o más veces, y huviese hijo de tal Matrimonio segundo o tercero; que en tal caso el tal padre, o madre, no puede dar, ni mandar en vida, ni en muerte ningunos bienes rayces, que así heredó del hijo del primer Matrimonio a hijo, ni descendiente alguno del segundo, ni tercero Matrimonio; salvo a los hijos del primer Matrimonio: Con que entre ellos puede dar a quien quisiere o repartir como quisiere, así en vida, como en fin de sus días.*»

(654) Capítulo IV de la ley 48 de las Cortes de Navarra de 1765-6: «*Que tal mujer bñuba e segunda vez casada pueda y tenga facultad de disponer de los bienes, derechos y cualquiera otra cosa que recibió por todo título de su primer marido y del hijo e hijos que con él tuvo, en favor de uno de los otros hijos y hermanos de padre o madre, o de todos igual o desigualmente, según le pareciere, sin que ninguno de ellos pueda reclamar.*»

(655) JOSEPH FAUS I CONDOMINES, *Els capítols matrimoniais a la Comarca de Guissona*, en «*Rev. Jur. de Catalunya*», t. XIII, año 1907, página 384.

tar que ese reparto, forzosamente por igual, obedece a un criterio individualista que no se aviene con el espíritu del Derecho catalán indígena, conservador de las casas y patrimonios familiares, y resulta perturbador para las comunidades domésticas rurales en las que puede actuar como disolvente destructor (657).

Esa necesidad de tipo sociológico no se hizo sentir en Castilla. No obstante, desde un punto de vista individualista y liberal, se observó que esa sucesión automática por partes iguales limitaba más de lo que institucionalmente era necesario las facultades dispositivas del hñubo. Así García Goyena (658) escribió: «Yo tengo por más moral que puedan disponer, y no se faltaba por esto a los casos y fines de la reserva, que han sido favorecer a los hijos del primero y a sus descendientes.» Su criterio se impuso en el Proyecto del Código civil de 1851 que en su artículo 805 dispuso, que:

«A pesar de la obligación de la reserva puede el padre o madre, segunda vez casado, mejorar a cualquiera de los hijos del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en los artículos 652 y 654.»

Los referidos artículos 652 y 654 regulaban, respectivamente, la parte de libre disposición y la de mejora propiamente dicha.

Por otra parte, el Proyecto de 1851 en su artículo 806, § 2.º recoge la sanción contra la ingratitud del reservatario regulada en el Derecho romano y la adopta y configura con la fórmula de la desheredación. Notemos que la ley 10 del Tít. IX, Lib. V del Código de Justiniano trata claramente de la ingratitud de los descendientes reservatarios respecto al hñubo reservista (659).

(656) ROCA SASTRE, *Ellogio del criterio electivo en la ley «Feminae...»*, loc. cit., págs. 220 y sig.

(657) Por eso la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, aprobada por ley de 21 de julio de 1960 dice en su artículo 270, § 2.º: «No obstante el cónyuge podrá distribuir para después de su muerte entre los reservatarios los bienes reservables.»

(658) GARCÍA GOYENA, *Op. y vol. cit.*, Apéndice núm. 10, *Bienes reservados*, núm. 7, pág. 366.

(659) *Codex V-IX*, 10: «Como clarísimamente se dispone en las leyes, que con razón deben ser repelidos de la herencia de sus mayores los hijos ingratos, si aquéllos mismos hubieren consignado esto en sus últimas voluntades, y en realidad hubiere sido probado. Parece que a semejante disposición se opone la divina constitución que León, de inelita memoria, escribió sobre los hijos procreados del primer matrimonio. Porque teniendo necesidad el padre o la madre, que pasaren a segundas nupcias, de entregarle por cualquier causa que sea al segundo marido o a la madrastra tanto cuanto hubiere dejado al hijo o a la hija nacidos de las anteriores nupcias, que ha de tener la menor parte, resultaba de esta disposición una grandísima injusticia contra los padres. Porque sabiendo los hijos que de todos modos se les ha de dejar alguna cosa por los padres, aunque éstos no quieran, y tanto cuanto hubiere recibido el segundo marido o la madrastra, abrñaban de injurias con grandísima licencia e insolencia a sus padres. Por lo cual mandamos, que los hijos verdaderamente ingratos no

y que la Novela XXII, cap. XXVI, § 1.º, indica expresamente que la ingratitud justificante de la privación de la reserva había de referirse bien a los dos padres o bien sólo al bñtubo—es decir, en definitiva, a éste—, según resulta del inciso final de dicho párrafo: «*Palam vero est quia ingratum intelligi cum oportet, qui circa ambos parentes aut omnino circa posterius morientem factus aperte monstretur*». García Goyena (660) citó la ley 10, antes referida, como precedente del párrafo 2.º del artículo 806 del Proyecto de 1851, redactado así:

«*El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre pierde todo su derecho a la reserva, pero si tiene hijos o descendientes legítimos será representado por ellos.*»

El Código civil, en su artículo 972 y en el § 2.º del 973, recoge, respectivamente, los 805 y § 2.º del 806 del Proyecto de 1851 con ligeros retoques de redacción. El más notable es la sustitución del último inciso del artículo 806 del Proyecto de 1851 —«*será representado por ellos*», en el 973, ap. final—que dice: «*se estará a lo dispuesto en el artículo 857*». Pero análoga llamada estaba ya en su glosa de García Goyena (661), donde leemos que [el 806, § 2.º] *guarda consecuencia con los 623 y 673*. (662).

puedan en lo sucesivo reivindicar para sí este beneficio que les concedió la divina constitución de León, de augusta memoria, sino que como ingratos sean repelidos de todo fuero de esta naturaleza. Cuya observancia mandamos que se guarde también respecto a las personas del abuelo y de la abuela, del bisabuelo y de la bisabuela, de los nietos y de las nietas, y también de los biznietos o de las biznietas, ya estén bajo potestad ya emancipados o emancipadas, procedentes de la línea paterna o materna. Pero así como miramos por los padres, así tampoco consentiremos que sea molestada con injuria alguna la inocente descendencia, para que no se permita que padres que se hubieren consagrado a las segundas nupcias, teniendo acaso odio irracional a los primeros hijos les llamen ingratos sin justa razón. Porque queremos que sean privados de tal beneficio aquellos hijos que en realidad hubieran sido convictos como ingratos respecto a sus mayores, con pruebas claras e indudables, por los herederos de sus progenitores en los casos que antes se enumeraron en las antiguas leyes» (De Justiniano a Demóstenes, Prefecto del Pretorio, dada en Calcedonia en las calendas de octubre del año 529.)

(660) GARCÍA GOYENA, *Loc. y vol. cit.*, art. 806, págs. 304 al final y siguientes.

(661) GARCÍA GOYENA, *Loc. úll. cit.*, pág. 205: «Pero nuestro artículo guarda consecuencia con los 623 y 673, pues, aunque aquí no se trata de la legítima, sino de bienes reservados, hay, sin embargo, los mismos motivos de equidad para que la desheredación del padre no perjudique a sus hijo inocentes.»

(662) Decían estos preceptos: 623, § 1.º: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán éstos derecho a la legítima del excluido en el caso de haber otros herederos testamentarios.*» Y. 673: «*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden.*»

Con estos antecedentes vamos a ver de qué modo ha interpretado la doctrina el artículo 972 y el § 2.º del 973 y cómo nosotros creemos que han de entenderse.

I. El artículo 973, § 2.º, dice: «*El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviere hijos o descendientes legítimos se estará a lo dispuesto en el artículo 857.*»

El problema fundamental discutido por los autores que han comentado este precepto ha consistido en determinar a qué padre o madre se refiere. Esto es, en decidir si regula la desheredación ordenada por el ascendiente premuerto o bien la dispuesta por el hínubo.

Aparte de los autores que no han tratado la cuestión (663) y de quienes—como Manresa (664) y Sánchez Román (665)—se contradicen en textos distintos, tenemos que:

a) Han afirmado que esta facultad corresponde exclusivamente al cónyuge premuerto: Oyuelos (666), Clemente de Diego (667), Valverde (668), Callejas (669), Roca Sastre (670), Bo-

(663) No faltan autores que se deslizan por esa cuestión sin resolverla o ni siquiera plantearla y se contentan con repetir las palabras del Código civil. Tales: NAVARRO AMANDI (*Cuestionario del Código...*, vol. cit., art. 973, pág. 419), LÓPEZ R. GÓMEZ (*Op. y vol. cit.*, cap. VIII, núm. 12, págs. 250 y sigs.), BARRACHINA (*Comentarios a la Ley Hipotecaria*, vol. III, cap. XII, pág. 329), CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil común y...* vol. cit., LXXV, pág. 473), BONET (*Derecho civil...*, vol. cit., CVII, 7, A, pág. 596), ESPÍN (*Op. y vol. cit.*, pág. 81).

(664) MANRESA (*Op. cit.*, vol. VII), al tratar, en general, de las personas interesadas en la reserva viudal (I. B. 1, págs. 258 y sigs.), parte de que el reservatario sucede propiamente y en realidad al cónyuge premuerto, por lo cual entiende que el reservista no puede desheredarle, y que la reserva tiene lugar en virtud de la voluntad presunta del causante, por lo cual, constando claramente la voluntad en contrario del cónyuge premuerto que le hubiese desheredado, estima que esta desheredación debe afectarle. En cambio, más adelante, al estudiar los derechos y obligaciones creados por la reserva (II, B, b), pág. 290, dice que: «a pesar de la obligación de reservar, permite el artículo 972 al padre o a la madre, segunda vez casados, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme lo dispuesto en el artículo 823, así como del último párrafo del 973 se deduce su facultad de desheredar también en cuanto a los bienes reservables».

(665) SÁNCHEZ ROMÁN, en sus citados *Estudios*, mantiene criterios distintos en los volúmenes VI-II y VI-III. Así en el vol. VI-II, cap. XVI, núm. 30, al final, pág. 1129, afirma que el hijo pierde sus derechos a la reserva «por la justa desheredación que el padre o la madre, obligados a reservar, hicieron de él». Mientras en el vol. VI-III, cap. XXVII, número 24, pág. 1880, afirma que afecta al descendiente reservatario su indignidad o desheredación por el cónyuge premuerto y no en cambio, las referidas al obligado a reservar, «puesto que la efectividad de la reserva no implica sucesión hereditaria alguna respecto al reservista».

(666) RICARDO OYUELOS, *Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia* (Madrid, 1921), t. IV, art. 972, núm. 4, pág. 238.

(667) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., Lec. 97, pág. 386.

(668) CALIXTO VALVERDE VALVERDE, *Op. cit.*, cap. XXI, § 2, pág. 474.

rrrell Soler (671). Los argumentos alegados en defensa de este criterio son:

1.º El *preconcepto institucional* de estimar que los bienes reservables corresponden a la herencia del cónyuge premuerto y no a la del bínubo. A la objeción de que los bienes reservables pueden no derivar del cónyuge premuerto, sino de un hijo o de otro pariente del mismo, replica Roca Sastre que «el artículo 973 prescinde de este caso por no querer apurar tanto las cosas y porque lo frecuente es que se trate de bienes que el cónyuge reservista adquirió del cónyuge premuerto».

2.º La *relación sistemática* entre los artículos 972 y 973, que se interpreta en el sentido de que el primero se ocupa de las facultades del reservista mientras que el segundo trata de las relaciones de los reservatarios respecto de la herencia del cónyuge premuerto. Se dice que el § 1.º del artículo 973 se ocupa de la posibilidad de que algún hijo del anterior matrimonio haya repudiado la herencia de su padre o madre premuerto y de la hipótesis de que la hubiesen heredado desigualmente y que el § 2.º completa el cuadro de posibilidades regulando el supuesto de que alguno de ellos hubiese sido desheredado por el mismo cónyuge premuerto.

3.º La apreciación de que *es un poco anómalo poner en manos del reservista*, que tiene la obligación de reservar, un recurso *para privar al reservatario de un derecho perfecto, aunque no consumado*.

4.º La consideración de que *pudiendo mejorar el reservista a cualquiera de los reservatarios, no necesita usar de la facultad de desheredar*, entendiendo que la mejora alcanza a la totalidad de los bienes reservables.

Ninguna de estas razones parece de gran consistencia.

La primera—además de presentar la dificultad que Roca Sastre prevé y excusa, pero no salva—presupone una petición de prin-

(669) FRUCTUOSO CALLEJAS, *Notas para un estudio de la reserva adicional*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 176 (segundo semestre 1944), págs. 149 y sigs.

(670) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., IX, págs. 328 y sigs., y *Elogio del criterio electivo...*, «Rev. Jur. de Cat.», LI (1952), nota 6 págs. 217 y sigs.).

(671) BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español*, vol. cit., 349, págs. 315 y sigs., donde plantea, además, «si el desheredado o el indigno pueden adquirir bienes reservables por disposición del cónyuge bínubo que los adquirió». A su juicio: «Estos bienes, por su condición de reservables, no forman parte de la herencia de aquél ni están a su libre disposición. Aun en el caso de que al morir el reservista no quedase otro hijo o descendiente que el desheredado o indigno, aún podría suceder que dichos bienes quedasen afectos a la reserva del artículo 811 y debiesen pasar a otro pariente. Y, finalmente, aunque no existiera ningún descendiente con derecho a la reserva por segundo matrimonio, ni parientes con derecho a la disposición del artículo 811, siempre sería opuesto a la Ley o a la voluntad del testador que los bienes reservables pasasen al indigno o al desheredado.»

cipio conceptual. Y de ser cierta, tampoco sería decisiva, pues, aun en el caso de estar los bienes reservables totalmente fuera de la herencia del reservista, no por ello resultaría absurdo y menos aún imposible que éste pudiera privar a los reservatarios de la reserva por causas tan graves como las que dan lugar a la desheredación. No faltan precedentes que demuestran esa posibilidad, como la Novela XII, cap. XXIV, § 1.º, aplicada al régimen justinianeo, en el cual, evidentemente, los bienes reservados no formaban parte de la herencia del reservista.

La segunda, parte también de una afirmación que no demuestra, pues el inciso final del § 1.º del artículo 973—*«aunque a virtud de testamento hubieren heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen renunciado o repudiado su herencia»*—no hace sino destacar, incluso por su colocación sintáctica en la frase, la independencia de los bienes reservables respecto la herencia del reservista.

La tercera olvida las razones que, como determinantes de su disposición, expusieron los autores de la Ley 10, Código V-IX, y de la Novela XXII, cap. XXVI, § 1.º, y lo gravísimas que son las causas de desheredación predeterminadas por la ley.

La cuarta, además de presuponer que la facultad de mejorar alcanza siempre la totalidad de los bienes reservables, olvida que puede existir un solo reservatario, al que, por tanto, no cabría privar de los bienes reservables mejorando a otros, aunque incurriese en actos determinantes de su indignidad respecto a su padre o madre reservista o suficientes para dar lugar a su desheredación por éste.

b) Han entendido que el § 2.º del artículo 973 autoriza al padre o madre reservistas para desheredar a los reservatarios: Mucius Scaevola (672), Morell y Terry (673), Lozano Sicilia (674), De Buen (675), Marín Monroy (676), Torres Murciano (677), Sols

(672) MUCIUS SCAEVOLA, *Op. cit.*, vol. XVII, arts. 972 y 973, III, c), c), págs. 268 y sigs. Notemos que en la 5.ª edición de estos comentarios, FEDERICO PUIG PEÑA muestra sus dudas contra la opinión sostenida en la obra y añade otros argumentos favorable a la tesis de que el § 2.º del artículo 973 C. c. refiere al cónyuge premuerto la desheredación del reservatario, por la cual parece inclinarse.

(673) MORELL Y TERRY, *Comentarios a...*, t. IV, arts. 191 al 199, primero, D. a), pág. 388, donde hablando del bínubo dice que «del último párrafo del 973 se deduce su facultad de desheredar también en cuanto a los bienes reservables»; y B., pág. 397, donde afirma: «Cesa la reserva o se entiende que falta la condición: ... 2.º Cuando los [descendientes del primer matrimonio] que viven hubiesen sido justamente desheredados por el reservista.»

(674) LOZANO SICILIA, *Op. cit.*, págs. 197 y sigs.

(675) DE BUEN, *Voz «Reserva de bienes»*, B. II, en *Enciclopedia y vol. cit.*, pág. 340.

(676) MARÍN MONROY, *La reserva llamada...*, en «*Rev. Crít. de Der. Immob.*», VI (diciembre, 1950), págs. 766 y 704 y sigs., especialmente *Más sobre la institución de la reserva*, «*Rev. Crít. de Der. Immob.*», X, págs. 756 y sigs.

García (678), Genovés (679), Ruiz Artacho (680), Valterra (681). En otra obra posterior, De Buen (682) cree que la desheredación a que alude ese precepto comprende tanto la hecha por el cónyuge premuerto como por el supérstite.

A favor de que el reservista es precisamente el padre o la madre a que se refiere el § 2.º del artículo 973, se ha argumentado fundamentalmente:

1. Que los reservatarios a quien realmente suceden es al reservista, por lo que es lógico sea éste y no el cónyuge supérstite—de cuya sucesión les independiza el § 1.º del propio artículo—quien pueda desheredarlos. Pero esa razón no la estimamos por ser puramente conceptual, tanto porque rechazamos el método dogmático de inversión, como porque, aun siendo válida, cabría que razones finalistas pudieran aconsejar desviaciones en la pureza de las líneas institucionales.

2.º Que los precedentes históricos del precepto—es decir, las disposiciones del Código de Justiniano y de sus Novelas, antes referidas—llevan a esta conclusión, habida cuenta lo declarado en la Base 18 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, así como el antecedente legislativo del § 2.º del artículo 806 del Proyecto de 1851, aclarado por la cita que hizo su autor, García Goyena, de la Ley 10 (Cód. V-LX) como precedente del mismo.

3.º Que literalmente: a) La expresión «el padre o la madre» la usa el Código en tres artículos consecutivos, una vez en el artículo 971, otra en el 972 y otra en el § 1.º del mismo 973—así como en el inmediato anterior, 970, la expresión «a su padre o a su madre»—siempre es referida al binubo (en el 971 añade la aclaración «que contrajo segundo matrimonio» y en el 972, «segunda vez casado»), mientras denomina «cónyuge premuerto» al otro padre o madre en el § 1.º del 973. De lo que se induce que si en el § 2.º de este artículo, el legislador, al volver a hablar de «el padre

(677) TORRES MURCIANO, *Loc. cit.*, págs. 277 y sigs.

(678) PEDRO SOLS GARCÍA, *El heredero. Ideas para su estudio*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.» XVII (septiembre 1944), pág. 575, donde al tratar de la impugnabilidad por el descendiente reservista de las enajenaciones de bienes reservables hechas por el reservista, observa, entre paréntesis: «así que la desvirtúe el que la perversa conducta del reservatario sea castigada de modo semejante al caso de los hijos herederos».

(679) GENOVÉS AMORÓS, *Loc. cit.*, pág. 737 y sigs. No obstante, este autor añade que «con ello no negamos naturalmente la eficacia de una desheredación realizada por el padre o madre premuerto; lo que ocurre entonces es sencillamente que el hijo o descendiente desheredado no ha llegado a ser reservatario de los bienes que fueron del desheredante».

(680) RUIZ ARTACHO, *Loc. cit.*, págs. 429 y sigs.

(681) VALLTERRA FERNÁNDEZ, *Loc. cit.*, págs. 862 y sigs.

(682) DE BUEN, *Notas a Colin y Capitant*, vol. cit., pág. 387, donde refiriéndose a su anterior exposición, expuesta en la «Enciclopedia Jurídica Española», añade: «pero hoy creemos preferible a ella la de aceptar la disposición aludida en sus términos literales, y considerar que el mismo efecto produciría la desheredación hecha por el padre superviviente o por el premuerto».

o la madre», hubiese cambiado la referencia al binubo, que con estas expresiones venía haciendo, lo hubiera indicado. β) Que el verbo «perderá»—en tiempo futuro—no puede referirse a la herencia del cónyuge premuerto, porque incluso la más remota expectativa—jurídicamente valorable—a la reserva no puede surgir hasta su fallecimiento y si la desheredación dispuesta por él fuera la referida en el precepto, no se emplearía dicho verbo en futuro, pues no puede ser perdido lo que no ha sido adquirido.

4.º Que *si el binubo puede mejorar*—que es facultad discrecional suya—*tanto más deberá poder desheredar*, ya que se trata de una facultad legalmente reglada con precisión concretísima de los supuestos en que puede ejercitarse, todos ellos de gravedad muy evidente.

5.º Que procediendo los bienes reservables *en el supuesto del artículo 969 del Código civil* de persona diferente del cónyuge premuerto—es decir, de «cualquiera de los hijos de su primer matrimonio» o «de los parientes del difunto por consideración a éste»—no se entiende cómo será posible referir la desheredación, prevista en el § 2.º del artículo 973, a la ordenada por dicho cónyuge premuerto.

6.º Que el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros y del Notariado refieren la desheredación ordenada por el reservista entre las causas de incertidumbre de la reserva en pendencia. Así: La Sentencia de 1 de abril de 1914, en su tercer considerando dice que la reserva se halla «enlazada a hechos inciertos, como se desprende del texto de los artículos 972 y párrafo segundo del 973, del Código antes citado», incertidumbre que una vez nacida la obligación de reservar no existiría si la desheredación en cuestión fuese la anteriormente dispuesta por el cónyuge ya fallecido. Y las Resoluciones de 27 de octubre de 1917, 19 de febrero de 1920 y 6 de diciembre de 1926, que, entre las contingencias o incidencias a que se halla sujeta la adquisición de los bienes reservables durante su período de pendencia (es decir, entre la muerte del premuerto y la del supérstite), señalan la *desheredación* del reservatario, la cual en este espacio de tiempo sólo puede dar lugar a incertidumbre si aún se halla sin consumar, es decir, si se trata de la ordenable por reservista, pues la dispuesta por el cónyuge premuerto ya sería entonces un hecho cierto.

7.º Queda con *razón permanente de carácter finalista*—que apoya y valoriza los argumentos de tipo positivo—la expresada en la Ley 10, Código V-IX, que adujo la grandísima injusticia que podría derivarse contra los padres, si el reservista no pudiera privar de los bienes reservables a los hijos comunes que les fueran ingratos: «Porque sabiendo los hijos que de todos modos se les ha de dejar alguna cosa por sus padres, aunque éstos no quieran... abrumaban de injurias con grandísima licencia e insolencia a sus padres».

De estas razones nos parecen decisivas la segunda y la cuarta en relación a la séptima. El reservista puede privar de los bienes reservables al hijo común a quien deshereda justamente. Los hijos del desheredado, caso de tratarse de un hijo común único, tendrán los mismos derechos a la reserva que hubiese tenido éste de no haber sido desheredado. En caso de concurrir con otros descendientes comunes, deberán computarse los bienes reservables para calcular la legítima estricta (683) de los hijos del desheredado, a la cual tendrán éstos igual derecho al que hubiere tenido su progenitor de no haber sido desheredado. Esa es la interpretación que damos a la llamada que el § 2.º del artículo 973 hace el artículo 857 del Código civil. La primera conclusión deriva, a juicio nuestro, del hecho evidente de que la reserva es indisponible a favor de personas que no tengan la condición de hijos o descendientes del anterior matrimonio. La segunda, resulta de la aplicación estricta del artículo 857 y de la relación entre la reserva y las legítimas y mejoras, que examinaremos seguidamente al analizar el artículo 972 del Código civil.

Esto, sin perjuicio de que—como De Buen—creemos que el hijo desheredado por el cónyuge premuerto no debe tener derecho a la reserva. Pero no ya por lo dispuesto en el artículo 973, § 2.º, sino por la propia razón institucional de la reserva, basada en una presuposición legal de la voluntad del cónyuge premuerto (684). El hijo desheredado es para el cónyuge premuerto jurídicamente como un extraño, sin perjuicio de que sus descendientes legítimos sean a su vez reservatarios, por aplicación de la doctrina del artículo 857 del Código civil.

II. El 972 dice: «A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre o madre segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio conforme a lo dispuesto en el artículo 823».

(683) Decimos legítima estricta y no legítima larga, precisando la expresión del artículo 857 C. c. que simplemente habla de legítima como el 851, por las razones que en nuestra conferencia *La mejora tácita. Ha. sin la fijación de un concepto y concreción de una prohibición* (VI, 2, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. VIII, págs. 56 y sigs.) argüimos para el supuesto de desheredación injusta, regulada en el 851, y que creemos aplicables de *minus ad minus* al supuesto de desheredación justa del 857 C. c. El Tribunal Supremo, en su S. de 23 enero 1951, confirma, respecto al artículo 851, que la voluntad del testador que dispuso una desheredación injusta «debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado [injustamente] que ninguno tenía a este tercio [el de mejora] al margen de la voluntad del testador, existiendo, como existen, otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora que entre los coherederos forzosos debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición, puesto que la institución de herederos prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto».

(684) Ver antes, I, § 6.º, núm. 38, págs. 145 y sigs., y en AN. DRR. Civ., X-IV, págs. 1073 y sigs.

La interpretación de este precepto ha suscitado en la doctrina tres cuestiones principales: a) ¿El reservista, al mejorar, usa de una facultad propia—como en el caso del art. 823—o bien de un poder delegado, como en el caso del artículo 831, con la diferencia que en el 972 la delegación tiene origen legal y no capitular? b) ¿La mejora podrá abarcar solo un tercio, o la mitad, o dos tercios, o bien la totalidad de los bienes reservables? o, diversamente, ¿presupone el artículo 972 que los bienes reservables deberán computarse en el caudal hereditario del reservista para calcular la parte destinada a mejora de los hijos comunes—enlazando de ese modo con el art. 823—así como la disponible a su favor y la legítima estricta de los mismos? c) ¿Los bienes reservables forman una masa distinta de la herencia del reservista, o bien con respecto a los reservatarios se integran unitariamente en ella? Pregunta, esta última, íntimamente relacionada con la anterior.

a) *¿Es propia del reservista la facultad de mejorar o bien le es legalmente delegada para actuar en un caudal que no integra su herencia, de modo paralelo a la autorización de mejorar, atribuible en capitulaciones matrimoniales por un cónyuge a favor del otro?*

Bonel (685), al año siguiente de la vigencia del Código civil, como justificación del artículo 972, dijo «que el artículo 831 de nuestro Código introduce en el Derecho español general la novedad o, mejor dicho, la teoría ya sustentada en algunos Fueros, de que a pesar que por regla general la facultad de mejorar no pueda encomendarse a nadie, puede pactarse en capitulaciones matrimoniales, que nutriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído segundas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado». Años más tarde, Reino Caamaño (686), se adhirió a este mismo criterio justificativo de la facultad concedida al reservista en el artículo 972 del Código civil, como «ampio poder de mejorar que acusan los artículos 831 y 972, para robustecimiento de la autoridad paterna, compensación de desigualdades y premio de servicios».

Para rechazar esta justificación de la facultad de mejorar concedida al cónyuge bímbo por el artículo 972—que, a su juicio, «contradice la naturaleza de la mejora y de la reserva»—, Mucius Scaevola (687) hizo observar que, precisamente, «el artículo 831

(685) LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, *Código civil español* (Barcelona, 1880), t. III, art. 972, pág. 632.

(686) REINO Y CAAMAÑO, *La reserva familiar como objeto de mejora*, «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 158 (primer semestre 1910), págs. 420 y sigs.

(687) SCAEVOLA, *Op. cit.* vol. XVII, arts. 972 y 973, c), d), pág. 200. También PALCÓN (*Op. y vol. cit.*, sec. V, párrafo II, núm. 12, pág. 499) considera que la disposición del artículo 972: «des una más, entre las

exceptúa el caso de que el viudo contraliga segundas nupcias». Observación que le sugirió el siguiente comentario: «¡Qué contradicción, pues, la de permitir al cónyuge viudo que disponga por vía de mejora de bienes para cuya desigual distribución no ha sido autorizado, cuando por el hecho del segundo matrimonio se le quita la facultad de mejorar en los bienes del cónyuge premuerto aun habiendo sido autorizada expresamente por éste!».

Los tres citados autores, hicieron la referencia al artículo 831 del Código civil, al discutir si estaba o no justificada la innovación introducida por el artículo 972 del Código civil. Pero, más tarde, aquél artículo también ha sido invocado, ya no como justificación de éste, sino como demostración de que no existe incompatibilidad de la facultad de mejorar, indicada en el artículo 972 con la hipótesis doctrinal de que los reservatarios no heredan del viudo los bienes reservables sino del padre o madre premuertos. Y así, sitúan al artículo 831 como trazo de unión o puente entre esa hipótesis dogmática y el hecho cierto de que el artículo 972 permite mejorar al reservista.

Han entendido el artículo 972 en este sentido, Lezón (688) y Roca Sastre (689). Según Roca, «si este artículo 831, permite delegar esta facultad, con mayor razón existirá tal facultad cuando, como en el caso de los bienes reservables, es el propio legislador el que, por el artículo 972, faculta al propio reservista para que pueda mejorar».

Fuenmayor (690)—como contraargumento a la objeción de que el 972 no es aplicable al supuesto del artículo 811 del Código civil, porque los reservatarios lineales no son propiamente herederos del reservista esgrime que: «la facultad de mejorar no significa en sí una facultad de disposición de bienes, sino que es en esencia un poder jurídico de carácter exclusivamente familiar», tanto si se ordena «como sucesión del mejorante, como cuando se ordena como sucesión de otro pariente o del cónyuge de quien ejerce la facultad de mejorar», y añade que estos dos últimos supuestos se dan, respectivamente, en los artículos 972 y 831 del Código civil.

Paralelamente, Lavandera (691) señaló como figura análoga al *heredero distributivo* (o *distributivo*)—que califica de *heredero*

mil anomalías, que el derecho de reservas produce. Una persona que no es ya legalmente dueño podrá disponer, aunque a título de mejora, de bienes que no le pertenecen.»

(688) MANUEL LEZÓN, *¿Está sujeta a las limitaciones preestablecidas en el artículo 823 la facultad de mejorar que atribuye al cónyuge viudo el artículo 972 del Código civil?*, en «Rev. Der. Priv.», VII (julio-agosto 1919), pág. 229.

(689) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., cap. IX, I, pág. 322.

(690) FUENMAYOR, *Mejora ordenada por el reservista...*, loc. cit., página 351.

(691) VÍCTOR LAVANDERA, *Instituciones fiduciarias*, en «Rev. Der. Priv.», X (junio 1931), pág. 175.

aparente o persona interpuesta entre el testador y favorecido—, «la del heredero que se halla obligado a reservar y puede mejorar, regulada en el artículo 972». Y Jaén (692) afirmó que el bínubo tiene la facultad de mejorar con los bienes reservables «por una especie de tácita delegación del cónyuge premuerto».

En cambio, Lozano Sicilia (693), antes de comenzar este siglo, había dicho que demostrado que el ascendiente que reserva es propietario, es dueño de los bienes reservables, y, por lo tanto, no hay nada anómalo en que pueda mejorar en estos bienes, de igual modo que en los que no son reservables, toda vez que aquéllos íntegros, y éstos, en las dos terceras partes de la herencia que dejare, han de pasar a descendientes a quienes en todo caso debe legítima el que reserva».

Contra la explicación del 972 a través del 831, Marín Mouroy (604), después de transcribir los argumentos de Scaevola (que también hemos recogido), los utiliza, no ya para deducir la incongruencia alegada por este comentarista entre la reserva y la facultad de mejorar, sino como una prueba más del cambio operado por el Código civil en la construcción de la reserva. El artículo 972 es independiente del artículo 831, porque el reservista mejora con bienes propios, aunque sujetos a obligación de reservar. De no ser así—como opone Ruiz Artacho (695) a Roca Sastre—«incurriría el Código en la inconsecuencia de autorizar en la

(692) VICENTE JAÉN, *Op. cit.*, pág. 825.

(693) LOZANO SICILIA (*Op. cit.*, pág. 218). Como demostración de que el reservista es propietario esgrimió este autor (págs. 205 y sigs.), las siguientes razones: 1.ª) El reservista es el que adquiere los bienes ya provenientes del cónyuge, ya de los parientes de éste, ya de un hijo del anterior matrimonio; sólo después nace su obligación de reservar «desde el momento en que contrae otro posterior [matrimonio], o en estado de viudez tiene un hijo natural reconocido, o declarado judicialmente como tal hijo», obligación cuyo cumplimiento «depende de un hecho incierto». 2.ª) Por el paralelismo que observa entre la limitación de la libre facultad de disponer que imponen las legítimas y la que implican las reservas: «Si no dejó de ser propietario de los bienes no reservables por más que se limiten sus facultades dominicales en favor de sus descendientes, ¿qué motivo hay para decir que no es propietario de los reservables porque se limiten estas facultades en favor también de descendientes?» 3.ª) Los artículos del Código que regulan las reservas «no dicen que el viudo o viuda que contrae matrimonio posterior pierde la propiedad de los bienes reservables, y lo contrario es lo que se deduce de la facultad que tiene de enajenarlos y de la que también se le concede de mejorar»; y 4.ª) «La palabra, el infinitivo reservar, por sí sola dice bien claramente, que el que reserva tiene la cosa reservada, que es el propietario de ella». «El diccionario de la Academia Española dice que reservar es: *Guardar para en adelante alguna cosa que actualmente se tiene; dilatar para otro tiempo lo que se había de ejecutar o comunicar al presente.* Y que reserba es: *La guarda o custodia que se hace de alguna cosa para que sirva a su tiempo.*»

(604) MARÍN MOUROY, *La reserva llamada...*, en «Rev. Crít. de Der. Imob.», VI, pág. 900.

(695) RUIZ ARTACHO, *Loc. cit.*, pág. 429.

reserva lo que prohíbe a la voluntad individual en el artículo citado 831, o sea, «mejorar por delegación» conferida al cónyuge segunda vez casado».

También cabría objetar a Roca Sastre que si la llamada del artículo 972 al 823, según su criterio, no se refiere a la determinación de la parte en que—conforme la letra de éste—puede mejorar el padre o la madre, tendrá que referirse, por lo menos, a la facultad de mejorar *con sus bienes propios*, pues si tampoco a eso se refiriese sería completamente inexacta e incorrecta tal llamada al 823, que, en tal caso, debería haberse referido al artículo 831.

La interpretación que asimila la facultad de mejorar del 972 a la del 831 del Código civil da una solución compleja a lo que se dispone lisa y llanamente en aquel precepto. No concuerda debidamente con la letra del 972, que se remite expresamente al artículo 823. Ni con el texto de éste. Y, además, resulta incongruente en las hipótesis de reserva comprendidas en el artículo 969 del Código civil, es decir, cuando los bienes reservables no los hubiese adquirido el viudo de su cónyuge premuerto, sino de cualquier hijo del primer matrimonio o de parientes del difunto por consideración a éste.

b) *¿En qué porción de los bienes reservados puede el viudo mejorar a los hijos o descendientes del primer matrimonio?*

Los autores han mostrado completo desacuerdo en ese punto. Así:

2) Han limitado *al tercio de los bienes reservados* la facultad del viudo de mejorar con ellos: Scaevola (696), Lezón (697), De Buen, en la Enciclopedia Jurídica Española (698); Jaén (699); Marín Monroy (700). La razón fundamental aducida en defensa de esta opinión es la llamada que el artículo 972 hace al 823, enlazada con la expresión literal de éste al autorizar para mejorar *con una de las dos terceras partes*.

Lezón esgrimió también, a mayor abundamiento, las reglas de hermenéutica legal *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda* y *semper in obscuris quod minimum est, sequimur*, «la primera de las cuales reglas impone una interpretación restrictiva a toda disposición legal, si ella pudiere conducir a odiosas excepciones que contradigan el espíritu general del sistema legislativo». Pero creemos que la aplicación de estas reglas nos lleva a la solución contraria, pues precisamente la reserva ha sido calificada de odiosa (701) y, por ello, sus normas estimadas de

(696) SCAEVOLA, *Loc. ult. cit.*, b), pág. 267.

(697) LEZÓN, *Loc. cit.*, págs. 228 y sigs.

(698) DE BUEN, *Enciclopedia...*, voz y vol. cit., B, V, 1.º, pág. 342.

(699) JAÉN, *Op. cit.*, pág. 826.

(700) MARÍN MONROY, *Loc. ult. cit.*, pág. 900.

(701) Véase, verbigracia, ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum...*, l. XIV, XV y XVI, núm. 7, vers. *Primo* (fol. 62), que dice: «quia legalis dis-

interpretación restrictiva; y el menor efecto de la reserva consiste evidentemente en limitar lo menos posible, sin apartarse de la *ratio* institucional, las facultades dispositivas del reservista.

2) Entiende Royo Martínez (702) que dicha facultad comprende *la mitad de los bienes reservados*. Llega a este resultado por su interpretación de la llamada del artículo 972 al 823: «Como respecto de la reserva no hay tercio de libre disposición del reservista, parece oportuno entender que la mejora autorizada por el artículo 972 podrá comprender hasta la mitad de los bienes reservables». Es decir, marca un paralelismo cuantitativo entre esa mitad de la reserva, que cree susceptible de ser objeto de mejora, y la cuantía de la mejora admitida en el artículo 823, que comprende la mitad de la legítima lara (703).

3) Se eleva a *dos tercios de los bienes reservados* la cuantía susceptible de mejora, según de Buen en sus notas al Curso de Colón y Capitan (704), pues la referencia del artículo 972 al 823 le hace pensar «que, salvo en el caso de desheredación o indignidad, el reservista habrá de distribuir el tercio de los bienes reservables por partes iguales; de los otros dos tercios podrá disponer para repartirlos entre los mismos hijos y descendientes con desigualdad» (705).

4) Abarca dicha facultad *la totalidad de los bienes reservados*, en opinión de Manresa (706), López R. Gómez (707), Morell (708) —éste rectificando su anterior opinión (709) a la que después volvió a acercarse vacilante (710)—, Valverde (711), Escobar de la

positio que privat matrem vel patrem transuntem ad secunda vota proprietate bonorum, et obligat reservare filiis primi matrimonii est odiosa et mere poenalis, ita probat tex. iuncta commu. expositione doctorum in *l. foeminae C. secundis nupl. tex. in Authen. de nupl.*, § *si vero expectet.*

(702) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, cap. XX, § 4.º, pág. 234.

(703) Esta opinión había sido ya insinuada con igual razonamiento por MANRESA (*Código...*, vol. VII, arts. 968 a 980, II, B, b), pág. 201.

(704) DE BUEN, *Notas y vol. cits.*, pág. 386.

(705) ESPÍN CÁNOVAS, (*Op. y vol. cits.*, pág. 82), expone esta opinión y la que seguidamente explicaremos, sin determinar cuál cree preferible.

(706) MANRESA, *Loc. cit.*, págs. 201 y sigs.

(707) LÓPEZ R. GÓMEZ, *Op. y vol. cits.*, cap. VII, n. 11, págs. 247 y sigs.

(708) MORELL, *Bienes reservables*, Parte primera, III, en «Estudios...», págs. 266 y sigs.

(709) MORELL, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 82, pág. 131, en el mismo trabajo, *Bienes reservables*, publicado en esa revista un año antes que en sus *Estudios...* En éstos (*Loc. cit.* en la nota anterior) quitó el inciso publicado en aquella que decía: «No en cuanto a todos los bienes, sino en cuanto a su tercera parte, pues si dispusiese de todos en favor de algunos quedarían los demás despojados de un derecho que la ley les reconocía»; y en cambio, agregó dos párrafos más justificando conforme la finalidad de la reserva, que la mejora pudiera abarcar todos los bienes reservables.

(710) MORELL, *Comentarios...*, vol. IV, arts. 191 al 199, II, D, a), 2.º; pág. 388, donde dice: «La cita del artículo 823 nos induce a creer que el ómnibus, al mejorar, no puede transmitir por este título todos los bienes

Riva (712), al parecer Torres Murciano (713) y Roca Sastre (714). A favor de esta tesis se ha argumentado:

1.º Que el artículo 973 del Código civil comienza diciendo: «Si el padre o la madre *no hubiere usado, en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior, los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión de la línea descendente...*» Es decir, *excluye la sucesión conforme estas reglas—prescritas para la sucesión de la línea descendente—en los supuestos en que el binubo hubiere usado en todo de la facultad de mejorar y, por lo tanto, presupone la exclusión de la sucesión según esas reglas prescritas para la línea descendente—si el reservista hubiere usado en todo de su facultad de mejorar, de lo que se infiere que, por «usar en todo» entiendo el artículo 973 mejorar en todos los bienes reservables, puesto que el uso total de esta facultad elimina la posibilidad de acudir a las reglas prescritas para la sucesión de la línea descendente.*

2.º Que la *finalidad de la reserva binupcial* queda cumplida si no salen los bienes fuera del ámbito familiar de los descendientes comunes. El derecho a los mismos no corresponde a todos y cada uno de estos descendientes, sino, en abstracto, a la entidad hijos y descendientes comunes, siendo suficiente para cumplir la obligación de reservar en concreto que tales bienes se atribuyan a uno cualquiera de éstos.

3.º Que en el grupo de bienes sujetos a la reserva clásica *no cabe discriminar una porción de mejora y otra de legítima, pues todo el grupo en bloque está destinado a los reservatarios, por lo cual la cita en el 972 del 823 no puede tener el alcance que aparenta tener, y sólo alude en abstracto, no en cuanto a extensión ni límites a la facultad de mejorar que en dicho artículo 823 se contiene.*

Pero esta solución ofrece un punto débil, vulnerable a una importante objeción que no escapó a Manresa (715). Facultado el padre o madre «para adjudicar a uno solo de sus hijos del primer matrimonio todos los bienes reservables si éstos constituían todo

reservables a un solo hijo o nieto, sino sólo la tercera parte, considerando dicho bienes como cuerpo especial de herencia. Puede, no obstante, sostenerse fundamentalmente otra interpretación.»

(711) CALIXTO VALVERDE VALVERDE, *Op. y vol. cit., cap. XXI, págs. 473 y sigs.*

(712) BLOY ESCOBAR DE LA RIVA, *Op. cit.,* pág. 41.

(713) TORRES MURCIANO, *Loc. cit.,* pág. 282, pues argumenta que si puede el binubo mejorar *libremente*, no es mucho que pueda *justamente* desheredar, argumento de *minor ad minus* que no cabría esgrimir si la mejora tuviese menor extensión que la desheredación.

(714) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., *La desheredación por el reservista*, II, págs. 331 y sigs.

(715) MANRESA, *Loc. cit.,* pág. 293.

o casi todo su caudal, resultará que una institución creada para favorecer a los descendientes de la primera unión, servirá precisamente para desposeer a la mayor parte de ellos, en interés de uno solo, de bienes, que, sin la reserva, les hubieran, en parte al menos, correspondido en la herencia del cónyuge bútuvo». Es cierto que la razón de la reserva queda satisfecha si los bienes reservados no salen de la entidad hijos y descendientes comunes, sean adjudicados a todos ellos o sólo a alguno o exclusivamente a uno; pero lo que no parece lógico dentro del sistema general sucesorio es que la reserva sirva en algunos casos para disminuir la legítima individual de los hijos comunes. Esa dificultad desaparece con la solución que a continuación exponaremos, y que armoniza perfectamente las finalidades de la reserva y de las legítimas de los hijos y descendientes del primer matrimonio.

ε) La llamada del artículo 972 al 823—como hemos afirmado en otras ocasiones (716)—no puede tener otro sentido que el determinar el límite de la mejora en los bienes reservables calculado, como hace el artículo 823 en relación a la herencia del mejorante; y ésta, por lo tanto, como es absurdo imputar sin computar previamente, deberá ser integrada computando en ella los bienes reservados. Es decir, *a efectos del cálculo de la legítima de los hijos del primer matrimonio, de la mejora para los descendientes de esta anterior unión y para disponer a su favor del tercio libre, se computan e imputan los reservables*. Estos integran la masa de cálculo y la masa de extracción de la mejora de modo que *el reservista podrá mejorar con todos o con parte de ellos a cualquiera de los descendientes comunes con tal de respetar la legítima individual de cada uno de los hijos comunes* (o descendientes legítimos de los hijos comunes premuertos) *computada integrando, a este efecto, los bienes reservables en la herencia del reservista*.

Eso es lo que creemos que quiso significar Tomás Albi (717) al afirmar: Como hay que respetar el artículo 808 del Código, que no permite al ascendiente privar del tercio de legítima estricta a sus descendientes legítimos, la facultad de mejorar [del art. 972] no creemos pueda pasar de disponer de los dos tercios de mejora y de libre disposición.»

Después insistiremos en la justificación de nuestra tesis, pero antes debemos resolver la tercera cuestión que hemos enunciado entre las suscitadas para la interpretación del artículo 972 del Código civil, y que está íntimamente ligada con la solución que acabamos de propugnar para la segunda.

ς) *¿Los bienes sujetos a reserva viudal, forman una masa dis-*

(716) *Las reservas» en el capítulo V del Título IV, Libro III del Proyecto de...*, en «Rev. Jur. de Cataluña», LVIII, págs. 145 y sigs. y en este trabajo, II, § 2.º núm. 8, 8.º, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 687 y sigs.

(717) TOMÁS ALBI AUBRO, *Loc. cit.*, pág. 321.

tinta de la herencia del reservista, o bien, con respecto a los reservatarios se integran unitariamente en ella?

No hay ni que decir que para los defensores de la tesis que estima al reservista como un mero usufructuario o de la que entiende que los reservatarios derivan su derecho del cónyuge premuerto, la herencia del reservista y los bienes reservados formarán dos masas totalmente distintas.

Según Manresa (718), «los bienes reservables y los bienes hereditarios del cónyuge vívido forman dos grupos perfectamente separados por la ley. Los segundos son de todos sus hijos de cualquier matrimonio, y en ellos hay porción libre, tercio de mejora y tercio de legítima estricta. Los primeros pertenecen exclusivamente a los descendientes del primer matrimonio, porque al contraer el viudo segundas nupcias hubo de reservar para ellos la nuda propiedad, y el usufructo es evidente que con la nuda propiedad se refunde a la muerte del usufructuario. Estos bienes no pertenecen al vívido; no pueden pues formar parte de su herencia, y en ellos no hay porción libre; todo es, digámoslo así legítima; todo pertenece a los descendientes del primer matrimonio».

Pero estas afirmaciones de Manresa contienen varias inexactitudes—es incorrecto su uso de los verbos *ser* (*son*) y *pertenecer* (*pertenecen*)—y una presuposición que implica petición de principios. Además, a juicio nuestro, se apoya en una construcción equivocada al decir que los bienes reservables no pertenecen al vívido ni, por tanto, pueden formar parte de su herencia. Nosotros hemos defendido, contrariamente, que el reservista es un propietario o titular con su facultad de disponer condicionalmente limitada *inter vivos* y *mortis causa*, y que los bienes reservables, aunque tengan delimitado su posible destino, integran su herencia por los menos con relación a los descendientes comunes (719). Posteriormente hemos confirmado nuestro punto de vista por lo que se refiere a la posición *inter vivos* de reservista y reservatarios (720).

Ciertamente que, con respecto a quienes no sean descendientes del anterior matrimonio, los bienes reservados formarán una masa diversa y separada de los demás bienes integrantes de la herencia del vívido. Pero, con relación a los descendientes comunes todo—inclusive los datos que vamos comprobando respecto las facultades del vívido de mejorar y desheredar a los descendientes comunes—inclina a considerar que esos bienes integran la herencia del reservista.

Así, resulta que forman en su herencia una masa especial, que será indisponible a favor de quienes no sean descendientes co-

(718) MANRESA, *Loc. ult. cit.*, pág. 202.

(719) *Las reservas en el Capítulo...*, loc. cit., págs. 144 y sigs. y en este trabajo, II, 2.º, núm. 8, págs. 685 a 688 y 697 a 701.

(720) II, §§ 3.º y 4.º, en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 753 y sigs.

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

Son ciertas dos de las observaciones de Manresa. Una, que la llamada del artículo 972 al 823 no puede referirse a señalar en una cuota de los bienes reservables el límite de la cuantía de la mejora posible. Otra, que de estimar referida al total de estos bienes la facultad de mejorar—solución a la que llega en virtud de la anterior observación—, podrán salir perjudicados en la cuantía de su legítima individual, alguno de los hijos comunes no mejorados cuando los bienes reservables absorbieran casi todo el caudal del vínculo. Pero creemos que no hay ni puede darse tal paradoja, porque jurídicamente es inaceptable cualquier solución contradictoria cuando sin contradicción puede hallarse una solución armónica a los distintos fines perseguidos y positivamente correcta.

La legítima individual de los hijos comunes no puede ser perjudicada por la reserva. No fué ese el fin de esta institución. Tal resultado sería paradójico y absurdo. Y, por otra parte, cabe armonizar perfectamente la no reducción de la legítima individual de los hijos y descendientes comunes con el nacimiento y cumplimiento de la reserva. Basta computar los bienes reservables para cálculo de las legítimas y mejoras de los descendientes comunes y de la parte libremente disponible a favor de éstos. Así, el interés protegido por las reservas no perjudica—ya que no lo pretende su *ratio*— los intereses protegidos por las legítimas de aquellos mismos a quienes proteger más. Así se conjugan las finalidades de ambas instituciones, cumpliéndose totalmente el cometido de ambas.

Además, la llamada del artículo 972 al 823 sólo se explica y tiene sentido con esta solución. En otro caso bastaría con que hubiese hablado de mejorar.

El reservista puede mejorar con los bienes reservados en cuanto no rebase el límite negativo que el artículo 823 le impone. Debe corresponder a cada uno de los hijos comunes una parte viril de uno de los dos tercios de la herencia del reservista calculados, computando en ésta a estos efectos los bienes reservables y restando las legítimas individuales de los hijos no comunes, computadas exclusivamente de los bienes no afectados por la reserva. Si la mejora en bienes reservables afecta a esa legítima indivi-

dual de algún hijo común deberá reducirse respetando la primacía de ésta.

Así, los bienes reservables integrarán: la *masa de cálculo necesario* de la legítima individual de los hijos y descendientes comunes; la *masa de cálculo posible* de las mejoras dispuestas a favor de éstos y del montante de la parte disponible con relación a los mismos, además de la mejora estricta, y la *masa de extracción posible* de las mejoras y legados de los descendientes comunes que no lesionen la legítima individual de ninguno de ellos, e incluso de sus legítimas individuales o de parte de ellas--a lo que nada se opone (721).

La *razón* porque los bienes reservables se excluyen de la he-

(721) Supongamos que al fallecer un bímbo deja dos hijos de su primer matrimonio y otros dos del segundo; un haber reservable de 100.000 pesetas y otro no reservable de 20.000.

La legítima individual estricta de los hijos del segundo matrimonio, $\frac{20.000}{3}$ sólo será

$\frac{20.000}{3} = 6.666,66$, y cada uno de los tercios de mejora y de libre disposición será *respecto a éstos* de 6.666,66. E igual valor, con referencia a extraños, corresponderá a la parte de libre disposición.

En cambio, la legítima individual estricta de cada hijo común se computará sumando ambas masas $100.000 + 20.000 = 120.000$, y de esa suma se sacará el tercio $120.000 : 3 = 40.000$. Es decir, *para ellos*, cualquiera de los tres tercios equivaldrá a 40.000. Del tercio de legítima estricta habrá que deducir la correspondiente a los hijos no comunes, o sea: $40.000 - 3.333,33 = 36.666,66$, y dividida esa cifra por el número de hijos comunes tendremos la legítima individual de cada uno de ellos $\frac{36.666,66}{2}$

$= 18.333,33$. Resultado que se comprueba matemáticamente con

esta operación: $\frac{100.000}{2} + \frac{20.000}{4} = 50.000 + 5.000 = 55.000$

$= 18.333,33$. [Nótese que en este cálculo rectificamos lo dicho en la nota 476 de la I parte de este trabajo, pág. 181, y en AN. DER. CIV., X-IV, pág. 1109, así como la nota 167 de la pág. 382 de la «Rev. Der. Priv.», XLIII].

Si se mejora a un nieto común con todos los bienes reservables (valorados en 100.000), dado que respecto a él la herencia del bímbo importa 120.000 y que de esta suma hay que restar 3.666,66 (equivalentes a la suma de las legítimas individuales estrictas de los dos hijos del segundo matrimonio) y 36.666,66 (equivalentes a la suma de las legítimas individuales estrictas de los dos hijos comunes), en total 40.333,33, resultará que--aun agotando el tercer tercio computado en 40.000 respecto la común descendencia--la mejora en los bienes reservables de ese nieto habrá de sufrir una reducción de 20.333,33 ($120.000 - 40.333,33 = 79.666,66$... y $100.000 - 79.666,66 = 20.333,33$), que deberán complementar las legítimas rigurosas de los hijos del primer matrimonio.

Y si viviese el segundo cónyuge del bímbo, su cuota legitimaria sería el usufructo de 6.666,66, que debería satisfacersele en bienes no reservados, y, por lo tanto, la legítima de los hijos del primer matrimonio debería completarse (en cuanto esa cuota vital la contrajera respecto los bienes no reservados), con bienes reservados, reduciéndose en igual montante la mejora del nieto.

rencia del bínubo con respecto a quienes no sean hijos o descendientes del anterior matrimonio, dimana de la específica mayor defensa de estos descendientes comunes, en virtud de los especiales supuestos que la motivan. Por lo tanto, en cuanto se refiere a las relaciones de estos descendientes comunes entre sí, con respecto a la herencia del bínubo, *no hay razón* finalista ni lógica—por lo menos partiendo de la posición del Código civil—que impida al bínubo mejorar y desheredar a los reservatarios para separar tales bienes de dicha herencia. Y, con referencia a las legítimas individuales estrictas de cada uno de los hijos y demás descendientes comunes que sean legitimarios, precisamente *hay razón para que tales bienes se computen en la herencia del bínubo*, para no mermar las legítimas de quienes se quiere favorecer.

RECAPITULANDO los resultados de nuestro análisis de los artículos 972 y 973 del Código civil, llegamos a las siguientes conclusiones:

1.º Con relación a los descendientes comunes del cónyuge premuerto y del obligado a reservar, al fallecer este último, los bienes reservados integran una sola masa con los demás relictos por éste, a efectos del cálculo de las legítimas, mejoras y demás disposiciones a favor de esos descendientes comunes, y forman también parte de la masa de extracción tales legítimas, mejoras y disposiciones a favor de la común descendencia.

2.º Consiguientemente, el reservista podrá mejorar con los bienes reservados a cualesquiera de esos descendientes comunes, conforme al artículo 823, es decir, siempre que computados e imputados los demás bienes—reservados y no reservables—dejados a cada uno de los hijos comunes se cubra su respectiva legítima individual estricta.

3.º También podrá desheredarlos justamente, entendiéndose que la desheredación de un hijo común comprende tanto los bienes no reservables como los reservados. La desheredación de un reservatario tendrá mayor ámbito de exclusión cuantitativa que el obtenible al mejorar a los demás descendientes comunes, pues al dejarle sin su legítima se priva al desheredado de todos los bienes, inclusive los reservables que, en caso de no haber sido desheredado y de haberse mejorado íntegramente a los demás hijos comunes o a alguno de éstos (722), integrarían o completarían su legítima individual no cubierta con los demás bienes.

(722) Supongamos que el reservista sólo deja dos hijos de su primer matrimonio y que dos bienes reservables integran la totalidad de su caudal o bien más de seis quintas partes del mismo, verbigracia: bienes reservados, 50.000, y bienes no reservables, 4.000; total, 60.000; legítima estricta de cada hijo común, 10.000. En ese supuesto, la mejora de uno de estos hijos con los bienes reservables, no podría abarcar más que una parte de éstos hasta un valor máximo de 50.000; en cambio, desheredado justamente el otro hijo del primer matrimonio, aquél recibiría íntegramente todos los bienes reservados.

32. *Planteamiento en la reserva lineal y solución en ella del tema.*

Examinada la posición de la jurisprudencia y de la doctrina acerca de la posibilidad de libre atribución y distribución de los bienes reservables, por el reservista del artículo 811, entre los presuntos reservatarios delimitados en este precepto, y luego de haber penetrado en la interpretación de los artículos 972 y 973, § 2.º, que regulan en la reserva clásica las facultades del reservista de mejorar y deheredar, podemos ya, con suficientes conocimientos de los datos concretos, volver a tomar el hilo que hemos dejado en el número 28.

Según allí aceptábamos como probado: El artículo 811 *no impone una sucesión forzosa al ascendiente reservista, sino que solamente impide que los bienes reservables salgan por mediación de tal reservista del ámbito familiar determinado en el precepto.*

Por eso, la reserva queda cumplida con tal que los bienes queden en manos de uno cualquiera o de varios de los reservatarios.

Ahora bien, al igual como hemos visto, al tratar del artículo 972, que la reserva viudal no puede servir para limitar las legítimas de los hijos comunes, tampoco cabe admitir que la reserva lineal pueda servir de escapatoria para dejar incumplidos los derechos legitimarios de los descendientes comunes a ambos ascendientes y que, por lo tanto, reúnan, a la vez, la condición de protegidos por las normas reglamentadoras de ambas instituciones. Esa doble protección debe lógicamente sumarse y no restarse.

Así lo vió claramente la Sentencia de 4 de enero de 1911, al declarar que «con esta reserva (del art. 811) o sin ella, mientras exista un solo descendiente al fallecimiento del último cónyuge, los bienes de la familia constituida por el matrimonio y su posteridad, estarán siempre regidos por el sistema de las legítimas y las mejoras y demás disposiciones legales del Código, que regulan la sucesión entre los padres y descendientes legítimos».

Cuanto hemos afirmado respecto la computación de las legítimas de los descendientes comunes en la reserva binupcial, debe aplicarse—*mutatis mutandi*—, por igualdad de *ratio* y por la identidad de su mecánica funcional, a la reserva lineal.

Las legítimas de los descendientes del reservista que, a la vez, sean reservatarios, así como la parte de mejora y la libremente disponible a su favor, debe computarse sumando los bienes reservables a los demás integrantes de la herencia del reservista (723).

(723) GAYOSO ARLAS («Rev. Der. Priv.» cit., págs. 258 a 260 y en especial nota 4 de esta última página) entiende que los bienes reservables deben computarse para calcular las legítimas y las mejoras de los descendientes del reservista. Pero con mayor amplitud que nosotros, pues: a) Aplica también este criterio al supuesto de que los descendientes del reservista sólo fuesen medio hermanos del descendiente por la línea distinta de la

Así enlazamos con uno de los puntos básicos a que habíamos llegado: *Las legítimas que gravan la herencia del reservista cuando los legitimarios sean a la vez reservatarios, deben ser aplicadas y respetadas no obstante la reserva.*

Tenemos, pues, centrada ya la cuestión sobre dos pilares básicos: a) *La reserva no impide al reservista disponer mortis causa a favor de cualquiera de los reservatarios.* b) *Las legítimas de los descendientes del reservista, que a su vez sean reservatarios, abarcan en su masa de cálculo y extracción los bienes reservables, pues la reserva no limita el derecho que, a la vez, tengan como legitimarios y que son perfectamente compatibles entre sí.*

Sobre estas bases se apoya fácilmente la solución del problema que estudiamos: *El reservista puede disponer libremente de los bienes reservables entre los parientes que lo sean del descendiente dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, sin otra limitación que la de respetar las legítimas de aquéllos de sus descendientes que a la vez reúnan la condición de reservatarios.*

Descendiendo a la aplicación casuística de esta conclusión, deberemos distinguir:

a) Si el reservista sólo deja descendencia común al otro ascendiente creemos—como hemos afirmado antes (724)—que no ha lugar a la reserva lineal. Pero si fuese aplicada la doctrina que ha predominado estos últimos años en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, deberíamos aplicar la solución que daremos para el caso siguiente.

procedencia de los bienes y no quedaren ascendientes de dicho descendiente pertenecientes a la dicha línea de procedencia de los bienes; y b) Lo aplica incluso, habiendo descendientes comunes, para calcular la parte de libre disposición, que es libreada de la reserva—es de libre disposición del testador, luego no está sujeta a reserva, y así las legítimas del 839 y 840 las impone expresamente la ley a la parte libre, no hace así con la reserva del 811—por lo que hemos de entender que éste no obsta a la aplicación del último párrafo del 808 con todas sus consecuencias—, agregando que: «No hay más razón para incluir los bienes de que se trata en la legítima que en la parte libre, o viceversa; no pueden estimarse como baja del caudal para fijar aquélla, como dice el Tribunal Supremo [S. 4 enero 1911], y, por lo mismo, tampoco lo serán para ningún otro efecto, verbigracia, para fijar ésta (la parte libre); de lo contrario esta última no llegaría al tercio, o la legítima excedería de los dos tercios.»

Por lo así como hemos dicho que no creemos razonable limitar las legítimas individuales de los reservatarios en virtud de la reserva, viceversa tampoco creemos lógico que se quiera limitar la reserva en virtud de la legítima—cuando tenga lugar aquélla, v. gr., por tener el reservista hijos de línea diversa a la de los bienes—, pues, como hemos dicho al defender lo primero y creemos aplicable para sostener lo segundo, estas instituciones no deben contrarrestarse ni restarse, sino sumarse y juxtaponerse armónicamente, según requiere la respectiva finalidad de ambas.

(724) 1, § 5.º, núm. 34, págs. 124 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 784 y sigs.

b) Si el reservista dejare descendientes que reunieren las condiciones de ser reservatarios y otros que no lo fueren, los bienes reservables deberán integrar: la masa de cálculo forzoso de las legítimas de aquéllos, la de cálculo posible de las mejoras dispuestas a favor de los mismos, a los cuales será perfectamente aplicable la doctrina de los artículos 972 y 973, § 2.º del Código civil, y la de cálculo posible de la parte libremente disponible a favor de cualquier reservatario. Paralelamente los bienes reservables podrán formar parte de la masa de extracción de las legítimas de esos reservatarios que a la vez sean legítimarios del reservista, de las mejoras de los reservatarios que sean descendientes del propio reservista y de las disposiciones libremente hechas por éste a favor de cualquier reservatario. E, inversamente, no podrán integrar en modo alguno la masa de extracción de las legítimas y mejoras, respectivamente, de los legítimarios y descendientes del reservista que no sean a la par reservatarios, ni de las demás disposiciones hechas por aquél a favor de personas que no reúnan esa condición (725).

c) Si ninguno de los reservatarios reúne la condición de legítimario del reservista, éste podrá favorecer con los bienes reservables a cualquiera de ellos. Y, asimismo, en el caso de dejar algunos reservatarios legítimarios suyos, podrá favorecer con los bienes reservables a los otros reservatarios no legítimarios ni descendientes suyos en cuanto exceda de los tercios de legítima estricta y de mejora, computados—para los reservatarios legítimarios—integrando a ese efecto los bienes reservables en la herencia del reservista. Pero esto, *no en virtud de la aplicación analógica de los artículos 972 y 973, § 2.º del Código civil, sino simplemente por aplicación directa, conforme a su ratio, del artículo 811*, que cumple así su finalidad sin exceptuar más que lo estrictamente necesario el Derecho común de sucesiones aplicable a la herencia del reservista. Sin perjuicio de que, si el reservista puede igualmente desheredar al único o a todos los reservatarios, sean o no sean descendientes suyos, si han incurrido en causas tan graves como las referidas en los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 756, a los que se remite el artículo 852 (y tal vez también—según insinúa Genovés—las de los números 3 y 4 del art. 853 C. c.), han de poder ser aplicadas por razonamiento de *minor ad maius* a los colaterales afines que legalmente sean reservatarios, y a los cuales no nos ofrece duda que les ha de ser aplicable la incapacidad de suceder por causas de indignidad, tanto con respecto al descendiente como al ascendiente reservista, conforme a los artículos 756 y 757 del Código civil (726).

(725) Ver I, § 7.º, n. 48, pág. 1108, y en AN. DER. CIV., X-IV, página 1108.

(726) GENOVÉS AMORÓS al tratar de la desheredación en la reserva tron-

§ 6.º RESERVA CONSUMADA: SU COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD CON LA SUCESIÓN INTESADA DEL RESERVISTA.

33. *Plantamiento.*

Previamente al examen comparativo, que vamos a acometer, entre los resultados de la sucesión intestada del reservista y los dimanantes de las limitaciones impuestas por la reserva, creemos indispensable un repaso panorámico de las afirmaciones de la jurisprudencia y de las opiniones expresadas por los autores con respecto a la atribución y distribución de los bienes reservables entre los reservatarios.

Veamos primero lo que han dicho la Sala Primera del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado:

La Dirección General de los Registros y del Notariado fué la que primeramente necesitó ocuparse de esa preferencia. Con anterioridad, el Tribunal Supremo sólo había resuelto—en Sentencia de 16 de diciembre de 1892—cuál es el punto de partida para computar ese tercer grado que señala el límite máximo de parentesco de los posibles beneficiados por la reserva. En cambio, la Resolución de 20 de marzo de 1905 tuvo que decidir la prioridad de los reservatarios, discutida con criterios divergentes por el Notario—que aplicaba el principio de la proximidad de grado a la reserva lineal—y por el Registrador de la Propiedad—que pretendía la distribución igualitaria entre todos los reservatarios sin distinguir entre los que se hallaban en segundo y en tercer grado respecto al descendiente—. La Dirección consideró «que la razón que principalmente se alega en contra de aquel principio, a sea, que al llamar el citado artículo 811 a la sucesión, en el caso a que el mismo se refiere, a los parientes dentro del tercer grado, no contiene declaración alguna respecto a la manera de distribuir entre éstos los bienes que se reservan por lo que en el mismo no

cal (*Loc. cit.*, págs. 740 y sigs.) observa que «si la ley, que con tanto celo protege a los herederos legitimarios, y que los coloca en una situación privilegiada respecto a una gran masa de bienes hereditarios, no vacila al conceder el permiso para que se les prive de su derecho cuando existan razones gravísimas que justifiquen tan severa medida, sería absurdo y hasta inmoral que parientes de la línea transversal, de grado más remoto y que no gozan del derecho casi sagrado a las legítimas, quedaran en una situación de invulnerabilidad económico-civil. Pero, al final, el mismo autor concluye restringiendo esa conclusión para los reservatarios que no sean descendientes del reservista, y opina que «quizá fuera más adecuado y más equitativo interpretar restrictivamente el silencio de la ley positiva y estimar que en cuanto a los parientes por la línea transversal no cabe la declaración por el reservista, y que el riesgo de que los bienes pasen a personas que no merecen ser protegidas por la reserva trascendental queda suficientemente cubierto por las normas que regulan la indignidad para suceder y que se aplican *ex jure*».

se dispone, ni fija distinción ni preferencia entre ellos, y que, por tanto, los comprende a todos, no tiene verdadero fundamento, porque en parecidos términos están redactados otros artículos del Código, como el 954, según el cual, en la sucesión intestada; no habiendo hermanos ni cónyuge supérstite, deben suceder en la herencia del difunto los demás parientes colaterales, y, a pesar de que en él no se hace tampoco tal distinción o preferencia entre éstos, es evidente, sin embargo, que no todos los parientes colaterales suceden en dicho caso, sino que *los más próximos excluyen a los más remotos, ajustándose al precepto general del citado artículo 921 del mismo cuerpo legal*, pues los diferentes artículos del Código se complementan y armonizan entre sí» (5.º *considerando*).

En Sentencia de 19 de noviembre de 1910, ya invocó el Tribunal Supremo el principio de proximidad de grado para aplicarlo a la reserva lineal, al decir en su cuarto considerando que «siendo el fundamento racional de éste [el art. 811] la voluntad presunta del descendiente, que con su muerte inicia la reserva, de que los bienes a ella afectos vuelvan, por el óbito de la heredera forzosa que se había interpuesto, *a los parientes más próximos de aquélla y de cuya línea proceden*».

La Sentencia de 4 de enero de 1911, defendió la preferencia de los hijos comunes de ambos ascendientes respecto los demás posibles reservatarios. Su tercer considerando afirma que no es racional presumir que «*la misma ley dispusiere que los bienes pasaren a parientes de tercer grado, con perjuicio de la común posteridad*, ni esto lo ha podido ordenar el artículo 811 del Código..., porque implicaría la derogación virtual del sistema de sucesión de los descendientes, conservada por la tradición y consagrado en el vigente Cuerpo legal, que hasta respetaron los Códigos antiguos, y los Fueros municipales en que se establecía la sucesión troncal, en los que es preciso apelar a las distinciones de línea y grado de parentesco, de que también habla el artículo 811, que no tiene aplicación, cuando los llamados a la herencia..., son descendientes del matrimonio del supuesto reservista y de la persona de quien provienen los bienes».

La Sentencia de 17 de abril de 1956 declara la preferencia de los parientes de segundo grado del descendiente, hermanos suyos en el caso en cuestión, respecto a los de tercer grado, que estimó tenían su derecho sometido a una doble condición: la de sobrevivir al reservista y la de que premurieran a éste los presuntos reservatarios de grado más próximo al ascendiente.

El artículo 921 del Código civil ha sido aducido en las Sentencias de 8 de octubre de 1930, 14 de junio de 1945 y 8 de junio de 1954. La primera y la tercera lo invocaron para aplicar el primer inciso del § 2.º de dicho artículo: «*Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales...*». Y la

segunda, en su considerando 2.º, entre otros argumentos formulados para la aplicación del derecho de representación a la reserva del 811, adujo: «a) La consideración de que el derecho de representación a que aluden los artículos 921 y siguientes del Código civil forma parte del derecho común de sucesiones y es, por tanto, aplicable a la intestada. b) La de que sobre esta base, las disposiciones del artículo 973 a cuyo tenor en los bienes sujetos a reserva, el descendiente ha de heredar conforme a las reglas de la sucesión en la línea descendente, son aplicables a la reserva lineal contemplada por el artículo 811».

En cambio, la Sentencia de 5 de diciembre de 1958 rechaza la aplicación a la reserva lineal de alguna de las reglas de la sucesión intestada, concretamente la que atribuye doble porción a los hermanos de doble vínculo que concurren con los de vínculo sencillo. Su tercer considerando declaró que *«los artículos 921 y 949 del citado Cuerpo legal relativos a la participación hereditaria de los medio hermanos... únicamente es aplicable en la sucesión abintestato directa de los hermanos entre sí, en que el caudal hereditario abarca la totalidad de los bienes del causante, sea cualquiera su procedencia... mientras en la reserva lineal del artículo 811... sin perjuicio de lo que pudiera resolverse si [los bienes reservados] procedieran de otro hermano—hipótesis que ahora ha de eliminarse por ajena al pleito—, sólo comprende los bienes adquiridos por el hermano fallecido a título de herencia de su padre, respecto al cual y por ser el progenitor común de los tres hermanos, los dos hermanos litigantes—recurrente y recurrido—se hallan en idéntica posición de línea y grado, aunque sean hijos de distinta madre, ya que la diferente línea materna ningún influjo tiene en la reserva de que se trata»* (727).

Respecto al cómputo del grado de parentesco con el descendiente de los parientes de la línea de procedencia de los bienes, vimos (728) discrepar a la Sentencia de 19 de noviembre de 1910, que independiza los requisitos de pertenecer a dicha línea y de proximidad de grado—dentro del tercero—con el descendiente, y las Sentencias de 1 de julio de 1955 y 2 de marzo de 1956, que exigen que el grado se compute precisamente a través de la línea de procedencia de los bienes. Por cierto, en esta segunda sentencia pudo plantearse la cuestión de la preferencia entre el orden de los ascendientes y el de los colaterales del descendiente, pues concurriría su abuela con medio hermanos de éste. Pero no se ocupó de esta cuestión, porque el fallo alejó a aquellos medio hermanos hasta el cuarto grado de parentesco lineal, al computar, a efectos del artículo 811, a través de línea de procedencia de los bienes cual era el que les unía al descendiente.

(727) Véanse las observaciones que hicimos a las declaraciones de este considerando en AN. DER. CIV., XII-I, págs. 358 y sigs.

(728) Ver I, § 4.º, 27, págs. 96 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 721 y sigs.

En resumen, poco fruto pueden brindarnos en este punto las resoluciones jurisprudenciales, dada su disparidad y porque sus razonamientos han sido hechos en términos generales pero siempre para dar a casos concretos la solución instintivamente prejuzgada para el supuesto singular discutido.

En la doctrina podemos clasificar las siguientes posiciones:

a) Según Lozano Sicilia (729), los bienes reservables sólo pueden heredarlos: *los descendientes comunes de los dos ascendientes a que el artículo 811 se refiere*, o bien, en caso de haberlos heredado el descendiente de un hermano, *los descendientes del ascendiente reservista que sean hermanos o sobrinos del descendiente heredado*. Todos ellos por estirpes y con derecho de representación con arreglo al artículo 933 del Código civil. Habría, pues, según esta tesis, una sucesión del reservista limitada en favor de aquéllos de sus descendientes que además reunieren la condición de reservatarios, y, por lo tanto, de darse la sucesión intestada—por falta de disposición del reservista en concepto de mejora—tendría lugar precisamente la del reservista, pero con la particularidad de ser excluidos de ella con respecto los bienes reservados aquéllos de sus herederos abintestato que no fueran reservatarios.

b) A juicio de Mucius Scaevola (730) son llamados a la reserva, *conjunta e integralmente, todos los parientes del descendiente que, conforme al artículo 811, estén dentro del tercer grado, pertenezcan a la línea de donde procedan los bienes y que vivan al fallecer el reservista, siendo su adquisición por cabezas y por partes iguales*; porque el 811 no se rige por el principio de proximidad de grado, sino que lo rechaza para aceptar el principio lineal o de troncalidad, y porque su texto llama a todos los parientes dentro del tercer grado, «sin establecer distinción o preferencia entre ellos, de donde cabe inferir lógicamente que los comprende a todos». Por este mismo criterio se inclinó Ramos (731).

c) Para López R. Gómez (732), el 811 dispone la adquisición del derecho a la reserva, en favor de *los parientes de tercer grado del descendiente y de la línea de procedencia de los bienes que vivan al tiempo de constituirse la reserva*, que este autor sitúa en el momento del fallecimiento del descendiente heredado por el reservista: «y sin perjuicio de la preferencia que entre ellos pueda existir, por razón de la mayor proximidad de grado, siendo también aplicables a este efecto, todas las reglas pertinentes a los

(729) LOZANO SICILIA. *Op. cit.*, págs. 194 y sigs.

(730) SCAEVOLA, *Op. cit.*, XIV, art. 811, III, F, c) y d), págs. 338 y sigs.

(731) RAFAEL RAMOS. *De las sucesiones*, t. II (Madrid, 1898), cap. XXX, núm. 12, pág. 55.

(732) LÓPEZ R. GÓMEZ, *Op. y vol. cit.*, cap. VIII, núm. 5, págs. 223 y sigs.

modos de suceder y con la limitación que expresamente la ley impone; de que la reserva sólo tiene lugar en favor de los parientes que pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan». A su juicio: fallecido después alguno de estos parientes con derecho a la reserva, transmitirá su derecho a sus sucesores, y nacido alguno anteriormente al nacimiento de la reserva, ningún derecho tendrá a suceder en los bienes reservados.

d) En opinión de Manresa (733), Falcón (734), Morell en sus «Comentarios a la Legislación Hipotecaria (735), Guillermo García Valdecasas, padre (736), Barrachina (737), Clemente de Diego (738), Valverde Valverde (739), Boret Ramón (740), se aplica ri-

(733) MANRESA, *Código...*, vol. VI, art. 811, II, F, primera y tercera cuestión, págs. 264 y sigs. y 277 y sigs. En la pág. 279 rechaza expresamente la aplicación del derecho de representación, apoyándose fundamentalmente en lo limitada que sería su aplicación y en la imposibilidad de aplicarla en aquellos casos en que con su aplicación se saldría del tercer grado de parentesco con el descendiente.

(734) MODESTO FALCÓN, *Los artículos 811 y 812 del Código civil*, en «Rev. de los Trib.», XXII, núms. 3 y 4 (enero 1891), pág. 19.

(735) MORELL, vol. IV, arts. 191 y 199, B, pág. 400. Como veremos, este autor en otros trabajos anteriores había admitido la preferencia de la línea ascendente sobre la colateral, mientras que en el citado en esta nota no señala excepción alguna al régimen de preferencia de grado, en virtud del cual también rechaza el derecho de representación. De este autor, como de MANRESA, se ha afirmado que estimaron posible la aplicación del derecho de representación a la reserva lineal. Pero los que han afirmado tal cosa se han apoyado en razones ciertamente expuestas por este autor, pero no estimadas por él como convincentes. Y no han sabido leer la solución contraria por él decidida en definitiva: «No se admite, pues, el derecho de representación» (pág. 400). Negativa que MORELL sienta por estimar inadmisibles su aplicación a pariente de grado más remoto del tercero y por no juzgar aceptable establecer una distinta solución según debiera juzgar la representación dentro o fuera del tercer grado. De este modo—como MANRESA—juzga precisamente como argumento en contra de su aplicación, tanto fuera como dentro del tercer grado, la imposibilidad—tratándose de bienes reservables—de aplicarla más allá del tercer grado de parentesco con el descendiente.

(736) GUILLERMO G. VALDECASAS, *Consulta, Interpretación del artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 118 (primer semestre 1911), págs. 255 y sigs., entiende que la proximidad de grado respecto al descendiente es la pauta para señalar la preferencia entre sus parientes pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, aunque a través de dicha línea el grado de parentesco fuese más lejano (por eso a los tíos de dicha línea prefiere aquellos medio hermanos que a través de la línea de los bienes sólo se hallarían en cuarto grado de parentesco con el descendiente por ser medio hermano por la parte del reservista y primos por parte del otro ascendiente).

(737) BARRACHINA, *Comentarios...*, vol. cit., cap. XII, pág. 338.

(738) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *El derecho de representación y la reserva llamada troncal del artículo 811 del C. c.*, en «Rev. Der. Priv.», XIV (febrero de 1927), págs. 60 y sigs. (Notemos que, aun cuando dice que ese resquicio que deja vacío el derecho excepcional y anómalo introducido por el artículo 811 lo ocupa y debe ocuparlo el derecho común o la regla general aceptada por éste); luego en el contexto del trabajo se observa que sólo aplica el principio de proximidad de grado); *Instituciones...*, vol. cit.,

gurosamente el principio de preferencia de proximidad de grado, con respecto al descendiente, a los parientes comprendidos en el grado y línea previstos en el artículo 811, que *vivan al fallecer el reservista*, de modo que los reservatarios de grado más próximo excluyen a los más remotos, sin admitirse ni siquiera la *salvedad del derecho de representación* dado el carácter personalísimo y excepcional de la reserva lineal. El mismo criterio de preferir a los reservatarios por su mayor proximidad de grado fué aceptado por la Academia Matritense del Notariado en 1894 (741) y por la Redacción de la Revista de los Tribunales en 20 de abril de 1907 (742).

c) *Mitigan ese principio de proximidad de grado con la aplicación del derecho de representación, aunque sin extenderlo a parientes más alejados del tercer grado de parentesco con el descendiente*, Charrín (743), Novoa Seoane (744), La Cueva (745), Escobar de la Riva (746), Castán Tobeñas (747), García Martínez (748), Genovés Amorós (749), Gómez Morán (750), Royo Martí-

Lec. 88, págs. 196 y sigs., y *Dictámenes Jurídicos*, III, dict. 5, págs. 124 y sigs.; dict. 43 y 44, págs. 505 y sigs., y dict. 45, I, c), págs. 535 y sigs., donde clasifica: en primer grado, al padre o a la madre; en segundo grado, a los abuelos de la línea de donde proceden los bienes y los hermanos de doble vínculo, o los medio hermanos de la parte de donde dichos bienes proceden, y en tercer grado, a los bisabuelos de dicha línea, los tíos carnales (hermanos o medio hermanos del padre o de la madre) y los sobrinos (hijos de hermanos o medio hermanos, en su caso, del descendiente).

(739) CALIXTO VALVERDE, *Op. y vol. cit.*, cap. X, págs. 228 y sigs.

(740) RAMÓN BONET, *Derecho civil...*, vol. cit., CVII, págs. 593 y sigs.

(741) Academia Matritense del Notariado, Sesión Académica de 30 de mayo de 1894, conclusión 4.^a de las presentadas por los señores Ruilópez y Montaut aprobada por mayoría: «4.^a Los pariente a cuyo favor se establece la reserva son los que existan a la muerte del ascendiente abligado a reservar, excluyendo los más próximos a los más remotos y sin preferencia por doble vínculo.»

(742) «Revista de los Tribunales», XLI, núm. 20, Contestación a una consulta, págs. 249 y sigs.

(743) A. CHARRÍN, *¿Son admisibles la mejora y el derecho de representación...?*, en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 91, págs. 430 y sigs.

(744) RAMÓN NOVOA SEOANE, *Un supuesto caso de reserva troncal*, en «Rev. Der. Priv.» VI (diciembre 1919), págs. 373 y sigs. Acata rigurosamente el principio de proximidad de grado, considera inaplicable el artículo 949 en caso de concurrencia de hermanos y medio hermanos del descendiente, pues estima que sólo del vínculo correspondiente a la línea de procedencia de los bienes deriva el derecho a los bienes reservables, y, por aceptar el derecho de representación, admite la concurrencia con los hermanos de los hijos de los hermanos premuetos.

(745) MANUEL DE LA CUBVA Y DONOSO, *La verdad sobre el 811*, páginas 71 y sigs. y 729 y afirmaciones decimotercera y decimocuarta, y en «Rev. de los Tribunales», LXVI, n. 444 (29 octubre 1932), págs. 62 y sigs.

(746) ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, *Op. cit.*, págs. 8 y sigs.

(747) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *El derecho de representación en la sucesión lineal...*, «Rev. Der. Priv.», XXIV, págs. 210 y sigs.

(748) FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ, *Derecho civil*, t. II (Valencia, 1942), pág. 220.

(749) CIRILO GENOVÉS AMORÓS, *Loc. cit.*, pág. 732.

nez (751), Fernández Serrano (752). De ese modo dentro del segundo grado, junto con hermanos del descendiente, entrarán los sobrinos hijos de hermano premuerto.

f) Otros autores han invocado *la aplicación de las reglas de la sucesión intestada del descendiente para determinar los reservatarios favorecidos*. Pero no parece que entre ellos haya habido completo acuerdo en su aplicación; ni siquiera que todos los que aludieron a ellas lo hicieran con plena conciencia de todas sus consecuencias.

Desde luego, es indudable que la aplicación de esas normas debería sufrir importantísimas desviaciones que la desvirtuarían (753). Vemos, en efecto, que se excluyen de la sucesión de los bienes reservables a aquéllos de los presuntos herederos abintestato del descendiente que no pertenecen a la línea de donde proceden los bienes y a los que se hallan fuera del tercer grado, así como los fallecidos en el tiempo intermedio entre las muertes del descendiente y del reservista.

Pero, además, observamos:

a) Que algunos autores sólo aluden muy genéricamente a las reglas de la sucesión intestada sin desmenuzar sus consecuencias —como Lacal (754)—, o para deducir únicamente la aplicabilidad del principio de proximidad de grado o bien del derecho de representación a favor de los hijos de hermanos del descendiente, como

(750) LUIS GÓMEZ MORÁN, *Op. cit.*, págs. 78 y sigs.

(751) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 213.

(752) ANTONIO FERNÁNDEZ SERRANO, *Un supuesto interesante del artículo 811 del C. c.*, en «Rev. Gen. de Derecho», IX (junio, 1953), págs. 285 y sigs. Acepta el principio de proximidad de grado con la atenuación del derecho de representación dentro del tercer grado en virtud del cual coloca en primer grado a los descendientes del ascendiente de quien procedieron los bienes.

(753) DIJO NARCISO RIAZA MATEO (*Contribución al estudio...*, pág. 51): «La reserva del artículo 811 viene a consistir en último término, se dice, en la apertura de la sucesión intestada del descendiente, llamando al disfrute de los bienes a aquellos parientes que los hubiesen hecho suyos por título de herencia, si no se hubiese interpuesto la persona del ascendiente obligado a reservar. A primera vista, el razonamiento seduce, pues proclama que, salvo esta transitoria estancia en poder del ascendiente, los bienes van a parar a los mismos pariente que los habrían disfrutado sin ese rodeo que dan con respecto a la familia natural y régimen sucesorio moderno.» Pero añade: «Sin embargo, aunque en la mayoría de los casos esto ocurra, en otros no acontece así, pues, por el contrario, con la institución de la reserva se priva de parte de esos bienes a parientes muy cercanos del descendiente que sin ella los hubiesen heredado.»

(754) PASCUAL LACAL FUENTES, *Un caso de aplicación...*, «R. C. D. I.», VIII, págs. 579 *in fine* y sigs.: «Resulta, por tanto, que no todos los parientes dentro del tercer grado tienen derecho a los bienes reservables, sino los más próximos cuando haya que aplicar las normas de la sucesión intestada, como sucederá, agregamos nosotros [dice él], siempre que no exista disposición testamentaria en la que concretamente se designe al reservatario.»

Alcubilla (755), «La Reforma Legislativa» en su número 1.316 (756), Díaz Cobeña (757), De Buen (758) y Roca Sastre (759).

β) Cadabal (760), aplicó hasta el límite del tercer grado las reglas de la sucesión intestada del descendiente estimando que tienen derecho a la reserva: «en primer término los ascendientes legítimos del descendiente; luego, sus hijos naturales; luego, los hermanos con los sobrinos hijos de hermanos difuntos, y, por fin, los tíos, sin omitir que los medio hermanos sucederán como media persona en concurrencia con otros hermanos de doble vínculo». Además, precisó que: «El grado de parentesco se cuenta por la línea del ascendiente o hermano de quien procedían los bienes».

γ) Contrariamente a esta opinión, predominó la de quienes entendieron favorecidos por la reserva a los parientes legítimos y nunca a los naturales, ni siquiera a los hijos naturales del propio descendiente causante (761). Así, aun entre los autores que invocan las reglas de la sucesión intestada de este descendiente, también vemos excluir a los hijos naturales, en opinión, v. gr., de Sánchez Román (762) y Roca Sastre (763) y más especialmente razonado por Acosta Inglott (764).

(755) MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, cit., vol. VII, voz *Legítima*, núm. V, pág. 842.

(756) *La Reforma Legislativa*, XXVI (14 marzo 1897), Contestación a la consulta núm. 1.181, pág. 87.

(757) DÍAZ COBEÑA, *Op. cit.*, dict. XV, C., págs. 231 y sigs. (en la pág. 233, dice que por constituir la reserva del 811 «una sucesión intestada, aun que limitada y parcial, no cabe prescindir de ninguna de las reglas y condiciones propias de la misma, no habiéndolo dispuesto así la ley expresamente, o no resultando que su aplicación es incompatible con los fines a que tiende dicha reserva»), y dict. XV, F, págs. 249 y sigs. (en la pág. 251, dice que «no puede perderse de vista que las disposiciones del artículo 811 no hacen más que restablecer, relativamente, a los bienes de que se trata, la situación de hecho que, respecto a la sucesión de los mismos, hubiera tenido lugar al morir el descendiente causante de ella, si no hubiera existido el ascendiente reservista, puesto que llama a heredarlos a los parientes, descartado éste, que serían los herederos legítimos de aquél»).

(758) DE BUEN, *Enciclopedia...*, vol. cit., voz «Reserva de bienes», C, I, pág. 350, y *Notas cit.*, vol. cit., pág. 396.

(759) ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp, del Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Wolf y Kipp.*, vol. V-1.^o (Barcelona, 1951), § 4.^o, n. 2, pág. 43.

(760) CADABAL, *Sobre el artículo 811 del Código civil*, «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 96, pág. 101.

(761) Ver nuestra nota 208 en la parte I de este trabajo, págs. 86 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 711 y sigs.

(762) SÁNCHEZ ROMÁN, *Curso...* vol. VI-II, núm. 140, pág. 997.

(763) ROCA SASTRE, *Loc. cit.*

(764) ACOSTA INGLOTT, *Loc. cit.*, págs., 71 y sigs., que se apoyó fundamentalmente en el artículo 943 del C. c., que dispone que el hijo natural y el legitimado por concepción real, no tienen derecho a suceder *abintestato* a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que los haya reconocido, y en la finalidad de la reserva es «que los bienes de una determinada familia no salgan de ella, de la familia ha tiempo constituida, o sea, la legítima,

δ) Morell (765), Sánchez Román (766), Roca Sastre (767), Hernández Gil (768), aplican la preferencia de órdenes de la sucesión intestada, anteponiendo consiguientemente la línea ascendente del descendiente a la colateral. Con ese criterio el abuelo o abuela o el bisabuelo de la línea de procedencia de los bienes serían preferidos a los hermanos y sobrinos del descendiente.

ε) En cambio, Gayoso Arias (769) estima siempre preferentes los hermanos y sobrinos a los ascendientes, incluso si aquéllos son medio hermanos o medio sobrinos por línea diferente de la de procedencia de los bienes, y cree que los hermanos de vínculo sencillo y los de doble vínculo hijos del reservista se hallan en igualdad de condiciones, pues considera que si el reservista tiene descendientes no hay lugar a la reserva. A su juicio: «Como el artículo 811 no es aplicable, por impedirlo el derecho de legítima de los descendientes, inútil es argüir que dentro de él, deben ser preferidos los abuelos a los medio hermanos (también deberían serlo a los hermanos enteros, lo que niega el Supremo [Sentencia de 4 de enero de 1911]) y que evitar que, por interposición del padre suceda lo contrario, es el fin del tan repetido precepto, etcétera... Allende, la preferencia de los ascendientes sobre los colaterales, y la del grado más próximo sobre el más lejano, no se contradice con nuestra doctrina; pues, precisamente, porque concedemos esa preferencia al ascendiente más próximo, al padre, éste hizo suyos los bienes sin reserva ni limitación alguna, in-

mientras que la natural es nueva...». La primera de estas razones ya había sido expuesta por ACACIO CHARRÍN, en *¿La reserva del artículo 811 del Código civil, se estableció también en beneficio de los parientes naturales del descendiente heredado por su ascendiente?* Consulta en «Rev. G. n. de Leg. y Jur.», 92 (primer semestre 1898), pág. 112.

(765) MORELL, *Bienes reservables*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 82, pág. 526, y en *Estudios....*, pág. 301. Lecmos en ambos sitios: «El parentesco es el de consanguinidad, los ascendientes son preferidos a los colaterales, y en unos y otros los más próximos a los más remotos; de modo que habiendo varios parientes dentro del tercer grado, no se establece la reserva en favor de todos ellos, sino en favor de los que entre ellos tienen derecho preferente a la sucesión.»

(766) SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. y loc. últ. cit.*, núm. 142, pág. 1010. A su juicio, el artículo 811 «supone aplicable el régimen general sucesorio de proximidad de grado, en que todo él se inspira, entre los parientes de diferente grado, dentro del tercero que puedan existir, y con las generales y ordinarias preferencias de la línea ascendente sobre la colateral». En la página 1012 añade que, llegada la consumación de la reserva, sólo tendrán derecho efectivo a los bienes objeto de la misma, «aquellos de los parientes dentro del tercer grado, antes indicados, a quienes corresponda la preferencia según las reglas generales de sucesión en el Código, testada o intestada, respecto de la prelación de líneas y de grados».

(767) ROCA SASTRE, *Loc. últ. cit.*

(768) HERNÁNDEZ GIL, *La prelación de órdenes y grados en la reserva lineal española*, en «Rev. de Der. Esp. y Americ.», I, 1.º, págs. 3 y sigs., trabajo dedicado especialmente a la defensa de esta tesis.

(769) GAYOSO ARIAS, *Un nuevo caso dudoso....*, en «Rev. Der. Priv.», II, págs. 256 y sigs., en especial pág. 260.

puesta en favor de ascendientes más remotos; como los abuelos, y lógico es que pasen como legítima a los hijos de aquél. Tomás Albi (770) opinó de modo parecido (771).

Por otra parte, la aplicación de las reglas de la sucesión intestada del descendiente lleva a Acosta Inglott (772), Cruzado (773), Entrene Klett (774), a juzgar aplicable el artículo 949, y, por ende, a estimar que en caso de concurrir en la reserva hermanos de vínculo sencillo de la línea de procedencia de los bienes —a los de la otra línea no los aceptan como reservatarios— y hermanos de doble vínculo, éstos deben recibir doble porción de aquéllos.

Finalmente, vemos que unos autores computan el grado sencillamente por proximidad con el descendiente entre los que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes—como Díaz Cobeña (775)—, mientras otros—como Cadabal (776) y Sánchez Román (777)—computan el parentesco a través de esta línea prescindiendo del parentesco más próximo que entre ellos pueda existir por otra línea (778).

g) Maura se remitió a las reglas de la sucesión intestada del ascendiente reservista en supuesto de dejar esta descendencia común al otro ascendiente para aplicar el derecho de representación a favor de sus nietos, sobrinos del descendiente (779), y

(770) TOMÁS ALBI AGERO, *Loc. cit.*, pág. 321.

(771) Para la crítica de esa tesis de GAYOSO y de T. ALBI, que estima excluida la reserva si el reservista deja hijos, aunque sean medio hermanos del descendiente causante por línea diferente de la de procedencia de los bienes, ver antes I, § 1.º, núm. 5, págs. 19 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs.

(772) ACOSTA INGLOTT, *Loc. cit.*, págs. 67 y sigs., en especial pág. 71. Defiende el principio de proximidad de grado con la atenuación del derecho de representación dentro del tercer grado y la del art. 949.

(773) FÉLIX CRUZADO, *Bienes reservables*, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 119 (segundo semestre 1911), págs. 483 y sigs. Aplica el principio de proximidad de grado del artículo 921 con la salvedad del art. 949.

(774) ENTRENA KLETT, *Loc. cit.*, págs. 212 y sigs. Aplica los principios de proximidad de grado, representación dentro del tercero y atribución de doble porción a los hermanos de doble vínculo que a los de vínculo sencillo.

(775) DÍAZ COBEÑA, *Op. cit.*, dict. XV, F, págs. 253 y sigs.

(776) CADABAL, *Loc. cit.*

(777) SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. y vol. últ. cit.*, n. 142, págs. 1012 in fine y 1013.

(778) Ver la cuestión del cómputo del tercer grado entre los parientes de la línea de los bienes en I, § 5.º, 28, págs. 100 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 725 y sigs. A los autores allí citados, entre los que entienden que el cómputo precisamente debe hacerse a través de la línea de procedencia de los bienes, se debe añadir a CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes...*, vol. cit., dict. 45.º II, págs. 536 y sigs., y a la Redacción de la «Rev. Gen. del Notariado», LIX, n. 4 (22 enero 1910), pág. 38.

(779) MAURA, *Dictámenes*, vol. IV, dictámenes 6 (págs. 96 y sigs.) y 7 (págs. 104 y sigs.). Para defender la aplicación a la reserva lineal del derecho de representación dentro del tercer grado, sostiene la aplicación de las reglas de la sucesión intestada (págs. 97 y 105), como complemento

negó la aplicabilidad de la norma del artículo 949 en caso de concurrencia de medio hermanos y hermanos germanos del descendiente por entender que no se trata de sucesión intestada en línea colateral (780).

h) Cabría sustentar la defensa del *régimen de sucesión por parentelas aisladas, característico de la troncalidad continuada* (781). Serían preferidos así: en primer lugar el ascendiente de primer grado (del descendiente) perteneciente a la línea de procedencia de los bienes o, en su defecto, los descendientes de tal ascendiente; en segundo término, el ascendiente de segundo grado de dicha línea o, a falta del mismo, sus descendientes que no estuvieren en grado de parentesco más distante del tercero con respecto al descendiente (es decir, sólo los tíos o también los primos que fueren a la vez medio hermanos del descendiente si se admite la independencia mutua de los requisitos de línea y grado); y, en tercer término, el ascendiente de tercer grado de la línea o, en su defecto, sus descendientes que, por otra línea (pues por la de los bienes no caben ya otros parientes de tercer grado, que agota el bisabuelo) fueren parientes dentro del tercer grado del descendiente (medio hermanos o medio tíos). Criterio que, en caso de haber recibido el descendientes los bienes de un hermano, daría lugar a que ese hermano, si viviere (pues el descendiente pudo haber recibido los bienes por donación del mismo), o, en su defecto, sus hijos fuesen preferentes a todos los demás parientes del descendiente (incluso al ascendiente común de éste y su referido hermano) (782).

del artículo 811 para deducir que es aplicable la representación en la línea recta descendente del reservista (pág. 102) y, por ende, que el nieto del ascendiente, hijo del hermano del descendiente, excluye a los tíos carnales de éste (pág. 108).

(780) MAURA, *Dictámenes*, vol. cit., en su dictamen 5 (págs. 63 y sigs.), y en la «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 144, que lo publicó con el título de *Perspectivas del artículo 811 del Código civil* (págs. 8 y sigs.), sostuvo la inaplicación del artículo 949 a la reserva lineal y, por ende, que los medio hermanos de la línea de procedencia de los bienes heredan por cabezas en igualdad con los de doble vínculo (*Dicts.*, págs. 73 y sigs., y «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», cit., págs. 18 y sigs.), fundamentalmente por entender que el reservatario descendiente del reservista sucede a éste en línea recta descendente y no al descendiente de quien procedían los bienes por herencia de colaterales hermanos, razón por la cual estimó inaplicable el artículo 949 del Código civil.

(781) Acerca del régimen de *parentelas aisladas* y de su aplicación en la troncalidad continuada, puede consultarse GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Troncalidade*, I (Braga, 1941), nota 150, págs. 87 y sigs., 103 a 114.

(782) En la primera parte de este trabajo (§ 5.º, núm. 30, págs. 110 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-III, págs. 731 y sigs.) al ocuparnos de una cuestión suscitada por CABRAL (*Loc. cit.*, pág. 108) habíamos planteado: sí, entre los parientes que pertenezcan a la línea genérica de donde proceden los bienes, debíamos distinguir los pertenecientes a la línea de procedencia más inmediata cuando en aquella haya parientes que no estén en ésta. Allí dijimos (pág. 111) que: «Sí la inmediatidad de una sublínea

i) Del tercer considerando de la Sentencia de 5 de diciembre de 1958 parece deducirse que la prioridad de grado entre los reservatarios ha de computarse *con relación al ascendiente de quien procedían los bienes*; pues en él se razonó la no aplicación del criterio de atribuir doble porción a los hermanos de doble vínculo que a los de vínculo sencillo, porque respecto a dicho ascendiente, de quien heredó el descendiente heredado por el reservista, tanto el hermano de doble vínculo como el de vínculo sencillo «se hallan en idéntica posición de línea y grado», «por ser el progenitor común de los tres hermanos». Criterio también insinuado por Fernández Serrano (783) para dar preferencia a un hermano del descendiente respecto a su abuela.

j) Acacio Charrín (784), partiendo del origen troncal que a su juicio tiene el artículo 811, estima que la preferencia a los bienes reservables corresponde: en primer lugar a los hermanos e hijos de estos hermanos del descendiente y, por último, a los tíos carnales del mismo. A criterio parecido se llegaría con la dife-

hubiera de marcar preferencia dentro de la línea general con derecho a la reserva, sería lógico que el ascendiente que pertenezca a esa línea general (v. gr., el abuelo paterno) y de quien deriven las diversas líneas comprendidas en la genérica, pero de las cuales no todas correspondan a la línea (o a la sublínea) de la más inmediata procedencia (v. gr., la línea descendiente del padre o del hermano, de quien inmediatamente recibió los bienes el descendiente heredero), debiese reservar a favor de los parientes que perteneciendo a ésta más inmediata reunieren los demás requisitos que el artículo 811 exige. Y, *viceversa*, la imposición en estos casos de la obligación de reservar, significaría la preferencia lineal dentro del tronco general. Ahora nos continúa pareciendo lógica la segunda conclusión, pero no así, en cambio, la primera. En aquélla hay un correcto argumento de mayor a menor, mientras en ésta, de una preferencia entre sublíneas, se pretende deducir la sumisión a la reserva de los ascendientes de las más lejanas a favor de los pertenecientes a las más próximas. Es decir, se concluía que si se daba x debía darse x' , conclusión ilógica. No olvidemos que, verbigracia, en el caso de concurrencia de retrayentes en el retracto de colindantes es preferido el propietario de la finca colindante de menor cabida, mientras que en caso de venta efectuada directamente a cualquier colindante no cabe el retracto aunque hayan otras fincas colindantes menores que la del comprador. Una cosa es imponer la limitación *fuera y dentro del círculo protegido* (ya sea retracto de un colindante contra otro, bien sea reserva de un pariente de la línea de los bienes respecto a otro más próximo o de mejor parentela) y otra cosa es que, en caso de resultar impuesta una limitación *sólo fuera del círculo protegido* (reserva o retracto contra un extraño), se señale un orden de preferencia entre las personas comprendidas en ese círculo protegido. Aquella limitación presupone esta preferencia, pero esta preferencia no incluye aquella limitación dentro del círculo protegido.

(783) FERNÁNDEZ SERRANO, *Loc. cit.*, pág. 287, solución 2.^a, razón justificativa segunda.

(784) ACACIO CHARRÍN, *Dict. cit.*, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 9.^a, pág. 112. Llega a esta conclusión por entender que la reserva es una resurrección en el moderno Código del orden de suceder, establecido en nuestros Códigos antiguos; los bienes, después de usufructuados por el ascendiente pasan a los colaterales que tienen *mejor derecho a suceder al descendiente heredado*.

rencia de la inaplicación, según opinión de algunos, del derecho de representación en beneficio de los sobrinos (785)—haciendo aplicación por analogía de la ley 6, tit. 13, L. III, de la Novísima Recopilación navarra como para otros resultados han intentado la Resolución de 20 de marzo de 1905 y la Sentencia de 2 de marzo de 1956 (786).

k) En el decurso del presente trabajo (787) hemos apuntado la necesidad de distinguir: 1) *Si el reservatario o los reservatarios, o sólo alguno o algunos de ellos, están llamados a la sucesión intestada del reservista, ya sea en primer grado o en grado ulterior, en cuyo supuesto la sucesión intestada del reservista, respecto los bienes reservables, no podrá actuar a favor de las personas que no tengan condición de reservatario, pero sí, por su orden normal, a favor de quienes la ostenten.* El cauce de esta sucesión, en caso de darse la reserva y por efecto de ésta, sufre la obturación de algunos de sus canales, de modo que su curso, en cuanto a dichos bienes, sólo puede llegar a aquellos sucesores que reúnan a la vez la condición de reservatarios. 2) *Si ningún reservatario está llamado en grado alguno a la sucesión intestada del reservista es necesario buscar un criterio general para determinar si existe entre esos reservatarios algún módulo de preferencia, y para determinarlo no nos parece posible más que uno de estos tres criterios: sea el de preferencia lineal por parentelas, ya el de computar la preferencia entre los parientes dentro del tercer grado del descendiente y perteneciente a la línea de procedencia de los bienes según su relación parental con el ascendiente o*

(785) La opinión que cree inadmisible la representación en la sucesión troncal de los colaterales la vemos incluida en su regla general negativa en todo caso por la línea colateral, por LACARRA (*Instituciones de Derecho civil navarro*, II, Pamplona, 1932, págs. 269 y 292) y especialmente por FRAUCA LLAMAS (*La representación sucesoria en el Derecho navarro*, Zaragoza, 1956, págs. 116 y sigs.). En cambio, el criterio de aplicar la representación a los hijos de hermanos, incluso en la sucesión troncal, es preferido por AIZPÉN TERRO (*La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1957, págs. 42 y sigs.) y por JESÚS SANTAMARÍA ANSA (*La sucesión abintestato en el Derecho foral navarro*, en «Curso de Derecho foral navarro», vol. I, del Estudio General de Navarra, Pamplona, 1958, págs. 184 y sigs.).

(786) La Resolución de 1905 aludió a esa analogía para defender el principio de proximidad de grado entre los parientes de la línea de donde procedían los bienes, y la Sentencia de 1956 la invocó para sostener que el cómputo del grado debe hacerse a través de dicha línea. Pero es de notar la particularidad paradójica de que la invocación de la ley navarra por el Tribunal Supremo fué hecha para preferir un ascendiente a unos colaterales, mientras la solución del Derecho navarro hubiese sido la contraria a la declarada en la Sentencia, pues incluso los primos de la línea de los bienes son preferidos a los ascendientes en la sucesión troncal, sin perjuicio del usufructo concedido a éstos vitaliciamente.

(787) II, § 2.º, núm. 16, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 759. Ver también otro trabajo nuestro, *Interpretación, localización sistemática e integración de...*, en «Rev. Der. Priv.», XLIII, págs. 382 y sigs.

el hermano de quien procedieren los bienes, o bien el de aplicar las reglas de la sucesión intestada del descendiente heredado por el reservista, aunque limitada a favor de aquellos de sus herederos que ostenten a la muerte de éste la condición de reservatarios.

Esta duda trataremos de resolverla más adelante, llegado su momento. Por ahora nos contentaremos con profundizar la hipótesis de que existan reservatarios que ostenten la condición de herederos abintestato del reservista.

El examen posicional del supuesto que estudiamos puede ofrecernos dos posibilidades, que necesariamente habrá que distinguir: 1.ª) Que quienes se hallen en primera línea en la sucesión intestada del reservista, o por lo menos alguno de ellos, ostenten la condición de reservatario. 2.ª) Que no lo ostente ninguno de los que se hallan en esa primera línea sucesoria abintestato; es decir, que quienes sin la reserva serían efectivamente herederos legales del reservista no reúnan la condición de reservatarios, pero en cambio tengan esa cualidad personas llamadas en segundo término a la sucesión intestada del mismo reservista.

Esto nos lleva a plantear la hipótesis de *incompatibilidad total*, de *compatibilidad completa* y de *compatibilidad parcial* entre la sucesión intestada del reservista y la reserva lineal.

Incompatibilidad total hay cuando ninguno de los herederos abintestato de grado alguno del reservista tiene la condición de reservatario próximo ni remoto.

Compatibilidad completa existe si todos los llamados en grado preferente a la sucesión intestada del reservista ostentan la condición de reservatarios.

Esta compatibilidad plena y absoluta existe para nosotros —según luego desarrollaremos— en cualquier supuesto en que todos los herederos intestados de grados preferente sean reservatarios. En cambio, para los autores que consideran llamados a la reserva conjuntamente a todos los parientes de tercer grado del descendiente y de la línea de procedencia de los bienes sin prelación entre ellos (*Scaevola*), o para los que entienden especialmente llamados a los de grado más próximo, a saber, al abuelo o abuela junto con hermanos del descendiente, o sea, el suegro o suegra del reservista juntamente con sus hijos comunes al otro ascendiente —(*Manresa*, *De Diego*, *Valverde Valverde*)— y para quienes estiman preferente en la reserva el orden de los ascendientes del descendiente al de sus hermanos; es decir, el suegro o suegra del reservista con prelación a los hijos comunes de los dos ascendientes (*Hernández Gil*), esa compatibilidad completa resulta mucho más difícil de lograr. Requeriría que no hubiera más reservatarios que los herederos abintestato del reservista llamados en primer lugar, pues de no ser así la compatibilidad sólo sería parcial o habría incompatibilidad total según los casos planteados y según la tesis mantenida.

Compatibilidad parcial habrá cuando: 2) Algunos de los herederos intestados de grado preferente del reservista sean reservatarios y otros no lo sean. 3) Ninguno de los de grado más próximo lo sea, pero en cambio entre los llamados en grado más remoto u orden menos preferente haya alguno que tenga tal condición de reservatario.

Los supuestos de compatibilidad completa no plantean naturalmente ningún problema de coordinación entre la sucesión intestada del reservista y las reservas, y únicamente puede discutirse cuando se produce esa compatibilidad total. En cambio, los casos de compatibilidad parcial o de total incompatibilidad dan lugar a sendos problemas. Este plantea la determinación de qué reservatarios pueden exigir con preferencia a los demás el cumplimiento de la reserva. Aquél reclama soluciones distributivas y particionales para resolver la concurrencia en el caudal relicto por el reservista de unos herederos que están excluidos de participar en los bienes reservables y de otros que ostentan preferencia excluyente con respecto a los mismos bienes.

34. *Normas generales para los casos de compatibilidad total o parcial de la sucesión intestada del reservista y la reserva que la sujeta.*

Hemos dejado planteada la distinción de varias hipótesis de compatibilidad entre la reserva y la sucesión intestada del reservista y anticipado cuál es nuestro criterio. Ahora—recogiendo el hilo de nuestro razonamiento finalista—volveremos a distinguir según sean reservatarios todos o algunos de los herederos abintestato del reservista de grado preferente, o bien ninguno de tales reservatarios esté llamado como heredero abintestato del reservista en ese grado preferente; pero sí, en cambio, todos o alguno, lo estén en segundo o en tercer término.

I) En la hipótesis de que todos o algunos de los herederos abintestato en grado preferente del reservista sean reservatarios no nos ofrece duda la exactitud de la solución que hemos anticipado. Con un criterio interpretativo finalista no creemos que pueda alcanzarse otro resultado.

Desearíamos al llegar a este punto que nuestros lectores volvieran atrás, a la primera parte de este trabajo, y releyeran lo que allí razonamos al estudiar el encaje del *ius singulare*, representado por la norma del 811, en el derecho común de sucesiones (787). Allí concluimos nuestro examen sentando como premisa mayor que: «La interpretación restrictiva del 811, según su *ratio*, aconseja la menor desviación posible desde el reservista, respecto de la que impone su finalidad diferente a la del derecho común». Nuestra premisa menor se apoyaba en la evidencia de que la des-

(788) I, § 2.º, núm. 15, págs. 37 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 361 y sigs.

viación, producida por la limitación de la reserva, será menor sin recurrir a las reglas sucesorias generales enfocadas desde el descendiente, ni por lo tanto a las de su sucesión *ab intestato*, cuando la *ratio* de la reserva lineal quede cumplida, aplicando, en todo o en la parte compatible con la reserva, las reglas correspondientes a la sucesión testada o intestada del reservista.

Aplicar en todo caso como regla general la sucesión *ab intestato* del descendiente, «sería tanto como interpretar e integrar extensivamente el artículo 811 sin examinar antes si otras normas lo imponen así». Entre dos resultados, posibles conforme a la letra y el fin del artículo 811, si uno de ellos coincide con aquel que de no haber existido la reserva se hubiese logrado con la sola aplicación del derecho común, ese es el que debe adoptarse».

Por todo ello, si dejando discurrir su curso a la sucesión intestada del reservista, en todo o en la parte compatible con la reserva, queda cumplida la *ratio* del artículo 811 del Código civil—que únicamente trata de evitar que los bienes salgan de la línea familiar por la que llegaron al descendiente, pero nada más—, no habrá por qué acudir a la sucesión intestada del descendiente ni a otra regla especial alguna.

Ahora bien, igualmente es indudable que la sucesión intestada del ascendiente sujeto a la reserva lineal debe hallarse limitada por las reglas del artículo 811, de modo tal que los bienes reservables no puedan ir a parar a personas que no sean parientes dentro del tercer grado del descendiente de quien los hubo el reservista y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

En caso de concurrir las circunstancias de darse la reserva y de que algunos de los llamados en primer término por las reglas de la sucesión intestada del reservista ostenten, a la vez, la posición de reservatarios y otros no reúnan los requisitos exigidos para ello en el artículo 811, el cauce de esa sucesión *ab intestato* sufrirá la obturación de los canales que llevarían bienes reservables a aquellos que no sean legalmente reservatarios, de modo que el curso de estos bienes sólo continuará por los otros canales de dicha sucesión legal que los conduzcan a personas que, a la vez, reúnan ambas condiciones, de heredero abintestato de grado preferente y de reservatario.

Ese criterio es el que para la reserva clásica se deduce del artículo 973, § 1.º del Código civil, al ordenar que de no haber ejercitado, en todo o en parte, el binubo su facultad de mejorar, «los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en la línea descendente» (789). Y, por lo tanto,

(789) II, §. 2.º, núm. 8, 8.º, en AN. DER. CIV., XI-III, pág. 688. En la nota III observamos que se trata de un supuesto de sucesión intestada *ex parte*.

dada la *identidad funcional* entre ambas reservas (790) y la *exacta igualdad posicional de los hijos comunes de los dos ascendientes en una y otra reserva* (791), debemos concluir que ese mismo resultado debe trasladarse indefectiblemente a la reserva lineal—tanto si los bienes heredados del descendiente procediesen de otro ascendiente como si los hubiese habido de un hermano, pues el artículo 973, § 1.º se refiere tanto a la hipótesis del artículo 968 como a la del 969, si al fallecer el reservista quedan hijos comunes de ambos descendientes y, además, otros descendientes del reservista no comunes al otro ascendiente.

En los demás casos en que, a falta de descendientes del reservista, ocupen otros reservatarios el primer lugar en la sucesión abintestato del mismo, se llega a igual resultado—aun sin dicho refuerzo integrador del artículo 973, § 1.º C. c.—meramente por aplicación de las reglas comunes de la sucesión intestada del reservista en conjunción con el *ius singulare* del 811, de aplicación restrictiva en cuanto su *ratio* quede cumplida.

II. En cambio, en la hipótesis de que ni el *único llamado ni ninguno de los varios llamados en lugar preferente a la sucesión intestada del reservista sea reservatario, pero sí lo sea alguno de los llamados en segundo término*, la solución no parece tan clara.

La diferencia entre este supuesto y el anterior es patente. En aquel caso, alguno o algunos de los que efectivamente serían *pro parte* herederos abintestato si la reserva no se diera, al jugar ésta reciben íntegramente los bienes reservados en virtud de la exclusión, por razón de dicha reserva, de los demás herederos abintestato. En cambio, en el caso que ahora examinamos ninguno de los llamados abintestato en primer lugar y de modo efectivo están legitimados para obtener como reservatarios los bienes reservables y son otros, llamados en grado más remoto y, por lo tanto, sin efectividad por las reglas comunes al concurrir con aquéllos, los que podrían recibir los bienes reservables en dicha calidad de reservatarios. En aquel caso, hay un especial acrecimiento de los bienes que en virtud de la reserva no pueden recibir los demás coherederos abintestato, que opera a favor de los que ostenten ambas cualidades. En el que ahora analizamos, habría un supuesto moderno de *successio graduum et ordinum* o *delación o vocación sucesiva* (792) y, por lo tanto, una total alteración del primer grado sucesorio intestado del reservista.

Seguimos pensando igualmente que para resolver esa duda se debe partir del principio fundamental—demostrado al comienzo de este trabajo—de que *el fin de la reserva es solamente evitar*

(790) Ver *Interpretación, localización sistemática e integración de...*, loc. cit., págs. 392 y sigs.

(791) *Interpretación, integración e...*, «Rev. Der. Priv.», XLII, pág. 397.

(792) Respecto los conceptos pretorio y justinianeo de la *successio graduum et ordinum*, que Winckelmann llama *vocación sucesiva*, puede consultarse a ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., cap. VIII, págs. 284 y sigs.

que los bienes reservables salgan de la línea de su procedencia y que, cumplido ese fin, su condición de «ius singulare» de aplicación restrictiva, en cuanto no afecte a su «ratio», aconseja que se produzca la mínima desviación del resultado que, conforme al derecho común de sucesiones, produciría la sucesión—intestada en este caso—del reservista.

Mas, nuestra posición realista nos aconseja, antes de decidir el resultado, detenernos en el análisis de todas y cada una de las posibles hipótesis de concurrencia de la condición de reservatario en personas llamadas en segundo o ulterior grado a la sucesión intestada del reservista. Creemos que la posibilidad de esta concurrencia se agota en los siguientes supuestos:

a) *Cuando el reservista tenga descendientes no comunes al otro ascendiente y ajenos a la línea de procedencia de los bienes, o bien si le sobrevive algún ascendiente, y entre los reservatarios figura algún medio hermano del reservista, consanguíneo o uterino, que a la vez sea medio hermano del otro ascendiente, inversamente uterino o consanguíneo, perteneciente a la línea de procedencia de los bienes (793).*

Para esa hipótesis, plantearemos el supuesto extremo: vive un hijo de un primer matrimonio del reservista, que es de línea diferente a la de procedencia de los bienes, y que es su heredero abintestato; viven otros medio hermanos del descendiente, hijos del primer matrimonio de su madre, que son los parientes más próximos de éste, pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, es decir, son los reservatarios de grado más próximo, y vive también un hermano consanguíneo del reservista y que era a la vez hermano uterino del otro ascendiente del que procedían los bienes, es decir, tío del descendiente y pariente de éste de tercer grado y perteneciente a la línea de procedencia de los bie-

(793) Supongamos un matrimonio de dos viudos con hijos tanto del matrimonio anterior de él como del anterior matrimonio de ella y que, a su vez, de su unión tienen hijos comunes. Un hijo del primer matrimonio de él, A, se casa con una hija del primer matrimonio de ella, B, tienen un solo hijo, que hereda a su madre, la susodicha B, que es la primera en fallecer, muriendo poco después el vástago al que hereda abintestato su padre A. Este queda sujeto a la reserva del artículo 811. Los bienes habían llegado a B a través de su madre, que como se ha dicho de su segundo matrimonio con el padre de A había dejado hijos, que eran por lo tanto, medio hermanos uterinos de B y consanguíneos de A. Estos hermanos consanguíneos de A podían ser, a la vez, los efectivos y únicos herederos abintestato de éste y los únicos reservatarios de no tener el vástago de A y B otros parientes comprendidos en el tercer grado y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes reservados. Pero puede ocurrir que haya otros herederos abintestato de A de orden preferente, v. gr., hijos de otro matrimonio del mismo, o su abuelo materno, o bien de igual rango, en caso de que con los medio hermanos del reservista concurren otros de doble vínculo ajenos por tanto a la línea de procedencia de los bienes. Y puede suceder que existan otros reservatarios, sea de igual grado—hermanos de doble vínculo de su madre—o de grado más próximo, v. gr., en

nes, y, por ende, a la vez reservatario de tercer grado y llamado abintestato en segundo o tercer término, es decir, detrás del hijo del primer matrimonio del reservista de línea diferente de los bienes, o detrás de éste y del abuelo del reservista. ¿Quién debe ser preferido en la atribución de los bienes reservables: el hijo del primer matrimonio del reservista (hermano del descendiente, pero ajeno a la línea de procedencia de los bienes), el medio hermano de éste (tío del descendiente perteneciente a la línea de procedencia de los bienes) o el medio hermano del descendiente perteneciente a la línea de procedencia los bienes?

b) *Quando el reservista tenga también descendientes no comunes al otro ascendiente y ajenos a la línea de procedencia de los bienes o bien si le sobrevive algún ascendiente, y entre los reservatarios figura un tío suyo que a la vez fuera su suegro por ser el padre del otro ascendiente de quien procedían los bienes y, por tanto, abuelo del descendiente, y perteneciente a la línea de procedencia de los bienes, sea por haberlos donado él mismo al otro ascendiente o por haberlos recibido éste directamente del abuelo padre de aquél (794).*

Situados también ante el supuesto extremo de concurrir, al fallecer el reservista, hijos de éste de un anterior matrimonio, hijos de un primer matrimonio del otro ascendiente premuerto, es decir, medio hermanos uterinos unos y consanguíneos otros del descendiente y el abuelo de éste, padre del ascendiente, premuerto y tío del reservista, ¿debe ser preferido ese abuelo o bien los hermanos consanguíneos o los uterinos del descendiente?

c) *Quando el reservista tenga también descendientes no comunes al otro ascendiente y ajenos a la línea de procedencia de los bienes, o bien si le sobrevive algún ascendiente, y entre los reservatarios hay sobrinos que sean hijos del primer matrimonio del otro ascendiente con un hermano del propio reservista, y, por*

el caso de que B también hubiese estado casado antes de su matrimonio con A y hubiese dejado descendencia de esta primera unión.

(794) Supongamos un matrimonio entre dos primos hermanos, A y B, que tienen un hijo. Fallece A, le hereda el hijo y muere éste poco después heredándole abintestato B. El tío y suegro de éste, padre de A, puede ser el único heredero abintestato del mismo B y el único reservatario, por ser el solo pariente dentro del tercer grado de su nieto—el hijo fallecido del reservista—perteneciente a la línea de procedencia de los bienes (sea que el mismo los hubiese donado antes al finado A o que éste los heredare directamente de su abuelo paterno). Pero podría ocurrir que B tuviera otros herederos abintestato, concurrentes en grado con el padre de A—verbigracia, otros tíos no pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes—, o bien preferentes en orden o grado—v. gr., hermanos, ascendientes o hijos de otro matrimonio, anterior y posterior—, y también podría ocurrir que hubiera otros parientes dentro del tercer grado del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes—v. gr., medio hermanos de éste que sean hijos de un anterior matrimonio de A.

lo tanto, medio hermanos del descendiente por la línea de procedencia de los bienes (795).

Planteadó igualmente el supuesto extremo de concurrir estos sobrinos, medio hermanos del descendiente, con hijos de otro matrimonio del reservista, también medio hermano del descendiente aunque inversamente uterinos o consaguíneos, y con el abuelo del propio descendiente de la línea de procedencia de los bienes, ¿cuál de ellos debe ser preferido para adquirir los bienes reservables?

d) Cuando el reservista asimismo tenga descendientes no comunes al otro ascendiente, o bien sea sobrevivido por algún ascendiente, y entre los reservatarios exista un tío del descendiente perteneciente a la línea de procedencia de los bienes, por ser hermano del otro ascendiente de cuyo padre había éste a su vez habido los bienes, y que por ser primo hermano por línea materna del reservista podría haber sido a falta de otros parientes más próximos heredero abintestato suyo (796).

Examinado igualmente el supuesto extremo y enfrentados los hijos del reservista que sean medio hermanos del descendiente heredado por aquél, con los demás medio hermanos del descendiente inversamente uterinos o consanguíneos de la línea del otro as-

(795) Se trata del supuesto inverso a los examinados en las Sentencias de 19 de noviembre de 1910 y 1 de julio de 1955. Supongamos que A se casa con B, viuda de un hermano de él y tienen un solo hijo que hereda a B y al que a su vez sucede A abintestato y sometido a la reserva del artículo 811. Al fallecer, éste pudo dejar como único y universal heredero abintestato a un sobrino suyo, hijo de su premuerto hermano y del primer matrimonio de su esposa, y por ende hermano uterino del hijo común heredado, que pudiera ser el único pariente de éste que reuniese el doble requisito exigido en el artículo 811 para ser reservatario. Pero podría ocurrir que A tuviera hijos de otro matrimonio o que viviese algún ascendiente suyo, cualquiera de los cuales le heredaría abintestato con preferencia a aquel sobrino. Y, también, pudiera ocurrir que viviesen otros parientes de igual grado del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes (v. gr., el abuelo materno a quien habían pertenecido los mismos bienes reservados por él donados a la premuerta B, o de cuyo padre, abuelo de B, ésta los heredó directamente).

(796) Supongamos otro caso de matrimonio entre primos hermanos, A y B, con un solo hijo, que hereda a A y al que B, a su vez, sucede abintestato. Pudo ocurrir que al fallecer el reservista lineal B, deje como único heredero abintestato a un primo hermano, y cuñado suyo por ser hermano del finado A, que podría ser el único reservatario de su sobrino, el descendiente de A y B, por no tener ese vástago otro pariente dentro del tercer grado que pertenezca a la línea de procedencia de los bienes. Pero pudiera ocurrir que A tuviese herederos abintestato preferentes, hijos de otro matrimonio, o un ascendiente suyo ajeno a la línea de procedencia de los bienes, o bien algún hermano o sobrino. Y, asimismo, sería posible que existieran otros reservatarios, además de ese tío, v. gr., hermanos, hijos de un matrimonio anterior de A, e incluso sobrinos, hijos de algunos de esos hermanos que hubiera premuerto, o bien el abuelo, padre de A, de quien éste recibió los bienes reservados o de cuyo padre, abuelo de A, directamente los recibió éste.

cediente del que procedían los bienes, o bien con el abuelo del descendiente perteneciente a la línea por la que procedían los bienes, y con ese tío del descendiente, hermano del ascendiente de quien procedían los bienes y primo hermano del reservista. ¿a quién ha de estimarse preferente y con respecto a los bienes reservables?

e) Y, finalmente, *cuando el reservista, con hijos no comunes al otro ascendiente o sobrevivido por algún ascendiente, fuere también sobrevivido por su cónyuge, el cual ostentase la condición de reservatario por ser padre del descendiente de quien él y el reservista heredaron por mitad bienes que éste había heredado de su abuelo o abuela, padre o madre de su padre o madre superviviente.*

El supuesto extremo enfrentará hijos de un matrimonio anterior del reservista, que serán medio hermanos del descendiente, con el cónyuge viudo del reservista, que será padre o madre del descendiente, y unos hijos de un anterior matrimonio de ese cónyuge viudo, también medio hermanos del descendiente. De los expuestos, este último supuesto parece ser de más fácil solución, pues el cónyuge superviviente es a la vez ascendiente de primer grado del descendiente del 811 y descendiente de primer grado del ascendiente de quien procedían los bienes, y entre los reservatarios es el único llamado a la sucesión intestada del reservista, aunque sea con posterioridad a los hijos de éste que no ostenten la cualidad de reservatarios.

De los cuatro primeros supuestos posibles, debemos comenzar eliminando alguna hipótesis del segundo, por estimar que no habría reserva, en caso de pertenecer el ascendiente fallecido en último lugar a la línea de procedencia de los bienes en cuestión (797), lo que ocurriría si los bienes procediesen mediata o inmediatamente del abuelo común de ambos ascendientes.

Hecha esta exclusión, hemos de observar que según se miren estos supuestos, enfocándolos desde uno u otro de los personajes protagonistas de la reserva lineal, la solución se verá diferente y paradójicamente siempre clara en el sentido en que sea enfocada. Así, para quienes la reserva consiste en borrar al reservista una vez haya fallecido y volver a abrir entonces una segunda sucesión del descendiente, en nueva delación de su herencia o de parte de ella, resultará claro que sólo se debe atender al mayor parentesco con éste de las personas pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes y prescindir de la relación familiar o sucesoria legal de cualquiera de ellas con el reservista. En cambio, partiendo de que la reserva limita la titularidad del reservista sólo en la medida exigida por su *ratio*, resultará que debe buscarse quien ostenta

(797) Ver I, § 5, núms. 30 y sigs., págs. 106 y sigs. y AN. DER. CIV. X-III, págs. 731 y sigs.

el más próximo parentesco con éste entre los llamados a su sucesión abintestato que a la vez reúnan, con relación al descendiente, los requisitos de línea y proximidad de grado exigidos por el artículo 811. La lógica finalista, que seguimos como pauta, aconseja esta última solución; pero, como la lógica no nos garantiza la justicia y el absurdo jurídico no es lo ilógico sino lo injusto (798), preferimos analizar casuísticamente los cuatro supuestos para confrontar la solución a que nuestro razonamiento nos lleva con la realidad vital concreta de cada uno de ellos.

Notemos, ante todo, que en los casos segundo y tercero (*b* y *c*) se produce la clásica concurrencia de hermanos con abuelos del descendiente, pertenecientes unos y otros a la línea de procedencia de los bienes, pero con las variantes siguientes: tratarse de medio hermanos; existir otros medio hermanos no pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, pero hijos del reservista, y concurrir—inversamente en uno y otro supuesto—la condición de llamado, en grado ulterior, a la herencia del reservista: en el abuelo (tío del reservista en el supuesto *b*) y en el medio hermano, hijo del otro ascendiente (sobrino del reservista en el supuesto *c*).

Esa triple concurrencia hubiese sido resuelta por Gayoso Arias (799) a favor de los medio hermanos ajenos a la línea de procedencia de los bienes, fundándose en el hecho de ser a la vez hermanos del descendiente e hijos del ascendiente obligado a reservar. Pero, precisamente, esa solución la hemos tenido que descartar (800) para cualquier supuesto de reserva lineal, por exigirlo claramente así la misma *ratio* determinante de la creación del artículo 811. Por ello, queda eliminada una de las tres posibilidades y simplificados los problemas a resolver. Hay que elegir entre abuelos y medio hermanos de la línea de procedencia de los bienes, que no son, respectivamente, padres ni hijos del reservista. De la concurrencia genérica entre abuelos y medio hermanos del descendiente nos ocuparemos después al tratar de la incompatibilidad total de la sucesión del reservista con la reserva. Pero, en esas dos hipótesis que ahora contemplamos se interfiere una circunstancia de signo diferente en cada caso: en el *b*), el abuelo es tío del reservista fallecido abintestato, y en el *c*), el medio hermano es sobrino del mismo reservista. ¿Pueden esas circunstancias resolver la cuestión, en cada caso, a favor de quienes estén en esa situación de llamados en segundo o tercer lugar a la sucesión intestada del reservista?

(798) Ver BIONDO BIONDI, *La Ciencia del Derecho como Arte de lo justo*, en «Anales Ac. Matr. del Not.», T. IX, pág. 350. «El absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto».

(799) GAYOSO ARIAS, en «Rev. Der. Priv.», vol. I, pág. 260, párrafo penúltimo.

(800) Ver I, § 1, núm. 5, págs. 10 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 343 y sigs.

Para nosotros no se trata de decidir en un sentido dado una posición equilibrada, sino de resolver de qué modo se cumple el objeto de la reserva provocando la menor limitación de las reglas comunes de la sucesión del reservista y sin producir un resultado jurídicamente absurdo. Bajo este punto de vista, podemos decidir: que la alteración en el derecho sucesorio abintestato—común o normal—del reservista que produciría la aplicación de la *successio graduum et ordinum*, indudablemente es menor que la que produciría la reversión en favor de un reservatario consanguíneamente extraño al reservista, y que el resultado obtenido no tiene el menor atisbo de absurdidad jurídica. La *successio graduum et ordinum*, que se da en la sucesión intestada en caso de incapacidad, indignidad o repudiación de todos o del único llamado en un grado u orden determinados, cabe aplicarla lógicamente asimismo cuando todos, o el único, llamados en preferente grado u orden sean ajenos a la línea favorecida por la reserva y, en cambio, resulte que se halle en ella en grado de reservatario alguno de los llamados abintestato a la herencia del reservista en grado u orden subsiguientes a los excluidos por la limitación de la reserva. En el resultado obtenido no vemos absurdo alguno, la reserva limita la sucesión intestada del reservista y ambas se conjugan y armonizan.

Resueltos los casos *b)* y *c)*, vamos a ocuparnos de los supuestos *a)* y *d)*. En ambos también nos encontramos con dos grupos de medio hermanos del descendiente y con un tío de éste. O bien, a falta de hermanos, podemos hallar dos abuelos, uno de la línea de los bienes y otro de la del reservista (su padre o su madre), contrapuestos al referido tío del descendiente. A primera vista parece que éste debe ser el primer eliminado en cualquier caso. Pero, examinando con detenimiento la cuestión, vemos: Que ese tío del descendiente (medio hermano o primo del reservista) excluirá siempre por razón de la reserva a los medio hermanos del descendiente que no sean de la línea de procedencia de los bienes (801). Y, que desde el ángulo de la sucesión del reservista—quien, testamentariamente, como vimos en el epígrafe inmediato anterior, pudo haber dispuesto, sin contravención de la reserva, de los bienes sujetos a esa limitación a favor de cualquiera de los reservatarios—, vemos que, *ab intestato*, su hermano o su primo son posibles herederos suyos, mientras que jamás lo son, según las reglas de la sucesión intestada, ni sus hijastros, ni sus suegros.

Se nos preguntará por qué enfocamos el problema desde el ángulo del reservista al enfrentar a los reservatarios entre sí y desde el ángulo de la reserva al enfrentar también entre sí a los herederos abintestato de aquél, y se nos dirá que nuestra posición parece paradójica. Pero replicaremos: que precisamente aplican-

(801) En contra sólo tenemos las opiniones de GAYOSO ARIAS y TOMÁS ALBI (*loc. cit.*), que hemos rechazado (I, § 1, núm. 5, *loc. cit.*).

do la limitación de la reserva (no olvidemos su carácter de limitación) deben ser eliminados de la sucesión del reservista respecto los bienes reservables quienes no sean reservatarios, y que, tratando de dirimir la concurrencia de reservatarios, mientras se cumpla la reserva (que sólo trata de impedir el cambio de línea de los bienes por la sucesión del reservista) (802), debe aplicarse la solución que menos altere las reglas comunes de derecho sucesorio reguladoras de la sucesión del reservista (803).

Y si se nos dice que es absurdo, por injusto, que en virtud de la reserva un medio hermano o un ascendiente de la línea de procedencia de los bienes sea pospuesto a un tío del descendiente, replicaremos que esto no es así, sino que lo que ocurre en virtud de la reserva es que dicho tío (hermano uterino o consanguíneo o primo hermano del reservista) a quienes excluye es a los medio hermanos o a los ascendientes que no sean de la línea de procedencia de los bienes (produciéndose la *successio graduum et ordinum* en la sucesión intestada del reservista en beneficio de aquéllos de sus sucesores que sean a la vez reservatarios), y que si eso es injusto debe cargarse en el debe de la norma del 811. En cambio, la no entrada en sucesión (más propiamente que exclusión) de los medio hermanos o los abuelos del descendiente que sean extraños consanguíneamente al reservista, y la entrada en ella del tío del mismo descendiente, se produce al aplicar las reglas de la sucesión intestada del reservista con toda lógica, porque, respecto a éste—titular sólo limitado por la reserva—, ese tío del descendiente es un medio hermano o un primo hermano, mientras los hijastros y los suegros le son consanguíneamente extraños y no están llamados por la ley a su sucesión.

35. *Reglas para los supuestos de compatibilidad parcial armonizable de la sucesión intestada del ascendiente sujeto a la reserva con las limitaciones que ésta impone (normas sucesorias y reglas particionales).*

Acabamos de ver que la sucesión intestada del reservista puede ser parcialmente compatible con la reserva en un doble sentido:

a) En los supuestos en que algunos de los llamados en primer lugar a la sucesión intestada del reservista reúnan la condición de reservatarios y otros no la ostenten, por lo cual a éstos no puedan serles atribuidos bienes que sean reservables.

b) En los casos en que ninguno de los llamados en primer lugar a la sucesión intestada del reservista pueda recibir los bienes reservables, pero sean reservatarios algunos de los llamados en

(802) Ver I, § 1, núm. 6, págs. 23 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 347 y sigs.

(803) Ver I, § 2, núm. 15, págs. 37 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 361 y sigs.

segundo o ulterior lugar, a favor de los cuales la limitación de la sucesión intestada del reservista por la reserva, da lugar a una *successio graduum et ordinum* parcial referida exclusivamente a los bienes reservables.

En ambos casos puede ocurrir que todos los bienes integrantes de la herencia del reservista estén afectados por la limitación de la reserva, pero también es posible que el reservista deje otros bienes no sometidos a dicha reserva.

I. Si la totalidad de los bienes relictos por el reservista están sujetos a la reserva, tendrá lugar: En el supuesto *a*), un acrecimiento de hecho en beneficio de los herederos abintestato del reservista que a la vez sean reservatarios, que adquirirán las participaciones que hubiesen correspondido a los demás coherederos no reservatarios si la reserva no los hubiera excluido de la adquisición efectiva de los bienes reservables. Y en el caso *b*), la reserva excluirá a los primeramente llamados *abintestato* y, por el juego de una *successio graduum et ordinum*, se producirá la atribución del haber reservable a todos o a algunos de los que inicialmente estaban llamados en grado u orden más remoto. Podrán jugar a la vez la *successio graduum et ordinum* y aquel acrecimiento cuando sólo alguno o algunos de los llamados abintestato en segundo o en cualquiera de los grados u órdenes ulteriores reúnan la condición de reservatarios, mientras que otros llamados conjuntamente con ellos en el mismo orden y grado no la reúnan.

II. Pero la cuestión resultará más complicada en los supuestos, probablemente más frecuentes, en que el caudal relicto por el reservista comprenda bienes afectados por la reserva y otros libres de toda limitación por razón de la misma. Entonces habrá lugar a un nuevo problema, consistente en determinar si los bienes reservables deben atribuirse *extra* o *intra* cuota de los reservatarios. Es decir: ya sea de tal modo que éstos, además de recibirlos con exclusión de los otros coherederos, participen con los otros coherederos no reservatarios, a prorrata de la cuota de su respectivo llamamiento hereditario, en la atribución y reparto de los bienes no reservables; o bien entendiendo que los bienes reservables habrán de imputarse preferentemente a la cuota parte correspondiente a los coherederos que además sean reservatarios en la herencia total del reservista, calculada sumando los bienes no reservables y los efectivamente reservados a efectos de la evaluación del importe de todas y cada una de las cuotas ideales intestadas de cada coheredero.

Esta cuestión se plantea también en la reserva viudal si el viudo deja hijos de varios matrimonios. Para esta hipótesis, hemos expuesto antes cómo se calcula la legítima, la mejora y la parte libremente disponible a favor de unos y otros descendientes. A saber: sumando los bienes reservables para determinar las de los hijos comunes y sin contarlos para evaluar las de los demás. Pero esta solución no prejuzga la cuestión que ahora tratamos, y

tan sólo nos señala los mínimos que por legítima corta e individual y larga y colectiva corresponden a unos y otros y, por lo tanto, los límites que no se pueden desbordar cualquiera que sea la solución del supuesto ahora tratado.

El bínubo tiene dos topes que no puede rebasar si quiere disponer testamentariamente a favor de sus hijos de otro matrimonio: 1.º El integrado por la masa que forman los bienes reservables. 2.º El representado por la suma de las legítimas individuales de los demás hijos no comunes, más las legítimas individuales de todos y cada uno de los hijos comunes, más la diferencia existente entre el tercio de mejora calculado sin contar los bienes reservables (como sustraendo) y el mismo tercio calculado sumando dichos bienes al haber hereditario (como minuendo). El montante del tercio de mejora calculado sin computar los bienes reservables, puede ser atribuido a cualquier descendiente, común o no común. En cambio, el mayor valor representado por el tercio computado sumando al haber lo reservable el valor de los bienes reservables, será legítima larga de los hijos comunes y no lo será para los descendientes no comunes y, por lo tanto, solo la descendencia común podrá ser mejorada con dicha diferencia.

Si el bínubo no ha dispuesto *mortis causa* de su herencia y, por ende, fallece abintestato, es evidente que ambos topes existirán asimismo. Pero, ¿cómo se repartirán los bienes no reservados, tanto en este caso como en el supuesto de que el reservista haya atribuido testamentariamente su herencia sin separar los bienes reservables de los que no lo sean?

La masa formada por los bienes reservados, será heredada con exclusividad, según dice el artículo 973, § 1.º del Código civil, por los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio «conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente». Eso es indudable; pero, ¿cómo deberán distribuirse los bienes no reservados? Cabe sostener que, con exclusión de los bienes reservables, los otros se atribuirán conforme disponen los artículos 932, 933 y 934 del Código civil, es decir, a los hijos por cabezas, sin distinguir de qué matrimonio han sido procreados, y a los nietos y demás descendientes por estirpes. Mas, también es defendible que la atribución, conforme los artículos 932, 933 y 934 del Código civil, debe comprender idealmente todos los bienes, reservables o no, de modo que aquéllos integrarán la masa de cálculo inicial de la cuota de todos los herederos aunque no sean descendientes comunes, pero sólo podrán integrar la masa de extracción de las cuotas de quienes lo sean. De ese modo, resultará que aquellas cuotas ideales inicialmente calculadas para los hijos comunes, deberán ser incrementadas (y, consecuentemente, reducidas las de los otros) hasta llegar al montante mínimo exigido por los dos topes antes referidos, cuando sin la corrección obtenida con su aplicación no lo alcanzaren.

Un ejemplo aclarará la cuestión:

Fallece el binubo X y deja dos hijos comunes, A y B, y dos de su segundo matrimonio, M y N. Su herencia suma 120.000 de los cuales 90.000 son reservables y 30.000 no lo son. La facultad de disponer *mortis causa* de X sufre los siguientes límites: 1.º) Por la reserva: 90.000, valor de los bienes reservados, de los que no puede disponer a favor de personas que no sean descendientes del primer matrimonio. 2.º) Por las legítimas individuales, que importan: 2.500 las de cada hijo de sus nuevas nupcias (804) y 17.500 las de cada uno de los hijos comunes (805): es decir, en total, 40.000 ($= 120.000 : 3$). Estos límites deben aplicarse naturalmente a la sucesión intestada y, sobre estas bases, tendremos en ésta que:

Si se aplica el primer criterio: herencia intestada de hijos del segundo matrimonio = $\frac{30.000 \text{ (no reservables)}}{4} = 7.500$, y herencia intestada de cada hijo común = $\frac{90.000 \text{ (reservables)}}{4} + \frac{30.000 \text{ (no reservables)}}{4} = 52.500$.

Si es aplicado el segundo criterio tendremos: distribución inicial para cualquiera de los cuatro hijos $\frac{120.000}{4} = 30.000$. Pero como los hijos del ulterior matrimonio no pueden recibir bienes reservables y resulta que $30.000 \times 2 = 60.000 > 30.000$, habrá que reducir el exceso de $(60.000 - 30.000) = 30.000$; por lo tanto, la reducción para cada hijo común será $\frac{30.000}{2} = 15.000$, y,

por consiguiente, $30.000 - 15.000 = 15.000$ será el haber intestado de cada uno de los hijos del segundo matrimonio. Y será $30.000 (= 120.000 : 4) + 15.000$ (reducción de 30.000, aplicada a los no reservatarios, dividida por el número de reservatarios, o sea, $\frac{30.000}{2}$) = 45.000, el valor del haber intestado de cada uno de los

hijos comunes.

Ese segundo criterio cumple sin duda perfectamente la finali-

$$\begin{array}{r} \frac{30.000 : 3}{(804)} = 2.500 \\ + \\ \frac{(120.000 : 3) - (2.500 \times 2)}{(805)} = 17.500 \end{array}$$

dad de la reserva y respeta las legítimas de todos los hijos. Pero, además, limita y excepciona en menor escala las normas comunes exceptuadas por la reserva. Esta razón, dado el sentido restrictivo que, una vez cumplida su *ratio*, debe emplearse al interpretar las reservas, por razón de su carácter de derecho singular que éstas tienen, nos inclina por estimar que corresponde a la solución correcta.

Por igual razón, *mutatis mutandi*, estimamos que ese mismo criterio, dado para la reserva binupcial, debe aplicarse para solucionar las hipótesis de compatibilidad parcial entre la sucesión intestada del reservista y las normas de la reserva lineal del artículo 811, cuando al fallecer el reservista deje bienes reservables y otros que no lo sean.

Como resumen, del estudio desarrollado en el presente epígrafe, creemos que deben establecerse las siguientes conclusiones:

1.ª La sucesión intestada del reservista se halla limitada por la reserva, pero solamente en cuanto la estricta *ratio* de ésta lo exija.

2.ª Por consiguiente, ningún bien afectado por la reserva puede corresponder a persona que no reúna la condición de reservatario.

3.ª La determinación del reservatario preferente, entre los que reúnan los requisitos exigidos para serlo en el artículo 811 del Código civil, debe verificarse—cumplida su *ratio* de que los bienes no salgan de la línea y grado exigidos—respetando, a ser posible, la preferencia que entre ellos resulte de las reglas de la sucesión intestada del reservista para producir así la menor desviación posible en las reglas comunes de la sucesión de éste.

4.ª Los llamamientos legales *ab intestato* sufren por la restricción de la reserva una particular *accretio*, a favor de los coherederos intestados que sean reservatarios y concurren con otros que no lo sean, y una especial *successio graduum et ordinum*, en beneficio de los llamados *ab intestato* en ulterior orden o grado que sean reservatarios, cuando no lo sean los llamados en orden y grado preferentes a dicha sucesión intestada del reservista.

5.ª La proporción en que debe distribuirse el caudal relicto por el reservista, incluídos los bienes sujetos a la reserva, ha de ser la más aproximada posible a la dispuesta para la sucesión intestada del mismo. Con dos limitaciones: la expresada en la conclusión 2.ª y las derivadas de las legítimas tanto de quienes sean reservatarios como de los demás herederos del reservista que no reúnan dicha cualidad.

6.ª El cálculo de las legítimas—larga y corta—de estos últimos deberá hacerse sin computar los bienes reservados; el cálculo de las correspondientes a aquellos legitimarios del reservista que, además, sean reservatarios, deberá hacerse computando también los bienes reservados, y del tercio o los dos tercios del haber total deberán restarse, respectivamente, las legítimas corta y larga.

de quienes no sean reservatarios, a fin de aplicar el resto a los legitimarios que sean reservatarios, distribuyendo *per capita* entre éstos la parte asignada a sus legítimas cortas.

7.^a Con estos antecedentes, las operaciones sucesorias del caudal relicto por el reservista fallecido *ab intestato*, cuando comprenda bienes reservables y otros que no se hallen afectos a la reserva, deberán verificarse en la siguiente forma:

A) En caso de que ninguno de los llamados en primer orden y grado a la sucesión intestada sea reservatario, pero lo sean alguno o algunos de los llamados subsidiariamente en ulterior orden o grado (806), la operación será sencilla: *a*) Se adjudicarán todos los bienes no afectados por la reserva a los herederos abintestato preferentes legalmente en orden y grado; y *b*) Los bienes reservables se adjudicarán a aquellos reservatarios llamados abintestato a la herencia del reservista con posterioridad a aquellos herederos de orden y grado preferente no reservatarios, produciéndose esa anteposición en virtud de una específica *successio graduum et ordinum* concretada a los bienes reservables, respecto de los cuales estos herederos excluirán en virtud de una particular *accretio* a los demás llamados en igualdad de orden y grado que no sean reservatarios.

B) Si entre los llamados efectivamente en primer término a la sucesión intestada del reservista unos fueran reservatarios y otros no lo sean (807), se opera en la siguiente forma: *a*) Se determinará provisoriamente la distribución del caudal según las reglas de la sucesión intestada del reservista (808). *b*) Se imputarán los bienes reservables a los herederos abintestato que a la vez sean reservatarios, aplicados en la cuenta de su respectiva cuota abintestato hasta el montante de ésta (809). *c*) Se rectificará este resultado en cuanto lo exija el respeto a las legítimas más amplias de los legitimarios que sean reservatarios, reduciendo la cuota de los

(806) V. gr.: Son herederos abintestato del reservista sus hijos de un primer matrimonio de línea diferente de la de los bienes, M y N. Pero en orden y grado intestado ulterior figuran sus sobrinos X e Y, hermanos uterinos del descendiente de quien procedían los bienes, por ser hijos del primer matrimonio de la segunda esposa del reservista con un hermano de éste. De ella había recibido los bienes reservables aquel descendiente heredado por el reservista.

(807) V. gr.: Son herederos intestados los cuatro hijos del reservista: dos, M y N, hijos de su primer matrimonio y ajenos a la línea favorecida por la reserva, y otros dos, A y B, de su segundo matrimonio con el otro ascendiente de quien hubo los bienes reservables el hermano de doble vínculo de A y B, es decir, el premuerto C heredado abintestato por el reservista.

(808) En el ejemplo puesto en la nota inmediata anterior la herencia que vale 120.000, comprende bienes reservables por valor de 90.000 y no reservables que valen 30.000. El primer reparto ideal por las reglas abintestato, atribuiría provisionalmente a cada hijo un valor de 30.000 (120.000 : 4) pendiente de revisión.

(809) De ese modo A y B tendrán asignados a su haber 60.000 en

demás herederos abintestato en cuanto dicho respeto lo requiera (810). *d)* Se verificará aún otra nueva rectificación si aún quedaren bienes reservados fuera de la cuota de los reservatarios, adjudicándolos a éstos por encima de su cuota proporcional y reduciendo consiguientemente de modo proporcional el haber de los demás herederos que no sean reservatarios (811).

§ 7. RESERVA CONSUMADA EN CASO DE INCOMPATIBILIDAD DE LA RESERVA CON LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LA SUCESIÓN TESTADA E INTESTADA DEL RESERVISTA

Hemos examinado hasta aquí: los supuestos de compatibilidad de las disposiciones testamentarias del reservista con su deber de reservar (en el § 5.º); las hipótesis de compatibilidad total o parcial de las disposiciones legales que regulan la sucesión intestada del reservista con respecto a la norma del 811, y el modo de armonizar aquéllas con ésta (en el § 6.º).

Ahora, nos toca estudiar: los supuestos de imposibilidad de armonizar las reglas de la sucesión intestada del reservista con la norma reguladora de la reserva lineal y la contravención de ésta por las disposiciones—testamentarias e *inter vivos*—del reservista.

Pero antes de indagar los remedios adecuados para estas situaciones debemos precisar qué hipótesis dan lugar a su actuación.

Hay incompatibilidad total entre las reglas ordinarias de la sucesión intestada del reservista y la reserva lineal que delimite su sucesión: *cuando ninguno de los llamados, ya sea en orden o grado inmediato o bien en subsidiariamente en lugar no preferente, reúna las condiciones exigidas en el artículo 811 para ser reservatario*. Naturalmente, en esos casos debe buscarse fuera del ámbito de la sucesión intestada del reservista quiénes deben ser los beneficiados por la reserva, legitimados para exigir su cumplimiento.

bienes reservables, a razón de 30.000 cada uno; pero hecha esta operación se observará que entre los 60.000 de valor, correspondientes en conjunto a sus medio hermanos M y N, hay 30.000 que son reservables y, por tanto, no podrán serles adjudicados ni a M ni a N.

(810) En nuestro caso esas legítimas no darán lugar a rectificación alguna, pues la legítima larga de ambos reservatarios suma 60.000 ($= 2/3 \times 120.000 - 2/3 \times 30.000$), o sea 30.000 para cada uno, valor ya cubierto. En realidad, esa operación importantísima cuando se trata de aplicar la reserva a la sucesión testada, del reservista carece de importancia en la intestada, en la cual puede prescindirse de ella por quedar absorbida en la operación siguiente.

(811) Siguiendo nuestro ejemplo, según lo dejamos en la nota 809, tendremos que: debe adjudicarse a A y B un valor de 30.000 más, correspondientes al montante de los demás bienes reservables que no cupieron en su cuota ideal intestada, de modo que cada uno recibirá 30.000 +

Hay incompatibilidad no armonizable entre la reserva y las disposiciones del reservista cuando éstas no hayan respetado las limitaciones impuestas en el artículo 811. Esa incompatibilidad puede ser total o parcial. Pero ésta tampoco es armonizable, si no es a través de los casos que puedan comprenderse en el artículo 982 del Código civil, a diferencia de lo que sucede en la sucesión intestada en la que toda incompatibilidad parcial es armonizada por el juego de la *accretio* o de la *successio graduum et ordinum*.

Esa nota diferencial tiene una clara razón de ser. Tanto el precepto del 811 como las reglas de la sucesión intestada del reservistas son normas legales que necesariamente deben ser conjugadas mediante una interpretación armónica. Y su coordinación da lugar a que resulte suficiente que uno solo de los llamados abintestato—aunque lo sea subsidiariamente en orden o grado ulterior—llene los requisitos del artículo 811 para que esa inicial compatibilidad parcial se transforme definitivamente en plena compatibilidad. De modo que la sucesión intestada de los bienes reservables se concretará en favor de ese único sucesor intestado—sea inmediato o bien inicialmente subsidiario—que ostente la condición de reservatario, o bien de los varios que la reúnan sea en el grado inmediato o bien en el más próximo de los subsidiarios, cuando en aquél falten y en éste existan algunos reservatarios.

En cambio, en la sucesión testada no cabe esa armonización a no ser que el reservista la haya previsto o autorizado, o que quede resuelta a través de la actuación del derecho de acrecer cuando se reúnan los requisitos exigidos en el artículo 982 del Código civil. Por lo tanto, puede haber compatibilidad total o colisión, plena o en parte, pero nunca posibilidad de conjunción armónica, ni siquiera cuando esa colisión sólo sea parcial.

La razón de tal diferencia es clara: En la sucesión intestada de bienes reservados se produce la concurrencia de dos disposiciones legales diferentes que, al reflejarse a la vez en un supuesto concreto deben ser armonizadas, limitando la más especial el alcance de la más general. En cambio, entre las disposiciones otorgadas por el reservista y la norma ordenadora de la reserva, hay una colisión de dos voluntades diferentes, aunque de diverso rango, de las cuales en cuanto tenga carácter imperativo debe prevalecer la legal, resolviendo esa imperatividad la colisión de esas dos voluntades contradictorias en todo o en la parte que lo sean. En su caso, hay, pues, una sola voluntad expresada en dos normas de sentido diverso que deben armonizarse en cuanto sea posible; en el otro hay dos

30.000
 —————
 = 45.000, y esos 30.000 deberán restarse a M y N, de modo
 2
 que cada uno de éstos recibirá 30.000 ————— 30.000
 2 = 15.000.

voluntades diferentes y de imposible armonización en todo o en la parte contradictoria.

Esta colisión entre las disposiciones del reservista y su deber de reservar ha de dar lugar a la reclamación de los reservatarios legitimados para ello. Pero su legitimación deberá buscarse fuera de las disposiciones testamentarias del reservista y fuera, asimismo, de las reglas de su sucesión intestada.

La razón de ello radica: En que los reservatarios llamados testamentariamente sin agotar el caudal reservable han sido implícitamente excluidos por el causante de los bienes no incluidos en la disposición y en la falta de razón legal para entender que por el hecho de haber sido llamados a parte de dichos bienes también pueden reclamar los restantes con prioridad a los otros reservatarios absolutamente omitidos por el testador. Y en que, caso de haber dispuesto el reservista de bienes reservables a favor de personas que no tengan derecho a ellos, ha excluidos de los mismos tanto a los reservatarios que no estén llamados a la sucesión intestada del propio reservista como a aquellos que lo estén en cualquier orden o grado.

Prevedemos varias objeciones a la distinción que acabamos de establecer entre la armonización—que nosotros admitimos—de la reserva y la sucesión intestada del reservista fallecido sin disponer de los bienes reservables—de una parte—y—de otra—la imposibilidad—que reconocemos nosotros—de armonizar las disposiciones del reservista que contravengan la reserva, con las limitaciones de ésta, a través del acrecimiento de los reservatarios llamados aparte de los bienes reservables o mediante las reglas de la sucesión intestada del reservista que pudieran favorecer en lugar preferente o subsidiario a algún reservatario.

En primer lugar se objetará: ¿por qué no aplicamos el acrecimiento de los bienes reservables en beneficio de los llamados testamentariamente que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 811 para ser reservatarios y a los cuales el reservista haya asignado una o varias porciones que no cubran totalmente los bienes reservados? En defensa de tal alegación posiblemente se invocarán los artículos 982 y 888 del Código civil.

En segundo lugar se objetará igualmente: ¿por qué la colisión inconciliable entre las disposiciones del reservista y su sujeción a la reserva, no puede resolverse a través de la sucesión intestada del reservista, si entre los llamados inmediata o subsidiariamente a ella existe quien reúna las condiciones exigidas para ser reservatario? A favor de esa tesis tal vez se alegue que, según el artículo 912 del Código civil, la sucesión legítima tiene lugar: 4.º *Cuando el heredero instituido es incapaz de heredar.*

Pero estas dos objeciones parten de la calificación de *incapacidad*, para adquirir o conservar bienes reservables, aplicada a los herederos testamentarios del reservista, a sus legatarios donatarios e incluso a sus adquirentes *inter vivos*, a título oneroso. En

el presente epígrafe, más adelante, discutiremos a fondo esta cuestión. Sin embargo, ya hemos anticipado (812) que el poder jurídico que tiene el reservatario no sucesor del reservista para reclamar los bienes reservables, es un derecho personalísimo para instar la recuperación familiar de los bienes reservables y de naturaleza semejante a los llamados derechos potestativos de adquisición. Siendo así *no habrá incapacidad* del heredero instituido ni del legatario, donatario o adquirente de bienes reservables, sino sólo *sujeción del mismo a sufrir la reivindicación lineal o familiar de tales bienes por determinados parientes legitimados personalísimamente para exigir su retorno a la línea de la que no debieron salir*. Y, por lo tanto, no hay razón para que, esa legitimación de los que deban ser preferidos para exigirla, sea determinada por unas reglas sucesorias supletorias de la voluntad del reservista cuando éste la haya expresado en sentido diferente.

Esta contestación puede dar lugar a una tercera objeción dirigida al otro flanco de nuestra tesis: Si los llamados testamentariamente no son incapaces para adquirir los bienes reservables, sino que únicamente están sujetos a soportar su reversión o reivindicación lineal, ¿por qué no aplicar la misma doctrina a los llamados abintestato en grado preferente que no sean reservatarios?. ¿por qué no determinar la legitimación activa para reclamarlos por reglas independientes de la aplicación de la *accretio* o de la *successio graduum et ordinum* a los llamamientos intestados a la herencia del reservista? Y, en consecuencia, ¿por qué no admitir que los llamados preferentemente a la sucesión intestada del reservista se hallan sujetos a sufrir dicha reversión de los bienes reservables, si es exigida por los reservatarios legitimados para hacerlo no por su situación subsidiaria en los llamamientos abintestato a la herencia del propio reservista, sino en virtud de la posición que ocupen en la línea familiar de procedencia de los bienes?

Nuestra respuesta es negativa. Los llamamientos testamentarios y las demás disposiciones de bienes reservables incumplen activamente el deber de reservar, como lo infringe pasivamente el reservista que fallece sin cumplirlo cuando ninguno de los llamados principal o subsidiariamente a su herencia tenga la cualidad de reservatario. En cambio, cuando en la sucesión intestada del reservista se barajan con herederos no reservatarios otros llamados conjunta o subsidiariamente que, además, reúnan los requisitos exigidos en el artículo 811, no hay incumplimiento alguno puesto que las normas legales de la sucesión intestada pueden acomodarse a las exigencias de la reserva lineal, produciendo la menor desviación posible del derecho común de sucesiones. En este caso, admitir la legitimación para reclamar los bienes reservables por razones diferentes de esas especialísimas *accretio* y *successio gra-*

(812) II, § 2, núm. 16, b, ff. en AN. DER. CIV. XI-III, pág. 761.

duum et ordinum en la herencia intestada del reservista, supondría una mayor desviación del derecho común, no exigida por la *ratio* del precepto, que queda cumplido con aquellas menores modificaciones. En el caso de haber dispuesto el reservista en contra de su deber de reservar, en cambio, la desviación del derecho común de sucesiones—determinado en ese supuesto por el no acatamiento de la voluntad, del testador—que se produzca al aplicar, contra tal voluntad, una sucesión intestada en todo o en parte—que no cabe conforme a las reglas comunes habiendo disposiciones del causante—, no sería mayor admitiendo la legitimación para reclamar la reversión de los bienes reservables de unos sujetos determinados por su situación en la línea de procedencia de tales bienes. Por lo tanto, no siendo menor la desviación del derecho común de sucesiones si suplimos la voluntad del testador por normas *ab intestato*, que si aplicamos el derecho a reclamar la reversión de quienes linealmente se hallen en mejor posición, no hay por qué imponer aquel criterio respecto a éste. Y, en cambio, sí que hay razones para preferir este criterio. Razones derivadas no sólo de su mayor sentido lineal, sino también del hecho que, en la determinación de los legitimados para exigir la reversión, la limitación del derecho común es menor si los herederos del reservista sólo son sometidos a una acción de reversión que si les es impuesta una incapacidad para adquirir (813).

(813) No faltará quien califique de complicada y casuista nuestra posición y afirme que rompemos la unidad estructural del concepto de la reserva. De antemano rechazamos el valor de la objeción, porque:

El casuismo deriva de la diversidad de las situaciones de hecho, es decir, de la misma naturaleza de las cosas. Nuestro criterio interpretativo no puede ser más simple, ni más sencilla e invariable nuestra línea de aplicación. Manejamos únicamente de modo inexorable dos principios fundamentales: 1.º El artículo 811 sólo exige que los bienes reservables no salgan por mediación del reservista de la línea de donde los bienes proceden. 2.º El artículo 811 es *ius singulari* respecto al derecho común de sucesiones que atribuye al ascendiente por ministerio de la ley bienes de un descendiente, por lo cual ese derecho común debe sufrir en lo mínimo la limitación exigida por el singular para el pleno y estricto cumplimiento de su *ratio* específica. No hay, pues, sentido casuista, sino adaptación del criterio más simple y el encaje más ceñido de la limitación del derecho común por la norma singular, conforme su respectiva *ratio*, aplicado a la realidad de las diversas situaciones de hecho.

La unidad estructural de la construcción dogmática conceptual de la reserva no nos preocupa lo más mínimo. Hemos rechazado reiteradamente ese método interpretativo y aplicado—convencidos de que jurídicamente es el más adecuado—el sistema finalista (ver, en especial, *Interpretación, localización sistemática e integración...*, «Rev. Der. Priv.», XLIII, págs. 275 y sigs.), dentro del cual nos ceñimos a la línea institucional de la reserva, de signo fundamentalmente prohibitivo y limitativo. Este signo puede dar lugar: 1.º A la posibilidad del cumplimiento voluntario por el reservista, que podrá instituir heredero a algún reservatario, legar los bienes reservables a quien ostente dicha condición o habérselos donado anticipadamente. 2.º A una actitud pasiva del reservista que permita el cumplimiento de la reserva a través de las reglas de su sucesión intestada, aplica-

36. *Determinación de quiénes son los reservatarios que pueden reclamar los bienes reservables a aquellos sucesores testamentarios o abintestato del reservista que no ostenten la cualidad de reservatarios.*

Hemos visto que sujeto pasivo de la reclamación de los bienes pueden ser:

a) Los herederos abintestato del reservista, cuando la reserva y la sucesión intestada del mismo sean totalmente incompatibles ni puedan armonizarse a través de la imputación de bienes reservables a herederos intestados que sean reservatarios ni del juego a favor de estos mismos de unas especiales *accretio* y *successio graduum et ordinum*.

b) Los herederos testamentarios que no sean reservatarios, en cuanto les correspondiere por tal título bienes afectos a la reserva lineal.

c) Los legatarios, donatarios y compradores de bienes sujetos a dicha reserva, que tampoco sean reservatarios.

Ahora nos toca ver quiénes están legitimados para reclamarlos una vez fallecido el reservista que—activa o pasivamente—incumplió su deber de reservar.

En líneas generales, cabe teóricamente una primera clasificación de las posibles soluciones, según se mantenga: a) Que todos los parientes que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 811 pueden reclamar los bienes reservables sin prioridad entre ellos; es decir, en posición de igualdad (814). b) Que cualquiera de ellos

das en toda su pureza o bien adaptadas a la limitación de las reservas a través de unas especiales *accretio* y *successio graduum et ordinum* que concuerdan y compatibilizan la voluntad legal supletoria y la norma legal prohibitiva, produciendo la mínima modificación de aquélla y la menor desviación posible de los bienes desde el patrimonio del reservista a quien el derecho común le atribuyó los bienes. 3.^o) A una reacción contra el incumplimiento del deber del reservista, infringido activamente por actos dispositivos en contravención de la limitación impuesta por la reserva lineal, o bien pasivamente, al no cumplir el reservista su deber de devolver a su línea los bienes reservables ni poderse cumplir la finalidad perseguida por la reserva por las reglas de su sucesión intestada—ni siquiera adaptadas en la forma antes expuesta—. Reacción que da lugar a la posibilidad de ejercitar la reversión o reivindicación lineal o familiar de los bienes para lograr su reversión a la línea de procedencia, acción de cuyo estudio deberemos ocuparnos más detenidamente.

En cambio, la preocupación de conservar la unidad de cualquier construcción conceptual dogmática de las reservas rompería la unidad de la interpretación finalista del precepto—que constituye su verdadera línea institucional—, pues llevaría a resultados que, en ocasiones, excederían de la *ratio* de la norma singular, al limitar más de lo preciso el *ius comuni*, o que, en otras, no cumplirían aquélla plenamente. Las diversas interpretaciones dogmático conceptuales que a lo largo de este trabajo hemos analizado y criticado, nos excusan ahora de aducir nuevos ejemplos a nuestra afirmación.

(814) Tesis de SCÆVOLA (ver antes II, § 6, núm. 33, b) y nota 728).

puede entablar su reclamación, sin perjuicio de la prioridad que en caso de concurrencia de reclamaciones puede atribuirse a unos respecto de los otros (815); y c) Que de todos aquellos que reúnan los requisitos del artículo 811 sólo pueden exigir la reivindicación o reversión lineal aquéllos que sean preferentes a los demás para obtener los bienes reservables (816).

Rechazada desde el principio de este trabajo la primera de las tres posiciones (817), las otras nos plantean dos cuestiones fundamentales a resolver: 1.º) Qué orden de preferencia debe establecerse, una vez fallecido el reservista, entre las persona que reúnan los requisitos exigidos para ser reservatario. 2.º) Si esta preferencia determina la legitimación de los más preferentes y la exclusión de los demás para el ejercicio de la reivindicación lineal, o bien únicamente determina una prioridad para el caso de ejercicio concurrente de dicha acción y la posibilidad de reclamar contra quien con menos derecho hubiera obtenido antes la reversión a su favor, o si, como tercera solución intermedia, concreta una prioridad para el ejercicio, excluyente si no hay renuncia, pero no excluyente si los preferentes hubieren renunciado a hacerlo, sea espontáneamente o requeridos para ello—análogamente que el heredero en el supuesto regulado en el artículo 1.005 del Código civil—, o bien fallecieren sin haberlo intentado.

Examinaremos sucesivamente ambos problemas:

1) *Qué orden de preferencia debe establecerse entre quienes reúnan los requisitos exigidos para ser reservatario.*

En el primer número del epígrafe anterior (§ 6, núm. 33) vimos la extraordinaria floración de opiniones discordes que la doctrina nos ofrece y la falta de unanimidad en las declaraciones y fallos

Puede presentar dos variantes según a cada reservatario sólo se le permita reclamar su parte alcuota, o bien pueda exigir la totalidad de los bienes reservados, sin perjuicio de deber sufrir la concurrencia de los demás reservatarios, si éstos entablaren igual reclamación contra los derechohabiente del reservista o, posteriormente, contra el mismo reservatario que reivindicó mayor porción de la correspondiente al mismo en concurso con los demás.

(815) Ocurriría así, como en el ejercicio del derecho de retracto, cuando exista posibilidad de concurrencia de retrayentes. Cualquiera de los legítimos para retraer puede ejercitar su derecho, aunque existan otros legítimos preferentemente para ello; pero en caso de concurrencia de varios en su efectivo ejercicio, será preferido quien esté preferentemente legitimado para ejercitarlo con respecto a los demás que lo pretendan.

(816) De ese modo, si aquél o aquélla que, *por su preferencia* entre todos los que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 811, fueren los únicos legitimados para exigir la reversión lineal de los bienes reservables *no la intentaren*, a pesar de ello, los demás tampoco podrían reclamarlos pese a reunir dichos requisitos.

(817) Ver las razones de MANRESA (*Comentarios...*, vol. VI, art. 811, II, F, 1.ª cuestión, págs. 267 y sigs.) y lo que ya dijimos al principio de este trabajo I, § 1.º, núm. 6, págs. 24 y sigs., y en AN DER. CIV., X-II, págs. 348 y sigs.

de la Sala primera del Tribunal Supremo. Ello nos obliga a extremar el cuidado al examinar la cuestión.

Esta puede ser orientada desde dos puntos de vista básicamente distintos, a saber: con un criterio puramente exegético y con un criterio fundamentado en la esencia de la institución, es decir, en lo que se ha llamado la naturaleza de las cosas (818).

A) *Exegéticamente* partiendo del falso postulado de la plenitud de la norma (819) y del no menos falso brocardo «donde la ley no distingue no debemos distinguir», llegaríamos a la tesis —repetidamente rechazada— de Scaevola, según la cual se repartirían los bienes reservados todos y cada uno de los parientes dentro del tercer grado del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes reservados. Y, arrancando del postulado, menos riguroso y más amplio, de la plenitud del *ordenamiento jurídico positivo* (820), tendríamos que concluir por aplicar el sistema de preferencia de órdenes y grado establecido en el capítulo IV, tít. III, lib. III del Código civil para la sucesión intestada o, por lo menos, del principio enunciado en el artículo 921, § 1.º del Código civil, que afirma «*En las herencias el pariente más próximo en grado excluye el más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar*». Representación que se discutiría —como se ha discutido— si debía tener lugar en la reserva lineal.

Veamos los argumentos en pro y en contra de los criterios de aplicar las reglas de la sucesión intestada del descendiente y de la opinión de dar prioridad a la proximidad de grado de parentesco con el mismo.

a) A favor de la tesis que pretende aplicar analógicamente a la reserva lineal la *prelación de órdenes y grados determinada en el Código civil para la sucesión intestada*, se ha argumentado:

1.º Que es el único criterio analógico que nuestro derecho

(818) La *naturaleza de las cosas* aparece insertada en el concepto del Derecho natural según el realismo filosófico de SANTO TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologica*, Secunda Secundae, Quaest. LVIII, art. II, núm. 3, vers. *Uno quidem modo*). Puede consultarse en su *Tratado de la Justicia y el Derecho*, presentado y comentado por JOAQUÍN RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS, Madrid, 1942, págs. 8 y 9). A juicio del Doctor Angélico una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendida a la naturaleza misma de la cosa (*ex ipsa natura rei*), y esto es derecho natural (*Et hoc vocatur jus naturale*). Hoy en Alemania se halla en plena actualidad la valoración de la *naturaleza de las cosas* (véanse los textos de COING, GUSTAV RADBRUCH, STRATENWERT, MAHOFFER, BOBLIO, FECHNER y el propio KARL LARENZ, que este autor cita en su trabajo *Tendencias metodológicas en la ciencia jurisprudencia alemana actual*, en «Rev. Der. Priv.», XLIII, mayo 1959, págs. 372 y sigs.).

(819) Véase la síntesis de su crítica en *Interpretación, localización sistemática y...*, en «Rev. Der. Priv.», XLIII, págs. 278 y sigs. y las citas de las notas 11, 12 y 13.

(820) Ver su examen crítico por FEDERICO DE CASTRO, *Op. cit.*, vol. I, parte IV, cap. I, V, págs. 528 y sigs.

positivo puede ofrecer para llenar el vacío que el artículo 811 deja respecto la cuestión que investigamos (821).

2.º Que la norma del 811 ha de ser integrada con los principios generales del derecho común de sucesiones, y que entre éstos figura el de prelación de órdenes y grados, recogido tanto en la sucesión intestada como para la atribución de las legítimas, en la cual la línea descendente excluye a la ascendente y no es llamada la colateral (822).

3.º Que en materia de reserva viudal, limitada a favorecer a los descendientes comunes del binubo y de su cónyuge premuerto, el artículo 973 del Código civil hace una llamada a «*las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente*», y que al aplicarse esta norma analógicamente a la reserva lineal del artículo 811, que llama a ascendientes y colaterales del descendiente, debe referirse a las reglas *prescritas para la sucesión en las líneas ascendente y colateral*, con la consiguiente preferencia de aquélla respecto a ésta (823).

4.º Que en artículo 938 del Código civil, al decir que: «*Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 811 y 812, que es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria*», si bien invoca el 811 en el sentido de considerar la reserva como limitación de los derechos hereditarios correspondientes a los ascendientes, su expresión «*sin perjuicio*», «puede significar también el reconocimiento en favor de ellos [los ascendientes] de unos derechos hereditarios distintos a los representados por su llamamiento en la sucesión intestada», y que cabe deducir del mismo 938, como engarce sistemático y punto de partida, que en lo no sustraído por el 811 a la ordenación general de la sucesión intestada, ésta debe ser aplicada (824).

Pero estos argumentos tienen adecuadas réplicas, aun sin salir de los meros criterios exegéticos:

1.º Que la aplicación analógica de las reglas de la sucesión intestada del descendiente heredado por el reservista debe sufrir demasiadas limitaciones y alteraciones para que en conjunto pueda estimarse adecuada. Así resulta: a) Que no puede extenderse a los hijos naturales; b) que no puede comprender a los parientes

(821) Criterio que al parecer sustentó DÍAZ COBEÑA (*Op. cit.*, dict. XV, C, pág. 233), apoyándose en que, a su juicio, la reserva del 811 constituye una sucesión intestada, aunque limitada y parcial.

(822) Especialmente, HERNÁNDEZ GIL, *La prelación de órdenes y grados...*, loc. cit., VII, pág. 9.

(823) ROCA SASTRE (*Notas al Kibb*, loc. ult. cit.), a su afirmación «... adquiriendo dichos bienes los reservatarios según el orden de sucesión intestada», añade en apoyo, entre paréntesis: «art. 973, aplicable [a la reserva del 811] en virtud del criterio de las sentencias de... (citando varias de las que han aplicado analógicamente a la reserva del 811 preceptos reguladores de la viudal).

(824) HERNÁNDEZ GIL, *Loc. ult. cit.*, XI, págs. 11 y sigs.

que no pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes; c) ni a los más alejados del tercer grado; d) que no se aplica a los existentes a la muerte del descendiente, sino en el momento posterior del fallecimiento del ascendiente que le heredó, y que tal vez ni siquiera existían en aquel primer momento.

2.º Que la integración del 811 por el principio general de la prioridad de orden de los descendientes respecto los ascendientes y colaterales y de los segundos respecto los terceros, sería adecuada si la reserva consistiera en una sucesión retardada del descendiente (en virtud de una nueva delación repetida), pero que esto no es así (825).

3.º Que la analogía con el artículo 973, § 1.º, sólo lleva a aplicar las reglas sucesorias de la línea descendente del ascendiente reservista a los descendientes comunes de éste y del otro ascendiente del que procedían los bienes (826), y que, en cambio, extender la analogía a la sucesión de otra persona—como es el descendiente—equivaldría a desencajar la analogía. Ésta es exacta en aquel caso, pero resulta arbitraria en ese otro (827).

4.º Que el artículo 938 del Código civil no tiene otro sentido normativo que el de aclarar que la sucesión intestada de un descendiente por sus ascendientes tiene que someterse a las limitaciones de los artículos 811 y 812. Si Hernández Gil cree conveniente actuar «aprovechando ciertos elementos gramaticales del artículo 938 y superando, además, el plano de la rígida interpretación gramatical» (828), es porque le faltan otros argumentos más sólidos y necesita acudir a elementos gramaticales aislados y forzar la interpretación gramatical, es decir, interpreta exegéticamente forzando la exégesis.

b) En defensa de la aplicación del *principio sucesorio de prioridad por proximidad de grado desligado de toda preferencia de ordenes entre los parientes pertenecientes a las líneas de procedencia de los bienes*, se ha argumentado:

1.º Que el artículo 921 proclama para las herencias al principio de proximidad de grado, y está colocado en la sec. 2.ª del capítulo III del lib. III, sección que se ocupa de concepto tan general como es el *parentesco*; por lo cual, como principio general,

(825) Ver II, § 2.º, núm. 14, args. primero, segundo, tercero y cuarto, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 749 y sigs., y ANTONIO MAURA, *Dictámenes*, vol. cit., dict. núm. 5, págs. 7 y sigs., y en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 144 págs. 15 y sigs.

(826) Utilizaron la analogía de ese modo correcto LOZANO SICILIA (*Op. cit.*, págs. 197 y sigs.) y MAURA (*Dictámenes*, vol. cit., págs. 96 y sigs.); este último al aplicar la representación en la línea recta descendente común del reservista y otro ascendiente.

(827) Vimos que los reservatarios suceden al háuho en la reserva vi dual en II, § 2.º, B, núm. 8; en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 685 a 688 y, en especial, págs. 696 y sigs., y en las *Notas a la Sentencia de 5 de diciembre de 1958*, en AN. DER. CIV., XII-I, pág. 361, nota 18.

(828) HERNÁNDEZ GIL, *Loc. cit.*, pág. 13.

debe complementar la norma del artículo 811. Tanto más cuanto que la aplicación de las reglas más específicas de la sucesión intestada (prioridad de unos órdenes respecto a los otros, atribución a los hermanos de doble vínculo de doble porción que a los de vínculo sencillo) no resulta adecuada para la reserva lineal, porque al no tratarse de la sucesión del descendientes no deben aplicarse las reglas de su sucesión intestada, y no es posible aplicar las de la sucesión del reservista cuando se trata precisamente de beneficiar a quienes no son parientes suyos (829).

2.º Que de los antecedentes legislativos del artículo 811 del Código civil en el seno de la Comisión codificadora, resulta (830) —según dice Manresa (831)—«que el sistema de la sucesión lineal *no se* adoptó al fin en la sucesión a favor de los ascendientes: que en sustitución del mismo y como más eficaz al fin que se deseaba se creó *la reserva* en favor de los parientes dentro del tercer grado, asegurando de este modo a la línea los bienes de ella procedentes, sin alterar *en su esencia* el régimen sucesorio moderno». Solución, «que viene a ser una transacción entre dos principios sucesorios radicalmente distintos, el lineal y el de la proximidad de parentesco» (832), por lo cual en el Código civil, «donde el sistema normal es el de proximidad de grado»: «Entre los parientes del tercer grado que existan al fallecimiento del ascendiente obligado a reservar, el sistema de sucesión, en Castilla debe ser aquél que en su esencia no quiso alterarse, el de la proximidad de grado, el legítimo y geminamente castellano al publicarse el Código» (833).

3.º Que con este criterio «se cumple el fin que el legislador se propuso, y hasta puede decirse que se cumple mejor, primero, porque la mayor proximidad al tronco debe suponer mayor afectación a los bienes, y segundo, porque manteniéndose unidos en lo posible estos bienes, representarán más valor y habrá más interés en conservarlos» (834).

A estos argumentos se ha podido replicar:

1.º Que el Código civil no aplica el principio de proximidad de grado, más que dentro de cada orden sucesorio, como se observa tanto en la sucesión intestada como en la forzosa, y que en el artículo 973, § 1.º lo aplica para la reserva viudal precisamente en la línea común del orden descendente, y que en ningún caso mezcla los órdenes sucesorios de descendientes legítimos, ascen-

(829) Ver MAYRA, *Dict. últ. cit.*, vol. cit., págs. 64 y sigs., y «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 144, págs. 10 a 19.

(830) Mejor que en otro lugar alguno puede apreciarse cuál fué la *mens* de la Comisión Codificadora en ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, págs. 188 y sigs. y 255.

(831) MANRESA, *Op. cit.*, vol. VI, art. 811, I, F, primera cuestión, primero, pág. 267.

(832) MANRESA, *Loc. últ. cit.*, B, pág. 250.

(833) MANRESA, *Loc. últ. cit.*, F, primera cuestión, segundo, pág. 280.

(834) MANRESA, *Loc. últ. cit.*, F, primera cuestión, cuarto, pág. 271.

diente legítimos y colaterales, por lo que no cabe aplicar la proximidad de grado como principio general aislado de la proximidad de los órdenes sucesorios.

2.º Que el régimen de Castilla anterior al Código civil, así como el de este cuerpo legal, no es puramente el de proximidad de grado, sino encuadrado en la prioridad de los órdenes establecidos.

3.º Que la afirmación de que la mayor proximidad al tronco debe suponer mayor afección a los bienes, no lleva consigo que la mayor proximidad al tronco corresponda a la mayor proximidad de grado, respecto al descendiente. Y que la conveniencia de no dividir excesivamente los bienes, si bien arguye en contra del criterio de distribuirlos entre todos los comprendidos en los requisitos de línea y tercer grado expresados en el artículo 811, en cambio, no es razón suficiente para que el sistema de proximidad de grado con respecto al descendiente sea preferido a cualquier otro que de igual o mejor manera evite esa división excesiva de los bienes.

B) Elevándose por encima de la mera exégesis, es decir, buscando el *criterio más adecuado a la esencia de la reserva lineal, a su finalidad institucional y a la naturaleza misma de las cosas, vista con un prisma a la vez finalista y realista*, sin empeñarse en no deducir principios jurídicos fuera de la letra de los textos de derecho positivo, han podido aplicarse otros criterios integrativos para resolver la cuestión de que tratamos. Fundamentalmente, éstos pueden concretarse en las siguientes soluciones: excluir el orden de los ascendientes, como ocurrió en algunos Fueros castellanos y análogamente a lo que sucede en el régimen troncal navarro; aplicar el sistema de parentelas aisladas—característico del régimen de troncalidad continuada—como el más adecuado a la finalidad perseguida por la reserva lineal; o computar la preferencia de orden y grado con respecto a la persona de quien el descendiente hubo los bienes, aunque limitándola a los parientes de éste dentro del tercer grado y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, por estimar que éste es el sistema más ceñido al fin perseguido por el artículo 811 y al carácter estrictamente familiar del mismo.

c) El criterio de *prescindir de la línea ascendente* del descendiente (835), tiene a su favor las siguientes razones:

1.º Que la reserva es una resurrección en el moderno Código del orden de suceder, establecido en nuestros Códigos antiguos; los bienes, después de usufructuados por el ascendiente pasan a los colaterales que *tienen mejor derecho a suceder al descendiente*

(835) ACACIO CHARRÍN, «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 92, Consult. cit., págs. 109 y sig. RAFAEL RAMOS (*Op. cit.* y cap. cit., núm. 12, pág. 54) sólo sitúa como parientes dentro del tercer grado del descendiente a sus hermanos, hijos de hermanos y tíos.

heredado», pues «los padres y abuelos que heredaban a sus hijos y nietos no adquirían los bienes en pleno dominio y con facultad de disponer de ellos libremente, sino que sucedían con la obligación, después de su muerte, de que la raíz tornara a la raíz (836) : venían pues a ser los ascendientes meros usufructuarios» (837).

2.º Que la ley 6, tit. III, lib. XIII del lib. III de la Novísima recopilación de Navarra, ya aludida por Manresa (838), ha sido invocada al integrar el artículo 811 por la Dirección General de los Registros y del Notariado (839) y por el Tribunal Supremo (840), y que, conforme a dicha Ley, los colaterales excluyen a los ascendientes que sólo heredan el usufructo (841).

Pero, como vimos en la primera parte de este trabajo (842), los antecedentes sin continuidad, de algunos fueros locales y territoriales no parecen suficientes para ofrecer una base seria de interpretación al artículo 811. Ni tampoco nos la brinda la legislación foral navarra, tanto más cuanto tenemos otros regímenes

(836) Ver Fuero de Soria, § 310; de Salamanca, § 207; de Ledesma, § 135; Fuero Viejo de Castilla, V-2, 1.

(837) No han faltado autores, como DÍAZ COBENA (*Op. cit.*, dict. XV, F, págs. 251 y sigs.), FERNÁNDEZ SERRANO (*Loc. cit.*, págs. 287 y sigs.) y VILLARES PICÓ (*Loc. cit.*, págs. 66 y sigs.) que para los casos de ser preferido algún ascendiente a colaterales del grado y línea exigidos montan una nueva reserva a favor de tales colaterales (ver parte I, nota 291, y parte II, nota 159).

(838) MANRESA. *Loc. últ. cit.*, segundo, págs. 268 y sigs.

(839) Res. 20 marzo 1905, tercer considerando, que en defensa de la opinión de preferir al único hermano (de doble vínculo) del descendiente a cualquier otro pariente de grado más remoto, declaró: «Que abonan también dicha interpretación los precedentes de las legislaciones forales, que admiten el sistema de troncalidad en las sucesiones y especialmente el precepto contenido en la Ley 6.ª, título 13, libro 3.º de la Novísima Recopilación navarra, que es el que más analogía presenta con el citado artículo 811, y en el que se dispone que los ascendientes no pueden suceder a los descendientes en los bienes troncales y dotales, sucediendo en ellos a falta de hermanos los parientes más cercanos de donde procedan tales bienes, estableciendo, por tanto, terminantemente en esta sucesión especial la preferencia de grado.»

(840) Sent. 2 marzo 1956, primer considerando. Previamente al estudio del modo de computar el tercer grado de parentesco con el descendiente—sea a través de la línea de procedencia de los bienes o bien independientemente de la misma, con tal de pertenecer a ella, si por otra línea el grado es más próximo—declara esta sentencia que el art. 811, «es precepto que no tenía precedente en el derecho común de Castilla, pero que ofrece grandes analogías con lo establecido con carácter troncal en un derecho también español, el de Navarra, que en la ley sexta, título trece, libro tercero de la Novísima Recopilación ordena que los bienes troncales y dotales procedentes de un ascendiente deben pasar a falta de hermanos a los parientes más próximos de la línea de donde tales bienes procediesen, siendo usufructuados por los padres contrajesen o no segundas nupcias.»

(841) Observemos, una vez más, la incongruencia en que incurre la sentencia citada en la nota anterior con referencia a esta ley navarra, pues después de invocarla prefiere un ascendiente a un colateral.

(842) I, § 3.º, núm. 10, págs. 48 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 374 y sigs.

forales españoles con versiones diferentes de la troncalidad. En cambio, arguye claramente en contra de esta solución la exposición—hecha por Alonso Martínez (843)—del criterio de la Comisión Codificadora, la cual entre los tres remedios propuestos, rechazó el de atribuir las legítimas a los ascendientes en usufructo y el de aplicar la sucesión lineal y aceptó como temperamento—por indicación del mismo Alonso Martínez—«la extensión de las reservas a los abuelos y a los tíos, ya que no a todos los colaterales», con lo que fué modificada «en sus accidentales la institución de las reservas, para extenderla a otras personas y usos distintos de los señalados por las leyes vigentes». Y, también resulta contraria, en general, la posición de la jurisprudencia (844).

d) La opinión de que la preferencia *debe determinarse con relación a la persona de quien proceden los bienes*, tiene a su favor argumentos finalistas, realistas y de equidad:

1.º La reserva del artículo 811, como se ha indicado (845), más que troncal es familiar, y hoy día precisamente el concepto de familia es más restringido y limitado, concretándose más que en el tronco genérico en cada una de sus ramas. Si lo que trata de evitar es que por un azar imprevisto los bienes de una familia pasen a otra, no parece lógico que precisamente en su virtud salgan del ámbito más estricto de la familia, formada por la descendencia común de ambos ascendientes, para distribuirse entre otros parientes de la misma línea situados fuera de ese círculo más estrecho (846). Así ocurriría si la abuela fuese preferida a los hermanos del descendiente, de cuya madre éste hubo los bienes.

2.º Con el criterio de preferir los reservatarios por la prioridad determinada con la prelación de órdenes de la sucesión intestada del descendiente, resultaría que al ser preferida una abuela al hermano del descendiente, hijo común de la madre de quien éste hubo los bienes y del propio reservista, se correría el riesgo de que, al morir la abuela, los bienes reservados se distribuyeran entre otros descendientes de ésta ajenos al círculo más delimitado de la familia a la que pertenecían, integrada por el padre o madre de quien hubo los bienes el descendiente, la madre o padre obligado a reservar y la descendencia común de ambos (847).

3.º La solución contraria—ha dicho Fernández Serrano (848)—«está en manifiesta contradicción con lo que quiso el legislador al establecer lo dispuesto en el artículo 811, y por ello debe desecharse. La ley no puede estar en contradicción consigo misma. Toda

(843) ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, págs. 188 y 191.

(844) Ver las sentencias citadas en I, § 3.º, 16.ª a), pág. 40, y AN. DER. CIV., X-II, pág. 364.

(845) I, § 3.º, 19, págs. 50 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 376 y sigs., y I, § 5.º n. 30, a), págs. 110 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 731 y sigs.

(846) CADABAL, *loc. cit.*, V, págs. 807 y sigs.

(847) I, § 5.º, 30, a), pág. 112 y AN. DER. CIV., *últ. cit.*, pág. 735.

(848) FERNÁNDEZ SERRANO, *loc. cit.*, pág. 280.

interpretación e inteligencia de la ley que conduzca al absurdo es inoperante, y absurda sería la solución que condujera a privar a F [hermana de doble vínculo del descendiente] de los bienes que pertenecieron a su madre muerta, para que *por azares de la vida* fueran a parar a otras personas extrañas a la familia cuyo tronco era la madre común fallecida. Esto la ley no lo quiso y, por ello, la ley ha de dar solución al caso. Ahondemos el problema planteado que *el saber de las leyes non es tam solamente en aprender é decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas.* (Partida I, tít. I, ley XIII).

Hemos visto que la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, tratando de bienes procedentes del padre del descendiente, atendió en su tercer considerando—«sin perjuicio de lo que pudiera resolverse» si procedieran de otro hermano— a la «posición en línea y grado» respecto a dicho padre de quien hubo los bienes el descendiente, para determinar la preferencia y atribución de tales bienes reservables entre los reservatarios que reunían los requisitos exigidos por el artículo 811.

¿Hubiese seguido el mismo criterio esta Sentencia en supuesto de que el descendiente hubiese obtenido los bienes de un abuelo o de un hermano? Es decir, ¿hubiera atendido, en esos casos, para determinar la preferencia, a la posición en línea y grado respecto a dicho abuelo o hermano, respectivamente? Expresamente, dejó a salvo la solución para este último supuesto—«hipótesis que ahora ha de eliminarse por ser ajena al pleito», dice el mismo considerando—y el primero ni siquiera lo planteó. Pero parece que la solución, en correlación lógica a la dada por el fallo y a lo argumentado en dicho considerando tercero, sería la de atender, en cada caso, a la posición en línea y grado con respecto al ascendiente o al hermano de quien recibió los bienes el descendiente del artículo 811. A no ser que la solución de la sentencia fuera dada con criterio más intuitivo que lógico, y que por eso fuera evitada toda posible declaración generalizadora.

En contra de estas opiniones, se pueden argüir los criterios exegéticos antes indicados. Pero, además, en sentido contrario a ellos, también cabe oponer que existe otra solución más en armonía con la finalidad perseguida por la reserva del artículo 811, más adecuada a la situación de hecho y más equitativa; es decir, más concorde con la naturaleza de las cosas. Es la que vamos a examinar a continuación.

c) El criterio denominado de *parentelas aisladas*, presenta, con respecto al que acabamos de analizar, diferencias en cuanto a los resultados de hecho que de su aplicación se derivan. Aunque ambos estén ceñidos al criterio que corresponde según creemos, a la expresión de que los beneficiados por la reserva *«pertenecían a la línea de donde los bienes proceden»* (849), limitado a com-

(849) I, § 4.º, 24, págs. 82 a 86 y AN. DER. CIV. X-III, págs. 707 y siguientes.

prender los parientes que hayan sido titulares de los bienes en cuestión o que descendan de un antiguo titular de los mismos, observaremos las siguientes diferencias entre ambos sistemas:

2.^o Si el descendiente hubiese habido los bienes de *su padre o su madre*, de aplicar la prelación de órdenes y grados con relación a ese padre o madre, serían preferentes: primero, los descendientes de éstos; luego, sus ascendientes y, finalmente, sus colaterales, y aplicados los límites de grado y línea exigidos por el artículo 811, llegaríamos a establecer la siguiente prioridad: 1.^o Los hijos y los nietos que sean hijos de hijo premuerto, o sea, los hermanos y sobrinos del descendiente. 2.^o Los ascendientes del padre o madre, si hubiesen sido titulares de los bienes reservados o descendieran de un antiguo titular de los mismos, o sea, un abuelo o abuela o, en su defecto, un bisabuelo o bisabuela del descendiente. 3.^o Los hermanos del padre o la madre, si los bienes hubiesen pertenecido a algún ascendiente de ellos, o sea, los tíos del descendiente. En cambio, de aplicar el sistema de parentelas aisladas, adaptado al régimen del 811, tendríamos una variante a este resultado, consistente en que los tíos pertenecientes a la parentela del abuelo serían preferidos al bisabuelo.

β) Si los bienes *procedieran directamente de un abuelo*, aplicada la prelación de órdenes y grados respecto a éste entre quienes reúnan los requisitos del artículo 811, tendríamos la siguiente preferencia: 1.^o los descendientes del abuelo no más alejados del tercer grado de parentesco del descendiente, que serían el padre de éste, o en su defecto, representando su estirpe, los hermanos o los sobrinos hijos de hermano premuerto del descendiente, y, con el mismo rango que el padre, por cabezas, los tíos del descendiente, como hijos, igual que el padre de dicho abuelo, y 2.^o el bisabuelo si hubiere sido titular de los bienes o descendientes de un titular anterior. De aplicar el régimen de parentelas aisladas en los límites del 811 tendríamos un orden de preferencia muy diverso, a saber: 1.^o, el padre o en su defecto los hermanos, hijos de éste, o los sobrinos, nietos de dicho padre, hijos de hermano premuerto, es decir, la parentela del padre; 2.^o, el abuelo que hubiese sido descendiente de un anterior titular (pues de haber sido) él mismo su titular donante jugaría el art. 812), o en su defecto, los tíos del descendiente, hijos de dicho abuelo e integrantes de su parentela en el tercer grado de parentesco con el descendiente; 3.^o, el bisabuelo que hubiese sido titular de los bienes o que descendiera de otro titular anterior.

γ) Si el descendiente del 811 hubiese recibido los bienes de un hermano, aplicando con relación a éste la prelación de órdenes y grados entre los parientes dentro del tercer grado de aquél y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, obtendríamos la siguiente prioridad: 1.^o, el mismo hermano, en caso de

sobrevivir (850), o en su defecto, los descendientes legítimos del mismo, es decir, los sobrinos del descendiente que constituyan la parentela de su referido hermano; 2.º, los ascendientes de dicho hermano, con prelación de grado entre ellos, que reúnan la condición de haber sido anteriores titulares de dichos bienes o que descendieran de algún antiguo titular de los mismos, es decir, primero el padre o madre comunes del descendiente y de su referido hermano; en su defecto, el abuelo o abuela, y en defecto, también de éste, el bisabuelo o bisabuela; 3.º, los colaterales que sean: primero, hermanos de doble vínculo o de vínculo sencillo de ambos hermanos, recibiendo doble porción los hermanos que los medio hermanos, y conjuntamente los sobrinos hijos de hermano premuerto; y segundo, en defecto de hermanos y sobrinos, los tíos de la línea de procedencia de los bienes. En cambio, aplicado el sistema de parentelas aisladas, dentro de los márgenes delimitados por el artículo 811, si bien no variaría la prelación en cuanto la preferencia en primer lugar del hermano donante, si viviere, o, en otro caso, de los descendientes legítimos del mismo, en cambio, diferiría en los demás órdenes de prelación, siendo preferidos a continuación: 2.º, el padre o madre común de ambos hermanos, o, en su defecto, su respectiva parentela, es decir, los demás hermanos comunes a ambos o a falta de alguno de los sobrinos, hijos de ese premuerto; 3.º, el abuelo o abuela y, en su defecto, los tíos de ambos hermanos pertenecientes, como hijos de tal abuelo, a la parentela del mismo, y 4.º, el bisabuelo que también reuniere las mismas condiciones de haber sido titular de los bienes reservados o de ser descendiente de un anterior titular de los mismos.

El criterio de adaptar a la línea de procedencia de los bienes el sistema de parentelas aisladas, a contar de la persona de quien inmediatamente hubo los bienes el descendiente, o bien del ascendiente inmediato de dicha línea si los hubo de otro ascendiente más lejano, ¿es verdaderamente más armónico a la finalidad perseguida por la reserva lineal, mayormente adecuado a la situación familiares de hecho existentes y más equitativo que el criterio de aplicar con relación a dicho otro ascendiente o hermano la prelación de órdenes y grados que correspondería a su sucesión intestada?

Ante todo, debemos observar que—Alonso Martínez (851) al

(850) Esta posibilidad de sobrevivir el hermano de quien procedían los bienes, reservables conforme el 811, no tiene posible correspondencia en el supuesto de proceder los bienes de su ascendiente, pues la sobrevivencia sólo cabe en caso de haber donado dichos bienes, y de ser donante un ascendiente no llegaría a aplicarse el artículo 811, por actuar antes el 812, imponiendo directamente la reversión al ascendiente donatario de los bienes donados, con lo cual se elimina la posibilidad de su adquisición siquiera en parte por otro ascendiente que, en caso de llegar a adquirirlos, hubiese estado obligado a reservar.

(851) ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, págs. 188 y 190.

explicar la elección por la Comisión codificadora del criterio de extender las reservas a [favor de] *los abuelos y los tíos*—como temperamento del supuesto que quiso remediar, preferible al de resucitar la sucesión lineal o al de reducir la atribución de sus legítimas a los ascendientes en simple usufructo—, sin nombrar a *hermanos y sobrinos*, ni tampoco a los *bisabuelos*, atendió tan sólo a la aplicación del propio supuesto por él planteado. Recordemos que el descendiente era el hijo único y de muy corta edad del primogénito premuerto de un magnate (el abuelo paterno) que además, tenía otros hijos supérstites. No existía, pues, descendencia del padre del descendiente, y la familia contemplada era la formada por los hijos del abuelo (*vástagos directos del magnate*—escribió—*viven en la estrechez y tal vez en la miseria, mientras gozan de su rico patrimonio personas extrañas a la familia*). Es decir, que a falta de descendencia del padre se protege a la del abuelo.

De haber existido descendencia del padre—amenazada por la posible predilección de la madre por otros hijos de ella, habidos en un posible matrimonio anterior, contra la que nada salvaguardaría la reserva clásica—, creemos más verosímil que la preocupación se hubiera centrado precisamente en primer lugar en defender la familia (en sentido restringido) de dicho padre. Es decir, se hubiese pensado en proteger a los hermanos del hijo *integrantes de la parentela de aquél*, antes de extender la preocupación al abuelo paterno y a su parentela, formada por los hermanos del padre. No nos parece verosímil pensar que se hubiese preferido que unos bienes pertenecientes ya a la parentela del hijo, se colocaran en situación de ser diluídos en la más amplia parentela del abuelo y a través de ésta en la de los tíos, en perjuicio, por lo menos en parte, de la parentela de la que inmediatamente procedían, apartándolos—paradójicamente—de ella en virtud de un precepto creado con preocupaciones lineales y dirigido a evitar desviaciones de los bienes de una familia debidos al azar. Sinceramente creemos que Alonso Martínez y, en general, la Comisión hubiese preferido mejor en el caso contemplado, a los demás tierros vástagos del hijo mayor del magnate, de haberlos tenido este hijo, que al propio magnate con sus demás hijos.

Sin salir del mismo texto, en que Alonso Martínez nos explica la finalidad de la nueva reserva y los motivos de la elección de este remedio, creemos que pueden espigarse suficientes razones para justificar la respuesta que acabamos de aventurar:

1.º Que la preocupación de la Comisión se concretó en la defensa de la última parentela de la línea de procedencia de los bienes existente en el supuesto contemplado. Parece, pues, lógico que de haber existido otra parentela más inmediata, fundamentalmente la del padre, ésta hubiese sido la especialmente protegida y preferida del mismo modo que la parentela del abuelo se prefirió a la del bisabuelo.

2.º Que, al decidir que el temperamento adoptado fuera la extensión de la institución de las reservas—modificadas en sus accidentes— a otras personas y casos distintos, se designó una Subcomisión «que redactara las bases a que había de sujetarse esta especie de reversión de los bienes inmuebles al tronco de donde procedan...» (852). Luego, si se trata de una reversión al tronco, lo lógico es que la reversión se haga en el lugar del mismo más próximo a la persona por la cual salieron de él, es decir, por las ramas derivadas de la persona de quien inmediatamente recibió los bienes el descendientes, y más cercanas a éste.

3.º Que la afirmación de que «el principio de la proximidad de parentesco hace en ocasiones pasar a las familias por la amargura de ver su patrimonio en poder de personas extrañas y naturalmente repulsivas» (853), no justifica que la familia del abuelo sea preferida a la del padre si naturalmente los descendientes de éste pertenecen a la línea de procedencia de los bienes, sino al contrario aboga en favor de que los bienes no salgan de la familia del padre si continuando en ella quedan en la referida línea (854).

4.º Que la solución elegida de extender las reservas a los abuelos y los tíos (855), parece indicar que estos abuelos y tíos deberían ser llamados como extensión, es decir, después de los llamados tradicionalmente en la reserva clásica—o sea, de los descendientes comunes de ambos ascendientes—, pero sin interferirse con ellos.

Además de estas razones finalistas, muy adecuadas a la realidad familiar y a la naturaleza de la situación que la reserva quiso remediar, existen también otros argumentos favorables a la aplicación del sistema de prelación que defendemos. Así:

1.º Con arreglo al razonamiento contenido en el tercer considerando de la Sentencia de 4 de enero de 1911: «Si el temor de que salieran de la familia formada por el matrimonio y su descendencia bienes que venían constituyendo su patrimonio, fué la causa de la obligación impuesta por la ley al cónyuge viudo que contrajo segundas nupcias de reservar los adquiridos a título gratuito, en razón de aquella unión matrimonial, en favor de las generaciones que a ella debieron su nacimiento, no es racional presumir que en otro caso la misma ley dispusiera que los bienes pasaran a parientes del tercer grado o con perjuicio

(852) ALONSO MARTÍNEZ, pág. 191.

(853) ALONSO MARTÍNEZ, pág. 188.

(854) Lo que—a juicio nuestro—resulta del razonamiento expuesto por ALONSO MARTÍNEZ, es que la Comisión codificadora no pensó en implantar la reserva lineal cuando quedare descendencia común del padre y la madre reservista, tal como hemos defendido para el caso de que ésta sólo deje común descendencia (I, § 5.º, 34, págs. 124 y sigs. y An. Der. Civ. X-III, págs. 749 y sig.), aplicándose sólo la reserva—según creemos—en el caso de que además deje descendencia no común.

(855) ALONSO MARTÍNEZ, págs. 188 y 191.

de la posteridad común, ni esto ha podido ordenarlo el artículo 811 del Código, porque implicaría la derogación virtual del sistema de la sucesión de los descendientes.»

2.º) Hemos aceptado como principio fundamental que el carácter de *ius singulare* de la reserva requiere que la limitación de los resultados a que llevarían las reglas comunes de la sucesión del reservista se ciñan a evitar la desviación que la reserva quiere impedir, sin producir otras innecesarias desviaciones del resultado de hecho, no exigidas por la *ratio* singular de la norma prohibitiva (856). Ello nos lleva a aceptar que la reversión producida no debe alejar los bienes de la familia en la que se hallaban mientras en ella queden parientes de la línea correspondiente a los bienes reservados. Débese preferir, por lo tanto, la familia (*extricto sensu*) del padre del descendiente a la de su abuelo.

3.º) La equidad pide que los bienes entrados en una familia (*extricto sensu*) no pasen a otra—aunque ésta más amplia comprenda a aquélla—por virtud de una norma que sólo trata de evitar su salida de la línea a que pertenecían, y que, por ella, los bienes atribuidos a la estirpe de un hijo no se repartan con las de los demás—por *voluer* al abuelo—mientras aquélla no se haya extinguido. También la equidad inclina a preferir la estirpe del hermano donante a las de los demás hermanos.

Trazada la doctrina general de la preferencia entre los reservatarios, podemos afrontar el examen de las diversas cuestiones concretas que hemos visto planteadas en la doctrina y en la práctica. Pero conviene recordar que la prioridad que acabamos de señalar sólo se refiere a los supuestos en que la reserva pudo ser reclamada, por no haber sido cumplida por el reservista, *inter vivos* ni *mortis causa*, y a los casos de no resultar compatible la reserva con la sucesión intestada del reservista sin posibilidad de armonización.

Seguimos siempre la misma línea interpretativa: 1.º *La reserva pretende evitar la salida de los bienes de la línea de donde proceden, cuando el peligro resulte normal por carecer el reservista de descendientes de esa línea o por tener otros que no pertenezcan a ella.* 2.º *Esa reserva sólo debe limitar la sucesión testada e intestada del reservista en cuanto sea preciso para que la reserva se cumpla.* 3.º *En caso que la voluntad del reservista ni las reglas de su sucesión intestada satisfagan el resultado perseguido por la reserva debe admitirse que sea exigida la reversión lineal, procurando que su resultado de hecho aleje lo menos posible los bienes de la estirpe familiar a la que correspondían y de la que no deben salir si no es estrictamente necesario que salgan para dar cumplimiento a la reserva.*

(856) I, § 2.º, 15, págs. 37 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 361 y sigs.

Esta línea interpretativa —finalista y realista— debe darnos la solución de todas las cuestiones que se planteen, entre las cuales repasaremos las más interesantes.

Primera cuestión: *Concurrencia de padre o madre y hermanos de doble vínculo del descendiente*. Presupone este supuesto que los bienes los heredó este descendiente de su abuelo o abuela, que eran padre o madre de ese padre o madre supérstite. Fallecido abintestato el descendiente, aquellos bienes los habían heredado abintestato por mitad el reservista y el supérstite.

Díaz Cobeña (857) examinó este problema. Prefirió al padre supérstite, por ser pariente de primer grado del descendiente, mientras los hermanos de éste lo son de segundo grado, y todos de la línea de procedencia de los bienes, sin perjuicio de entender que el padre preferido como reservatario quedaba sometido a una nueva reserva.

Nuestra opinión se descompone en tres proposiciones: 1.º Los hijos del reservista comunes al otro ascendiente tendrán derecho a su legítima computada con inclusión de los bienes reservables (858). 2.º Aparte de esta limitación, el reservista podrá disponer de los bienes reservables a favor de cualquiera de los reservatarios (II, § 5.º, núm. 32). 3.º Si el reservista fallece abintestato le heredarán sus hijos, recibiendo los hijos comunes los bienes reservables con exclusión de sus demás descendientes (II, § 6.º, núm. 34, I). 4.º Si el reservista ha dispuesto de bienes reservables a favor de extraños, creemos que para exigir su reversión deberá ser preferido el padre o madre del descendiente como cabeza de la parentela más próxima de la línea de procedencia de los bienes y, a falta de dichos padre o madre, dentro de su parentela el pariente más próximo en grado del descendiente.

Segunda cuestión: *Concurrencia de hermanos de doble vínculo y un abuelo del descendiente*.

Aparte la distribución igualitaria a la que se llegaría de seguirse la opinión de Scacvola—según la cual los hermanos y el abuelo concurrirían por cabezas con los demás parientes de la línea de procedencia de los bienes incluidos dentro del tercer grado con relación al descendiente—, también hemos visto que Clemente de Diego (859) se manifestó expresamente por la igualdad de rango de

(857) DÍAZ COBEÑA, *Op. cit.*, dict. XV, F, págs. 249 y sigs. A juicio nuestro, en el supuesto planteado por DÍAZ COBEÑA, no debía haber reserva, pues el reservista sólo dejaba descendencia común a la línea de procedencia de los bienes. Pero puede plantearse el problema dejando el reservista además descendientes de un matrimonio anterior.

(858) Ver I, § 7.º, núm. 48, págs. 177 y sigs. y AN. DER. CIV. X-IV, páginas 1105 y sigs.; ver también la rectificación de la nota 76 de esta I parte, en la nota 721 de esta II.

(859) CLEMENTE DE DIEGO (*Dicámenes jurídicos*, III, dict. 45, I, c), págs. 535 y sigs., coloca en igualdad en segundo grado a los abuelos de

abuelos y hermanos del descendiente; que Fernández Serrano (860) ha preferido a los hermanos, y que Antonio Hernández Gil (861) se ha inclinado a favor del abuelo y de los demás ascendientes con prioridad a los hermanos y demás colaterales.

En cambio, la aplicación de nuestro punto de vista general, que acabamos de resumir, nos lleva al siguiente resultado: 1.º El reservista sufrirá las limitaciones dimanantes de las legítimas de sus hijos y las derivadas de la reserva lineal (que, creemos, sólo debe afectarle si, además de su descendencia común al otro ascendiente, tiene, a su vez, otros descendientes no comunes): los bienes reservables se computarán para calcular las legítimas de los hijos comunes, y, en cuanto no queden comprendidos en ellas, el reservista podrá disponer de dichos bienes en beneficio de cualquier reservatario, ya sea hermano o abuelo, sobrino o tío del descendiente (II, § 5.º, núm. 32). 2.º Si el reservista fallece abintestato, sus descendientes serán sus herederos y, como tales, los que sean comunes al mismo y al otro ascendiente recibirán los bienes reservables (II, § 6.º, núm. 34, I). 3.º Si el reservista hubiere dispuesto de los bienes reservados a favor de personas que no reunieren la cualidad de reservatarios, la posibilidad de exigir su reversión corresponderá con prioridad a los hermanos, como integrantes de la parentela del ascendiente inmediato de la línea de la que procedían los bienes, es decir, de la familia en sentido estricto de la cual salieron los bienes al efectuarse el cambio de línea que se trata de corregir.

Tercera cuestión: *Concurrencia de hermanos de vínculo sencillo con abuelo del descendiente.*

Tres subhipótesis de concurrencia pueden plantearse: a) Que los hermanos sean de la línea de donde proceden los bienes por ser hijos del otro ascendiente del que procedían los bienes o hermanos del hermano de quien los recibió el descendiente. b) Que sean de la línea de donde proceden los bienes, pero por otro enlace distinto del ascendiente común; v. gr., en el caso de ser hermanos por parte del ascendiente reservista y no serlo por parte del ascendiente de quien procedían los bienes, pero siendo parientes de la línea de procedencia de los bienes, a saber, por ser hijos de un hermano de ese ascendiente de quien el descendiente obtuvo los bienes, o sea, hermanos por parte del reservista y primos hermanos por parte del ascendiente de quien procedían los

la línea de donde procedían los bienes y los hermanos de doble vínculo o medio hermanos de la parte de donde los bienes proceden.

(860) FERNÁNDEZ SERRANO, *Loc. cit.*, págs. 287 y sigs.

(861) HERNÁNDEZ GIL, *La prelación de órdenes y grados...*, loc. cit., V, y sigs., págs. 7 y sigs.

(862) I, § 1.º, núm. 5, A), págs. 19 y sigs., y AN. DER. CIV., X-II, págs. 343 y sigs.

bienes. c) Que los medio hermanos lo sean por la parte del reservista y no pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes.

En esta tercera subhipótesis no existe problema de colisión de reservatarios, pues los medio hermanos de línea diferente a la de los bienes tienen la consideración de reservatarios.

De la segunda ya nos hemos ocupado anteriormente al señalar que la pertenencia a la línea y el parentesco de tercer grado con el descendiente constituyen dos requisitos diferentes; de modo que el grado debe contarse a los parientes de la línea por la trayectoria más corta, pero no necesariamente a través de la línea (863). Con ello, *por ser hijos del reservista—a la vez que reservatarios*—quienes sean medio hermanos por parte del reservista y primos hermanos por la línea de procedencia de los bienes, llegamos a los mismos resultados 1.º y 2.º de la anterior cuestión (864). El resultado 3.º, en cambio, tratándose de recuperar unos bienes de los que fueron excluidos por su propio padre, el reservista, es más discutible. Por una parte, los medio hermanos que sean primos por la línea de los bienes, pertenecen a la misma parentela que el abuelo, y en ella, éste, como cabeza de la misma, debe considerarse en primer y preferente lugar. Pero, por otra parte, puede sostenerse que, en igualdad de parentela, debe ser preferido al pariente que menor desviación origine en el derecho común de sucesiones, lo que ocurre con estos medio hermanos, como hijos que son del reservista. Claro que, indiscutiblemente, en lo que el medio hermano tendrá prioridad respecto del abuelo, será para *reclamar* al reservista los bienes reservables que sean precisos para complementar su legítima (865).

La primera subhipótesis plantea la cuestión entre unos parientes del descendiente que no lo son por sangre del reservista. Éste puede legarles libremente, sin distinción, los bienes reservables. Ninguno de ellos puede ser heredero abintestato suyo. Solo les queda, por tanto, el remedio de exigir la reversión lineal y para su ejercicio nos inclinamos por la misma solución expuesta en el resultado 3.º de la cuestión anterior. Es decir, estimamos preferente el hermano del descendiente por la línea de procedencia de los bienes con respecto al abuelo, por ser dichos her-

(863) I, § 4.º, núm. 28, págs. 103 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 725 y sigs.

(864) No fué este criterio el del Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de marzo de 1956, que hemos criticado en I, § 4.º, núm. 27, págs. 99 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 723 y sigs.

(865) El problema de la concurrencia de los medio hermanos del descendiente por parte del reservista y medio primos del mismo por línea de procedencia de los bienes, con el abuelo de esa línea, tiene otra versión al concurrir aquéllos con éstos del descendiente por dicha línea. Este problema se planteó dos veces al Tribunal Supremo y fué resuelto contradictoriamente en las Sentencias de 19 de noviembre de 1910 y 1 de julio de 1955 (ver I, § 4.º, núm. 27, págs. 96 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 721 y sigs.).

manos de la parentela del padre o madre, que es el ascendiente más inmediato de la línea de los bienes, ya que entendemos que la parentela del padre ha de ser preferida a la del abuelo.

Cuarta cuestión: *Concurrencia de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo.*

Con hermanos de doble vínculo pueden concurrir otros que lo sean de vínculo sencillo, ya por parte del padre o madre perteneciente a la línea de procedencia de los bienes, sea por parte del reservista, o bien, aun siéndolo por parte de este último que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes en otro grado más alejado (v. gr., en cuarto grado, si eran hijos de un hermano del padre, o de una hermana de la madre, de quien procedían los bienes).

Hemos repetido que los medio hermanos por parte del reservista no son reservatarios. Sólo hemos de salvar de esta exclusión a aquellos que, no obstante, pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes.

Enfrentados hermanos de doble vínculo y hermanos sólo por parte del padre o madre de quien procedían los bienes, los autores han propuesto una de estas dos opiniones:

a) Por aplicación del inciso final del § 3.º, artículo 921, y del artículo 949 del Código civil, que los hermanos de doble vínculo recibirán doble porción que los de vínculo sencillo (866).

β) Que la igualdad de grado, al no atenderse a más vínculo que el correspondiente a la línea de procedencia de los bienes (867) y al no tratarse realmente la sucesión entre colaterales (868) debe

(866) SCAEVOLA, *Op. cit.*, vol. XIV, art. 811, F, pág. 352; CADABAL, *Loc. cit.*, pág. 101; ACOSTA INGLETT, *Loc. cit.*, pág. 71; FÉLIX CRUZADO, *Op. cit.*, págs. 484 y sigs., y ENTRENA KLETT, *Loc. cit.*, pág. 213. En especial, ver los razonamientos del tercero de estos autores.

(867) NOVOA SEOANE, *Un supuesto de reserva troncal*, en «Rev. Der. Priv.», VII (diciembre 1919), pág. 274: «Si al morir los medio hermanos no existiera la madre de éstos y recayese por ministerio de la ley toda la herencia en los hermanos, sería de aplicar el precepto del artículo citado 949, correspondiendo a los de doble vínculo doble porción que a los otros, porque la sucesión no sería esencialmente lineal, sino meramente ordinaria; pero en la reserva troncal se atiende a la línea, y dentro de ella al grado de parentesco, y es natural que los hermanos y los medio hermanos de aquéllos por parte de padre se hallan entre sí en el mismo grado de parentesco dentro de la línea paterna, y respecto de los bienes reservables de esa línea tendrían iguales derechos.»

CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., págs. 195 y sigs., dice: «En el caso de reserva [los hermanos] no concurren por el vínculo sencillo o doble parentesco, sino por la pertenencia a esa línea especial; si pertenecen, tienen tanto derecho como los otros; si no pertenecen, están excluidos y no concurren.»

(868) ANTONIO MAGRA, *Dictámenes*, vol. IV, dict. núm. 5, págs. 63 y sigs. y en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 144, págs. 9 y sigs.: «Con toda certeza resulta que la transmisión no se verifica por herencia de colaterales hermanos; y con sólo esto queda excluida la norma de reparto que se expresa en el artículo 940. Toda vez que el caso no entra en la excepción, hay que atenderse a la regla general prescripta por el párrafo pri-

determinar que hereden con igualdad por cabezas tanto los hermanos de doble vínculo como los de vínculo sencillo de la línea de procedencia de los bienes.

Nuestra opinión sigue la misma pauta que en los casos anteriores: 1.º) Las masas de cálculo y de extracción de las legítimas de los hijos comunes en la herencia del reservista comprenderán los bienes reservables. 2.º) Con esa salvedad, el reservista podrá disponer de los bienes reservables a favor de cualquier reservatario. 3.º) De morir aquél abintestato le heredarán los bienes reservables exclusivamente sus hijos comunes al otro ascendiente, es decir, los hermanos de doble vínculo del reservista. 4.º) Para reclamar los bienes reservables de que se hubiera dispuesto por el reservista a favor de personas que no sean reservatarios, se hallarán en igualdad de condiciones los hermanos de doble vínculo o los que solamente lo sean por la línea de procedencia de los bienes del descendiente, por ser, unos y otros, de la misma parentela más inmediata a la que pertenecía al descendiente en cuestión, por hallarse en ella en igual posición y estar en idéntico grado de parentesco respecto al mismo.

Concurrentes hermanos de doble vínculo y hermanos sólo por parte del reservista pero pertenecientes por su otro ascendiente a la línea de procedencia de los bienes; es decir si concurren hermanos de doble vínculo con medio hermanos por parte del reservista que sean medio primos por la línea de procedencia de los bienes, tendremos inversamente que: 1.º) Las legítimas de unos y otros en la herencia del reservista deberán computarse con inclusión de los bienes reservados. 2.º) Unos y otros podrán recibir *inter vivos* o *mortis causa* del reservista bienes reservables. 3.º) Unos y otros heredarán abintestato del reservista con igualdad posicional los bienes reservables. 4.º) Para ejercer la reversión frente a extraños, deben ser preferentes los hermanos de doble vínculo, por pertenecer a la parentela del ascendiente de la línea de los bienes más inmediato al descendiente (es decir, de su padre o madre de dicha línea), siendo en cambio de la parentela del abuelo o abuela de esta línea los medio hermanos por parte del reservista y medio primos por la línea de los bienes.

Combinando los resultados de estas dos últimas concurrencias obtendremos los correspondientes al concurso de medio hermanos de la línea de procedencia de los bienes con medio hermanos por parte del reservista que, a la vez, sean medio primos por la línea de procedencia de los bienes. Estos serán legitimarios con derecho a legítima computada con inclusión de los bienes reservables y, en su caso, herederos abintestato del reservista, mientras aquéllos no serán ni lo uno ni lo otro. En cambio, los medio hermanos por la línea de procedencia de los bienes serán prefe-

mero del artículo 921, o sea, la participación por igual de ambos reservatarios» (pág. 73 *Dict.* y pág. 18 «*Rev. Gen. Leg. y Jur.*»).

rentes para exigir la reversión contra extraños por corresponder a la parentela del padre o madre de la línea de los bienes, mientras los otros medio hermanos, sólo primos por la línea de los bienes, corresponden a la parentela del abuelo o abuela de la línea.

También obtendremos, con igual combinación, el resultado de la concurrencia múltiple de unos y otros y esos medio hermanos con los de doble vínculo.

Quinta cuestión: *Concurrencia de sobrinos, hijos de hermano premuerto de la línea de procedencia de los bienes con el abuelo de dicha línea.*

Tanto el principio de proximidad de grado con el descendiente, como el criterio de preferir los órdenes según las reglas de la sucesión intestada del mismo, determinarían la preferencia del abuelo respecto a los sobrinos. En cambio, de admitir el principio de proximidad de grado atenuado por el derecho de representación, quedarían en igualdad los sobrinos y el abuelo. Y si se determinase la preferencia, entre los pariente de tercer grado del descendiente y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, según la proximidad de parentesco con el ascendiente de quien los recibió el descendiente o por el sistema lineal de parentelas: serían preferidos los sobrinos, respectivamente como descendientes del ascendiente de quien procedían los bienes y como integrantes de la parentela del padre o madre de dicha línea por ser preferente esta parentela a la del abuelo o abuela de la misma línea.

Con nuestro criterio—que reiteradamente venimos aplicando—, los sobrinos, en caso de ser hijos de un hermano de doble vínculo premuerto, como nietos del reservista, hijos de hijo premuerto, serían legitimarios, y su legítima habría de ser computada con inclusión de los bienes reservables, y, en su caso, serían herederos abintestato del reservista, con derecho excluyente, respecto los bienes reservados, de sus coherederos que no fueran reservatarios. Y, en fin, fueran o no hijos del reservista, es decir, aunque sólo fuesen hermanos de vínculo sencillo del descendiente por parte del padre o madre de la línea de procedencia de los bienes, deben considerarse como preferentes para exigir la reversión de los bienes reservables de que el reservista hubiera dispuesto a favor de extraños, por ser esos hermanos—tanto los de doble vínculo como los que lo sean sólo por la línea de los bienes—integrantes de la parentela del padre o madre en esa línea de procedencia de los bienes.

Sexta cuestión: *Concurrencia de sobrinos, hijos de hermano premuerto de la línea de procedencia de los bienes con el bisabuelo de dicha línea o y con tíos de la misma.*

El principio de proximidad de grado daría lugar a la igualdad por cabezas de unos y otros. Atenuado este principio por

el derecho de representación serían preferidos los sobrinos. Aplicada la preferencia de órdenes y grados de la sucesión intestada del reservista, el bisabuelo sería preferido a tíos y sobrinos, y los sobrinos a los tíos. Computada la preferencia entre los reservatarios con relación a su posición de orden y grado con el ascendiente de quien el reservista hubo los bienes, serían preferidos los sobrinos como descendientes del mismo. E igual resultado se obtendría aplicando el sistema de parentelas.

Con nuestro repetido criterio las soluciones no diferirían de las obtenidas en la cuestión inmediata anterior.

II) *La preferencia entre los reservatarios para reclamar la reversión de los bienes reservables ¿es meramente prelativa o bien es excluyente de la posibilidad de reclamarlos por los reservatarios no preferentes, aunque los preferentes no los reclamen, hayan renunciado a reclamarlos o fallecieren después que el reservista sin haber intentado su reclamación?*

Paralela a esta cuestión se halla la relativa a si cualquiera de los reservatarios de grado preferente puede pedir la totalidad de los bienes sujetos a reversión, o bien solamente la parte viril que le correspondería en concurrencia con los demás de igual grado. La primera solución, se sobreentiende sin perjuicio de que sus corresponsarios de igual rango puedan reclamar la parte que a ellos les corresponda. Y la segunda solución se estima que ha de ser igualmente aplicada, aunque los demás reservatarios del mismo rango no intenten su correspondiente reclamación.

La Sentencia de 5 de diciembre de 1958 pudo haberse enfrentado con ese problema. Un medio hermano reclamaba la mitad de los bienes considerados como reservables a un hermano de doble vínculo del descendiente; pero, era el caso, que además existían unos sobrinos hijos de otro medio hermano de dicho descendiente. El fallo concedió al medio hermano reclamante la mitad de los bienes reservables, sin atender que en caso de tener los sobrinos, derecho a ellos, sólo le hubiese correspondido una tercera parte y no la mitad. Pero hay que tener presente el limitado campo en que nuestra casación puede moverse. Por eso, el tercer considerando de la Sentencia hace notar: «sin que haya venido al recurso el supuesto solamente aludido en el mismo, de la existencia de los sobrinos, hijos de otro hermano fallecido, lo que impide el examen de esta cuestión». Ni éstos reclamaron, ni la demandada alegó su existencia para oponerse en parte a la petición de la demandante. Por eso, no se entró a examinar ese posible caso de representación en la reserva lineal, ni el problema —que ahora examinamos— de si un reservatario puede reclamar, cuando los demás no lo reclamen, aquello que por reserva le correspondería si los no reclamantes no existieran (869).

(869) Ver nuestras observaciones a esta Sentencia, en II, § 4.º, número 25, b), y en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 826 y sigs.

En cambio, la Sentencia de 17 de abril de 1956, se enfrentó con la reclamación formulada por unos reservatarios de ulterior grado después de haber renunciado a la reserva los reservatarios de grado preferente. De hecho el fallo rechazó plenamente la reclamación, pero en su tercer considerando, lo fundamentó, en su apreciación de que los reservatarios preferentes para renunciar la reserva hubieron de aceptarla previamente (870). Y, en su cuarto considerando, afirmó que los reservatarios de tercer grado tenían sometido su derecho a la doble condición suspensiva de sobrevivir al reservista y de la premoriencia o repudiación de los reservatarios de segundo grado. Vemos, pues, en el fallo una solución negativa, pero explicada en los considerandos como un supuesto de exclusión de la solución afirmativa—aceptada en el cuarto—por entender que la renuncia en favor del reservista—que en aquel caso fué compensada prácticamente con otra renuncia por parte de éste—supone una aceptación previa de lo renunciado, que implica que no haya verdadera renuncia. Todo lo cual no deja de parecernos artificioso.

Aldecoa, en su Memoria de 1901, como Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (871), al abordar la posibilidad de *ius transmissionis* en la reserva lineal, escribió que «asalta la duda fundadísima de si puede y debe considerarse extinguido para la persona que pudiendo ejercitarlo no lo ejercitó [el derecho de reclamar los bienes reservables, por muerte del reservista], y debe pasar, por lo tanto, no al heredero de esta persona, sino a otra de las llamadas directamente por la ley». La cuestión que tratamos se refleja en las palabras que hemos subrayado. La ausencia de *ius transmissionis*—que luego examinaremos—¿extingue la posibilidad de exigir la reserva en caso de que los reservatarios preferentes hubieren fallecido sin haberla reclamado, o bien dá lugar a que puedan exigirla otros reservatarios menos preferentes, si los hubiere? Más adelante, el mismo Aldecoa, añade que cuando la persona en quien concurrieran las circunstancias requeridas por la ley «no le plugo ejercitarla, no le convino aprovecharse del beneficio o, por consideraciones de familia o por cualquier otra causa, debe entenderse caducado o pasar a otro pariente que reúna aquéllas».

Un análisis cuidadoso del problema nos obliga a examinar todas y cada una de sus posibilidades, que se descomponen en las siguientes:

a) ¿Puede cualquier reservatario exigir la reversión lineal de los bienes reservables de que el reservista hubiera dispuesto a favor de personas no comprendidas en la línea y grado precisados

(870) II, § 4.º, núm. 25, b), y II-1 y en AN. DER. CIV., XII-III, pág. 829.

(871) Este párrafo de ALDECOA lo transcribe SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. cit.*, VI-II, núm. 142, nota de la pág. 1017.

en el artículo 811, y puede reclamarlos totalmente, aunque hubieren otros reservatarios preferentes o, por lo menos, de igual rango?

b) ¿Podrá exigirla íntegramente cualquier reservatario sólo en el caso de que tanto los más preferentes como de igual rango hayan renunciado a exigir dicha reversión?

c) ¿Se reducirá esa posibilidad de ejercicio por los reservatarios de rango ulterior al supuesto de que los preferentes hubieren fallecido sin haber podido intentarla?; y la posibilidad de ser exigida en su totalidad por cualquiera de los reservatarios de igual rango, ¿se limitará a los casos en que los demás hubiesen muerto sin haber podido entablar esa reclamación?

Entendemos que *la cuestión a)* debe ser contestada negativamente, por las siguientes razones:

1.º Supondría la existencia de una solidaridad activa entre todos los reservatarios para la reclamación de los bienes reservables a quien los detentare—sin perjuicio de la prioridad, o en su caso de la concurrencia proporcional, que en la relación interna entre los reservatarios pudiera existir—. Y la solidaridad no se puede presumir, pues tal presunción es excluida en el apartado 2.º del artículo 1.137 del Código civil.

2.º Prácticamente daría lugar a una serie de reclamaciones que resultarían inútiles, pues la ulterior reclamación de otro reservatario más preferente inutilizaría el resultado favorable de las verificadas previamente por los reservatarios menos preferentes. Y esto iría no sólo contra el principio de economía procesal sino, además, contra la misma seguridad jurídica.

3.º Presupondría que la prioridad entre los reservatarios no es excluyente, siendo así que —como en seguida recordaremos—la plena eficacia, extintiva de la reserva, de la renuncia hecha por los reservatarios preferentes, demuestra palmariamente la exclusividad que éstos tienen a su ejercicio y la consiguiente exclusión de los demás.

Para estudiar de *la cuestión b)*, debemos comenzar por reparar lo dicho al tratar del efecto liberatorio de la renuncia de los reservatarios.

Allí, ocupándonos de la renuncia a la reserva verificada en vida del reservista por los reservatarios preferentes (872), concluimos que: «La renuncia o remisión otorgada al reservista por los reservatarios preferentes debe entenderse como liberatoria de aquél a quien va dirigida, no como transmisiva de la posición preferente a otros parientes a quienes no se refiere el acto de la renuncia—a no ser que expresamente se atribuya este último sentido; que no hay base para presumir—».

Y, al ocuparnos de la renuncia a la reserva otorgada sólo por alguno de los reservatarios de igual rango—concretamente de la

(872) II, § 4.º, núm. 25, b), 3, al final en AN, DER. CIV. últ. cit., págg. 824.

verificada en la reserva viudal por alguno pero no a todos los hijos comunes (873)—, afirmamos que: «la renuncia a la reserva no es sino la *remisión de la sujeción del reservista, es decir, la renuncia a exigírsela o a reclamar a su muerte contra aquéllos actos del mismo [reservista] que la hubieran contravenido*. No se trata, pues, de renunciar a adquirir los bienes reservables, sino sólo de la renuncia a exigir que las disposiciones del reservista se atengan a los límites de la reserva...» «los hijos renunciantes no podrán, y sí, en cambio, los otros..., reclamar contra las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* hechas por el reservista en contravención de su obligación de reservar, es decir, a favor de las personas situadas fuera del ámbito de la reserva».

Ahora, el problema lo enfocamos hacia el supuesto de renuncia verificada *después del fallecimiento del reservista*. Pero, debemos mantener la distinción entre *renunciar a exigir la reversión lineal para cumplimiento de la reserva incumplida por el reservista y renunciar a los bienes reservables que por sucesión testada o intestada del reservista recaigan en el reservatario renunciante* (874). La renuncia a exigir el cumplimiento de la reserva puede concretarse: *α*) A que un heredero del reservista, que tenga la condición de reservatario, renuncie a imponer a sus coherederos, que no tengan dicha cualidad, su derecho a excluirles totalmente de los bienes reservables. *β*) A que un heredero abintestato de rango subsidiario renuncie a exigir los bienes reservables que le correspondan por la especial *successio graduum et ordinum* (que expusimos en II, § 6.º, 34, II). *γ*) A que un reservatario preferente para el ejercicio de la acción de reversión lineal, renuncie a

(873) II, §, 4.º, núm. 25, c)4 en AN. DER. CIV. últ. cit., págs. 831 y sigs. Notemos que la renuncia a los bienes que hecha durante la vida del reservista hubiese sido una renuncia a herencia futura; muerto éste puede ser renunciada, con independencia de que el renunciante a la reserva acepte la herencia. De modo que hecha antes resulta vedada por el artículo 991 del Código civil; la hecha después puede estar prohibida por el 990, salvo que se halle comprendida la autorización de los artículos 833 y 890. En cambio, la renuncia a ejercitar la acción de reversión, antes o después de fallecer el reservista no choca con prohibición alguna.

(874) La prelación excluyente del reservatario de mejor condición elimina el derecho de los demás. Pero así como—y eso luego lo discutiremos— el carácter personalísimo de la cualidad de reservatario impide la cesión a personas extrañas del derecho a exigir la reversión de los bienes reservables, en cambio, autoriza esa cesión si el cesionario cumple los requisitos de ser pariente dentro del tercer grado del descendiente y de pertenecer a la línea de procedencia de los bienes reservados, porque cualquier persona que reúna estas circunstancias tiene *in potentia* esa cualidad personalísima de reservatario y, por ende, es apto para alcanzar la *in actu*. Las razones que determinan la intransmisibilidad de la acción de reversión lineal a quien sea extraño a la reserva, no juegan cuando el cesionario reúne los requisitos del inciso final del artículo 811. Siendo así, no puede existir obstáculo para que el reservatario preferente pueda renunciar al ejercicio de su acción en beneficio de otro de rango secundario o de un correservatario de igual rango.

actuarla para recuperar los bienes reservables de que el reservista hubiera dispuesto en favor de personas que no estén incluidas en la línea y grado determinados en el artículo 811 del Código civil.

Creemos que, ante todo, y en cualquier caso, habrá que distinguir quién es el destinatario de la renuncia: Otorgada en beneficio de los derechohabientes del reservista, extinguirá la acción de reversión que competía al renunciante, y ya no la podrá ejercitar ningún corresponsatario suyo, ni los reservatarios subsidiarios. Verificada en beneficio de éstos, en cambio, la acción de reversión del renunciante no se extingue, sino que acrece a sus corresponsatarios o, en defecto de éstos, a los reservatarios de rango subsiguiente.

Pero, si al renunciar a ejercitar la reversión lineal no se expresa en beneficio de quién se otorga: ¿Qué efectos producirá esta renuncia? ¿En beneficio de quién redundará?

No nos ofrece duda que la reserva se establece genéricamente en el artículo 811 a favor de los parientes incluidos en su último inciso. Todos en potencia son reservatarios. Pero, tampoco hemos vacilado en opinar, que los reservatarios que al fallecer el reservista resulten preferentes excluyen a los demás. Sólo ellos son reservistas *in actu*. Por eso, el poder jurídico que compete a aquéllos para reclamar los bienes reservables—exclusivo ya, una vez llegado el instante de su ejercicio—pueden declinarlo tanto en beneficio del sujeto pasivo de su acción, como permitiendo que sea ejercitado por aquellos otros reservatarios que por la prioridad del renunciante quedaban excluidos. Ahora bien, en la duda, cuando la renuncia se haya hecho en términos abstractos, nos parece que el beneficiado con ella debe ser el sujeto pasivo de la acción, con mejor razón que los otros posibles reservatarios—pues quedaron excluidos total o parcialmente por la prioridad del reservatario preferente—, a no ser que el renunciante haya abdicado expresamente a favor de éstos el ejercicio de su acción para recuperar dichos bienes (875). En la duda—repetimos—creemos que el efecto liberatorio ha de preferirse al efecto traslativo.

Quienes dogmáticamente configuran la reserva como un legado legal condicionado—luego discutiremos esa calificación—, tal vez, en contra de lo dicho, aduzcan lo dispuesto en el artículo 888 del Código civil: «Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer». En la reserva, hay siempre—arguirán—sustitución legal del reservatario de rango preferente por los de rango subsiguiente y derecho de acrecer entre los de igual rango.

Pero—aun sin discutir la aplicación analógica basada en una

(875) II, § 4.º, núm. 25, b), §, al final, y en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 823 y sigs.

equiparación dogmática que no compartimos—creemos que hay un error de percepción en dicha apreciación.

Hay sí una atribución legal determinable *inter alteris* en el momento de fallecer el reservista. Pero no hay una verdadera sustitución, porque existe un rango excluyente entre los presuntos reservatarios. Esta prelación da la sensación de una sustitución de los más preferentes por los demás. Pero, no hay más que una indeterminación subjetiva que queda aclarada en el momento de consumarse la reserva. Por eso, no es consecuencia necesaria, ni siquiera dogmáticamente, que aquélla continúe después de nacido el derecho a ejercitar la reserva. Entonces la indeterminación ha concluído.

Pende, en vida del reservista, la posibilidad de que el ejercicio preferente de la reclamación lineal se concrete en mayor o menor número de personas. Esta posibilidad, vista aisladamente, puede dar la sensación de que existe derecho de acrecer. Pero la posibilidad inversa de que al faltar el reservista hayan varios reservatarios con el mismo rango preferente, no demuestra que también en este caso de concurrencia simultánea haya un problema de indeterminación subjetiva, correspondiente al verdadero derecho de acrecer, ya que no es necesario que dicha incertidumbre se prolongue después de fallecido el reservista hasta el momento de ejercitarse la reclamación del cumplimiento de la reserva.

Llegamos, anteriormente, a la conclusión de que: la renuncia al ejercicio de la reserva verificada en vida del reservista por los reservatarios de rango preferente, era siempre eficaz para liberar de la reserva al reservista y, por ende, a sus herederos, siempre y cuando los renunciantes, al morir éste, conservaren ese rango preferente, que entonces se transforma en excluyente. Siendo éste el efecto de la renuncia verificada antes de consumarse la reserva, con mayor razón, la renuncia que se realice después de llegado el momento de consolidar esa preferencia excluyente para ejercitar su acción de reversión lineal, debe tener efecto liberatorio de la reserva para los herederos del reservista.

¿Vale este argumento de *minus ad maius*, igualmente para el supuesto de renuncia por uno de los corresponsarios de idéntico rango? Antes (876), hemos aludido al acrecimiento o no decrecimiento que, en caso de renuncia en vida del reservista por alguno de los hijos comunes, se produce a favor de los demás, según Manresa, Scaevola, Morell, Valverde y Roca Sastre, así como de las dudas al respecto de De Buen. Entonces, observamos que la renuncia a la reserva en vida del reservista no significa la renuncia a heredar los bienes reservables, sino a exigir que las disposiciones del reservista se atengan a los límites de la reserva, concretada—en la reserva del 811—en la renuncia a exigir después de fallecer el reservista, la reversión lineal de los bienes de que

(876) Ver notas 510 a 515, loc. cit. en la nota anterior.

éste hubiera dispuesto en contravención de su obligación de reservar. Ahora, tratamos de la renuncia a esa misma acción de reversión verificada después de fallecido el reservista, es decir, una vez consumada la reserva. *En este instante el derecho a pedir la reversión ya ha dejado de corresponder globalmente a la entidad formada por los hipotéticos reservatarios y se ha concretado en determinados favorecidos y para cada uno en una determinada proporción.* Por lo tanto, *no vemos razón necesaria para que actúe en la reserva consumada el no decrecimiento*, entendido por Roca Sastre para la hipótesis de reserva pendiente, y, menos aún, *el acrecimiento propiamente dicho.*

La cuestión c) se enfrenta a un caso en que no ha habido renuncia expresa, pero tampoco ejercicio del derecho a exigir la reserva lineal. ¿Equivale a una renuncia esta falta de ejercicio? ¿*Quid* es el caso de fallecimiento de un reservatario ocurrido sin oportunidad para haber ejercitado antes la acción para recuperar los bienes reservables dispuestos indebidamente por el reservista?

A juicio nuestro, las respuestas a las dos preguntas que acabamos de formular pueden no ser idénticas. Pero, de una y otra, nos deberemos ocupar seguidamente al tratar del carácter personalísimo de la acción de reversión lineal.

37. *Carácter personalísimo del derecho de los reservatarios a reclamar la reversión de los bienes dispuestos por el reservista en contravención de su obligación de reservar.*

El carácter personalísimo del beneficio de la reserva ha sido reiteradamente afirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por primera vez, la Sentencia de 16 de diciembre de 1892 afirmó que se trataba de un *«derecho o beneficio personalísimo»*, como punto de apoyo para rechazar la extensión de la reserva a un primo del descendiente en representación de su madre, tía de dicho descendiente.

La Sentencia de 16 de enero de 1901, rechazó la aplicación al *ius transmissionis* a la reserva lineal, esgrimiendo como razón que ésta: *«constituye un beneficio otorgado por consideraciones familiares exclusivamente a favor de determinadas personas»* (Primer considerando); que sólo puede ejercitarse por quien reúna las condiciones exigidas en el artículo 811 (Segundo considerando), y es *derecho de carácter personalísimo.*

La Sentencia de 8 de noviembre de 1906 insistió, para rechazar la aplicabilidad de los derechos de representación o transmisión a favor del hijo de una tía reservataria, en que ese *«beneficio o derecho de carácter personalísimo* sólo pueden ejercitarlo aquéllos a cuyo favor lo ha establecido la ley de modo taxativo» y de que se trata de *«un beneficio concedido exclusivamente en favor de determinadas personas».*

La Sentencia de 27 de enero de 1909 reitera que se trata de un *derecho o beneficio personalísimo*, que «sólo puede ejercitarlo la persona en quien concurren las circunstancias que en él se determinan y no otra alguna aunque invoque el carácter de causahabiente de aquél que no lo ejercitó si, a su vez, no reúne las condiciones requeridas por la ley».

Sólo de pasada invocó ese carácter personalísimo la Sentencia de 4 de mayo de 1910.

En la Sentencia de 30 de diciembre de 1912 se consideró que «siendo *únicamente* las personas que reúnan dichas circunstancias, es decir, las que se hallen en tercer grado de parentesco, *las que pueden ejercitar y obtener el derecho de reserva, el cual no lo transmiten a sus herederos o causahabientes...*».

La Sentencia de 2 de enero de 1929, al fallar que el derecho a los bienes reservables no se extingue si el reservatario fallece habiéndolos reclamado, v.gr.—como había ocurrido en aquel caso—instando el acto de conciliación, indicó que «lo que se ha tratado de evitar es que las personas que no reúnan los requisitos exigidos por la ley, puedan pedir los bienes reservables, pero no el que una vez pedidos por quien a ellos tiene derecho, sus herederos o continuadores no puedan hacerlos efectivos, siendo éste el sentido que debe entenderse la *cualidad de personalísimo*, atribuída al derecho a tales bienes por la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

De pasada afirmó la Sentencia de 12 de diciembre de 1945 que «constituye tan sólo un beneficio otorgado por consideraciones familiares *exclusivamente a favor de determinadas personas*».

Pocos meses antes, la Sentencia de 14 de junio de 1945, había desvirtuado en buena parte esa reiterada calificación, pues al aludir a su expresión por las Sentencias de 16 de enero de 1901, 9 de noviembre de 1906, 30 de diciembre de 1912 y 11 de marzo de 1927, afirmó que el carácter de derecho o beneficio personalísimo de la reserva por el que sólo pueden reclamar los bienes personas a cuyo favor se estableció, «no impide, en cambio, una vez adquirido por persona que se encuentre en él (y la adquisición se produce *ope legis* por muerte del reservista), pueda adquirirlos su inmediato sucesor, no por la virtud del derecho de reserva, sino por estar ya en el patrimonio de su causante; solución que realmente se concibe sin agravio del carácter personalísimo del derecho, textos que, de otro modo interpretados estarían en abierta e inexplicable oposición».

La Memoria del Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 1901, José de Aldecoa (877), que entonces presidía, se apoyó en la naturaleza especialísima de la reserva; su alcance y trascendencia, la intención y objeto que el legislador se propu-

(877) Ver los textos de esta Memoria de ALDECOA que transcribe SÁNCHEZ ROMÁN, en nota de las págs. 1017 y sigs., *Op. cit.*, VI-II.

so al establecerlo, las condiciones restrictivas que le rodean por las consecuencias contradictorias con dicha intención que produciría su aplicación extensiva, para deducir que «no es ni más ni menos que un beneficio otorgado a determinados parientes de carácter personalísimo, ya que es menester que en estos parientes concurren determinadas circunstancias, y, puesto que tiene este carácter, no cabe suponer que si no se ha instado su realización por quien pudo hacerlo legalmente, pueda luego un tercero, sin condiciones legales venir a reclamarla a título de representación o sucesión, no tratándose, como no se trata, de uno de tantos derechos comunes u ordinarios, sino de un derecho que, por las condiciones especialísimas de su regulación, hay que entender que el legislador no quiso que en ningún caso pudiese ser ejercitado sino por la persona en quien concurrieran las circunstancias requeridas por la ley, y que, consiguientemente, cuando a ésta no le plugo ejercitarle, no le convino aprovecharse del beneficio, o por consideraciones de familia o por cualquier otra causa, debe entenderse caducado, o pasar a otro pariente que reúna aquéllas».

Como se puede ver, la Memoria de 1901 concuerda con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo emanada de sus sentencias comprendidas entre las de 16 de diciembre de 1892 y 2 de enero de 1929, y, en cambio, no está de acuerdo con la interpretación formulada en el segundo considerando de la Sentencia de 14 de junio de 1945.

Son llamados *personalísimos* los derechos intransmisibles en cuanto inseparables de su titular (878). Esa inseparabilidad puede referirse únicamente a la *alienabilidad* o a la *heredabilidad* o bien comprender ambos efectos. Rechazamos antes (879) la afirmación de Roca Sastre (880), de que el derecho a la reserva no es un derecho «subjetivo o personalísimo» sino un derecho «subjetivamente real». Ahora, nos interesa observar que la no heredabilidad de los derechos personalísimos presenta algunos matices de excepción. Es conveniente repasarlos en el texto del Código civil:

El artículo 112 admite tres supuestos excepcionales en que los herederos del marido pueden impugnar la legitimidad de un hijo atribuido a aquél. A saber: si el marido hubiere fallecido antes de transcurrir el plazo señalado a su ejercicio; si muriese después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella, y si el hijo nació después de la muerte del marido.

El artículo 118, acepta que la acción competente al hijo durante toda su vida para reclamar su legitimidad, sólo se transmitirá a sus herederos si falleciere en la menor edad o en estado de demencia.

(878) Véase CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, 8.ª ed., I-II, § XIII, IV, 2, pág. 24.

(879) II, § 4.º, 26, posición negativa, arg. 4.º, en AN. DER. CIV., XII, III, págs. 844 y sigs.

(880) ROCA SASTRE, *Estudios...*, vol. cit., pág. 323.

El artículo 653, al disponer que la acción de revocación por ingratitud del donatario no se transmitirá a los herederos del donante, «si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado», *sensu contrario*, indica que se transmite si el donante falleciere sin haber podido ejercitarla.

Estas constataciones nos obligan a afinar particularmente el examen de la calificación que debe asignarse al derecho de los reservatarios a reclamar los bienes dispuestos por el reservista en contravención del artículo 811.

Pero tal calificación no responde sino al reflejo sintético de la proyección concreta de los fines de la reserva lineal a los problemas de aplicar a la misma los derechos de representación y transmisión y determinar la transmisibilidad *inter vivos*, después de muerto el reservista, de la acción que para exigir la reversión lineal correspondiere al reservatario preferente. Examinaremos los tres sucesivamente.

38. *Actuación y límites del derecho de representación respecto los bienes reservables.*

Llegamos a una de las cuestiones que más literatura jurídica en torno al 811 ha suscitado. También el Tribunal Supremo ha tenido que preocuparse de ella. A veces la ha aludido en sus *considerandos* a pesar de no tratar propiamente de supuestos de verdadera representación. En otras ocasiones sus fallos han resuelto auténticos problemas de esa especie.

Han tratado de la existencia o no del derecho de representación entre reservatarios las Sentencias de 16 de diciembre de 1892, 8 de noviembre de 1906, 11 de marzo de 1927 y 14 de junio de 1945.

La de 16 de diciembre de 1892 contempló un supuesto en que se reclamaba para un primo hermano que—con arreglo al art. 811 del C. c.—la madre del descendiente le reservara los bienes que ella había heredado abintestato de éste procedentes del padre del mismo (tío del actor). Invocado en el recurso el derecho de representación, que colocaría al primo hermano en el lugar de su madre—tía del descendiente—, rechazó esta alegación el considerando segundo, «porque constituyendo la reserva de bienes un derecho o beneficio personalísimo, sólo pueden ejercitarlo o reclamarlo aquellas personas a cuyo favor lo ha establecido la ley taxativamente, por lo que no cabe en esto materia de interpretación restrictiva la representación establecida en los artículos 924 y 925 del Código civil».

La Sentencia de 8 de noviembre de 1906 se halló también ante una reclamación de los pretendidos bienes reservables por un primo hermano del descendiente. Alegada en casación la infracción del artículo 925 del Código civil, fué rechazada, arguyendo el segundo considerando razones casi iguales a las expresadas en la Sentencia de 1892, y, además, «que, según dicho artículo, la

representación sólo alcanza en la línea colateral a los hijos de hermanos, circunstancia que no concurre con D. G. de A., por ser hijo de un tío de doña P [la descendiente] y tratarse de la sucesión de ésta).

La Sentencia de 11 de marzo de 1927 se enfrentó con un supuesto algo más complejo. Unos abuelos, pretendidos reservistas, vendieron sus derechos a la herencia de su nieto a varias personas, entre ellas un tercio por mitad al actor del pleito y al padre de los demandados. Por parte de éstos se alegó que el demandante no tenía derecho alguno a los bienes que reclamaba porque eran reservables y los habían comprado a un reservista que como tal no podía enajenarlos. Pero, el Tribunal Supremo entendió que no cabía invocar la reserva lineal, pues no quedaba pariente alguno del descendiente que reuniera los requisitos de línea y grado determinados en el art. 811, pues sólo vivían hijos de dos tías, que tendrían que apoyar su derecho a la reserva, parte en el hecho de representación y parte en el de transmisión de las respectivas madres, si esos derechos se diesen en la reserva. Y recordó que, «según constante doctrina de este Tribunal, el derecho de representación no tiene lugar en esta reserva del artículo 811».

En el caso visto por la Sentencia de 14 de junio de 1945, reclamaba también una prima hermana del descendiente, pero no se trataba propiamente de un supuesto de derecho de representación sino de derecho de transmisión, que en la parte final del segundo considerando es admitido («no impide... que, una vez adquirido por persona que se encuentre en él... pueda adquirirlos su inmediato sucesor, no por la virtud del derecho de reserva, sino por estar ya en el patrimonio del causante»). A pesar de ello y de que no se dió lugar a la reserva, por estimar el Tribunal Supremo, que había habido una previa renuncia en transacción, no obstante su Ponente, don Manuel de la Plaza, aprovechó el segundo considerando para aportar en favor de la aplicación del derecho de representación los argumentos siguientes:

1.º «La consideración de que el derecho de representación a que aluden los artículos 921 y siguientes del Código civil forma parte del derecho común de sucesiones y es, por tanto, aplicable a la intestada.»

2.º «La de que, sobre esta base, las disposiciones del artículo 973, a cuyo tenor, en los bienes sujetos a reserva, el descendiente ha de heredar «conforme las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente», son aplicables a la reserva lineal contemplada por el artículo 811, tal como han declarado, refiriéndose a los 974, 975, 977 y 978, las Sentencias de 8 de noviembre de 1894, 30 de diciembre de 1897 y 6 de julio de 1916.»

3.º «La de que, lejos de contradecirse y oponerse el régimen de representación y el de la reserva, nada obsta ni lógica ni jurídicamente, a que se concuerden y armonicen para el logro de la finalidad que el instituto de la reserva persigue, siempre que no

se quebrante el principio rector de la limitación, ni se pretenda extenderla abusivamente más allá de lo que consiente el número de grados y llamamientos establecidos por el legislador.»

É indica el siguiente argumento—referido especialmente al derecho de transmisión—que «el artículo veda, explicablemente, que el derecho a la reserva pueda extenderse a personas que no estén dentro del grado que el propio artículo determina por obra de la representación».

Finalmente, la Sentencia de 8 de junio de 1954, de un modo incidental en su cuarto considerando, dejó «a salvo, en su caso, el derecho de representación en línea colateral dentro del tercer grado».

En resumen, tenemos tres Sentencias que rechazan la aplicación del derecho de representación en beneficio de los primos del descendiente, y no admiten que, en virtud del mismo, éstos pudieran colocarse en el grado de sus representados, tíos del descendiente. Otra Sentencia, que no resuelve ningún supuesto de representación, pero que, en uno de sus considerandos, razona su admisibilidad en la reserva lineal siempre que con su aplicación no se favorezca a parientes del descendiente más alejados del tercer grado. Y otra que, incidentalmente, declaró la aplicación de esas doctrinas, que beneficiaría en su supuesto a los sobrinos, hijos de hermanos del descendiente. Pero esa última hipótesis no se ha planteado realmente en casación. Pudo haberlo sido en la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, en la que discutían un hermano de vínculo sencillo y otro de doble vínculo del descendiente y existían, además, unos sobrinos, hijos de otro hermano premuerto, todos de la línea de procedencia de los bienes. Sin embargo, su tercer considerando, al final del mismo, hizo la siguiente salvedad: «sin que haya venido al recurso el supuesto solamente aludido en el mismo, de la existencia de los sobrinos, hijos de otro hermano fallecido, lo que impide su examen en esta sentencia».

Aldecoa, en su antes citada Memoria de 1901, refiriéndose a la Sentencia de 10 de diciembre de 1892, dijo que «este Tribunal hubo de declarar que la representación no daba capacidad al representante para el objeto de colocarse en el grado del representado, estimando para hacer esta declaración, el carácter especialísimo de este derecho de reserva de aplicación restrictiva y la diferencia que existía entre el mismo y los demás a que se refiere el artículo 924 del Código».

La doctrina aparece dividida:

a) Negaron la aplicabilidad del derecho de representación a la reserva lineal—además de Aldecoa—Manresa (88r), Scaevola

(88r) MANRESA, *Comentarios...*, vol. VI, art. 811, I, D, Tercera cuestión, págs. 277 a 379.

(882), Morell (883), Ramos (884), Sánchez Román (885), Valverde Valverde (886), Clemente de Diego (887).

La argumentación en que se apoya esa doctrina negativa, destaca el carácter singularísimo de la reserva, que se trata de una materia de interpretación restrictiva, en beneficio exclusivo de determinados parientes con carácter personalísimo. Por todo lo cual, concluye que para la aplicación del derecho de representación a ese supuesto excepcional sería preciso que la ley lo hubiera establecido expresamente.

Manresa arguye, además, que mientras en la reserva viudal el derecho de representación resulta plenamente aplicable, «en el artículo 811 ese fundamento no es suficiente, porque sólo limitadísimamente es susceptible de aplicación», y, ese «desigual resultado prueba que el derecho de representación nada resuelve en el sentido que se busca, dentro de la reserva del artículo 811». Y Morell rechaza su aplicación, también, porque produciría el efecto de traspasar el límite marcado por la ley. Razón que parece indicar que, este comentarista, por considerar que el derecho de representación no es totalmente aplicable a la reserva lineal, deduce que tampoco debe aplicarse parcialmente (888).

b) Lozano Sicilia (889), que como es sabido limita el beneficio de la reserva en favor de los descendientes comunes del ascendiente reservista y del otro ascendiente de quien procedan los bienes, admite ilimitadamente el derecho de representación en la línea descendente común de ambos, aun tratándose de bienes sujetos a la reserva del artículo 811. Es decir, lo aplica en beneficio de los sobrinos del descendiente y de los demás descendientes de sus hermanos de doble vínculo, alcanzando no sólo los nietos, sino también a biznietos, tataranietos, etc. del reservista, quienes en representación del hijo del reservista ocupan—con este criterio—

(882) SCAEVOLA, *Op. cit.*, vol. XIV, art. 811, F, e), págs. 349 a 351.

(883) MORRELL Y TERRY, *Reserva creada por el artículo 811 del Código civil*, en «Estudios...», pág. 304, y en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, vol. IV, arts. 191 a 199, B, pág. 400.

(884) RAFAEL RAMOS, *Op. vol. y cap. cit.*, núm. 13, págs. 56 y sigs.

(885) SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. cit.*, VI-II, núm. 142, págs. 1016 y sigs.

(886) VALVERDE VALVERDE, *Op. y vol. cit.*, cap. X, art. 811, pág. 230.

(887) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., Lec. 88, págs. 196 y sigs.; *El derecho de representación y la reserva llamada troncal del artículo 811*, en «Rev. Der. Priv.», XIV (febrero 1927), págs. 61 y sigs., y *Dictámenes...* vol. cit., dicts. 43 y 44, págs. 505 y sigs. Notemos que DE DIEGO, en el último de los citados dictámenes—según él mismo escribió—, «no deja de considerar la fuerza de los argumentos que en contra han sido sostenidos por otros autores», razón por la cual se propuso una fórmula transaccional.

(888) Esas son las interpretaciones que deducimos del contexto de los razonamientos de MANRESA y MORELL (locs. últ. cit.), contrarias a las deducciones que algunos autores quieren inducir de algunas frases que examinan aislandolas de las demás y del hilo lógico de la argumentación de ambos autores. Recomendamos su lectura íntegra y detenida.

(889) LOZANO SICILIA, *Op. cit.*, págs. 184 y sigs.

el segundo grado de parentesco del descendiente del 811. A su juicio, es de aplicación del artículo 933 del Código civil, según el cual «los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales». La analogía con la reserva viudal—mayor aún bajo su criterio—lleva a igual resultado.

Antonio Maura (890), aunque no limitó la reserva a los descendientes comunes, pues la aplicó de acuerdo con la doctrina común, en cambio, entendió que los reservatarios que fuesen descendientes comunes de ambos ascendientes heredaban del reservista los bienes reservables, y estimó, por lo tanto, aplicable el derecho de representación en la línea descendente del ascendiente reservista dentro de los límites marcados en el artículo 811. Aplicó el artículo 834 del Código civil y, en consecuencia, dictaminó que los nietos del reservista, hijos de hermano del descendiente, excluyen a los tíos carnales de éste.

c) La aplicación del derecho de representación a la reserva lineal dentro de los límites del tercer grado, ya fué defendida en 1897 por A. Charrín (891), en 1905 por Díaz Cobeña (892), en 1908 por Acosta Inglott (893), en 1919 por Novoa Seoane (894). Por lo cual, entendieron que los sobrinos del descendiente son preferidos a los tíos de éste, y que siendo hijos de hermano premuerto, en su representación, concurren con los demás hermanos del mismo. Luego, este criterio fué defendido por De Buen (895). La Cueva y Donoso (896) fué su más ardiente defensor, generalizándose después esta tesis, que han apoyado Escobar de la Riva (897), Castán Tobeñas (898), Motta Monreal (899), y aceptado Gómez Morán (900), Royo Martínez (901), Roca Sastre (902), Entrena Klett (903), Docavo (904).

(890) ANTONIO MAURA, *Dictámenes...*, vol. cit., dicts. 6 y 7, págs. 98 y sigs. y 105 y sigs.

(891) A. CHARRÍN, ¿Son admisibles la mejora y el derecho de representación en la sucesión de los bienes reservables con arreglo al artículo lo 811 del Código civil?, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 91, págs. 430 y sigs.

(892) DÍAZ COBEÑA, *Op. cit.*, Dict. XV, C (Madrid, febrero 1905), pág. 236.

(893) ACOSTA INGLOTT, *Loc. cit.*, págs. 69 y sigs.

(894) NOVOA SEOANE, *Loc. cit.*, pág. 373.

(895) DE BUEN, *Notas al Colón y Capitán*, vol. cit., págs. 396 y sigs.

(896) DE LA CUEVA Y DONOSO, *La verdad sobre el 811*, págs. 71 y sigs. y 273 y sigs.

(897) ESCOBAR DE LA RIVA, *Loc. cit.*, págs. 9 y sigs.

(898) CASTÁN TOBEÑAS, *El derecho de representación en la sucesión lineal...*, en «Rev. Der. Priv.», XXIV, págs. 205 y sigs.

(899) CARMELO DE MOTTA MONREAL, *Loc. cit.*, págs. 102 y sigs.

(900) GÓMEZ MORÁN, *Loc. cit.*, pág. 79.

(901) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 213.

(902) ROCA SASTRE, *Notas al Kibb*, vol. cit., § 4.º, 2, pág. 43.

(903) ENTRENA KLETT, *Loc. cit.*, págs. 213 y sigs.

Los argumentos esgrimidos a favor de la aplicación del derecho de representación en los términos expresados en la reserva del artículo 811, fundamentalmente son:

1.º Que el derecho de representación forma parte del derecho común de sucesiones con el que debe integrarse la norma del artículo 811.

2.º Que si se aplica el principio de proximidad de grado en virtud del artículo 921 del Código civil, debe serlo con la salvedad, que el mismo expresa, del derecho de representación, y si se aplican las reglas de la sucesión intestada del descendiente, entre los parientes de la línea y grado determinados en el artículo 811, no podrá prescindirse de los artículos 924 y 925 del Código civil.

3.º Que el artículo 973 al hacer, para la reserva clásica, una llamada a «las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente», naturalmente engloba el derecho de representación como una de las piezas básicas de dicha sucesión, y que esta solución debe trasladarse por analogía a la nueva reserva creada en el artículo 811.

4.º Que el derecho de representación no se contrapone a la finalidad perseguida con la reserva del artículo 811, pues: No contradice su carácter personalísimo, ya que la representación no supone transmisión alguna (cosa que han olvidado algunos fallos que confunden el derecho de representación y el de transmisión). Ni atenta al sentido restrictivo ceñido a su *ratio* singular con que debe interpretarse, mientras el derecho a la reserva no se extienda a personas no incluidas en el ámbito del tercer grado de parentesco con el descendiente. Motta (906) ha subrayado que esa extensión no puede darse tratándose de la sucesión de un descendiente sin descendencia, ya que, al no darse la representación en la línea ascendente y por no favorecer en la colateral más que a los hijos de hermanos, sólo a favor de éstos podría actuar la representación a la reserva lineal y éstos se hallan en tercer grado de parentesco.

Esa concreción de los posibles beneficiarios de la aplicación del derecho de representación en la reserva lineal, no la han visto clara todos los autores. Así, Fernández Serrano (906), para defender la prioridad de los hermanos del descendiente, frente a sus abuelos, ha dicho que aquéllos se colocan por derecho de representación en el lugar del padre o madre del descendiente pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, y que así se hallan en primer grado de parentesco, preferente al segundo en que se encuentran los abuelos. Mucho antes Díaz Cobeña (907) tuvo que contestar negativamente a la pregunta de si los tíos del descen-

(904) MANUEL DOCAVÓ NUÑEZ, *Las reservas*, en «Rev. Grad. de Der.», XV (junio 1959), pág. 518.

(905) MOTTA, *Loc. cit.*, págs. 104 y sigs.

(906) FERNÁNDEZ SERRANO, *Loc. cit.*, pág. 287.

(907) DÍAZ COBEÑA, *Op. y dict. últ. cit.*, págs. 235 y sigs.

diente podían representar a los abuelos de éste, colocándose así en segundo grado de parentesco lineal.

Este último autor, también limitó la posibilidad de la representación en el artículo 811, aplicándola solamente a favor de los sobrinos hijos de hermanos premuertos del descendiente, tanto si concurrieran con otros hermanos, como si con ellos no entrase a suceder hermano alguno del descendiente. A su juicio: «El derecho de representación en favor de los sobrinos, hijos de hermanos del causante de la sucesión, no está limitado por la ley al caso de que concurren a ella con sus tíos carnales, o sea, con otros hermanos del mismo causante, sino que se les otorga en general y sin consideración a tal circunstancia, como lo demuestra el texto del párrafo segundo del artículo 925 del Código civil...», pues, «según resulta de la lectura del párrafo 2.º del artículo 925 del Código..., ese derecho se otorga a los hijos de hermano siempre y sin relación con el parentesco de los demás colaterales que concurren a la herencia». Además, no halla razón ninguna en contra, «filosófica ni moral, porque no puede haberla ciertamente para hacer de peor condición a los sobrinos cuando concurren con tíos del causante, parientes de tercer grado, que cuando concurren con hermanos que están en el segundo».

En cambio, contesta negativamente a la pregunta de si cabe esta representación en los tíos carnales que, colocándose en el lugar de sus padres, resultan situados en el puesto de los abuelos del causantes, y por lo tanto, como éstos, en segundo grado. Tres argumentos aduce Díaz Cobeña en defensa de su negativa: 1.º, «porque según el citado párrafo segundo del artículo 925, en la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos de hermanos, y lo que en ella [en la consulta] se indica es hacerla extensiva a los hermanos de los padres, con infracción manifiesta del recordado precepto»; 2.º, «porque el párrafo primero de dicho artículo prohíbe terminantemente la representación en la línea ascendente, y esto sería, sin embargo, lo que se hiciere colocando a los tíos del causante en lugar de los abuelos», y 3.º, «porque el derecho de representación... permite al que lo disfruta ocupar un grado más próximo de parentesco con relación al causante de la herencia, pero no cambiar la naturaleza del mismo llevando al agraciado de la línea colateral, a la que pertenece en su calidad de tío, a la línea recta ascendente de que forma parte el abuelo».

Aún añade, Díaz Cobeña, que: «Si esto fuese posible, llevaría como consecuencia indeclinable la exclusión forzosa de todos los colaterales, incluso los hermanos, con arreglo al artículo 935 del Código civil). Pero, esa consecuencia final es inexacta, pues, por la misma vía, los hermanos representarían al padre o a la madre y ocuparían en defecto suyo su lugar, tal como acabamos de ver que ha insinuado Fernández Serrano. Así llegaríamos, por una curiosa vía, a aplicar el régimen de sucesión lineal por parentelas

aisladas con *representación sucesoria*, que Ficker llama *Vorfolgerecht* y con la cual aquélla es perfectamente compatible (908).

d) *Nuestra opinión* difiere necesariamente en la raíz de su planteamiento con la doctrina antes expuesta, tanto negativa como afirmativa de la representación sucesoria en la reserva lineal.

Hemos dicho que la reserva no supone una nueva forma de sucesión sino una limitación de las facultades dispositivas del reservista, *inter vivos* y *mortis causa* (909) para que los bienes no salgan por mediación del mismo de su línea familiar de procedencia, y que sólo en caso de incumplimiento puede dar lugar a la actuación del poder jurídico del reservista dirigido a exigir la reversión lineal de los bienes transmitidos a personas ajenas al círculo de reservatarios (910).

Ello nos obliga a distinguir los diversos supuestos de cumplimiento voluntario y subsidiario e incumplimiento de la reserva lineal. Insistimos en que no tratamos porque sí de hallar soluciones casísticas, sino de adaptar los principios fundamentales, básicos y simples a la mudable realidad de los hechos. Por ese camino llegamos a las siguientes soluciones:

1.º) Si el reservista ha cumplido voluntariamente su deber de reservar no cabe hablar con propiedad de derecho de representación (911). Habrá previsto probablemente el testador la sustitución vulgar de los reservatarios llamados por los respectivos descendientes que ostenten igual condición de posibles reservatarios. Pero, de faltar tal previsión, premuerto el llamado no podrá jugar la representación sucesoria (912).

Otro problema, paralelo al de la representación, puede presentárenos en los supuestos de cumplimiento voluntario de la reserva, en virtud de disposición testamentaria del reservista. Consiste en resolver si, en caso de ordenar éste la sustitución de sus hijos o nietos, comunes al otro ascendiente, por los descendientes legítimos de los mismos, podrá ser eficaz esa sustitución a pesar de hallarse esos descendientes del reservista (bisnietos o tataranietos) más alejados del tercer grado del descendiente contemplado en el 811. Para nosotros, la respuesta a esta cuestión ha de ser idéntica a la que en seguida vamos a dar para la representa-

(908) Ver BRAGA DA CRUZ, *Op. cit.*, vol. I, nota 164, págs. 104 y sigs., y las citas de JULIUS FICKER que en ella reiteradamente hace.

(909) Ver II, § 2.º, núm. 14, en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 749 y sigs.

(910) II, § 2.º, núm. 16, en AN. DER. CIV. últ. cit., págs. 755 y sigs.

(911) Sucesión testada y representación son términos técnicamente incompatibles por ser, la segunda, pieza de la sucesión intestada, que en la testamentaria tiene como contrapunto la sustitución vulgar. ROCA SASTRE, *Estudios...* vol. cit., págs. 259 y sigs., y MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «Rev. Der. Notarial», VII (enero-marzo 1955), págs. 14 y sigs.

(912) Sentencia de 6 de diciembre de 1952 y Resolución de 14 de agosto de 1950.

ción en la línea recta común de ambos ascendientes, pues lo que resulta de la ley para los supuestos de falta de voluntad del causante no puede estimarse vedado a la expresa y formal voluntad de éste.

2.º) Si el reservista fallece abintestato (913), creemos que deberán aplicarse los artículos 925 y 933 con respecto a aquellos de sus herederos abintestato que además tengan la condición de reservatarios. Lo mismo creemos aplicable cuando el testamento del reservista resulte en todo o en parte ineficaz por preterición o desheredación (arts. 814, § 1.º, y 815, en relación con el 912, 1.º y 2.º, y con los 924 y sigs.) con respecto a alguno de sus descendientes que además de legitimario tenga la condición de reservatario.

Así, todos los descendientes del reservista que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes entrarán en representación de los hijos del mismo a ocupar el lugar de éstos, colocándose de ese modo en el segundo grado de parentesco del descendiente (914).

Abona esta aplicación de los artículos 925 [«El derecho de representación tendrá *siempre* lugar en línea descendente...»] y 933 [«Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales»] su analogía por identidad de *ratio*, con el artículo 973, § 1.º, que para la reserva viudal dispone que *«los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio [en el 811 serán los «comunes a ambos descendientes»] sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente»*, y entre éstos sin duda se halla el artículo 933.

Pero lo que nos parece más decisivo, por su carácter finalista y no meramente exegético, es el siguiente razonamiento: La finalidad del 811 es evitar la desviación de los bienes de su línea de procedencia. El bisnieto, común al reservista y al otro ascendiente del que procedían los bienes, no hay duda que pertenecé a dicha línea y dentro de ella a la familia constituida por la persona de

(913) Ver antes, II, § 6.º, núms. 33, 34 y 35.

(914) Supongamos que el reservista a su fallecimiento deja un bisnieto común al otro ascendiente del que procedían los bienes y un hijo de un matrimonio anterior o bien un hijo natural habido antes de su primer matrimonio. En el segundo caso, el bisnieto será único heredero abintestato del ascendiente reservista. Y en el primero también será heredero, en representación del hijo premuerto del cual es nieto, compartiendo por mitad su título de heredero legal con el hijo del anterior matrimonio del reservista; pero sólo el bisnieto tendrá derecho a los bienes reservables, que fueron de su bisabuela y debió reservar su bisabuelo. Pero sólo será así si aceptamos el derecho del nieto a representar a su abuelo premuerto—pariente de segundo grado del descendiente que heredó a la bisabuela y fué heredado por el bisabuelo reservista—. En otro caso, los bienes podrían escaparse de la descendencia común para ir a parar—sin que así resulte de la *ratio* del 811—verbigracia, a un tío del descendiente y seguir por la rama de éste desviando así el curso normal de dos mismos, fuera de la finalidad perseguida por la reserva lineal.

quien el descendiente del 811 recibió los bienes. Por lo tanto, cualquier desviación de los bienes consistente en apartar de ellos al biznieto común sería utilizar el artículo 811 contra su *ratio*, produciendo una excepción de las reglas sucesorias comunes, no sólo fuera de la finalidad perseguida, sino incluso en contra de la misma, pues apartaría los bienes de la descendencia directa del ascendiente de quien los hubo el descendiente del artículo 811 para beneficiar a unos colaterales de dicha familia. No puede decirse que esa aplicación del derecho de representación más allá del tercer grado de parentesco del descendiente contradiga el sentido restrictivo con que debe interpretarse el artículo 811, pues precisamente con ella son resguardadas las normas comunes de sufrir la desviación que supondría preferir unos colaterales, hermanos del otro ascendiente (tíos del descendiente), a los descendientes legítimos comunes de dicho ascendiente y del reservista (915).

3.º) En el supuesto de que la reserva no quede cumplida por voluntad del reservista, ni por las reglas de sucesión intestada, ni siquiera mediante las específicas *accretio* y *successio graduum et ordinum*, y sólo pueda ser reclamada exigiendo la reversión de los bienes reservables, es decir, accionando su reivindicación lineal, entonces no puede hablarse técnicamente de derecho de representación. Pero, si la preferencia para el ejercicio de dicha reivindicación lineal viene determinada—según acabamos de ver—por el sistema de parentelas aisladas con representación sucesoria tan sólo limitada por el tope del tercer grado de parentesco con el descendiente, resultará que tendremos como criterio natural de preferencia, no ya el *iure representationis* romano, sino el *derecho de entrada troncal* o *Eintrittsrecht*, según la denomina Ficker (916). Antes (917) hemos llegado a la conclusión de que el régimen de parentelas aisladas, limitadas por el tercer grado de parentesco con el descendiente es el más adecuado para determinar la preferencia en el ejercicio de la reivindicación o reversión lineal. Ahora debemos precisar si dentro de cada parentela las parientes de grado más próximo excluyen siempre a los más remotos o si esta regla tiene como excepción la representación del premuerto de igual

(915) No se dan, en cambio, esas circunstancias a favor de los hijos de aquel medio hermano—uterino o consanguíneo—del reservista que, a su vez, sea medio hermano—inversamente consanguíneo o uterino—del otro ascendiente (ver II, § 6.º, 34, II, a), pues atribuyendo la condición de reservatarios a aquéllos—que serán primos hermanos del descendiente—en representación de su padre—que es tío del descendiente—se aplicaría sin duda extensivamente el 811, y se contradeciría su carácter de norma de aplicación restrictiva, al extenderla a un pariente más alejado del tercer grado del descendiente, a quien por derecho común tampoco correspondería la sucesión de dichos bienes.

(916) Ver la cita de FICKER en la referida nota 164 del vol. I de la obra de BRAGA DA CRUZ.

(917) II, § 7.º, núm. 36, 1, c).

grado por su estirpe (o más exactamente, en la terminología troncal, *la entrada de la estirpe del premuerto en lugar de éste*).

La cuestión se contrae a los supuestos de concurrencia de hermanos con sobrinos que sean hijos de hermanos premuertos del descendiente. La razón de este límite radica en que la parentela del padre o madre del descendiente agota el tercer grado de parentesco con éste en sus sobrinos, y en que la parentela del abuelo o la abuela ya alcanza con los tíos ese tercer grado.

¿Cabe que a ese poder jurídico, que permite ejercitar la reversión lineal, le sean aplicadas las normas del § 2.º del artículo 925 y 948 del Código civil? Ciertamente es que no se trata de una verdadera sucesión del descendiente ni de auténtica representación sucesoria. Y, por ende, no hay verdadera analogía conceptual—a juicio nuestro—entre ambos supuestos. Pero sí la hay en el aspecto posicional familiar y, por lo tanto, en los fundamentos racionales y de justicia que colocan los sobrinos huérfanos en igual posición que los hermanos sobrevivientes. Y esto nos parece decisivo para inclinarnos por su aplicación.

39. ¿Cabe «*ius transmissionis*» de derecho de los reservatarios?

El Tribunal Supremo se ha ocupado de supuestos de posible transmisión del derecho de los reservatarios a reclamar los bienes reservables en las Sentencias de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909, 30 de diciembre de 1912, 11 de marzo de 1927, 2 de enero de 1929 y 14 de junio de 1925.

En el supuesto que dió lugar a la de 1909: La madre había heredado abintestato de su hija bienes que ésta heredó del padre. Fallecida la madre en junio de 1892 fué heredada por su segundo esposo sin que reclamara los bienes reservables la hermana de su primer marido—tía de la descendiente—, cuñada que falleció cuatro años más tarde en diciembre de 1896. Un hijo de ésta entabló demanda reclamando los bienes reservables, que fué estimada por el Juzgado del distrito del Hospicio, pero su sentencia fué revocada por la Sala primera de la Audiencia de Madrid.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso del demandante: «Considerando que la obligación de la reserva, establecida en el artículo 811 del Código corresponde a un derecho que sólo puede ejercitar y reclamar la persona en quien concurren las circunstancias que el mismo artículo requiere, y no otra alguna si a su vez no reúne las condiciones de la ley; porque supuestos los términos de dicho artículo, así como la índole de esta clase de reserva, limitativos de los derechos legitimarios del ascendiente, que no arranca de principio alguno de verdadera troncalidad, y atendido a que constituye un beneficio otorgado por consideraciones familiares exclusivamente a favor de determinadas personas, con fundamento menos poderoso que el de la reserva de nuestra antigua legislación..., se impone su restrictiva interpretación y no parece lógico

ni conforme con la naturaleza de la expresada institución jurídica que cualquiera, que podría ser un extraño, a título de heredero o representante del que no tuvo por conveniente reclamar dicho beneficio, lo pretendiese para sí, con exclusión acaso de parientes en los que concurriesen las circunstancias legales, como si los bienes formasen ya parte del haber del causante, sin que procediera un acto libérrimo de voluntad de éste y el ejercicio consiguiente del derecho para darle vida y realidad con relación a los bienes reservables.»

A lo cual, declarado como premisa mayor, añade en su tercer considerando, como premisa menor y como conclusión, «que por no haber doña M. A. de la V. [tía del descendiente] ejercitado su derecho mientras vivió, ni cuando doña J. T. [la reservista] heredó a su hija Elvira, ni cuando murió dejando heredero al general B. R. [segundo esposo de la reservista], dando lugar a que ésta dispusiese de parte de los bienes reservables, dejó sin vida y realidad para ella un derecho de carácter personalísimo que sólo podría ejercitar al presente otro pariente que se hallase en las condiciones de la ley, pero no quien sólo ostenta un derecho sucesorio de carácter universal».

En la Sentencia de 27 de enero de 1909 se desestimó el recurso de casación interpuesto por una tía y heredera del presunto reservatario, tío a su vez del descendiente, la cual pretendía reclamar al comprador unos bienes que fueron reservables. La reclamante y sus hermanos eran herederos abintestato del reservatario que había fallecido casi tres años más tarde que la reservista sin haber intentado reclamar los bienes reservables:

«Considerando que según el principio establecido en el artículo 811 del Código civil y la doctrina reiteradamente desenvuelta en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo acerca del mismo, el derecho a la reserva de bienes a que se contrae dicho precepto sólo puede ejercitarlo la persona en quien concurren las circunstancias que en él se determinan, y no otra alguna, aunque invoque el carácter de causahabiente de aquél que no lo ejercitó, si a su vez no reúne las condiciones requeridas por la ley.»

Por lo cual—en su segundo considerando—dedujo «en consecuencia que al declarar el fallo recurrido [de la Audiencia de Albacete]... que no habiendo hecho uso don L. P. [el tío reservatario] del derecho a la reserva de los bienes en litigio, no pudo transmitirlo a sus herederos, entre los que se encuentra la demandante y hoy recurrente doña L. S., a quien tampoco puede reconocérsele por no reunir las circunstancias exigidas por la ley, lejos de infringir la doctrina de las sentencias invocadas... hizo recta aplicación de la misma al caso de autos..., toda vez que la Sala sentenciadora no niega el derecho a la sucesión a la herencia de D. L. P., sino que se limita a declarar que no transmitió una acción extinguida por no haberla ejercitado aquel a quien la ley la

reconoce como derecho o beneficio personalísimo de aplicación restrictiva».

La sentencia de 30 de diciembre de 1912 declaró, en su primer considerando, que *únicamente* las personas que reúnan las circunstancias exigidas en el artículo 811 «pueden ejercitar y obtener el derecho de reserva, el cual no lo transmiten a sus herederos o causahabientes». En realidad, su supuesto de hecho no presentaba una reserva consumada sino únicamente en pendencia. La madre reservista vivía y la reclamación fué planteada por una tía de los descendientes, que actuaba por sí y en representación de sus hijos menores, parientes de cuarto grado de los descendientes heredados por la reservista. Alegaba la actora que el parentesco con arreglo al artículo 811 no debía computarse con relación al descendiente, sino al ascendiente de quien aquél hubo los bienes. Las tres sentencias de Juzgado, Audiencia y Sala de la Civil del Tribunal Supremo reconocieron el derecho de la tía reclamante «y de cuantas otras personas tengan igual parentesco de tercer grado» con respecto a los hijos de la reservista demandada, pero rechazaron la posibilidad de derecho alguno de los hijos de la demandante por estar en cuarto grado de parentesco con los descendientes heredados por la reservista, por no ser transmisible el derecho a los bienes reservables de los reservatarios a sus herederos o causahabiente y porque «no se da el derecho de representación en cuanto a la reserva».

De la sentencia de 11 de marzo de 1927 ya nos hemos ocupado antes. Declaró que unos primos del descendiente no podrían reclamar los bienes reservables y, por lo tanto, no podía prosperar la alegación del demandado que invocaba el derecho preferente de tales parientes al del demandante. El rechazado derecho de esos primos—que no intervinieron en el pleito—sólo podría haberse apoyado parte en el derecho de representación y en parte en el de transmisión de sus respectivas madres, de haberse admitido para la reserva lineal en beneficio de los hijos de tíos premuertos. El Tribunal Supremo rechazó tal posibilidad, aunque sólo afirmó que, «según constante doctrina de este Tribunal, el derecho de representación no tiene lugar en esta reserva del artículo 811».

El caso de la Sentencia de 2 de enero de 1929 ofrecía la siguiente particularidad: La madre reservista falleció el 12 de abril de 1925; una tía del descendiente—hermana de su padre—reclamó en acto de conciliación los bienes reservables el 8 de junio de 1925, pero falleció sin haber interpuesto la demanda el día 23 del mismo mes y año. Sus herederos—que eran sus hijos y, en cuanto la cuota legal, su viudo—ejercitaron la acción.

El Tribunal Supremo aceptó su ejercicio. Su cuarto considerando, después de reiterar que «ha declarado esta Sala que es personalísimo y, por tanto, no puede transmitirse a personas que no estén dentro del grado que dicho artículo determina, nace cuando fallece la persona obligada a reservar los bienes que tienen tal

carácter», y de destacar que la reservataria «por medio de la interpelación judicial mencionada los reclamó—ejercitando su indiscutible derecho a pedirlos», estima innegable que sus herederos, no como tales sino como continuadores de su personalidad, pueden hacerlos efectivos, «pues de lo contrario tal derecho se extinguiría con la vida de la persona que lo ostentase si la muerte la sorprendiera..., antes de hacerlos suyos, pero ya reclamados, lo cual no es ni pudo ser, ciertamente, la intención de los autores del Código, ni el sentido de las Sentencias antes citadas, ni el espíritu que conforma el artículo 811 de dicho cuerpo legal, ya que lo que indudablemente se ha tratado de evitar es que las personas que no reúnan los requisitos exigidos por la ley puedan pedir y obtener los bienes reservables, pero no el que una vez pedidos por quien a ellos tiene derecho, sus herederos o continuadores no puedan hacerlos efectivos, siendo éste el sentido en que debe entenderse la cualidad de personalísimo atribuída al derecho a tales bienes por la jurisprudencia de este Tribunal».

En el pleito que fué concluído en Sentencia de 14 de junio de 1945, una prima hermana de los descendientes, años después de muerta su madre—tía de dichos descendientes y perteneciente a la línea de procedencia de los bienes—, los reclamó sosteniendo su carácter reservable y afirmando que, a pesar de que su dicha madre falleció años después que la reservista sin haber reclamado los bienes, porque no le fué posible ejercitar la acción en Barcelona durante la guerra, éstos correspondían a la demandante como heredera de la misma.

Al defender en casación su tesis alegó que los bienes se transforman de reservables en reservados y propiedad de los favorecidos por la reserva, *ipso facto*, por el solo hecho del fallecimiento del reservista, produciéndose desde aquel día una acción real, semejante a las antiguas acciones *in rem scriptae* y en especial de la Pauliana y que, por esto, si el reservatario muere después del reservista puede transmitirlos. Invocó que en el caso de la Sentencia de 2 de enero de 1929 la demanda se interpuso más de los dos meses más tarde de la celebración del acto de conciliación, es decir, fuera del plazo durante el cual produce, conforme al artículo 479 de la Ley de Enjuicimiento Civil, el efecto de interrumpir la prescripción. Y que dicha Sentencia de 1929 estimó que el derecho a la reserva nace *ipso facto* (afirmación que después examinaremos más detenidamente).

La Sentencia del Tribunal Supremo no dió lugar a la reserva por apreciar cosa juzgada por una Sentencia de 1931 y transacción y renuncia de la reservataria fallecida. No obstante, la sentencia razona en su segundo considerando, al principio y en su apartado d) a favor del *ius transmissionis* del derecho a la reserva del reservatario que sobreviva al reservista y fallezca sin haberlo ejercitado; y, en sus apartados a), b) y c), argumenta a favor de la aplicación del derecho de representación, a pesar que no se daban

en el caso discutido los supuestos para aplicarla. Se trata, pues, de una argumentación que, indudablemente, no puede tener valor como *ratio decidendi*, ya que el fallo, aunque sea por otras razones, no acepta la reclamación de los bienes reservables. Constituyen tales razones, por lo tanto, meramente un *obiter dictum*, que no sólo no decide la solución del caso, sino que en el caso en cuestión nada tiene que ver con su solución (918).

Sea cual fuere su valor, dicha argumentación en lo referente al derecho de transmisión dice que: «en cuanto a la naturaleza y alcance del derecho de reserva lineal, no es menos atendible la tesis de que el derecho de reserva ya *adquirido* por titular que se encontraba dentro del tercer grado de la línea de procedencia de los bienes es transmisible al sucesor que lo adquiere por ese concepto y no por el de reserva, pues, aparte de otras razones de menos peso, pueden traerse a colación en su apoyo los argumentos siguientes (...siguen los argumentos a, b y c, que se refieren única y exclusivamente al derecho de representación y que hemos transcrito en el epígrafe anterior al ocuparnos de esa cuestión), pero que nada tienen que ver con el derecho de representación), y d) ...esa es la conclusión que cabe obtener tras un minucioso estudio de la jurisprudencia establecida, pues aun cuando *prima facie* parece deducirse otra cosa de la contenida en Sentencias de 16 de enero de 1901, 8 de noviembre de 1906, 30 de diciembre de 1912 y 11 de marzo de 1927, en cuanto declaran esencialmente en estos términos, que la reserva de bienes constituye un derecho o beneficio personalísimo, que *sólo* pueden reclamar las personas en cuyo favor se estableciere, puestas en parangón estas resoluciones con la de 2 de enero de 1929, que acometió resueltamente el problema de la transmisión del derecho ya adquirido, muestran inequívocamente que la tesis última de este Tribunal, en que ahora se insiste para definirla con entera diafanidad, es la de que si el artículo veda, explicablemente, que el derecho a la reserva pueda extenderse a personas que no estén dentro del grado que el propio artículo determina, por obra de la representación, no impide, en cambio, que, *una vez adquirida por persona que se encuentre en él* (y la adquisición se produce, *ope legis*, por muerte del reservista), pueda adquirirlo su inmediato sucesor, no por la virtud del derecho de reserva, sino por estar ya en el patrimonio de su causante: solución que realmente concilia sin agravio del carácter personalísimo del derecho, textos que, de otro modo interpretados, estarían en abierta e inexplicable oposición».

Notemos que si bien es cierto que, en gran parte, la Sentencia

(918) Acerca de la distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi* puede consultarse el enjundioso trabajo de nuestro buen amigo José PÉREZ BRUJAL, *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, en «Rev. Jurídica de Cataluña», vol. LXX (enero-febrero 1953), págs. 40 y sigs.

de 1945 sigue el razonamiento de la Sentencia de 1929, no es menos cierto que omite una fundamental expresión repetidas varias veces en ésta, que matizaba y concretaba la interpretación, al decir: «en quien los reclamó», «pero ya reclamados», «que una vez pedidos», con lo cual se condicionaba la transmisión al hecho de que el adquirente del derecho a la reserva hubiese reclamado los bienes en cuestión. Así, en la Sentencia de 1929 resulta claramente la diferencia entre *hacer efectivos* o *hacer suyos* los bienes—que no se estimó imprescindible para transmitir a los herederos el derecho a reclamarlos—y *haberlos reclamado* o *pedido*—requisito necesario para su transmisión según dicha Sentencia de 1929.

Los bienes son reservables «per se» sin necesidad que se los declare así, porque «desde el momento de haberle premuerto la persona causante de la reserva y la obligada a reservar—dice la Sentencia de 1929—nació «ipso facto», en quien los reclamó, el derecho a ellos y el carácter reservable de los mismos». Pero, ese derecho, sólo se transmite *mortis causa* si ha sido ejercitado, o, por lo menos, si han sido pedidos los bienes. Eso ocurre con los derechos personalísimos, que son transmisibles si su titular ha iniciado su ejercicio, exigiéndose a veces la presentación de la demanda (art. 112, C. c.), o simplemente el ejercicio de la acción o la prueba de no haber podido ejercitarla (art. 653, C. c.). La Sentencia de 1929 fué más benévola con el derecho a reclamar los bienes reservables, al contentarse con su petición en acto de conciliación, aunque ésta a efectos de interrumpir la prescripción hubiese caducado sin haberse interpuesto la demanda conforme artículo 479. Si bien es de notar que, en cambio, no había caducado a los efectos de poderse interponer la demanda sin necesidad de interponer nuevo acto de conciliación, para lo cual el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala el plazo de los dos años siguientes al acto de conciliación verificado.

Pero, aun de este requisito prescindió la Sentencia de 1945 en su segundo considerando.

El *obiter dictum* de este considerando se halla en franca oposición con la *ratio decidendi* de las Sentencias de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909. Aldecoa en su Memoria del Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (919), explicó cuál era la verdadera significación que el Tribunal Supremo daba al calificativo de *personalísimo* que venía aplicando reiteradamente al derecho o beneficio de los reservatarios. He ahí sus palabras:

«A primera vista, teniendo sólo en cuenta que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte, surge una impresión favorable a la transmisión de tal derecho [a exigir la reserva lineal]

(919) Ver los fragmentos de la Memoria de ALDECOA que transcribe SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. cit.*, vol. VI-II, núm. 142, nota de las págs. 1017 y sigs.

cuando nació y pudo ejercitarse en vida de la persona a quien la ley le otorga, mas reflexionando acerca de la naturaleza especialísima de tal derecho, de su alcance y trascendencia, del objeto que el legislador se propuso al establecerlo, de las condiciones restrictivas que la rodean, asalta la duda fundadísima de si puede y debe considerarse extinguido para la persona que pudiendo ejercitarlo no lo ejercitó, y debe pasar, por lo tanto, no al heredero de esta persona, sino a otro de las llamadas directamente por la ley».

Más adelante—después de recordar «la necesidad de restringir su aplicación, como reconoció esta Sala en las Sentencias del año 92 y ha repetido ahora para que no resulte, de otra suerte, llevada a un extremo que podía ser contradictorio, absolutamente contradictorio, de los fines perseguidos por el legislador, y esto con tanto mayor motivo cuanto que dicho precepto constituye una notoria restricción del derecho legítimo de los ascendientes, sin fines trascendentales para la familia»—concluye que:

«La reserva de que trata el artículo 811 del Código, no es ni más ni menos que un beneficio otorgado a determinados parientes de carácter personalísimo, ya que es menester que en estos parientes concurren determinadas circunstancias y, puesto que tiene este carácter, no cabe suponer que si no se ha instado su realización por quien pudo hacerlo legalmente, pueda luego un tercero sin condiciones legales venir a reclamarlo a título de representación o de sucesión, no tratándose, como no se trata, de uno de tantos derechos de los comunes y ordinarios, sino de un derecho que, por las condiciones especialísimas de su regulación, hay que entender que el legislador no quiso que en ningún caso pudiese ser ejercitado sino por persona en quien concurren las circunstancias requeridas por la ley, y que, consiguientemente, cuando a éste no le plugo ejercitarle, no le convino aprovecharse del beneficio, o por consideraciones de familia o por cualquier otra causa, debe entenderse caducado o pasar a otro pariente que reúna aquéllas».

«A pesar de todas estas consideraciones, no puede desconocerse que la cuestión es de aspecto algún tanto dudoso; pero por esto mismo se imponía la necesidad de resolverla con un criterio de amplia equidad, inspirado, como queda dicho, en la naturaleza de esta clase de reserva, en su verdadero alcance y trascendencia, en la intención y objeto que el legislador debió proponerse al establecerla, en las consecuencias contradictorias con esta intención que produciría su extensiva aplicación, y en la índole restrictiva del precepto que la regula...».

De todo ello se deduce que el reservatario, que no sea heredero del reservista, no adquiere *ipso iure* ni *ope legis* los bienes reservados, sino un derecho a reclamarlos o pedirlos para obtener su restitución lineal, que además de ser potestativo suyo, es personalísimo e intransmisible a persona que a su vez no reúna igual

mente la condición de reservatario, como razonan el tercer considerando de la Sentencia de 16 de enero de 1901, el primer considerando de la Sentencia de 27 de enero de 1909 y la exposición de Aldecoa en su Memoria como Presidente de dicha Sala de lo Civil. No se trata, pues, de un derecho a aceptar y repudiar la herencia según el artículo 1.006 del Código civil, sino de un derecho dirigido a pedir o reclamar los bienes reservables en ejercicio de su reivindicación o reversión lineal, y que sólo es transmisible a los herederos cuando éstos, a su vez, reúnan las condiciones exigidas para ser reservatarios en el artículo 811.

Las opiniones de los autores son francamente discrepantes (920).

a) Han sostenido la inaplicación del *ius transmissionis* al reservatario que, a pesar de haber sobrevivido al reservista, fallezca sin haber ejercitado su derecho a reclamar los bienes reservados—además de Aldecoa—Reino Caamaño (921), La Cueva (922), Ossorio y Gallardo (923) y Feijoo (924). El punto de vista de estos autores se apoya en el carácter personalísimo del derecho a la reserva. Ossorio y Gallardo observó que para la consumación de la reserva es necesario no sólo que el descendiente hubiera tenido bienes que hubiese adquirido a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano que fallezca, que la transmisión de dichos bienes a sus ascendientes se realice por ministerio de la ley, y que al morir el reservista exista algún reservatario en las condiciones determinadas en el artículo 811, sino que, además, «hace falta una condición más: que el reservatario ejercite su derecho, y si no lo hace porque no pueda o porque no quiera, no consuma la reserva ni entran los bienes en su patrimonio».

b) Contrariamente han defendido la aplicabilidad del *ius trans-*

(920) No han faltado autores, como, v.gr., SCAEVOLA (*Op. cit.*, vol. XIV, art. 811, F, e), págs. 349 y sigs.) y SÁNCHEZ ROMÁN, padre (*Op. cit.*, VI-II, 142, págs. 1015 y sigs.), que sólo han referido lo intransmisibilidad de la reserva al período de su pendencia, es decir, en vida del reservista; sin plantear la aplicabilidad o no del artículo 1.006 del Código civil en el supuesto que ahora nos interesa de que, a pesar de sobrevivir el reservatario al reservista, aquél fallezca sin haber ejercitado su derecho a obtener la reversión lineal de los bienes reservados.

(921) REINO CAAMAÑO, *La reserva como objeto de contrato*, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 124, págs. 39 y sigs.

(922) LA CUEVA, *La verdad sobre el 811*, pág. 181 y pag. 228: Conclusión octava, donde dice que el derecho de reserva, «para que pueda ser adquirido no basta el hecho de la muerte del reservista, sino que hay que reclamarlo, entrar en posesión de los bienes bajo el concepto de reservatario y no de heredero»; y conclusión décimoctava, proposición segunda, según la cual «el solo hecho de la muerte del ascendiente reservista no determina la traslación del derecho al dominio del reservatario, mientras no haya hecho la reclamación del mismo o se haya posesionado de los bienes por el concepto de reservables».

(923) OSSORIO Y GALLARDO, Discusión en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia sobre el caso por él mismo propuesto, ver su resumen en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 148, págs. 460 y sigs.

(924) FEIJOO, discusión referida en la nota anterior, loc. cit., págs. 456 y sigs.

misionis del artículo 1.006 del Código civil al derecho del reservatario que sobreviva al reservista, Manresa (925), Morell (926), Calderón Neira (927), Barachina (928), Jerónimo González (929), Valverde Valverde (930), Sánchez Román Gallifa (931), Díaz Fernández (932), Clemente de Diego (933), De Buen (934), Castán

(925) MANRESA, *Comentarios...*, vol. IV, art. 811, II, F. cuarta cuestión, págs. 279 y sigs.

(926) MORELL Y TERRV, *Comentarios...* vol. IV, arts. 191 al 199, B, pág. 400, al comentar la Sentencia de 16 de enero de 1901 dice que: «Buena es en la materia la interpretación restrictiva, pero no tanto. Adquirido ya en definitiva el derecho de los bienes reservables, se adquiere sin limitaciones y no es siquiera discutible la facultad de disponer en el adquirente por actos entre vivos o *mortis causa*. Aun sin disponer expresamente el derecho se transmite con la herencia según el artículo 659 del Código civil.»

(927) MANUEL CALDERÓN NEIRA, *Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 107 (2.º semestre 1905), págs. 476 y sig.

(928) BARRACHINA, *Comentarios...* vol. III, cap. XII, pág. 336: «Sobreviviendo aquél [el reservatario], no vemos fundamento que prohíba la transmisión de ese derecho que ya lo había adquirido el reservatario, aun cuando no hubiese reclamado los bienes, reclamación que, accionada judicialmente, no es sino poner en ejercicio el derecho que se tiene, y como tal derecho, transmisible por título *inter vivos* o *mortis causa*.»

(929) JERÓNIMO GONZÁLEZ, discursión en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, sobre el caso propuesto por Ossorio y Gallardo, ver «R. G. L. y J.», 148, págs. 454 y sigs. A su juicio: «En el momento en que el reservista muere, la reserva se consolida, de expectativa pasa a ser un derecho perfecto, y nada importa ya que el reservatario—la hija, en este caso—muera sin recoger los bienes, porque lo podrán hacer sus sucesores, con sólo que aquel derecho haya estado un instante en su patrimonio. Se dice frente a esto que los bienes tienen que ser reclamados por el propio reservatario, porque ese derecho no se transmite; mas hay que tener presente que en todo derecho se distinguen tres cosas: el derecho mismo, la reclamación y la acción, y lo que en este caso se transmite no es el derecho sino la reclamación, que es cosa independiente.»

(930) VALVERDE VALVERDE, discursión citada en la nota anterior, *loc. cit.*, pág. 456.

(931) SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA, discursión *cit.*, *loc. cit.*, págs. 457 y sigs.

(932) DÍAZ FERNÁNDEZ, discursión y *loc. cit.*, pág. 460.

(933) CLEMENTE DE DIEGO, resumen del Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, sobre el *cit.* caso, ver *loc. cit.*, páginas 582 y sigs. y 675 y sigs. Comienza comparando los dos últimos métodos distintos de interpretación y aplicación que utilizaron los defensores de las tesis opuestas: «Uno cerradamente técnico» (el de J. GONZÁLEZ, VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN, DÍAZ); otro, ético, social intuitivo, pero no excluyente de la técnica» (el de OSSORIO y FEIJOO). En la pág. 682, leemos: «aun reconociendo que se trata de un derecho personalísimo, ¿discrepa este derecho sucesorio del reservatario del derecho hereditario restante del Código civil? Absolutamente en nada; por ello tiene que quedar sometido, mientras el legislador no diga otra cosa, a las reglas fundamentales que rigen la transmisión y la sucesión, la vida de ese derecho hereditario». Y, en la pág. 683: «La doctrina que impera en el Código civil es la del artículo 1.006...» «Los derechos en general, que son derechos de carácter económico patrimonial, son derechos transmisibles mientras la ley no diga otra cosa: es el contenido del artículo 1.112 del Código, puesto que a obligaciones se refiere, y aun se trata de una legal, la de reservar.»

Tóbeñas (935), De Motta (936), Royo Martínez (937). Los argumentos que los sustentadores de esta tesis han esgrimido contra la doctrina de Aldecoa, aplicada por el Tribunal Supremo, son fundamentalmente los siguientes:

1.º Que a la muerte del reservista se cumple la condición resolutoria de la que pendía la titularidad del reservista y los reservatarios adquieren el pleno dominio de los bienes reservables (Manresa), o bien, por lo menos, el *ius delationis*, o derecho a aceptar o repudiar la sucesión de los bienes reservables, transmisible conforme al artículo 1.006 (De Diego y Motta).

Este argumento tiene, a nuestro juicio el defecto de que es puramente dogmático y meramente técnico. Parte, además, de dos construcciones conceptuales de la reserva que hemos rechazado. La reserva no consiste en someter la titularidad de los bienes al juego automático y recíproco de una doble condición resolutoria para el reservista y suspensiva para los reservatarios (938), ni en una vocación sucesoria condicionalmente reproducida a favor de los reservatarios (939).

2.º Que es regla general, declarada en el artículo 1.112 del Código civil, que: «Todos los derechos, adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiere pactado lo contrario» (Clemente de Diego), y que con arreglo al artículo 659, la herencia comprende todos los bienes, *derechos* y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte», y que no puede presumirse la extinción de los derechos por la muerte de su titular (Manresa).

Si el anterior argumento es puramente conceptual, este segundo es estrictamente lógico formal y, además, en buena lógica, falso. En lugar de mirar con realismo la situación concreta y valorarla con arreglo a la finalidad de la reserva lineal, atendiendo a los resultados queridos por el legislador y los que no pretendió se produjeran, pretende deducir de otras normas un contenido más universal del que resulta de su propia formulación, colocación sistemática y finalidad, para deducir su conclusión, aplicando la pretendida regla general como premisa mayor, dándole carácter universal, y tomando como premisa menor la falta de excepción legal expresa, en lugar de examinar si las circunstancias del caso en relación a los fines de la institución deben determinarla.

3.º Que el mismo carácter *personalísimo* atribuido al derecho de los reservatarios tiene también el derecho de los legítimos, y no hay quien sostenga el absurdo jurídico de que el hijo

(934) DE BUEN, notas al Curso de Colin y Capitant, vol. VIII, pág. 396.

(935) CASTÁN TOBEÑAS, *El derecho de representación...*, en «Rev. Der Priv.», XXIV, págs. 210 y sigs.

(936) MOTTA MONREAL, *loc. cit.*, págs. 106 y sigs.

(937) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, cap. XIX, pag. 214.

(938) Ver II, § 2.º, núm. 13, en AN. DER. CIV. XI-III, págs. 730 y sigs.

(939) Ver II, § 2.º, núm. 14, en AN. últ. cit. págs. 739 y sigs.

que sobreviva a su padre, pierde ese derecho si no ejercita por sí mismo, reclamando los bienes que por su legítima le correspondan.

La comparación es inexacta, pues una cosa es un derecho atribuido *intuitus personae* y otra diferente un derecho *personalísimo*, es decir, no ejercitable más que por aquella persona a quien se le atribuyó. En ambos juega el *intuitus personae* pero en un caso se detiene en la *atribución* y en el otro se extiende al *ejercicio* del derecho. Del primer tipo es el derecho correspondiente a los legitimarios para exigir cuanto legalmente les corresponda, y, en cambio, es del segundo tipo, el derecho del donante a exigir la revocación de la donación por ingratitud del donatario. El carácter que debe corresponder al derecho de los reservatarios a exigir la reversión lineal, no puede deducirse dogmáticamente ni por mera lógica formal, sino atendiendo a los fines de la institución y al carácter que le corresponde en el derecho común de sucesiones, como *ius singulare*.

Antes de exponer nuestra opinión, y con el fin de centrar con la mayor claridad posible el problema, preferimos replantear de nuevo el caso presentado por Ossorio y Gallardo a la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia y que motivó la discusión recogida en el tomo 148 de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y a la cual ya nos hemos referido.

HECHOS:

A contrajo matrimonio en el año 1909 con B.

De este matrimonio nacieron dos niñas: C y D.

En 1918 murió A, sucediéndole en sus bienes su viuda B y sus hijas C y D.

En 1920, falleció la niña C, a los diez años de edad, y, por tanto, sin testamento, por lo que heredó todos sus bienes su madre B con el carácter de reservables, a tenor del artículo 811 del Código civil.

Y, el 10 de junio de 1923, víctimas de un accidente automovilístico, murieron B, y a las *cuatro horas siguientes*, su hija D, menor de edad y soltera.

PREGUNTAS:

1.ª ¿A quién corresponden los bienes que B tenía en reserva, según el precepto del artículo 811 del Código civil?

2.ª ¿Se consumió dicha reserva en su hija D por el hecho de haber sobrevivido ésta a su madre B (cuatro horas), y, por consiguiente, ha adquirido y podido transmitir los bienes comprendidos en aquélla a sus herederos (abuelos maternos)?

3.ª O, por el contrario, no habiéndose ejercitado (ni le fue posible hacerlo), su derecho a esos bienes por D, ¿puede hoy reclamarlos, como pariente que es dentro del tercer grado definido por la ley, B, hermano de A?

RESPUESTAS.

Los académicos que intervinieron en la discusión se dividieron en dos grupos:

Jerónimo González, Valverde, Sánchez Román hijo, Díaz Fernández y, en su resumen presidencial, Clemente de Digo, aplicaron el *ius transmissionis* al derecho reservatario que correspondió a la menor *D* y optaron por contestar afirmativamente a la pregunta 2.ª. De ese modo los bienes pasarían de *D* a sus abuelos maternos.

Feijoo y Ossorio y Gallardo, contrariamente, entendieron que al fallecer *D* sin haber reclamado los bienes reservables no transmitió derecho alguno a sus herederos y que el derecho a la reserva, no ejercitado por ella, correspondió a *E*, su tío paterno, único pariente de *C*, comprendido en el tercer grado y perteneciente a la línea de procedencia de los bienes.

Pero, la primera solución pudo ser defendida con otra razón, que no escapó a Sánchez Román Gallifa (940), cuando observó que «puede darse el caso de que dicho reservatario sea a la vez, como aquí sucede, heredero del reservista, y entonces la solución propuesta [de no dar lugar a la transmisión] sería absurda, porque en tal caso lo que le corresponde no es promover el juicio como acreedor [de la obligación de reservar impuesta por el artículo 811], sino ejercer la acción de petición de herencia».

Creemos que esta razón es la determinante de la solución correcta del caso concreto planteado. La transmisión se operó a favor de los abuelos maternos de *D*, al adquirir éstos *mortis causa* el *ius adeundi* que a dicha hija *D* correspondía en la herencia de su madre *B*, con cuya sucesión [de *B* por *D*] quedaba cumplida la reserva sin necesidad de que tuviese lugar reversión o reivindicación lineal alguna, sólo respecto a la cual no cabe el *ius transmissionis*.

Con estos antecedentes nos queda preparado el camino para la exposición de nuestra tesis. Del mismo modo que hemos hecho al ocuparnos del derecho de representación, tenemos que distinguir de qué modo es cumplida la reserva. Así podrá ocurrir:

a) Que la reserva haya sido cumplida voluntariamente por el reservista por acto *inter vivos*. En ese caso los reservatarios beneficiados serán propietarios de los bienes aun antes de fallecer el reservista, tanto más, por lo tanto, en caso de sobrevivirle: los bienes que fueron reservables integrarán su herencia y con ella serán transmisibles a sus herederos o legatarios con arreglo a los artículos 657 y 659 del Código civil.

b) Que el reservista cumpla la reserva por acto de última voluntad o quede cumplida por aplicación de las reglas de la sucesión intestada. Supuestos en los cuales nos parece indudable la aplicación del artículo 1.006 del Código civil.

(940) SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA, *loc. cit.*, pág. 459.

c) Que no quede cumplida la reserva ni voluntariamente por el reservista ni supletoriamente por las reglas de sucesión intestada, por lo cual, los parientes comprendidos dentro del tercer grado de parentesco con el descendiente y que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes que se hallen en situación preferente—conforme las reglas que antes vimos (núm. 36)—para ejercitar la reivindicación o reversión lineal, tendrán que actuarla. A este tercer supuesto creemos aplicable la jurisprudencia del Tribunal Supremo dimanante de las Sentencias de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909, 30 de diciembre de 1912, 11 de marzo de 1927 y 2 de enero de 1929, por las razones expuestas, mejor que por nadie, por el que fué Presidente de la Sala de lo Civil, José de Aldecoa. En estos casos, fallecido el reservatario preferente sin haber reclamado la reversión lineal—por lo menos en acto de conciliación no caducado a efectos de poder interponer la demanda sin necesidad de celebrar nuevo acto conciliatorio—ese derecho potestativo suyo a reclamarla no se transmitirá a sus herederos, a no ser que éstos a su vez sean parientes del descendiente comprendidos en el tercer grado y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes.

Esta solución tiene precedentes doctrinales muy antiguos en el ámbito de la reserva clásica, en la opinión de Ripa, Baldo, Decio, Alejandro, Antonio Gabriel, citados por Sanz Morquecho (941) que como ellos entendió «quod si filii viva matre non sunt conquesti de transitu ad secunda vota, morientes non transferunt hoc ius in haeredes», y en la de Febrero (942), según quien «si los hijos no se quejan en vida del tránsito de su madre a segundas nupcias, sabiéndolo, y sin quejarse fallecen, no transfieren a sus herederos este derecho que tenían adquirido, antes bien por su silencio es visto habérselo condonado, y remitido, cuya queja basta que sea extrajudicial».

Determinada esta solución, nos queda todavía otro cabo por atar. Quedó suelto antes cuando tratamos (II, 36, II, c) de si los reservatarios que al fallecer el reservista no resultaran legitimados para ejercitar la acción de reversión o reivindicación lineal, por existir otros preferentes, pudieren llegar a estarlo en caso de que éstos fallecieren sin haber ejercitado dicha acción. Anunciamos, entonces, que trataríamos de resolver ese problema al tratar del *ius transmissionis* que ahora nos ocupa. Hemos visto que Aldecoa para el caso de no tener lugar el derecho de transmisión, planteó si cabía que otros reservatarios de segundo rango pudieran reclamar la reserva que no ejerció el preferente—mente legitimado para hacerlo. Y acabamos de observar que Osso

(941) PEDRO SANZ MORQUECHO, *Tractatus de bonorum divisione* (Madrid 1601), Lib. IV, cap. XII, núm. 45, pág. 369.

(942) JOSÉ FERRERO, *Librería de Escribanos...*, parte segunda, tomo segundo (ed. Madrid 1781), Lib. II, cap. V, § 2.º, núm. 26, pág. 352.

rio y Gallardo y Feijoo sostuvieron esa tesis en un supuesto en el cual la reservataria falleció, cuatro horas después que la reservista, sin haber ejercitado su derecho.

Prescindiremos, ahora, del especial criterio que en esa cuestión hemos sostenido, derivado del carácter de heredera de la reservista que correspondía a la reservataria. Y, supondremos, para colocarnos en la situación exacta correspondiente a nuestro problema, que un reservatario no heredero del reservista (v.gr., un abuelo por parte del otro ascendiente) fallece después que el reservista pero sin haber reclamado los bienes reservables. ¿Caducará la acción para exigirlos, o bien, podrá ejercitarla otro reservatario de rango subsiguiente (v. gr., un tío del descendiente perteneciente a la línea de procedencia de los bienes)? ¿Habrá que distinguir según el fallecimiento del reservista legitimado hubiere ocurrido sin haber sido posible ejercitar la acción o habiendo podido reclamar los bienes sin haberlo hecho? Así se acepta en el supuesto de revocación de donaciones por ingratitud del § 1.º, artículo 653.

Y en la hipótesis de admitir que esa imposibilidad permite el ejercicio de la acción a los reservatarios de rango subsiguiente: ¿podrá presumirse dicha imposibilidad en caso de haber muerto el reservatario en un determinado período de tiempo, más o menos próximo al fallecimiento del reservista? ¿Cuál será este término?: ¿el de nueve días expresado en el artículo 1.004 del Código civil? ¿o el de los ciento ochenta días establecido en la Ley Hipotecaria a los legatarios para pedir la anotación preventiva de su derecho con prioridad a cualquier acreedor o subadquirente del heredero?

No nos inclinamos, por falta de analogía posicional, por ninguno de ambos supuestos. Creemos que la imposibilidad de su ejercicio, sólo podrá ser apreciada por el juez, como en el supuesto del artículo 653, § 1.º, del Código civil. Si su ejercicio fuese posible, opinamos que la acción habrá caducado: si no lo fué, nos inclinamos por entender que en caso de que ninguno de los herederos del reservatario de rango preferente reuniera los requisitos del artículo 811, el ejercicio de la acción de reversión quedará expedito a los reservatarios de rango subsiguiente.

40. Disponibilidad del derecho a ejercitar la reversión o reivindicación lineal.

Para concluir nuestro análisis del carácter personalísimo del derecho de los reservatarios a reclamar la reversión lineal, nos queda por examinar si una vez fallecido el reservista pueden transmitir por acto *inter vivos* su acción para reclamarla.

El expresado carácter personalísimo del beneficio de la reserva lineal, su sentido familiar y el carácter restrictivo con que ha

de aplicarse, en cuanto exceda de su *ratio*, inclinan por su respuesta negativa.

No obstante, en el supuesto que dió lugar a la Sentencia de 2 de marzo de 1956, la abuela del descendiente había cedido todos sus derechos a un hijo político suyo, lo cual no fué obstáculo para que el resultado del pleito fuese favorable para este último. Bien es cierto que la cuestión que ahora discutimos, no fué allí ni siquiera planteada.

Por otra parte, el sentido realista—que a juicio nuestro debe presidir la interpretación jurídica—nos obliga a aceptar la endeblez práctica de la solución de la intransmisibilidad. Siempre cabría que, obrando externamente a nombre del reservatario legitimado con un apoderamiento meramente formal de éste, el cesionario actuara encubiertamente en interés propio. A pesar—es claro—de los riesgos que, dada la revocabilidad del poder, correría ese cesionario enmascarado, ya que la causa de la cesión, por ser contraria a derecho, en caso alguno podría justificar la irrevocabilidad de su poder (943).

Es de suponer que la cesión de la acción para ejercitar la reversión lineal, lógicamente tendrá un precio inferior al del valor de los bienes a reclamar. Los gastos judiciales, el factor duración del pleito, la incertidumbre en la determinación de los bienes y en la fijación de las cantidades que los herederos del reservista puedan detracer por los diversos conceptos que luego discriminaremos, han de influir indudablemente en la depreciación de los derechos de los reservatarios a exigir la reversión. Siendo así, dicha cesión se prestaría a la especulación de los cesionarios, que obtendrían una participación en el valor que al reservatario le debía revertir del reservista, y que no cabe admitir como resultado legítimo de una correcta valoración de la situación jurídica cubierta por el artículo 811. La privación del valor reservable, que sufre la herencia del reservista en virtud de la reversión lineal, tiene razón de ser, tan sólo, para beneficiar a los legitimados para reclamarla; mas no para dar ocasión a los especuladores y pescadores en río revuelto para que se aprovechen de ella.

Todo esto, incita a plantear si cabe aplicar a la reclamación del cumplimiento de la obligación de reservar del artículo 811 el llamado retracto de créditos litigiosos o de la ley Anastasiana. Nuestro Código civil lo regula en el artículo 1.535, que dice:

«Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio

(943) La doctrina de las Sentencias de 22 de mayo de 1942 y 1 de diciembre de 1944, según la cual el poder de representación puede ir unido a relaciones jurídicas causales de diverso y complejo contenido que habrán de influir sobre su revocabilidad e irrevocabilidad, requiere naturalmente la validez de dicha relación causal. Por lo tanto, no será aplicable al supuesto que examinamos, si es cierto, como creemos, que el derecho a ejercitar la reversión lineal no es cedible.

desde el día en que éste fué satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días contados desde que el cesionario reclame el pago.»

Seguramente, a la aplicación de este precepto a la cesión del derecho de los reservatarios a reclamar la reversión después de interpuesta la demanda—antes de interponerla nos inclinamos por su absoluta intransmisibilidad por las razones expuestas—, se objetará la razón dogmática de que es real el derecho a la reivindicación lineal. Se dirá que la expresión de la *obligación* de reservar del artículo 811 no tiene carácter técnico.

Pero, no hemos de volver a insistir en el poco valor que, para nosotros, tienen los argumentos puramente conceptuales. Sólo los criterios finalistas, a juicio nuestro, puede resolver esta cuestión de analogía que facilita la terminología del artículo 811, que si bien técnicamente no siempre es correcta (puede serlo cuando el deber de reservar se haya difuminado en una restitución de valor), responde teleológicamente a la valoración legal de la situación posicional contemplada en la cesión de créditos litigiosos desde la Ley Anastasiana hasta el artículo 1.535 del Código civil.

Como conclusión formulamos las siguientes proposiciones:

a) Antes de interponer la demanda, creemos intransmisible la acción para ejercitar la reversión o reivindicación lineal.

b) Después de interpuesta, admitimos su cesibilidad, pero sometida al retracto previsto en el artículo 1.535 del Código civil, exceptuando los supuestos regulados en el artículo 1.536 que resulten aplicables.

41. *Los derechos de los reservatarios frente a los herederos de los reservistas.*

Al ocuparnos de la posición de los reservatarios después de muerto el reservista, debemos necesariamente establecer distinciones en atención a los supuestos reales que, en cada caso, se planteen.

Para ello, debemos recapitular las diversas posiciones en que el reservatario puede hallarse, y que en síntesis son:

a) Reservatario no heredero del reservista, que puede encontrarse en las siguientes situaciones:

a₁) Ser legatario, donatario o adquirente por cualquier otro título dimanante del reservista de parte o de todos los bienes reservables.

a₂) Tener necesidad de ejercitar la reivindicación o reversión lineal para obtener todos o parte de los bienes reservados detentados por los herederos del reservista, supuestos en los cuales habrá que subdistinguir según dichos bienes se hallen determinados o puedan determinarse específicamente, o bien no sea posible y haya que establecer una cifra de valor a la que se contraiga el cumplimiento de la obligación de reservar.

a₃) Necesitar el ejercicio de dicha acción de reversión contra adquirentes de bienes reservables a título singular derivado del reservista.

b) Reservatario heredero del reservista, que pueda tener cuestiones pendientes por razón de la reserva, tales:

b₁) Con los demás herederos del reservista, sean éstos de igual rango o de rango preferente al suyo, a quienes, por su excluyente prioridad respecto los bienes reservables, puede reclamárselos, trátense de bienes específicos, genéricos o cifra de valor.

b₂) Con adquirentes de bienes reservables a título singular derivado del reservista, sean donatarios, compradores, legatarios, etcétera.

En el epígrafe 44 nos ocuparemos especialmente de la acción de los reservatarios para reivindicar bienes reservables a adquirentes del reservista a título singular, en especial por donación o venta. Ahora, vamos a examinar las cuestiones posibles entre reservatarios y herederos del reservista.

Cuando aquéllos sean también coherederos, de igual o subsiguiente rango, las cuestiones que plantea la reserva con los demás herederos no diferirán en líneas genéricas de los problemas particionales, con las particularidades dimanantes de las reglas de concurrencia en caso de compatibilidad parcial entre reserva y herencia del reservista, que antes hemos examinado (ver II, § 6.º, núm. 35), y con los problemas de subrogación de bienes, aumentos y deterioros, ya apuntados (II, § 3.º, núm. 21).

Por eso, centraremos ahora la cuestión al supuesto de reclamación contra los herederos del reservista por reservatarios no herederos de éste.

Debemos preguntar, ante todo, si existe algún modo especial para determinar las personas a quienes asiste este derecho de reclamar los bienes reservables.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de marzo de 1905, en su último considerando, apreció «que de los documentos presentados resulta que don M. M. R. era el único hermano sobreviviente del menor don E., y, por consiguiente, que aquél es la persona a quien por ministerio de la ley corresponden los bienes a su favor reservados, lo que excusa en el presente caso la necesidad de la propia declaración judicial, no siendo ésta necesaria para justificar que no existen otros interesados con igual derecho porque, según lo declarado por esta Dirección en diferentes Resoluciones, las leyes no tienen establecido procedimiento para justificar estas circunstancias negativas, ni son, por tanto, éstas precisas para que los herederos puedan ejercitar, desde luego, los derechos que en tal concepto les correspondan».

Contrariamente, al año siguiente, la Resolución de 27 de junio de 1906, en sus dos últimos considerandos, afirmó:

«Que si bien por no haberse modificado o ampliado las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, para armonizarlas con

las nuevas instituciones o derechos creados por el citado Código, pudiera suponerse que no existe procedimiento adecuado para la declaración de los derechos sucesorios en el caso del repetido artículo 811, esta razón no puede ser bastante para prescindir de la indicada declaración y atribuir a los Registradores la facultad de apreciar por sí el derecho de los presuntos herederos, pues *atendiendo el carácter contradictorio que éste pueda tener, el Juez ante quien se solicite aquélla es el que designará, según las circunstancias, la clase de juicio que estime más ajustado a la ley, mientras no se establezca un procedimiento especial para estos casos, si así se juzgara necesario.*»

«Que la principal cuestión planteada en el recurso que dió lugar a la Resolución de 20 de marzo de 1905, citada por el recurrente, era distinta de la que es objeto de este recurso, y aun cuando en ella se acordó ser innecesario, en el caso a que se refería, la previa declaración judicial, fué por las circunstancias particulares que en el mismo concurrían, o sea, por estar reconocido y resultar de los documentos presentados, que el adjudicatario de los bienes, era el único hermano del descendiente de quien aquéllos procedían.»

Este mismo criterio es aceptado de pasada en el segundo Considerando de la Resolución de 2 de octubre de 1931, al decir que «los reservatarios a quienes corresponda suceder en ellos [los bienes reservables] por muerte del reservista no pueden inscribirlos a su nombre *sin obtener título de su derecho en el procedimiento judicial que la autoridad de ese orden crea pertinente.*»

La Resolución de 12 de junio de 1930, en su segundo Considerando, volvió a oscilar el criterio al afirmar: «que por no existir ni en el Código civil ni en la Ley de Enjuiciamiento de igual carácter, un procedimiento adecuado para determinar las personas llamadas en cada caso a la reserva ni para fijar la cuantía de los bienes reservables y hacer las oportunas adjudicaciones, *ha de partirse cuando del Registro no aparezcan protegidas terceras personas, de la presunción que atribuye a los herederos autorizados, según las normas civiles e hipotecarias, para disponer de la masa relicta la facultad de señalar los reservatarios y de especificar los inmuebles reservables, siempre que no se pongan por tales declaraciones en abierta contradicción con los preceptos que regulan la materia o no sean aquéllas impugnadas ante los Tribunales de Justicia por los presuntos perjudicados.*»

Y la Resolución de 16 de septiembre de 1947, en sus dos últimos Considerandos, entiende: «que si bien la jurisprudencia tiene declarado que para determinar quienes sean los reservatarios al tiempo de extinguirse la reserva, ante el silencio que en materia del procedimiento a seguir se observa en el citado artículo 811 del Código civil, es indispensable la correspondiente declaración judicial acreditativa de tales extremos, *tampoco puede desconocerse que este Centro directivo, con el plausible propósito de*

evitar molestias, gastos y dilaciones, ha reconocido que la repetida declaración no es necesaria cuando de los documentos aportados resulta con evidencia quiénes sean las personas favorecidas con la reserva»; y «que del testamento otorgado por don J. de D. G. O., aparece con toda claridad que tenía tres hijos, a los cuales instituyó herederos, extremo corroborado en cuanto al número de hijos, con la partida de defunción que también se acompañó; que el auto de declaración de herederos tramitado como consecuencia de la muerte en Rusia de don J. de D. G. P. acredita su fallecimiento, y que del testamento y partida de defunción de la madre también consta que quedaron, al morir, dos únicos hijos, que son los comparecientes en la escritura calificada, y dada la renuncia de uno de ellos, hay bastantes elementos para deducir quién es el único reservatario, sin que sea necesaria la declaración exigida por el Registrador para justificar este punto ni tampoco para demostrar que no existen otros interesados con igual derecho porque las leyes no requieren prueba de las circunstancias negativas».

Aunque no se trataba de determinar los reservatarios favorecidos, en cambio, se cuestionaba el medio adecuado para acreditar fehacientemente quién era el pariente más cercano—y, en aquel caso, además más joven—, por línea paterna o materna del testador, en el supuesto que motivó la Resolución de 24 de febrero de 1950, que consideró igualmente suficientes al efecto: «las informaciones para perpetua memoria, actos de la denominada jurisdicción voluntaria, atribuido a la autoridad judicial» y «las actas notariales de notariadad..., ya que su finalidad, conforme al párrafo primero del artículo 209 del Reglamento Notarial es la comprobación y fijación de cualidades y hechos notorios y en ellas el Notario, después de practicar cuantas pruebas reputé necesarias, sean o no propuestas por el requirente, consignará de oficio, si estima justificada la notoriedad».

Morell (944) y De Buen (945) opinaron que el procedimiento establecido para la declaración de herederos en la Ley de Enjuiciamiento civil es el más adecuado para la determinación de los reservatarios.

A juicio nuestro, la doctrina de la Dirección General de los Registros puede armonizarse y concretarse en las siguientes proposiciones:

1.^o En caso de resultar con evidencia de los documentos presentados quiénes sean las personas favorecidas con la reserva, no es necesario justificar ese hecho por procedimiento alguno, así como tampoco lo es para demostrar la inexistencia de otros interesados con igual derecho, porque las leyes no exigen prueba de

(944) MORELL, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, IV, arts. 191 al 199. B, pág. 400.

(945) DE BUEN, voz *Reserva de Bienes*, C, III, b, en «Enciclopedia Jurídica Española», vol. cit., pág. 354.

las circunstancias negativas (Resoluciones 20 marzo de 1905 y 16 de septiembre de 1947, confirmando la primera, y pese a su criterio general diverso—la Resolución de 27 de junio de 1906).

2.º En caso de plantearse contradicción deberán determinarse en procedimiento judicial (Resolución de 27 de junio de 1906 y, *sensu contrario*, Resolución de 12 de junio de 1930).

3.º De no haber contienda, son siempre adecuados: la declaración judicial de herederos (al parecer, Resoluciones de 20 de marzo de 1905, *a contrario*, 27 de junio de 1906, 2 de octubre de 1917, 16 de septiembre de 1947); las informaciones para perpetua memoria y las actas notariales de notoriedad (Resolución de 24 de febrero de 1950). Nosotros creemos que la declaración judicial de herederos abintestato, no es medio adecuado cuando los reservatarios no sean herederos; título que solo podrán ostentar respecto al reservista en los supuestos que antes hemos examinado, pero nunca—respecto al reservista ni al descendiente heredado por éste—en la hipótesis que ahora examinamos.

Determinados los reservatarios que pueden ejercitar la acción para exigir la reversión lineal, vamos a examinar cuáles son los derechos, que de tal cualidad, dimanar, con respecto a aquella parte del caudal relicto por el reservista que tenga carácter reservable y frente a los herederos de éste.

Al ocuparnos de la posición de los reservatarios en el período de pendencia de la reserva (946), subrayamos que tenían *una expectativa jurídicamente protegida, que no supone derecho actual alguno «en» ni «a» los bienes*. Fallecido el reservista y consumada la reserva, los reservatarios que no sean herederos de éste, consolidan su derecho *«a» los bienes reservables*.

Hemos dicho «a» y no «en» los bienes reservables, porque: pueden exigirlos, pero no los adquieren automáticamente si no los reclaman. Así resulta fundamentalmente de la doctrina de las Sentencias de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909, 30 de diciembre de 1912 y 11 de marzo de 1927, que acabamos de examinar al tratar de la intransmisibilidad del derecho de los reservatarios fallecidos después que el reservista sin haber iniciado la reclamación de los bienes reservables. Si los reservatarios hubiesen adquirido automáticamente la titularidad de los bienes reservables al morir el reservista, los hubiesen ingresado en su patrimonio y naturalmente formarían parte de su herencia. Pero sería excesivo ese efecto, tratándose de una norma limitativa del derecho común de sucesiones, y para cuya efectividad es ya suficiente que se deje a la libre decisión de los reservatarios beneficiados. Si éstos no lo ejercitan, no hay razón suficiente para privar a los herederos del reservista de su derecho a dichos bienes que solo debe estar limitado por el poder jurídico de los reservatarios a reclamarlos. De no ser así, los herederos de éstos, ajenos a la

línea y grado familiar protegidos por el precepto del 811, sin que jugara la voluntad de sus causantes, podrían provocar fuera de la *ratio* de esta norma un resultado contrario al derecho común, sin razón jurídica—es decir, de justicia—que lo justificara. Para el fin de la reserva lineal, no es necesaria esa adquisición automática por los reservatarios que no sean herederos ni legatarios del reservista, pues basta que puedan reclamar los bienes reservados si quieren hacerlo.

Centrado de este modo el problema, podemos deducir, de las obligaciones del reservista—expresadas en los artículos 977 y 978 del Código civil—, cuáles son los derechos que, al morir éste, consolidarán los reservatarios, y que serán:

1.º Reclamar los bienes inmuebles y muebles reservados en el estado en que se hallen a la muerte del reservista.

2.º Exigir el importe de los deterioros ocasionados por culpa o negligencia del reservista.

3.º Igualmente, la entrega del precio recibido por el reservista por los bienes muebles enajenados, o del valor que tenían al tiempo de la enajenación si ésta se hubiese hecho a título gratuito.

4.º Y la del valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados (Sentencias de 21 de noviembre de 1902, 8 de octubre de 1923, 8 de julio de 1942, 10 de junio de 1943).

Del contenido de estos derechos, visto desde su reverso, es decir, desde el lado del reservista obligado, nos hemos ocupado anteriormente (947) y nos remitimos a cuanto allí dijimos. Luego, al ocuparnos de la forma de determinar el caudal reservable, trataremos de qué modo los reservatarios pueden obtener la efectividad de la reserva.

Pero, ¿de qué plazo dispondrán éstos para ejercitar sus derechos antes de que la prescripción los excluya?

El problema de la fijación del plazo de prescripción extintiva del derecho de los reservatarios a exigir el cumplimiento de la reserva, puede ser desdoblado según se trate: de la reclamación de bienes reservables que se hallen en poder del heredero del reservista, o de bienes de igual condición que hubieren sido enajenados por éste a terceras personas, cuando no se hallaren a salvo de dicha reivindicación (948).

El primer supuesto fué discutido en el recurso de casación que fué resuelto por la Sentencia de 26 de noviembre de 1943. El segundo Considerando de ésta, afirmó que la doctrina de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de la reserva, iniciada en la Sentencia de 11 de mayo de 1898, ratificada en la Sentencia de 21 de noviembre de 1902 y en cierto modo reiterada en Sentencia de 8 de julio de 1942 y 10 de junio de 1943, la atri-

(947) II, § 3.º núm. 21, en AN. DER. CIV. XII-III, págs. 782 y sigs.
 (948) II, § 3.º núm. 20, en AN. últ. cit., págs. 760 y sigs.

buje carácter real (949). Y añadió, que el momento inicial para el cómputo del plazo de prescripción es el de la muerte del reservista, por lo cual, en aquel caso, la acción no podía haber prescrito, fuera ésta real o personal.

De ser la acción real—según este criterio—habrá que distinguir, según se refiera: sólo a bienes muebles, a bienes inmuebles o a una masa patrimonial integrada por bienes de diversa naturaleza. En el primer caso, el plazo sería el de seis años previstos en el artículo 1.962 del Código civil; en los otros dos casos, el de treinta años del artículo 1.963 del Código civil.

En el supuesto de que la reserva quede circunscrita a la obligación de indemnizar del artículo 978, habrá que aplicar: sea el plazo de veinte años o bien el de quince años, previstos en el artículo 1.964 del Código civil, según haya sido asegurada con hipoteca su restitución o no lo hubiese sido.

En supuesto de dirigirse la acción contra un adquirente a título intervivos del reservista, vimos antes (950) que, de tratarse de una acción de rescisión o de anulabilidad, el plazo de prescripción sería de cuatro años en virtud de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 1.299 y 1.301 del Código civil. Pero, a juicio nuestro, dada la relativa ineficacia de la enajenación y por su carácter de reivindicación lineal, la determinación del plazo de prescripción de la acción, en este caso, se regirá por las mismas reglas, antes referidas, para el supuesto de dirigirse la acción contra los herederos del reservista.

42. *Derechos de los herederos de los reservistas ante la reclamación de los reservatarios: ¿les corresponde derecho de retención por las cantidades que éstos deban reintegrarles?*

El reservista pudo realizar impensas en los bienes reservables—necesarias, útiles o mejoras y suntuarias—, de las cuales pueden exigir su reintegro sus herederos, y de las que ya nos hemos ocupado antes (951). Pero, además, el reservista, pudo haber abonado deudas y cargas de la herencia del descendiente y que, por tanto, mermaban el caudal reservable.

Así lo entendió la Sentencia de 30 de abril de 1906, al afirmar que dos términos del artículo 811 del Código civil no autorizan la infundada e ilógica suposición de que para determinar los bienes reservables hayan de alterarse las condiciones de la liquidación de toda clase de herencias; condiciones a tenor de las que el pago de lo debido debe realizarse, ya con los mismos bienes del deudor, ya en otros cuando subsista la deuda; y porque no ha-

(949) II, § 2.º, núm. 9, a, en AN. DER. CIV. XI-III, págs. 702 y sig.

(950) II, § 3.º, núm. 20, 2.º, a, en AN. DER. CIV. XII-III, págs. 763 y sigs.

(951) II, § 3.º, núm. 21, c, en AN. XII-III, págs. 703 y sig. Ver también d. III, págs. 706.

biendo en ningún caso herencia líquida, mientras no se hayan satisfecho las obligaciones y deducido las responsabilidades de la misma, es obvio que sólo tiene derecho al saldo que resulte de la herencia de [el descendiente] después de deducidas las obligaciones de éste».

Y la Sentencia de 4 de mayo de 1910 declaró que, del artículo 811, «no se infiere, ni contra toda razón de justicia y equidad cabe inferir que merezcan el concepto de reservables más que aquéllos [bienes] que, deducidas las cargas y responsabilidades a los mismos efectos, resulten libres y bien determinados, tanto más cuanto que ese derecho personalísimo es, según jurisprudencia establecida, de interpretación restrictiva».

Este había sido el criterio que, al criticar la Sentencia de 21 de noviembre de 1902—referente al mismo caso que la de 30 de abril de 1907 (952)—, habían sustentado Morell y Terry (953) y Calderón Neira (954).

Preguntó aquél si: «La Ley, ¿otorgará a los parientes lineales, porque sí, un beneficio sin cargas, aunque las haya en la sucesión, un derecho de disfrutar sin deberes que cumplir?». Su respuesta, como se deduce del mismo planteamiento de la pregunta, fué rotundamente negativa: los reservatarios debían cumplir las obligaciones inherentes a la línea familiar y a los bienes que, por su procedencia de ésta, debían corresponderles como reservables.

Calderón opinó, en el mismo sentido, que: «El reservatario recibirá del heredero el activo de la sucesión descontando el pasivo, y en cuanto a las deudas por vencer prestará caución de satisfacérselas en su día. El heredero del ascendiente reservista sigue siendo heredero de la persona de quien proceden los bienes. Él tiene la representación jurídica del descendiente causante de la reserva y del causante anterior que transmitió la herencia al descendiente, el reservatario no tiene más que el beneficio líquido de la sucesión deducidas cargas. Ocurre en esto lo mismo que en la venta de una herencia».

Salvemos los argumentos dogmáticos, con los cuales Morell y Calderón fundamentaron su solución. Aquél en la aplicación analógica del artículo 510 del Código civil, asimilando el reservista

(952) Las Sentencias de 14 de julio de 1890, 21 de noviembre de 1902 y 30 de abril de 1906 se refirieron al mismo supuesto. La primera confirmó la nulidad de un testamento y la sujeción a la reserva de la totalidad de los bienes que la causante había heredado de su padre y que de ella por la nulidad del testamento heredó abintestato su abuela materna. La segunda admitió que se debía satisfacer al reservatario el valor del crédito total del otro ascendiente, que por confusión se extinguió en el patrimonio del reservista. Y la tercera rechazó la reclamación del importe de dicho crédito dotal, mientras no se hubiera liquidado la herencia de la descendiente.

(953) MORELL, *Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil*, en «R. G. L. y J.», 197, págs. 137 y sigs.

(954) CALDERÓN NEIRA, *loc. cit.*, pág. 482.

al usufructuario de la totalidad o de parte alicuota de una herencia, al que concede derecho a exigir—al extinguirse el usufructo—la restitución, sin interés, de las deudas hereditarias, correspondientes a los bienes usufructuados, que hubiere anticipado. El segundo en considerar a todo reservatario como legatario de un activo líquido de la sucesión del descendiente, aunque sea con carácter condicional y aplazado a la muerte del reservista. La cierto es que, independientemente de toda solución o analogía de tipo dogmático, la proyección de la finalidad de la reserva a la realidad de las cosas impone igual solución.

El deber de reservar no puede comprender más de lo que se recibe, porque el fin de la reserva no es empobrecer al reservista, privándole de una cuantía mayor que el haber reservable, sino únicamente evitar todo cambio de línea de éste producido por su mediación. El enriquecimiento ilícito, que arguye la Sentencia de 4 de diciembre de 1933, podría también aplicarse a este supuesto para justificar que los reservatarios deben reintegrar a los herederos del reservista las deudas y cargas hereditarias, correspondientes a los bienes reservables, que éste anticipó.

Con anterioridad a la Sentencia de 1902 y a su crítica por Morrell y Calderón, ya la Academia Matritense del Notariado (955), había afirmado en sus conclusiones 19 y 20 que: «La liberación de cargas de los bienes sujetos a reserva realizada por el ascendiente hace a éste y, por tanto, a sus causahabientes, acreedores de su importe para con los parientes dentro del tercer grado que obtengan los bienes reservados» y «Respecto a las mejoras de los bienes reservables, tendrá el ascendiente o sus causahabientes los derechos que el Código concede en el capítulo 3.º, título 5.º del libro 2.º».

¿Tienen los herederos del reservista derechos de retención mientras no les sean abonadas las cantidades anticipadas por razón de los bienes reservados?

Tratándose de impensas necesarias o útiles nos parece indudable la aplicación del artículo 453 del Código civil, por corresponder a la regulación general de las mismas, que concede el derecho de retención al poseedor de los bienes que las efectuó. La Sentencia de 4 de diciembre de 1933, reconoció dicho derecho por las mejoras y gastos útiles hechos por el reservista en los bienes reservables. En el recurso que fué rechazado por la Sentencia de 7 de febrero de 1952, se había invocado también el derecho de retención de los herederos del reservista mientras no les sean abonadas las mejoras realizadas por éste; pero no fueron invocados los preceptos legales pertinentes, razón por la cual la Sala

(955) Academia Matritense del Notariado, ver el folio 134 de su Libro de actas correspondiente a la sesión académica de 30 de mayo de 1894, en la que se hicieron públicas las conclusiones.

primera del Tribunal Supremo no entró a examinar la cuestión planteada.

Respecto los gastos de la herencia del descendiente y las cargas correspondientes—aquéllos y éstas—a los bienes reservables, creemos que igualmente tienen los herederos del reservista derecho de retención, no ya de bienes concretos—como en el supuesto de impensas y mejoras en un bien reservable—sino de todo el caudal, por la sencilla razón de que éste no queda determinado mientras no sea líquido. Cuestión, de la que precisamente nos ocuparemos a continuación (956).

43. *Liquidación de sociedades conyugales y herencias; juicios de testamentaría, abintestato y otras formas de determinación del caudal reservable.*

El examen metódico de los problemas que se refieren a la determinación del caudal reservable, requiere enfocar sucesivamente: el posible objeto; el vehículo del derecho que los reservatarios tienen a dicho objeto; los medios procesales de que éstos disponen para hacerlo efectivo, y los requisitos necesarios para probar qué bienes y qué valor son reservables.

A) Acerca del *posible objeto* de la reserva, hemos visto en la primera parte de este trabajo (957), que la tesis mantenedora de que la reserva sólo se refiere a cosas determinadas, defendida, principalmente, por Riaza (958), fué rechazada por la mayor parte de la doctrina y por el Tribunal Supremo (959), que reiteradamente ha admitido la reserva de bienes no específicos y fungibles (Criterio no sólo apoyado sino ampliado por la aplicación integradora del artículo 978 de Código civil, que reconoce la reserva de valor («importe», «precio», «valor», dice el precepto) (960).

(956) Según la conclusión 21 de la Academia Matritense del Notariado (folio 135): «En el caso de herencia intestada y de que todos los bienes de ella sean troncales, podrán enajenarse sin limitación alguna por razón de la reserva los indispensables para pagar los gastos de enterramiento y de testamentaría.»

(957) I, § 3.º, núm. 20, págs. 52 y sigs. y AN. DER. CIV. X-II, págs. 277 y sigs.

(958) NARCISO RIAZA MATRO, *Contribución al estudio de...*, cit., págs. 53 y sig. A su juicio, «sólo pueden considerarse reservables aquellos bienes que han adquirido individualidad, que son susceptibles de diferenciación respecto de otros, que presentan aspecto propio y característico, que son determinables en cualquier momento».

(959) Sentencias de 8 de noviembre de 1891, 21 de noviembre de 1902, 7 de noviembre de 1912, 6 de julio de 1916 y 20 de abril de 1917.

(960) Es cierto que para algunos autores (CALDERÓN NEIRA, *loc. cit.*, pág. 487, y NOVOA SEOANE, *loc. cit.*, pág. 371) la reserva lineal es una reserva de cosas determinadas o bienes concretos, mientras la clásica o viudal es reserva de capital. El fin familiar más que troncal de la reserva del artículo 811 y el criterio que presidió su elaboración de extender la reserva clásica a otros supuestos y su beneficio a los abuelos y los tíos (ver I, § 3.º, núm. 19, págs. 51 y sigs. y en AN. DER. CIV., X-II, pág. 276) no autorizan para hacer esta distinción.

Jerónimo González (961) opinó que: «Lo que en realidad hay en la reserva es un *patrimonio* (no debe olvidarse que se trata siempre de patrimonios, no de cosas concretas)».

Pero, si bien es cierto que no nos satisface la conceptualización de la reserva lineal como reserva de bienes concretos, tampoco nos parece admisible su definición como reserva de un patrimonio, aunque nos lo maticen de patrimonio separado, diferenciado o especial. Calificación que han aplicado a la reserva, además del mismo Jerónimo González (962), Roca Sastre (963), Puig Peña (964), Mezquita del Cacho (965).

La denominación *patrimonio separado* no cabe en el concepto clásico de patrimonio (966) y, además, es muy discutible la utilidad de su elaboración conceptual (967). Por otra parte, aun aceptándola, resulta que faltan a los bienes reservables características que son fundamentales para la catalogación de su objeto en

(961) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *loc. cit.*, pág. 455.

(962) JERÓNIMO GONZÁLEZ, observaciones al trabajo de ROCA SASTRE, *La autocontratación y los patrimonios especiales*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», III (julio, 1927), pág. 513.

(963) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, *La subrogación real*, en «Rev. Der. Priv.», XXXII (abril, 1949), pág. 287. Califica: «Patrimonios de restitución: patrimonio fideicomitido, reservable, etc.».

(964) FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, I-II (Madrid, 1958), cap. XVI, 4 c, b, 10, pág. 376.

(965) JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, *Principales aplicaciones de la Subrogación Real en nuestro Derecho*, en «Rev. de Der. Español y Americano», IV, núm. 17 (enero-marzo, 1959), pág. 654.

(966) El concepto clásico de patrimonio, caracterizado por su atribución a una persona, unidad, inseparabilidad de su sujeto e individualidad, aparece claramente resumida por ROCA SASTRE, *El patrimonio*, en «Rev. Crít. Der. Inmob.», II (marzo, 1926), págs. 171 y sigs.

(967) Han dicho BLAS PÉREZ y JOSÉ ALGUER (*Notas al Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, I, 1.^o, § 125, II, pág. 619): «Éstas distintas masas patrimoniales reciben un trato muy diverso, hasta el punto de ser dudosa, a nuestro juicio, la utilidad del concepto general de los patrimonios separados. Unas veces esas masas patrimoniales no tienen más especialidad que las de recaer sobre ellas un derecho de administración que generalmente implica facultades más amplias que las normales de un simple administrador; otras es el destino especial de los bienes la que los caracteriza; en ocasiones, la prelación en cuanto al pago de deudas, y, por último, en su caso, el de la herencia aceptada a beneficio de inventario, la neta separación de responsabilidades y la eliminación de toda idea de confusión, de tal suerte que se asemeja a una ficción de subsistencia de dos sujetos patrimoniales». Según escribió ROCA SASTRE (*loc. ult. cit.*, pág. 186), sólo se trata de una parte del patrimonio de una persona, sometida a un control o régimen jurídico especial, a manera de un expediente que la ley establece en ciertas situaciones, con finalidades prácticas y al objeto de garantizar derechos, estimulando y dando facilidades a fin de no entorpecer el funcionamiento...», y, como añadió en otro trabajo (*La autocontratación y...*, *loc. cit.*, pág. 510), casi como determinados bienes singulares pueden estar sujetos a un régimen especial (hipoteca, prohibición de enajenar, condición resolutoria, etc.), sin que estos bienes lleguen a formar un grupo patrimonial destacado del patrimonio que los comprende, así también pueden estarlo ciertos grupos de bienes que por su procedencia, fina-

dicha construcción dogmática (968). Así: observamos que en ella no es regla normal la subrogación *res succedit in loco rei*, a diferencia de lo que ocurre en la dote (art. 1.337, C. c.) o en los gananciales (arts. 1.401 y 1.404, C. c.), pues ésta sólo cabe aplicarla a la reserva pendiente en caso de disposición legal que la imponga, compromiso previo contraído por el descendiente o sus causantes o por convenio del reservista con los reservatarios (969). Normalmente sólo tiene lugar la subrogación de *valor*, con arreglo a los artículos 976 y 978, números 3 y 4 del Código civil. Así lo aplica, a la reserva del artículo 811, la Sentencia de 8 de julio de 1942 al afirmar que «recae sobre bienes específicos, y en caso de haber desaparecido estos bienes subsiste el derecho sobre el valor que haya sustituido a aquéllos». Efecto que se produce—fuera de toda separación o diferenciación de masas de bienes—por toda imposibilidad culposa de cumplimiento de cualquier obligación de dar (arts. 1.122, núm. 1, 1.136, 1.147, 1.182 y sig., 1.451, § 2.º C. c.), con la particularidad de que en la reserva la suma debida puede ser, bien el precio (art. 978, núm. 3, ap. 1.º, C. c.), o proplamente el valor (art. 978, núm. 3, ap. 2.º y núm. 4) (970).

La característica de los bienes reservables, que los peculiariza en el patrimonio del reservista, radica en que su sujeción a la reserva se inserta en el mismo título adquisitivo del reservista, lo cual los hace en cierto modo independientes de las vicisitudes que pueda tener el patrimonio general del mismo. Hemos dicho *en cierto modo*, porque si bien esa inafección a las deudas personales del reservista es absoluta tratándose de bienes inmuebles, no ocurre igual con los bienes muebles por ser éstos enajenables (artículo 975, C. c.) y por las dificultades de su individualización (971). Cuando los bienes reservables, total o parcialmente, se han transformado por su enajenación, pérdida o deterioro, en una cifra de valor, esa cifra se refleja en la herencia del reservista como una deuda de valor, que por tener su causa inserta en la adquisición por el reservista de los bienes valorados, tiene un carácter preferente a cualquier deuda personal del propio reservista, y debe detraserse previamente de su caudal relicto, como se detraerían los bienes subrogados, en su calidad de reservables, por dicha deuda de valor.

unidad u otra causa, parecen constituir un patrimonio especial o separado, pero que en rigor no quedan dislocados, pues la nota de ser atribuibles a un mismo titular, basta para que la unidad abstracta del patrimonio no se destruya ni reduzca».

(968) Tal vez por esto autores tan distinguidos como Blas Pérez y José Alguer (*Loc. cit.*) y Castán Tobeñas (*Derecho civil español común y foral*, I-II, 8.ª ed., Madrid, 1952, XXVI, II, B, b), pág. 432), no incluyen las reservas en la enumeración de los patrimonios especiales.

(969) Ver II, § 3, A, núm. 21, *id. e.*, en AN. DER. CIV., XII-III, página 784.

(970) II, § 3.º, A, núm. 21, *id.*, y en AN. DER. CIV., págs. 785 y sigs.

(971) Por esa razón el artículo 978 número 1 del Código civil y el

El objeto de la restitución por la reserva lo constituyen *primariamente bienes*, que llevan insita *propter rem*, con garantía de derecho de retención, la obligación del pago de deudas, cargas o impensas imputables a los reservatarios; pero *secundariamente*, por la *subrogación* de valor, que hemos examinado, cabe que se transformen, en todo o en parte, *en una cifra de valor* a sustraer de la herencia del reservista con prelación a las deudas personales del propio reservista (972).

B) *La determinación de cuál es el vehículo jurídico del derecho de los reservatarios a los bienes reservables*, ha sido objeto de disparidad de apreciación por parte de la doctrina.

Hemos repasado anteriormente (973) las diversas teorías que quieren explicar la atribución de los bienes reservables a los reservatarios, sea:

Heredando éstos inmediatamente del descendiente la nuda propiedad de dichos bienes (Falcón, Aleubilla, Firmat).

Recibiéndolos del mismo descendiente a través de un fideicomiso condicional (Navarro Amandi, Scaevola, Roca Sastre).

O bien, mediante un llamamiento legal bajo condición suspensiva (Mañresa, Morell, Ureña), bajo término inicial condicionado (Capó Bonafous), o simplemente en expectativa, pendiente de la perfección de su supuesto de hecho, mientras viva el reservista (De Diego, De Buen, Ossorio Morales, Azurza).

Sucediendo forzosamente al reservista (Valverde Maruri, Lozano Sicilia, Reino Caamaño, Maura, Marín Monroy).

Por medio de una obligación legal impuesta al reservista, que con arreglo al artículo 4.º del Código civil dé lugar a la nulidad de los actos de éste que la contravengan (Gayoso Arias), y que autoriza a quien sea su acreedor para promover el juicio de testamentaría o abintestato del reservista (S. 7 noviembre 1912).

Por la actuación de una reversión legal (Sánchez Román, Charrín, Acosta Inglott, De Buen y, vacilando, De Diego) (974).

O, diversamente, según el reservatario sea heredero voluntario o intestado o legatario del reservista—hipótesis en que el ve-

artículo 184 de la Ley Hipotecaria imponen al reservista la obligación de asegurar con hipoteca su restitución.

(972) La obligación de hipotecar impuesta al reservista para garantizar a los reservatarios el abono del importe de estos deterioros, precios o valores (art. 978, núms. 2, 3 y 4 del C. c.), subraya esa prelación, y su fin es evitar que el reservista con disposiciones *inter vivos* la haga inútil dejando un patrimonio insuficiente para cubrirlas.

(973) II, § 2.º, núms. 10 y sigs., en AN. DER. CIV., XI-III, págs. 706 y sigs.

(974) Además de las citas de SÁNCHEZ ROMÁN, ACOSTA y DE DIEGO que hicimos en el núm. 10, b), § de esta segunda parte (AN. DER. CIV., XI-III, pág. 760), añadimos: ACACIO CHARRÍN, Consulta, en «Rev. Grad. de Leg. y Jur.», 92 (primer semestre 1898), pág. 112: «La reserva que podemos llamar *la reversión*», y DE BUEN, en *Enciclopedia...*, loc. y vol. cit., C. V, b), pág. 354, y en sus *Notas al Colón y Capitán*, vol. cit. pág. 390: «La reserva encierra más un caso de *reivindicación lineal o familiar que de sucesión hereditaria*».

hículo será la herencia o el legado que le confiera dichos bienes—, o bien no siendo derechohabiente del reservista, si necesita reclamar los bienes para ejercitar su derecho de reversión lineal—supuesto en el cual el vehículo de su derecho será un derecho potestativo a exigir dicha reversión—. Distinción que ya hemos planteado en el presente trabajo.

La doctrina ha discutido el carácter universal o singular del título de adquisición de los reservatarios.

Morell (975) se inclinó por la primera opinión, estimando que —en el caso examinado—la reservista sucedía a la descendiente, «como heredera igual a todos los demás, pues en el artículo 811 nada autoriza para desvirtuar ese carácter, al suceder en los derechos sucedió en las obligaciones».

E igualmente Manresa (976) fué del mismo criterio. En su opinión en la mayoría de los casos, «a los efectos del artículo 811, eso que pudiera llamarse cosa cierta y determinada constituye toda la herencia del descendiente que, en definitiva, debe pasar íntegra a los parientes dentro del tercer grado...» «En el artículo 811, cuando hay bienes de distinta procedencia, lo que hace [la Ley] es separar dos sucesiones distintas». Como argumentos adujo la responsabilidad de los reservatarios por las deudas de la herencia del descendiente—que estima de justicia—y la aplicación que el artículo 938 del Código civil hace del 811 a la sucesión intestada. Pero, ninguna de las razones nos convence: La sucesión a título singular no sólo comprende los legados de cosa determinada, sino también de conjuntos de bienes, que pueden llevar anejos gravámenes y cargas. Y el artículo 938 no supone el llamamiento de los reservatarios del 811, como herederos abintestato del descendiente, sino la sujeción de los ascendientes que le heredan legalmente a las limitaciones de la reserva lineal, cuando se den los supuestos prevenidos en el 811.

En cambio, Calderón Neira (977), respondió: «Sin vacilar con texto que es legatario..., según el artículo 768, el heredero instituido en cosa cierta y determinada, será considerado como legatario. La institución de heredero está caracterizada por dar al sucesor todos o la generalidad de los bienes del causante, o una parte alícuota de ellos, mientras que el legatario sucede en bienes determinados. Así como sería legatario el instituido heredero en los bienes que el testador designara como adquiridos en un contrato de compra, también lo es el instituido en una herencia que adquirió el difunto. El testador, cuando adquirió esa herencia, adquirió todo, un haber, la generalidad o una parte alícuota del mismo; pero en el momento que adió la herencia, ese todo se

(975) MORELL, *Jurisprudencia sobre el artículo 811...*, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 107, pág. 139.

(976) MANRESA, *Comentarios...*, vol. 6, art. 811, 4, b, 3.º, págs. 309 y sigs.

(977) CALDERÓN, *Loc. cit.*, págs. 480 y sigs.

confundió con el haber del heredero y al disponer ese heredero de la herencia ya *no dispone de todo su haber, de la generalidad o de una parte alicuota, sino de una parte determinada, de aquí que ese haber que a él hizo heredero, a su sucesor no le hace más que legatario*». Al efecto citó la Sentencia de 13 de marzo de 1868 que calificó de legatarios a los nombrados herederos de todos los bienes que el testador había adquirido de sus padres. A su juicio: «El reservatario recibirá del heredero el activo de la sucesión descontado el pasivo, y en cuanto a las deudas por vencer prestará caución de satisfacerlas en su día... el reservatario no tiene más que el beneficio líquido de la sucesión, deducidas las cargas. Ocurre en esto lo mismo que en la venta de una herencia».

De Diego (978) fué de esta segunda opinión: «Los reservatarios suceden al descendiente a través del ascendiente reservista y le suceden en sucesión legal intestada, *por título singular*, puesto que la sucesión se circunscribe a los bienes reservables y no a los demás».

Ese criterio de considerar a título singular la adquisición por los reservatarios de los bienes reservables, es aplicable a la tesis que considera que consiste en una reversión lineal el título a través del cual los reservatarios no herederos del reservista pueden reclamar los bienes reservables. Los argumentos antes expresados son válidos también para esta hipótesis.

Para nosotros, es tanto más evidente que la reversión, reclamada a los herederos del reservista por los reservatarios que no ostenten dicha cualidad, se opera a título singular, como la compra o la donación de una herencia, cuanto que—según acabamos de ver—el objeto de la reserva lo constituyen bienes determinados (aunque sujetos a retención por los herederos del reservista mientras no les sean abonadas las cargas y los gastos de la herencia del descendiente que sean inherentes a estos bienes y correspondientes a impensas verificadas en los mismos) o bien un crédito dinerario, equivalente al valor reservable conforme a los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 978 del Código civil. La adquisición de varios bienes vinculada a obligaciones *propter rem* a favor de los herederos del reservista e inherentes a su adquisición, ni la de varios bienes más un crédito de valor por enajenaciones, pérdidas o deterioros, presuponen una adquisición a título universal, pues falta de ambos supuestos la característica fundamental de esas adquisiciones, consistente en el hecho o fenómeno de suceder o subrogarse el adquirente sólo, o conjuntamente si son varios, en la posición jurídica activa y pasiva del causante.

La Sentencia de 4 de mayo de 1910, en su segundo consideran-

(978) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., pág. 202. Pero, aunque respeta la calificación sucesoria de la reserva, a seguido observa que «esa construcción resulta artificiosa y acaso contradictoria en algunos de sus extremos» y que «en definitiva, lo que los reservatarios tienen es derecho familiar o lineal a favor de determinados parientes».

do, afirmó que el artículo 811 otorga a los reservatarios «un derecho *para reivindicarlos*». La de 9 de julio de 1933, de pasada, como *mero obiter dictum*, dijo que del 811 nace una *acción de petición de herencia*. Entre ambas afirmaciones, el último considerando de la Sentencia de 5 de diciembre de 1958, estimó que «en este caso no se trata del ejercicio de una acción reivindicatoria propiamente dicha, sino más bien de una acción de petición de herencia», para deducir que «no dirigiéndose aquélla contra tercero, sino contra el causahabiente el reservista ha de estimarse inaplicable la doctrina jurisprudencial establecida sobre concurrencia de los tres requisitos de la acción reivindicatoria».

C) *Los medios procesales de que disponen los reservatarios para hacer efectivos sus derechos* han sido discutidos en casación en diversas ocasiones.

La Sentencia de 4 de septiembre de 1905 afirmó que el derecho reconocido por el artículo 811, «implica [a la muerte del reservista] el poder promover el correspondiente juicio de testamentaria para determinar la existencia y origen de tales bienes, cuando esto no se ha hecho constar en la época del fallecimiento de las personas a quienes viene a heredar la obligada a la reserva».

La de 30 de abril de 1906 declaró que «los términos del artículo 811 del Código civil no autorizan la infundada e ilógica suposición de que para determinar los bienes reservables hayan de alterarse las condiciones de liquidación de toda clase de herencias».

La Sentencia de 4 de mayo de 1910, en su cuarto considerando, indicó que «confundidos dentro de la masa hereditaria así los bienes particulares de F. M. [el reservista] como los sujetos a reversión, el procedimiento legal más adecuado para la oportuna discriminación de los unos y de los otros, es, no el período de ejecución de sentencia, sólo aplicable cuando se trata de llevar a efecto derechos reconocidos por el Tribunal competente, sino el juicio de división judicial o convencional».

El tercer considerando de la Sentencia de 7 de noviembre de 1912 afirma que, «según jurisprudencia establecida, los reservatarios como acreedores de los bienes objeto de la reserva, tienen derecho no sólo a intervenir en las operaciones del inventario, avalúo, división y adjudicación del caudal relicto por la persona obligada a reservar, sino también a promover el juicio universal que proceda».

La Sentencia de 4 de diciembre de 1933 señaló, en su cuarto considerando, que no puede discutirse en procedimiento de precario—que entablaron los reservatarios—las cuestiones derivadas de la reserva.

Las Sentencias de 8 de junio de 1917, 8 de junio de 1948 y 5 de diciembre de 1958, de que seguidamente nos ocuparemos, han admitido que en juicio declarativo ordinario se reclamen los bienes reservables debidamente determinados e identificados en dicho procedimiento.

Como resumen, diremos que de la doctrina del Tribunal Supremo resulta:

1.º Que no son adecuados ni el período de ejecución de sentencia ni el juicio de desahucio por precario para reclamar los bienes reservables.

2.º Que siempre es posible y apropiado el juicio sucesorio universal, sea de testamentaria o de abintestato, del reservista.

3.º Que el procedimiento declarativo ordinario es utilizable con eficacia si en él pueden determinarse e individualizarse los bienes reservables.

D) *El modo y los medios de probar qué bienes y qué valor son reservables*, también han sido muy discutidos en casación.

La Sentencia de 8 de junio de 1917 afirmó, en su primer considerando, «que la ley *no exige* para hacer valer los derechos que nacen de la disposición del artículo 811 del Código civil, a los parientes en cuyo favor establece la reserva, que éstos tengan el deber de probar por medio de escritura pública, que el descendiente de quien proceden los bienes los adquirió de otro ascendiente o hermano por título lucrativo, y que a su vez el ascendiente reservista heredó de aquél los mismos bienes por ministerio de la ley, siendo necesario a este efecto acreditar por medio de documentos públicos la liquidación de las herencias respectivas, y que en ellos conste la adjudicación sucesiva de los bienes reservables..., porque la obligación que impone el citado artículo 811 al reservista, era exigible a los sucesores de D. A. F. N. [el reservista] en cuanto a las fincas determinadamente pedidas en la réplica de la demanda por haber declarado probado el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, *sin que para ello tuviera que sujetarse a un medio taxativo de prueba*, que el causante de los demandados heredó esas mismas fincas por ministerio de la ley de su hija doña T., quien las hubo por igual título de su madre doña M. C...».

Su segundo considerando razona, que «el artículo 1.279 del Código civil menciona únicamente los contratos en que se exige la forma especial de la escritura pública y no aplicable al caso de autos»; que «documento público, es también y de transmisión la sentencia que condena a los demandados a entregar las fincas en cuestión al demandante», y que «reclamándose cosas específicas y no la universalidad de bienes que doña T. F. M. [la descendiente] heredó de su madre, y de aquélla su padre D. A. F. N. [el reservista], el actor no venía obligado a promover previamente los juicios universales que se indican en el motivo tercero del recurso [por liquidación de sociedad conyugal y herencias], sino los recurrentes si entendían que no debían ser entregadas las fincas, por venir afectas a bajas o responsabilidades pendientes de liquidación, que no han opuesto en el pleito, y últimamente, porque la acción del demandante se ha dirigido contra los causahabientes del reservista en concepto de tales y no contra terceros que inde-

bidamente detentaran los bienes sujetos a reserva, pues sólo en este último caso tendrán aplicación los preceptos legales que presiden el ejercicio de la acción reivindicatoria».

En la Sentencia de 9 de julio de 1933, su único considerando afirmó que, «solicitándose en la súplica de la demanda, ratificada en la réplica, que se declare el carácter de reservables de los bienes que se concretan en los hechos, por su naturaleza, situación, linderos y medida superficial, era preciso para que tal escueta pretensión prosperase, sin incurrir en vicio de incongruencia, que se hubiese determinado que tales bienes habían ingresado en el patrimonio de don E. y don M. Z. S. [los descendientes] por herencia intestada de su padre don H. Z. C., y como los propios recurrentes demandantes en el pleito, afirmaron que a la muerte de don H. su viuda doña M. C. S. G. [la reservista], no solicitó la declaración de herederos correspondiente, ni practicó operación de liquidación, división y adjudicación del caudal, así como que al fallecimiento de los don E. y don M. no se formalizó la sucesión, limitándose la madre a hacerse cargo de los bienes pasando a la masa general, con confusión material de éstos, es evidente que ni siquiera se llegó a liquidar la sociedad conyugal al efecto de fijar para su distribución la existencia y valuación de los gananciales, hasta tanto no se practiquen las cuentas particionales correspondientes, *deslindando en ellas extremo tan esencial*, no es dable prever si los concretados inmuebles tienen o no el carácter de bienes reservables».

La Sentencia de 6 de febrero de 1936 aceptó la plena eficacia de la declaración de hecho de la Sentencia recurrida de que no habían bienes reservables, a pesar de no haberse hecho en juicio universal de abintestato o testamentaria sino en juicio ordinario declarativo.

La Sentencia de 7 de junio de 1948 después de plantear, en su primer considerando, si es o no de necesidad la previa liquidación de la sociedad conyugal y la realización de las operaciones particionales de herencias para determinar los bienes reservables, y de indicar en su segundo considerando, *la posición no uniforme a primera vista, de las Sentencias de 9 de julio de 1933 y 8 de junio de 1917, explicó en su tercer considerando, «que esta discrepancia jurisprudencial es sólo aparente y susceptible de conciliación en el fondo, si se tienen en cuenta las especiales circunstancias que puedan concurrir en los distintos casos sometidos a concreto enjuiciamiento por los Tribunales, pues bien se advierte que en situaciones procesales como la contemplada por la Sentencia de 9 de julio de 1933, en que los bienes reservables pasaron al patrimonio de la reservista en confusión material con los de ésta, no sea posible diferenciar los unos de los otros sin la previa liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente partición, pero no debe pretenderse que este criterio sea elevado al rango de norma absoluta y única aplicable a todas las situaciones procesales sobre identi-*

ficación y calificación de bienes sujetos a reserva lineal, pues en términos generales, y a esta finalidad *no hay limitación de medios probatorios*, y los Tribunales pueden utilizar todos los que se les ofrezcan para adquirir la convicción de que se dan los presupuestos objetivos del artículo 811 sobre identificación, procedencia y sucesiva transmisión de los bienes reclamados en concepto de reservables, porque como dice la aludida Sentencia de 8 de junio de 1917, la ley no impone un taxativo o único medio de prueba, ni sería procedente tampoco, sin riesgo de burlar el designio del legislador, que el derecho del reservatario, quedase supeditado en su efectividad a una previa partición de las herencias del ascendiente de quien proceden los bienes y del descendiente causante de la reserva, sólo sometidas a la voluntad de quienes tienen un interés económico en pugna con el del reservatario».

La Sentencia de 14 de diciembre de 1957, desestimó una reclamación de bienes reservables planteada en un juicio declarativo ordinario porque: «en razón a las especiales circunstancias habidas, derivadas de las ínfimas participaciones que recibió la causante como heredera abintestato de sus descendientes, referidas tan sólo a tres fincas rústicas, a las adjudicaciones que en la disolución de la sociedad conyugal se le hicieron por su mitad de gananciales y cuota viudal y a la extensión superficial que una de ellas experimentó... en virtud de información posesoria..., todo ello dió lugar a que estos bienes reservables, en unión de los privativos, al integrar todos el patrimonio del reservista, quedaron confundidos, sin ser posible, dada su escasa importancia, el poder ser diferenciadas», por «*da confusión material* en que entraron en el patrimonio de la reservista—afirmación no combatida en el recurso por el cauce adecuado—...».

La Sentencia de 5 diciembre de 1958 en su último considerando rechazó que hubiera infracción del artículo 348 del Código civil no dirigiéndose la acción contra tercero, sino contra el causahabiente del reservista, porque «declarando la sentencia recurrida, por aceptación de la primera instancia, que se hallan perfectamente determinados e identificados los bienes que la reserva comprende, y que los poseyó la reservista y de ésta pasaron a la recurrente, declaraciones de hecho no combatidas en forma por la vía adecuada del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, carece también de consistencia el motivo en este particular, aun dentro de la tesis del mismo».

En resumen: la determinación o identificación de los bienes reservables se estima cuestión de hecho apreciable por los Tribunales sin limitación de medios de prueba en juicio ordinario declarativo o en el juicio universal correspondiente, siendo previsible que en ciertos casos no sea posible obtener la prueba en juicio ordinario y sea indispensable acudir al juicio universal de testamentaria o abintestato, cuestión que en cada caso queda también a la apreciación de los Tribunales.

44. *La reivindicación de los reservatarios contra los adquirentes a título inter vivos de bienes reservables. ¿Pueden entablarla quienes ostenten la cualidad de herederos del reservista?*

Hemos visto (979) que el reservista está facultado para disponer libremente *inter vivos* de los bienes muebles reservables. Por ello, fallecido el reservista, los reservatarios tampoco podrán reivindicarlos. Solamente en caso de haberse hecho la enajenación en fraude de la obligación de reservar, si se reúnen todos los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción Pauliana (arts. 1.291 núm. 3 y 1.295, § 2.º, C. c.), podrán los reservatarios utilizarla para recuperarlos de los adquirentes *concius fraudi* en los términos previstos en el artículo 1.295, § 1.º del Código civil.

También vimos que son inatacables las adquisiciones de bienes inmuebles reservables inscritos en el Registro de la Propiedad si no constare en el mismo su sujeción a la reserva. Salvo, también, si la enajenación se hubiere celebrado en fraude de acreedores u otorgado a título gratuito (980). Asimismo constatamos la posibilidad de que los reservatarios reiviniquen, después de muerto el reservista, los inmuebles no inscritos (981) y los inscritos si expresamente estuviese mencionada o anotada marginalmente la reserva (982).

Acabamos de ver que, planteada la más o menos rigurosa exigencia de los requisitos necesarios para que prospere la acción reivindicatoria, la Sala primera del Tribunal Supremo ha distinguido en algunos considerandos, atendiendo a si la reclamación de los bienes reservables fuera entablada contra los herederos del reservista—supuesto en el cual suaviza su exigencia (Sentencia 5 diciembre 1958, últ. considerando)—o bien contra terceros adquirentes—hipótesis en que impone estrictamente su exigencia (Sentencia 8 junio 1917, considerando 2.º).

Ahora vamos a dedicar especial atención al problema de si pueden obtener esa reivindicación lineal aquellos reservatarios que sean a la vez herederos del reservista. Es tema que tiene hondas raíces en el Derecho común y en las Partidas, donde fué muy discutido si los hijos que heredaron a su padre podían reivindicar los bienes de su peculio adventicio o los feudales, amayorazgados o de otra suerte sujetos a restitución que su dicho padre hubiese enajenado. Problema que afectó al supuesto de que los hijos del primer matrimonio del padre o madre binubo que enajenó bienes sujetos a la reserva binupcial fueran herederos de éste. Examinaremos estos precedentes, antes de abordar la cuestión concreta que nos ocupa y veremos si ésta es o no es una secuencia de ellos.

A) *Límites a la reivindicación por los hijos de los bienes ena-*

(979) II, § 3.º, núm. 20, en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 760 y sigs.

(980) AN. DER. CIV. y loc. últ. cit., pág. 780.

(981) Pág. 768.

(982) Pág. 780.

enajenados por su padre y que éste debía restituirles por cualquier causa (*peculio adventicio, fideicomiso, feudo, mayorazgo, etc.*).

El examen de esta cuestión obliga a distinguir diversas hipótesis, que los autores separaron cuidadosamente.

a) *Reclamación por el hijo no heredero.*

La Ley 1.^a Cod. De bonis maternis (VI-LX, 1), al ocuparse del *peculio adventicio* («Res. quae ex matris successione, sive ex testamento sive ab intestato, fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate...»), concluyó advirtiendo a quien adquiriere bienes de esta clase enajenados por el padre, que no podrían oponer prescripción alguna a los hijos que los reivindicquen («quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quando res suam vindicantibus»).

En cambio, la Ley 24, título XIII de la Quinta Partida en sus versículos tercero y cuarto dispuso que: «É si por aventura los enagenasse, fincarían por ende obligados, e empenados al fijo los bienes del padre, después de su muerte fasta que rescibiese entrega dellos, de aquello que el padre lo ouiese enagenado, o malmetido. E si por aventura, en los bienes del padre non se pudiesse entregar, porque fuessen tan pocos, que non compliesen, o que ouiesse el padre embargados, o mal parados en alguna manera; entouce, pueden demandar sus bienes a quien quier que los fallen, e de velos cobrar».

Gregorio López (983) planteó si la parte transcrita de esta ley había derogado en parte el Derecho romano. Para conciliarlos propuso cuatro soluciones: 1.^a) Que se aplicara la Ley de Partidas cuando el hijo prefiriera usar la acción personal contra los herederos del padre o la hipotecaria contra los poseedores de los bienes del mismo, a la de dominio contra los poseedores de la cosa de su propiedad enajenada por el padre. 2.^a) Que sólo fuera aplicable cuando el padre realizara lícitamente la enajenación, pero no empleara el precio en provecho del hijo (pero, él mismo rechazó esta segunda explicación: porque las palabras de la Ley se refieren al supuesto de ser la enajenación ilícita porque de ser lícita no parece aceptable que los adquirentes deban responder del correcto empleo del precio de los bienes). 3.^a) Que esa Ley sólo era aplicable a la enajenación de cosas fungibles, conforme lo anotado por Angelo a la Novela 108, capítulo 2, versículo *ea illo supleri*. 4.^a) Que únicamente se refería a las cosas dotales estimadas, mas no a las inestimadas. Concluyendo, que «para poner de acuerdo esta Ley de Partida con el Derecho común, y al efecto de evitar un absurdo, es preciso escoger entre la primera, la tercera o la cuarta interpretación, por más que parezcan algún tanto aventuradas» (984).

(983) GREGORIO LÓPEZ, gl. 4 a la ley 24, Tít. XIII, P. 5.^a; ver pág. 316 y sigs. del vol. III de la versión de Saponts y Barba, Martí de Eixadá y Ferrer y Subirana.

(984) Dice GREGORIO LÓPEZ: «dicit videantur aliquatenus divina»

Antonio Gómez (985) interpretó literalmente esta Ley. Covarrubias (986), también, la entendió así: «qua constitutum est, patrem non posse alienare bona adventitia filiorum, quod si ea alienaverit, manere bona ipsius patris obligata pignori, et hypothecae ipsis filiis ad rei adventitiae satisfactionem, in nunc sane modum, ut mortuo patre, tunc possit filius rem alienatam ab emptore vindicare: cum ex bonis paternis, facta excussione non potest iustam aestimationem rei per patrem alienata consequi». No obstante lo cual, criticó duramente esa disposición (987).

Ibáñez de Faria (988) trató también de conciliarla con la Ley 1 del título *De bonis maternis* del Código de Justiniano. A su juicio, la Ley 1 se ocupó del padre que enajenó como propios los bienes

tertiis». IBÁÑEZ DE FARIA (*Adiciones a las varias resoluciones de Covarrubias*, lib. I, cap. VIII, núm. 32, pág. 50, Coloniae Allobrogum 1728) comentó estas cuatro interpretaciones de GREGORIO LÓPEZ «quas ipse divinatorias, aut impobabiles ingenue fatetur». Y, como nota adicionada por los traductores de las glosas, se lee en la citada edición de las Partidas (pág. 316, vol. cit., gl. 123 al Tít. XIII, 5.^a P.): «Por más que esta ley deba resultar derogatoria del Derecho romano, no podemos dejar de tomarla en su sentido literal; no hallándose cláusula alguna en la misma ni en otra ley alguna de las Partidas, en que puedan fundarse las interpretaciones que en seguida indica GREGORIO LÓPEZ, interpretaciones que él mismo reconoce ser aventuradas.»

(985) ANTONIO LÓPEZ, *Opus praeclarum...*, in legem XLVIII, Tauri, núm. 16 (fol. 245): «Tamen hodie de iure regio videtur dispositum, quod si pater alienat bona adventitia filii quiae administrabat mobilia vel immovilia, etiam si reperiantur penes tertium possessionem, non potest filius petere nec vindicare ab eo praedicta bona, sed tantum potest agere contra patrem vel eius successores ad pretium et aestimationem eorum...»

(986) COVARRUBIAS, *Variarum Resolut.*, Lib. I, cap. VII, núm. 5, en *Opera Omnia* vol. I, cit., pág. 197.

(987) COVARRUBIAS (*loc. cit.*, not. an., núm. 6, pág. 198), después de examinar la posición de Azón respecto los bienes adventicios que el padre enajenó como administrador por causa de necesidad [«Et pro conservatione, inquit Azo, istarum rerum adventitiarum, vel pretii ipsarum, habet filius tacitam hypothecam, et cum pater non vendidit ob aes alienum solvendum haecenus is auctor probat, patre alienante rem adventitiam, in qua usumfructum habet: absque acri alieni necessitate, filium habere tacitam hypothecam adversus bona patris. Sed hypothecaria nunquam obtinet contra tertium possessorem, nisi prius in bonis principalis debitoris praemissa fuerit excussio»], comentó que: «Nam si venditio nulla est, atque filio venditio, ut domino iure competir: optime colligitur, filium eam rem posse vindicare ab emptore nulla praemissa patrimonii paterni excussione, nec textus in authent, hoc si debitor quidquam oberit: cum hic non tractamus de re propria ipsius patris ab alio, qui eius haeres non sit possessa, tunc etenim locus est necessariae excussioni sed agitur maxime de evincenda ab emptore re propria ipsius agentis, qui eius vere dominus est, rei que vindicationem habet: eo quidem titulo quod a non domino fuerit alienata. Ex quibus satis ut fallor, compertum est Regiam Partitarum constitutionem adhuc non potuisse ab ac posteriori Azonis sententia deduci: nisi cum recte intellectam ab illarum legitima conditoribus fuisse asseveremus. Superest ergo eam decisionem a iure Romanorum omnino alienam esse.»

(988) IBÁÑEZ DE FARIA, *Loc. cit.*, núm. 33.

de sus hijos («qui alienavit bona filii tanquam propria») y la de Partidas, del padre que enajenó algún bien de los hijos obrando como legítimo administrador de los mismos. «Primo casu filius directe potest possessorem convenire sine discussione facultarum patris, quoniam talis alienatio est interdicta, in d. l. 1 et sic nulla, ut omnis actus contra leges factus» y «Secundo autem casu, prius sunt patris bona discutienda, quia ipsi ut legitimo administratori permissum est, bona filii nomine alienari, etiam immobilia propriis autoritate...; tamen justa causa necessitatis desideratur, et qualis sufficiat ejusdem patris arbitrio relinquitur; quo casu prius ex mala administratione ad facultates paternas, quam ad tercios possessores, quibus nihil imputari potest, deveniendum est...; et hac modo intellectu d. l. 24 Partitae non refragatur Caesarea constitutioni, ac juris communis correctio evitatur». Solución muy parecida a la expuesta en segundo lugar por Gregorio López, y que este anotador estimó la menos convincente de las cuatro por él propuestas.

El mismo Gregorio López, hacia el final de la glosa referida, y apoyándose en la ley glosada, afirmó que si el padre ha fundado un mayorazgo a favor del hijo del segundo matrimonio con bienes comprados con dinero perteneciente a los hijos del primero, puede sostenerse que este mayorazgo subsistirá, limitándose el derecho de los hijos del primero a la demanda del dinero que les pertenecía. Criterio que estimó de acuerdo con lo anotado por Baldo en el § penúltimo de *his qui feud. dar. poss.*, col. 4.

b) *Reclamación por los hijos que sean sucesores de su padre enajenante.*

La Ley 24 del Título XIII de la Quinta Partida, continúa, después de los versículos comentados, que: «E esto se entiende, quando non quisieren heredar, nin aver parte en los bienes del padre. Ca si quisiessen heredar en ellos, entonce non podrían demandarlos sus bienes propios, a aquellos a quien los otusse el padre enajenado, segund que es dicho: porque todos los pleytos derechos que el padre hobiesse fechos, serían tenidos de guardar, e non venir contra ellos, después que fuessen herederos».

Gregorio López, en su glosa a la palabra «entonce» del último versículo de la ley (989), preguntó: «Y si el padre enajenase bienes sujetos a restitución, cual los del mayorazgo y los feudales, ¿podrá el hijo heredero demandarlos?»

La respuesta a esta interrogación dió lugar a que los autores formularan distinciones y subdistinciones atendiendo a las diversas circunstancias que colorearan en cada caso la cuestión. Procuraremos seguirles en su itinerario discursivo:

2) Si el hijo fué instituido heredero universal por su padre y aceptó la herencia sin utilizar el beneficio de inventario, la ma-

1080) GREGORIO LÓPEZ, glosa 10, a la ley 24, tít. XIII, P. 5.ª, vol. y ed. cit., págs. 317 y sigs., gl. 124.

por parte de la doctrina entendió que no podía reivindicar en caso alguno los bienes adventicios ni los demás sujetos a restitución a su favor que hubiese enajenado su padre y causante. No obstante, no faltaron quienes para diversos supuestos sostuvieron otras soluciones. Así:

1.ª) Pedro de Peralta (990) opinó que si enajenación hecha por el causante es inválida, el heredero puede accionar contra ella, y que si la enajenación fué hecha en contravención de una prohibición legal el heredero no tiene por qué aceptarla como perfecta.

2.ª) El jurista portugués Arias Pinelo (991), tratando concretamente de la enajenación de bienes de mayorazgo, admite su reivindicación por el sucesor, aunque sea heredero del enajenante, porque el mayorazgo fué instituido en honor de la familia y en memoria del instituyente, «favor *publicae utilitatis*», y porque el sucesor no por ser heredero del enajenante puede perjudicar a los sucesores ulteriores.

3.ª) Peláez de Mieres (992) y Hermenegildo de Roxas (993) limitaron la regla impeditiva de la reivindicación al hijo del enajenante que fuera su heredero, admitiendo tan sólo la reclamación en caso de que la enajenación se hubiera hecho en fraude del heredero sucesor o de ulteriores sucesores. El segundo de estos autores advierte que el fraude se colige cuando se hubieran verificado grandes excesos enajenando o haya sido hecho como donación.

4.ª) Rodrigo Suárez (994), Gregorio López (995), Antonio Gó-

(990) PEDRO DE PERALTA, in rubr. de hered. instit., núm. 79 y concretamente para los mayorazgos, núm. 95 y pág. 54 (citado por PELÁEZ DE MIERES).

(991) «Arii Pinelli lusitani, Jurisconsulti ad constitutiones Cod. de Bonis Maternis doctissime amplisimique Comentarii, quibus maternae successionis iure felicitas explicantur» (Lugduni, 1560). Lex prima, Tertia pars, núm. 99, págs. 572 y sigs.

(992) MELCHOR PELÁEZ DE MIERES, *Op. cit.*, Cuarta pars, Quaest. XIV, núm. 2.ª, fol. 449 vto; concluyó: «Quod primogenitus licet sit haeres patris, potest agere revocatoria, si pater in illius fraudem vendidit feudum primogeniturae.»

(993) HERMENEGILDO DE ROXAS, *Tractatus de incompatibilitate Regnorum et Majoratum* (ed. Lugduni, 1745). Pars. V, Cap. VI, núm. 26, «Nona limitatio: quando antecesser alienasset rem, vel res ad Majoratum pertinentes, in fraudem filii primogeniti vel alterius successoris in Majoratu, qui postea sit successor et haeres patris antecessoris».

(994) RODRIGO SUÁREZ, *Repetitionis Legis Quoniam in Prioribus Cod. de iust. testamento*, ampliatio septima, núm. 6, en «Opera Omnium», ed. Duaci, 1614, pág. 398.

(995) GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. cit.: «Empere, sino hizo inventario, el hijo heredero universal deberá respetar las enajenaciones hechas por el padre como si él las hubiese verificado, según BARBO en d. l. 1.ª ley 6.ª Cod. und. liber.], col. 7.ª».

mez (996), Covarrubias (997), el doctor Luis de Molina (998), Alfonso de Guzmán (999) y el portugués Alvaro Valasco (1000) fueron partidarios de la irreivindicabilidad por el heredero.

Suárez, Peláez de Mieres, Molina y Valasco fueron quienes con mayor detenimiento trataron esta cuestión, que intentaremos resumir:

La tesis negativa se apoyaba, de una parte, en la ley *Vindicatem* (Dig. XXI-II, 17) y, de otra, en la *Heredem* (Dig. I-XVII, 59). Aquélla proclamó que el vendedor que reivindicaba la cosa que él mismo vendió puede ser repelido con la excepción de dolo, aunque haya adquirido el dominio por otro título de derecho, «porque sin prohibición intenta hacer objeto de evicción una cosa vendida por él». La segunda proclamó: «*Heredem eiusdem potestatis, iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat*». Concretamente se halló una solución análoga en la ley *Filium*, 31 del título *De liberali causa* (Dig. XI-XII), que prohibía al hijo heredero del padre que reclamase la esclavitud del manumitido por su padre (1001). La solución se entendió invariable, aunque el comprador hubiera renunciado a la evicción (1002).

Al contra argumentó de que tratándose de una venta nula, prohibida por la ley, puede pedirse la nulidad, incluso por los hijos herederos del enajenante, replicó Molina (1003): «*Nam haec omnia intelligenda sunt, quando nullus alius est, qui valeat alienationem nulliter factam revocare; sed solum ille, in cuius favorem alienatio prohibita fuit, vel ejus haeres: secus tamen quando alienatio etiam favore aliorum prohibita fuit, ut supersunt alii, qui illa revocari possint. Tunc namque is qui alienarit, rei ejus haeres illem non revocabunt, sed posteriores, que nec alienantunt, nec alienationi consenserunt, nec etiam fuerunt haeres alienantis*».

(996) ANTONIO GÓMEZ, *Op. últ. cit.*, in legem XL Tauri, núm. 84, vers. *Iusta quod tamen notabiliter quero*, en el inciso en que afirma, «quod non tenetur stare contractui si non est successor eius universalis».

(997) COVARRUBIAS, *In titulum de testamentis interpretatio*, caput. Primum, núm. 13, en «Opera Omnia», cit., vol. II, pág. 26.

(998) LUIS DE MOLINA, *De primogenitorum hispanorum...*, cit., Lib. IV; Cap. I, núm. 17, pág. 572.

(999) ALFONSO DE GUZMÁN, *De Evictionibus* (Lugduni, 1676) Quaest. XXXVIII, núm. 19, pág. 215, donde apoyándose en la autoridad de BALDO y BARTOLO, afirma que «haeres adeundo contrahit veram obligationem de observando disposita per defunctum, ita quod etiam si praeterdat bona proprio vigore fideicommissi, exceptione repellatur».

(1000) ALVARO VALASCO, *Decisionum, consultationum ad rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae* (ed. Coloniae Allabrogum, 1735), Consult. LXIX, núm. 10 (pág. 144).

(1001) Cfr. PELÁEZ DE MIERES, *Loc. cit.*, núm. 1 Primo, fol. 448 vto.; VALASCO, *Loc. cit.*, núm. 1 (pág. 14).

(1002) Ver RODRIGO SUÁREZ, *Loc. cit.*, núm. 10, vers. «Hoc teneo», p. 400, y MOLINA, *Loc. cit.*, núm. 28, pág. 574.

(1003) MOLINA, *Loc. últ. cit.*, núm. 20 (pág. 573), y en el mismo sentido, PELÁEZ, *Loc. últ. cit.*, núm. 1, sexto, fol. 449.

Precisando Valasco (1004) que el axioma de que es posible ir contra los propios actos si fueron hechos contra la ley, sólo es aplicable a dos casos: cuando la nulidad fué introducida en favor del enajenante, o bien cuando la ley la ordenó en interés público. Y que, en los supuestos que discutimos, la prohibición no se dispuso a favor de aquél sino *intuitu filiorum*, y éstos, como herederos de su padre, no pueden reclamar la nulidad de lo obrado por éste, puesto que el mismo padre no pudo demandarlo.

A los que estimaban admisible la reclamación entablada por el hijo, heredero de su padre, en el caso de que éste hubiere realizado la enajenación *para defraudarle*, se replicó (1005): que no puede presumirse la intención fraudulenta; que el heredero aceptante, puesto que se licra con la herencia, debe pechar con sus obligaciones, y que con la adición se consienten los actos realizados por su causante, incluso los fraudulentos, de los que sin duda responde el aceptante como heredero suyo.

3) Si el hijo, sin usar del beneficio de inventario, heredó solamente una cuota de la herencia de su padre, se estimó que únicamente se le había de denegar la acción para vindicarla en la misma proporción en que fuese heredero (1006). Así había sido resuelto en la ley 14, Cod. III-XXXII, en la cual Diocleciano y Maximino dispusieron: «*Quum a matre domum filii, te sciente, comparasse prepones, adversus eum dominium vindicantem, si matre non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtinet hereditatem, doli mali, exceptione, pro qua portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis*».

7) Si el hijo y heredero, universal o de cuota, utilizaba el beneficio de inventario, se afirmó por algunos autores (1007) que podía reivindicar la cosa sin que pudiera oponérsele la excepción antes expresada, «*quia confectio inventarii ponit haeredem in eadem statu et gradu, in quo esset si hereditas adita non fuisset*», e «*inducitur separatio honorum et obligationis*». Pero predominó la opinión (1008) de que debía respetar la enajenación en cuanto

(1004) VALASCO, núm. 14 (pág. 145).

(1005) VALASCO, núm. 15 (pág. 146).

(1006) Ver RODRIGO SUÁREZ, *Loc. cit.*, núm. 7, pág. 390; GREGORIO LÓPEZ, *gl. y loc. últ. cit.*; ANTONIO GÓMEZ, *Op. últ. cit.*, in legem XLVIII, núm. 16, fol. 245 («*nisi talis filius sit haeres patris: quia tunc pro ea parte pro qua est haeres, non potest agere*»); ARIAS PINELO, *Op. cit.*, núm. 70, vers. «*Eadem conclusio*», págs. 513 y sigs.; PELÁEZ DE MIERES, *Loc. últ. cit.*, núm. 3, fol. 450; HERMENEGILDO DE ROXAS, *Loc. cit.*, núm. 25, pág. 250 (este autor explicó: «*Ratio est quia haeres representat personam sui antecessoris pro ea parte quam est haeres; quod vero ad alia partes, decitur extraneus*»); VALASCO, *Loc. cit.*, núms. 9 y 10.

(1007) PELÁEZ, *Loc. cit.*, núm. 1, fol. 448 vto.; GUZMÁN, *Loc. cit.*, núm. 20, pág. 215; ROXAS, *Loc. cit.*, núm. 38, pág. 251.

(1008) Ver GREGORIO LÓPEZ, *gl. últ. cit.*; RODRIGO SUÁREZ, núm. 10, in fine, p. 400; ARIAS PINELO, *Op. cit.*, núm. 81, pág. 514; MORJNA, *Loc. cit.*, núm. 24, pág. 573; VALASCO, *Loc. cit.* núm. 10, vers. *Stat ergo*, págs. 144 y sigs.

montare el valor inventariado que le hubiere correspondido. «Nam si inventarium fecisset—escribió Rodrigo Suárez—, non repelletur pro cuota est heres, sed solum in quantitate».

No faltaron (1009) quienes trasladaron a los mayorazgos la doctrina de Alberico—afirmativa de que si un interés de afección lleva al hijo que haya hecho inventario a recobrar, por ser de abolengo, la heredad vendida por su padre, no podía denegársele la reclamación, si bien estaría obligado al saneamiento.

δ) *Si el hijo únicamente heredó a su padre en la cuota hereditaria forzosa, habiendo utilizado el beneficio de inventario*: fué muy discutido si la reivindicación intentada por aquél podía ser rechazada en la participación hereditaria que representaba su haber. Fué discrepante la posición de los glosadores y los comentaristas. Gregorio López (1010) y Hermenegildo de Roxas (1011) opinaron con Bartolo y Angelo que si el heredero no hubiese recibido del causante lo que le correspondiera, podía contravenir lo obrado por éste. En cambio, siguiendo a Baldo, Saliceto, Paulo, Alejandro, Jason, Corneo y Jacovino, entendieron Rodrigo Suárez (1012), Covarrubias (1013), el doctor Luis de Molina (1014) y Alvaro Valasco (1015) que la vindicación podía ser rechazada en proporción a la cuota legitimaria o, habiendo aceptado a beneficio de inventario, en la cuantía obtenida. «Probetur—dice Rodrigo Suárez—quia non potest negari quod si iste filius evinceret rem suam ab emptore, ille emptor esset creditor hereditatis. Sed creditor praefertur filio etiam in legitima». Y, al argumento de que los hijos deben haber su legítima sin ninguna carga ni gravamen, respondió, «quod haber intelligi sine onere et gravamine legatorum et fideicommissorum et qualibet alio gravamine apposito per patrem in testamento. Secus tamen est in onere creditorum et aeris alienum potentius sit quam legitima: imo ipsa dicitur aere alieno deducto».

Arias Pinelo (1016), en cambio, insistió en la opinión de Bartolo, y a los argumentos antes expuestos opuso que: «...sed haec consideratio id tantum evincit ut filio rem suam vendicante, emptori detur actio ad pretium et interesse evictionis, solutio que emptori facienda hereditate, eandem minuat, et consequenter le-

(1009) GREGORIO LÓPEZ, *Loc. últ. cit.*; ROXAS, núm. 33, pág. 251; VALASCO, núm. 22, pág. 148. En contra, ver MOLINA, núm. 29, vers. *Nec in hac re*, pág. 574.

(1010) GREGORIO LÓPEZ, *Loc. últ. cit.*

(1011) HERMENEGILDO DE ROXAS, *Loc. últ. cit.*, núm. 27, décima succedit.

(1012) RODRIGO SUÁREZ, *Loc. cit.*, núm. 11, pág. 399.

(1013) COVARRUBIAS, *In tit. de Testam.*, cap. I, núm. 13 (vol. cit., pág. 26), donde propone: «compensatione legitimae cum ista re alienata».

(1014) LUIS DE MOLINA, *Primogeniarum...*, lib. y cap. cit., núm. 26, pág. 573.

(1015) ALVARO VALASCO, *Loc. cit.* núm. 7, págs. 143 y sigs. y núm. 10, págs. 144 y sigs.

(1016) ARIAS PINELO, *Op. cit.*, núm. 80, págs. 516 y sigs.

gitimam filii postea deducendam: atque ita regulae iuris servantur, ut aes alienum deducatus ante legitimam, filiusque re sua non privetur, cum a patre ex haereditatae nihil habeat et sic absque perplexitatae in iudicio ius suum uniuersique reddetur, cum ex comuni traditione, ingens oriatur confusio». De lo cual dedujo que, computada la legítima con deducción las deudas y entre ellas de la obligación de prestar evicción, el legitimario podrá vindicar la cosa sin que su reclamación pueda ser rechazada más que por cuanto haya recibido por encima de su legítima.

La confrontación de ambas tesis nos presenta una disparidad de enfoque. Rodrigo Suárez se enfrenta con la legítima *pars hereditatis*. Arias Pinelo con la legítima como activo líquido, *pars bonorum*. Con aquélla se recibe un activo bruto con el que hay que responder de las deudas y cargas, y, aun en caso de haber aceptado a beneficio de inventario, se sigue respondiendo de las no incluídas en pasivo del inventario, como sucederá con la obligación de evicción derivada de la ulterior vindicación de la cosa vendida por el causante, ejercitada por el hijo y legitimario de éste. Como *pars bonorum* se calcula el saldo activo después de deducidas todas las deudas, incluso la obligación de evicción cuando la vindicación del legitimario dé lugar a ella. Por eso, si la legítima se recibe a título de heredero parece más adecuada la primera solución y, en cambio, si se recibe a título singular debe aplicarse la segunda (1017), como vamos a ver seguidamente.

ε) *Si la legítima la recibió el hijo a título singular*, en efecto, no podía ser rechazada su vindicación, aunque la consiguiente obligación de evicción redujese su montante. Esta doctrina fué expuesta con referencia a la legítima atribuída mediante un legado de cuota o por una institución *ex re certa* concurrente con instituídos *ex asse*. Así lo vemos en Rodrigo Suárez (1018), el doctor Luis de Molina (1019), Hermenegildo de Roxas (1020) y Alvaro Valasco (1021).

Así, después de afirmar que el legitimario heredero puede ser rechazado en su reclamación en la proporción de su cuota, vemos cómo el últimamente citado Molina prosigue: «Quod intelligendum est, quando filius in quota haereditatis institutus est, secus autem quando in quota bonorum, seu in legitima, tamquam quota bonorum, vel re certa institutus est, dato coherede universali.

(1017) Este diverso resultado confirma una vez más nuestra afirmación de que «desde un punto de vista práctico no hay duda que el legitimario a quien no se le dejen más que sus derechos estrictos gozará de una posición más tranquila y ventajosa recibíendolos a título de legado» (II, § 6.º, Conclusión, pág. 303, AN. DER. CRV., V-III, pág. 911).

(1018) RODRIGO SUÁREZ, *Loc. cit.*, núm. 12, págs. 400 y sigs.

(1019) DOCTOR LUIS DE MOLINA, *Loc. ult. cit.*, núm. 27, pág. 574.

(1020) HERMENEGILDO DE ROXAS, *Op. y loc. cit.*, núm. 34, pág. 251.

(1021) ALVARO VALASCO, *Loc. cit.*, núm. 10, vers. *Quintus casus est*, página 145.

Cum enim in eo casu jure haereditario non succedet, nec actiones activae nec passivae in illum pertrauseant, consequens est, ut a re a patre alienata vendicande repelli non possit, tametsi ex quota honorum aes alienum, atque id, quod nomine evictionis debetur, detrahendum sit.»

B) *Límites a la reivindicación, por los hijos reservatarios que sean herederos del reservista, de los bienes reservables enajenados por éste, según la doctrina anterior a nuestro Código civil.*

La doctrina que hemos expuesto no la hemos visto aplicada expresamente a los bienes sujetos a reserva clásica por ningún autor de los siglos XVI y XVII. Ninguno de los que hemos consultado se planteó la cuestión. Pero su aplicación era evidente, pues referida a los bienes adventicios de los hijos en potestad del padre, con mayor razón tendría aplicación a los bienes reservables respecto los cuales el derecho del bñubo tenía más amplias posibilidades.

Así lo entendió la Sentencia de 4 de julio de 1896 al considerar que «aun cuando dicha ley [24, tít. XIII, P. 5.^a] se refiere únicamente al peculio adventicio del hijo, su fundamento y razón es perfectamente aplicable al caso de enajenación hecha por el padre de bienes reservables de los hijos, en los que como en aquéllos sólo tiene el padre el *mero usufructo* (1022), y respecto de que al morir éste no tienen sus hijos personalidad distinta, sino que se confunde con la de aquél al heredarle, por lo que se infringe la doctrina derivada de dicha ley cuando se reconoce a los hijos que heredaron a su padre acción para deshacer lo hecho por éste, pretendiendo conciliarla con la obligación de sanear, excluyente de aquélla por su naturaleza».

Febrero (1023), siguiendo el criterio de dicha ley de Partidas y con cita de Covarrubias y Pinelo, afirmó que los reservatarios tampoco pueden reivindicar los bienes reservables, después de muerto su padre bñubo, «si aceptan su herencia, sin hacer previa excusión en los paternos, pues como herederos universales están obligados a observar los contratos celebrados por su causante; y así sólo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra el poseedor; pero si la renuncian no necesitan hacer la excusión para intentar su repetición».

Benito Gutiérrez Fernández (1024), pocas décadas antes de

(1022) Calificación conceptual que no empece ni afecta la doctrina concreta reconocida por la sentencia.

(1023) JOSEF FEBRERO, *Librería de escribanos*, Parte Segunda, T. II (Madrid, 1781), Lib. II, Cap. II, § II, núm. 35, pág. 357. Ver también la versión de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, *Febrejo reformado y anotado*, P. II, T. IV, pág. 151, Lib. II, Cap. V, § 2, núm. 32, y la de EUGENIO DE TAPIA, en su versión *Febrejo novísimo*, T. I, pág. 585, Lib. II, Tít. II, Cap. XXIV, núm. 32.

(1024) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, vol. III, pág. 656, Lib. III, cap. VI, sec. IV, final, art. 4.

promulgarse nuestro Código civil, escribió que: «Sostienen por fin los intérpretes la validez de las enajenaciones hechas después de haber pasado el viudo o viuda a segundo matrimonio, aun quedando hijos o descendientes al tiempo del fallecimiento, si dejare bienes suficientes para reintegrarles su importe, pues si no los dejase podrán éstos revocarla, pero en concepto de renunciar antes a la herencia del padre o madre que hizo la enajenación, aplicando por interpretación a este caso lo que sobre peculios dispone la Ley 24, título XIII, P. 5.^a».

En cambio, Gómez de la Serna y Montalbán (1025) objetaron: «Esta opinión, que pudo tener en algún tiempo más o menos fuerza, no parece conforme en el día con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, ni con lo dispuesto por la Ley Hipotecaria, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ésta.» Como jurisprudencia citaron la Sentencia de 21 de mayo de 1861, que en su segundo considerando afirmó que «la enajenación que de ellos hiciere [el bñubo] no es eficaz sosteniéndose solamente durante su vida, porque no ha podido transmitir un dominio que no tenía», y en su fallo rechazó el recurso interpuesto por quien había adquirido del reservista e invocaba las leyes 24 y 25, título XIII, P. 5.^a Pero, aparte el dudoso problema interpretativo de la ley 24, en lo relativo al requisito, previo a la reivindicación, de hacer excusión de la herencia del padre bñubo, lo cierto es que la afirmación del referido considerando nada innovaba y que, en el caso cuestionado, los reservatarios vindicantes, previamente a entablar la demanda, habían renunciado a la herencia del reservista; y del mismo modo ocurrió en el supuesto de la Sentencia de 26 de enero de 1874. Por otra parte, años después, hemos visto que la Sentencia de 4 de julio de 1896 continuaba manteniendo el viejo criterio dominante entre los autores de Derecho común.

Lo cierto es que si bien la jurisprudencia conserva la justa doctrina, en cambio, en este punto como en otros, resulta penoso constatar la notable disminución del nivel jurídico de nuestros autores de los siglos XVIII y XIX—tanto entre los defensores de una como de la otra de las tesis en discusión—con respecto al alcanzado para nuestros juristas de los siglos XVI y XVII.

Como resumen de la doctrina y la jurisprudencia de estos últimos siglos podemos sentar.

Que la opinión de Febrero y Benito Gutiérrez, que aplicaban literalmente la ley 24, T. XIII, P. 5.^a (en contra del intento de armonizarla con el Derecho común pretendido por Gregorio López e Ibáñez de Faria), fué rechazada en la Sentencia de 21 de mayo de 1861 que no requirió la previa excusión de los bienes del padre

(1025) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. II (Madrid, 1881, 13 red.), núm. 105, pág. 132 y nota 2 de esa página.

para que el hijo, que renunció a la herencia del mismo, pudiese reclamar los bienes reservables enajenados por éste. Criterio que también presupone, en un *obiter dictum*, el segundo considerando de la Sentencia de 16 de junio de 1862, pues afirma que los derechos que concede a los hijos la ley 24, tít. XIII, P. 5.^a es *para el caso de que el hijo no quiera ser heredero ni haber parte en los bienes del padre*. Y que siguió la Sentencia de 26 de enero de 1874 al proclamar, en su quinto considerando, «que D. J. F. S. al reivindicar, como dueño después del fallecimiento de su padre D. M. W. y *después de haber renunciado la herencia del mismo*, la casa sita en el pueblo de B, calle del R., núm. 17, objeto de este pleito, que su indicado padre había adquirido por sucesión intestada de su otro hijo del mismo matrimonio, D. M. J., ha estado en su perfecto derecho, así como lo ha estado al solicitar simultáneamente que se declare nula y de ningún valor ni efecto la venta que de dicha finca hizo el D. M. W. en 29 de octubre de 1850».

Y, en cambio, la posibilidad de oponerse a la reivindicación intentada por el hijo que aceptó la herencia de su padre, el reservista enajenante, la reiteró la Sentencia de 4 de julio de 1896 de acuerdo con la doctrina del Derecho común, al destacar su primer considerando que a los hijos sólo les es posible entablar la reclamación «cuando no fuesen herederos del mismo [padre enajenante], pues si quisiesen heredarle carecerían de acción para hacer dicha reclamación, porque en tal caso están obligados a guardar todos los pleitos derechos que al padre hubiese hecho y no ir contra ellos [la cual] se funda evidentemente en el principio consignado en las mismas leyes de que quien hereda sucede en todos los bienes del difunto, y así en sus derechos como en sus obligaciones, porque sería contradictorio que quien como heredero tiene el deber de salir a la defensa del que contrató con su causante cuando un tercero le perturbe en la posesión del derecho adquirido, fuese quien le perturbase, no siendo por una acción que el difunto hubiese podido ejercitar en vida».

(C) *Posición del reservatario heredero del reservista después de la vigencia del Código civil, ante las enajenaciones de bienes reservables hechas por el reservista a favor de extraños.*

La doctrina de la Sentencia de 4 de julio de 1895, que hemos expuesto, se refirió al derecho anterior a la vigencia del Código civil, pero es de notar—como observó Scaevola (1026)—que:

«La mayor importancia de esta doctrina es la de haberse publicado varios años después el Código sin que el Tribunal Supremo se preocupara de la posibilidad de su derogación. Por el contrario, la sentencia se refiere a principios jurídicos constantes, y saca deducciones de la propia naturaleza del derecho hereditario, que

(1026) MUCIUS SCAEVOLA, *Op. cit.*, vol. XVII, arts. 974, 975 y 976, D. 2.^o, pág. 202.

no ha sufrido modificación en el Código, y hace creer que el Tribunal Supremo sostiene la misma opinión después de derogada la ley 24, tít. XIII, de la Partida 5.^a)

La Sentencia de 6 de mayo de 1902, en un supuesto en que se reclamaba la nulidad de la venta de una finca y de una participación indivisa de otra, adquiridas con dinero que se afirmaba reservable y que no cubría la herencia de la reservista, declaró en su tercer considerando, que:

«Aun en el supuesto de que el mencionado móvil [de defraudar a los reservatarios] pudiese estimarse como causa de la venta, doña J. M. [la reservataria] carecería de acción para reclamar la restitución de las fincas enajenadas, porque siendo continuadora de la personalidad jurídica de su madre en el concepto de heredera de la misma, siquiera se hubiera acogido al beneficio de inventario, que no produce otros efectos que los establecidos en el artículo 1.023 del Código civil, le alcanza la regla 2.^a del artículo 1.306, que niega al culpable la facultad de repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido, cuando, como sucede en el caso actual, el otro contratante estuviere exento de culpa, doctrina que, con relación a un caso análogo, ha sido declarada por este Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de julio de 1896, alegada en el recurso.»

Contra el criterio de esta jurisprudencia se han manifestado Scaevola (1027), De Diego (1028), De Buen (1029), Marín Monroy (1030), Sols García (1031) y Ruiz Artacho (1032). Castán To-

(1027) SCAEVOLA, *Loc. últ. cit.*, págs. 292 y sigs.

(1028) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (*Dictámenes...*, vol. cit., dict. número 42, pág. 42) al ocuparse de si el reservatario heredero del reservista podía pedir la nulidad de un legado [no ya, en dicho caso, de una enajenación *inter vivos*] que vulneraba la reserva, contestó afirmativamente y añadió: «Sin que sea obstáculo la circunstancia de que sea heredero del reservista, porque al accionar de nulidad no actúa su personalidad de heredero sino la de reservatario. Bien sabido es que *unus homo plures personas sustinere potest* y lo que haga en una cualidad no influye ni para bien ni para mal en la otra cualidad.»

(1029) DE BUEN, *Notas al Curso de Colin y Capitant*, vol. cit., pág. 392: «En realidad es contrario al sentido de la ley que los hijos no puedan prevalecerse de normas establecidas para protegerlos contra actos perniciosos para ellos de sus padres, aparte de que los bienes reservables forman un patrimonio regido por reglas especiales que los hijos no reciben de su padre reservista a título de sucesores y que, por tanto, los actos realizados por aquéllos, en cuanto a ese patrimonio, no pueden considerarse como actos propios de los hijos.»

(1030) MARÍN MONROY, *La reserva llamada...*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», VI, págs. 904 y sigs. y nota 185. El texto en que critica las sentencias de 4 de julio 1896, y 6 de mayo de 1902 dice que: «Tal doctrina implica en el padre reservista el poder eludir la reserva o la legítima, y el hijo reservatario tendrá que contrapesar y elegir entre una y otra, siendo así que la Ley precisamente quiere que reciba las dos. Y en la nota, comentando la aplicación de la Ley, 24, tít. XIII, P. 5.^a, observa: «La venta por el reservista era nula; no era, pues, *pleyto derecho*, con lo cual cae por su base toda la argumentación del Tribunal Supremo.»

beñas (1033) se ha limitado a decir que «esta doctrina [del Tribunal Supremo] es combatida por Scaevola y la generalidad de los autores».

Sánchez Román (1034), señaló entre las causas de extinción de la reserva: «La confusión de derechos, por título universal bastante del reservatario a la reserva y de la obligación a reservar del reservista; pero no por título singular de reunión de los caracteres de acreedor y deudor por acto *inter vivos*, doctrina que confirma el Tribunal Supremo al declarar que «la confusión y consiguiente extinción de obligaciones establecida en el artículo 1.192 del Código civil no puede afectar a los derechos independientes de los actos y herencia de la persona en quien se hayan reunido los caracteres de acreedor y deudor, en cuyo caso se encuentran los derechos declarados por el artículo 811, pues siendo diferentes los conceptos jurídicos de los dos expresados preceptos, hay que diferenciarlos necesariamente, sin que proceda declarar que el artículo 1.192 ponga obstáculos a la aplicación del 811 en casos regidos únicamente por éste» (1035).

Díaz Cobeña (1036) reconoce que, a tenor de la doctrina de la Sentencia de 4 de julio de 1892, los herederos de la reservista en quienes, además, concurre la cualidad de reservatarios de los bienes indebidamente enajenados por aquélla, «es notorio que carecen de acción y derecho para ello con arreglo a la citada doctrina del Tribunal Supremo». Pero, de lo dispuesto en los artículos 976 y 978 del Código civil, deduce que, «con mayor razón [los reser-

(1031) SOLS GARCÍA, *El heredero; ideas para su estudio*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», XX (septiembre 1944), págs. 575 y sigs., argumenta la independencia del título de reservatario y del carácter de heredero, «por lo que es lógico que pueda accionar [el reservatario] con absoluta independencia de su carácter de heredero continuador del causante», y que nuestro Derecho admite «la posibilidad de ejercitar, sin negar esa cualidad [de heredero]; es más, invocándola en ocasiones, acciones contra actos del *de cuius* cuando éstos sean contrarios al actor por haber violado el testador o causante un precepto legislativo que favorece al heredero».

(1032) RUIZ ARRACHO, *Loc. cit.*, pág. 435 y sigs., opina que la doctrina de la sentencia de 12 de abril de 1944, determinante de la nulidad de las ventas simuladas hechas en fraude de legítimarios, es aplicable por analogía a las enajenaciones de bienes reservables otorgadas por el reservista de quien los reservatarios sean herederos universales, y cree que «podrán los reservatarios impugnar aquellos actos de enajenación no sólo porque la ley está por encima de la voluntad del causante, sino porque..., las dichas enajenaciones de bienes inmuebles reservables llevan en sí la posibilidad legal de su anulación posterior...».

(1033) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, vol. cit., tema LXXV, página 477.

(1034) SÁNCHEZ ROMÁN, *Curso...*, vol. VI-II, núm. 161, c), págs. 1041 y sigs.

(1035) Sentencia de 21 de noviembre de 1902. Pero es de notar que, en el supuesto contemplado en ella, las cualidades de acreedor y deudor no se habían confundido en el reservatario, sino en el descendiente.

(1036) DÍAZ COBEÑA, *Dictámenes* cit., dict. XV, D (20 abril 1908), pág. 243.

vistas] deben ser responsables del valor de los inmuebles que indebidamente enajenan, y hay que considerar a sus herederos obligados a indemnizar a los reservatarios que con su enajenación se ven privados de recibirlos». Y, si bien observa «que este derecho carece de utilidad práctica en la casi totalidad en los casos en que... se reúnen en unas mismas personas los caracteres de reservatarios y herederos del reservista, puesto que la indemnización que deben recibir en el primer concepto es con cargo y como baja del caudal que les corresponde en el segundo», destaca que, en el caso por él dictaminado, «como la señora marquesa viuda de... distribuyó dos tercios de su herencia en una legado y una mejora que no les alcanza a aquéllos, y los bienes reservables, o el valor de los que se hayan enajenado, ha de dividirse por partes iguales entre todos los reservatarios, lo que perciben por indemnización de los últimos será siempre más que lo que para satisfacerla disminuya su haber hereditario, en justa proporción a la legítima corta a que éste se halla limitado».

Manresa (1037) y Valverde Valverde (1038) han interpretado la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de limitar su aplicación solamente al caso de *haber enajenado los bienes el reservista puramente o sin constar la condición* y haber *aceptado los reservatarios puramente la herencia del reservista*. Pero la han considerado inaplicable: a) Si la enajenación la verificó el reservista bajo condición resolutoria, haciendo constar ésta expresamente, es decir, supeditando su firmeza a que la reserva no se consumara. b) Si los reservatarios aceptasen la herencia del reservista a *beneficio de inventario*, «pues—según Manresa—con arreglo a lo previsto en el artículo 1.023, no se confunden en tal caso, la personalidad del causante con la de los herederos, y éstos conservan todos sus derechos contra la herencia». Añade Manresa que la aceptación pura de la herencia «no estorba el derecho de reclamar a los demás herederos las indemnizaciones que procedan legalmente aun cuando, como es natural, contribuyan a su pago como herederos de los mismos hijos o descendientes del primer matrimonio».

En cambio Borrell i Soler (1039) consideró notoriamente insuficiente para poder reclamar contra las enajenaciones del reservista haber aceptado su herencia a beneficio de inventario. A su juicio, el reservatario para poder ejercitar acción real contra el comprador de bienes reservables debe hallarse totalmente desligado de los actos del reservista, «pues de otro modo la fuerza de los actos propios del causante, que debería respetar, paralizaría su acción».

(1037) MANRESA, *Comentarios...*, VII, arts. 968 a 980, II, págs. 290 y sigs.

(1038) VALVERDE VALVERDE, *Op. y vol. cit.*, pág. 480, nota 1.

(1039) ANTONI M. BORRELL I SOLER, *Miscel·lania Jurídica*, «Rev. Jur. de Cal.», XXXII, cit., pág. 309.

Royo Martínez (1040) se limita a recoger la doctrina del Tribunal Supremo.

Dávila García (1041) y Virgili Sorribes (1042) han examinado con especial atención aquellos supuestos en que los reservatarios sean, respectivamente: herederos voluntarios; a la vez herederos voluntarios y legitimarios, y, finalmente, legitimarios pero no herederos del reservista enajenante. Como sea que Dávila proclama la absorción de la condición de legitimario por el título de heredero —«donde hay herencia no hay legítima»— asimila los dos primeros supuestos. Para ambos compañeros, el legitimario que no sea heredero del reservista, puede, como reservatario, impugnar las enajenaciones de bienes reservables hechas por su causante (1043); solución que Dávila extiende al heredero aceptante a beneficio de inventario (1044). En cambio, el reservatario que además sea heredero voluntario del reservista, sea o no legitimario suyo, dice Dávila, no puede impugnar las ventas de bienes reservables realizada por aquél (1045). Virgili distingue: entre el heredero voluntario que no es legitimario, al que rotundamente niega la posibilidad de impugnar como reservatario las enajenaciones de bienes reservables

(1040) ROYO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, cap. XX, págs. 234 y sigs.: «En cuanto a los reservatarios, pueden ejercitar las acciones de impugnación de las enajenaciones a que se refiere el artículo 975, pero si tienen además el carácter de herederos del reservista, las Sentencias de 4 de julio de 1896 y 6 de mayo de 1902 han declarado que, en cuanto tales herederos, no les es lícito impugnar los actos realizados por su causante.»

(1041) JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos y legitimarios (Donde hay herencia, no hay legítima)*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», XIV (octubre 1943), págs. 667 y sigs. y 670.

(1042) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (El llamado heredero forzoso no es heredero)*, «Rev. Crít. de Der. Inmob.», XVIII (julio-agosto 1945), págs. 488, 489 y 492 y sigs.

(1043) Dice DÁVILA (pág. 670): «El legitimario puede impugnar todos los actos que haya realizado su causante en contra de su legítima o en fraude, artículo 654 del Código civil.» Precisa VIRGILI (pág. 489): «El legitimario puede impugnar las ventas de los bienes sujetos a reserva. Como hijo o padre tiene derecho a la legítima; como reservatario, a los bienes reservables.»

(1044) DÁVILA (pág. 670) añade en el mismo párrafo que hemos transcrito la frase citada en la nota anterior: «Situación muy análoga a la del legitimario es la del heredero a beneficio de inventario (art. 1.023).»

(1045) «El heredero asume todas las obligaciones y responsabilidades de su causante, y los actos realizados por éste se estiman como realizados por el mismo heredero. Por ello no puede impugnar ninguno de aquellos que el causante hubiera cometido con perjuicio del heredero» (pág. 667). De la doctrina de las Sentencias de 4 de junio de 1896 y 6 de mayo de 1902 dice aque, conforme a las bases de nuestro Derecho positivo e histórico, es totalmente correcta y exacta. Si el heredero responde incluso con sus bienes propios del pasivo de su causante (1.003 del Código civil), ¿cómo no va a respetar esas enajenaciones? Si sobre los bienes propios del heredero puede disponer igualmente, puede condicionar la legítima, suspenderla o no reconocerla en tanto el llamado a la herencia la accepte simplemente» (pág. 668).

verificadas por su causante (1046), y el heredero voluntario que sea legítimo, quien a su juicio puede impugnarlas si renuncia la herencia y cobra su legítima (1047).

Los argumentos aducidos a favor y en contra de la impugnabilidad por los reservatarios, que sean herederos del reservista, de las enajenaciones de bienes reservables hechas por éste, podemos sintetizarlos de la siguiente forma:

Argumentos a favor de la impugnabilidad:

1.º La diversidad de los títulos de heredero del reservista y de reservatario permite actuar al reservatario con independencia de su cualidad de heredero del reservista, de modo que al pedir la nulidad de las ventas otorgadas por el reservista no actúa como heredero suyo y, por ende, fuera de la esfera de sus actos propios, sino simplemente como reservatario (Scaevola, De Diego, De Buen, Sols).

Argumento que tiene la falta de examinar sólo una cara del problema, pues por la otra cara el reservatario, como heredero del reservista, sufrirá su deber de evicción.

2.º Que los actos del *de cuius* perjudiciales al heredero por haber violado con su realización un precepto legislativo que favorezca a éste, pueden ser impugnados por este último (Scaevola, De Buen, Sols, Ruiz Artacho).

Criterio que también olvida el derecho del adquirente por evicción, y confunde las enajenaciones nulas de derecho, aunque efec-

(1046) Pág. 488: «Fallecido A [el reservista] y aceptada pura y simplemente su herencia por B [el reservatario], éste no puede impugnar aquellas ventas [de bienes reservables realizadas por A], porque su condición de heredero de A le impide ir contra los actos de aquél, aun causados en su perjuicio. Mas supongamos que B pudiera impugnar aquella venta, ¿cuál sería el resultado práctico de aquella impugnación? Nulo. Veamos: Si A vendió y el comprador no tiene la condición de tercero, la venta puede ser atacada; B recobrará el inmueble, pero el comprador ejercerá sus acciones (en último término, la que nace del enriquecimiento sin causa) contra los herederos de A, o sea, contra B, y éste dará a aquél con una mano (como heredero de A) lo que le quitó con la otra (como reservatario de X). No cabe tal absurdo: *Nullus eadem subimet edicit reluctari*, proclamó la *Novela* 48.»

(1047) Pág. 492: «Creemos que la más pura lógica impera. B tiene derecho a su legítima paterna y además tiene derecho a la herencia de su madre. Pueden actuar estos dos derechos: renunciando a la herencia, cobrando su legítima (art. 833 del Código civil) y reclamando la herencia de su madre. Pero si acepta la herencia paterna, como heredero voluntario, tendrá que respetar las enajenaciones practicadas por su padre de los bienes reservables. No cabe hablar de que se le ha perjudicado, pues él cobra su legítima, que es el único derecho intangible que tiene; el otro—la herencia materna—lo renuncia tácitamente al aceptar su condición de heredero voluntario de su padre». Aceptada la validez de la *cautela Saccini* por el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de diciembre de 1939, razona VIRGILI (pág. 493) que: «De admitir la legalidad de esta cláusula cuando el testador explícitamente la impone, ¿por qué no admitir la eficacia cuando deriva de la aplicación de los principios generales del derecho sucesorio y, por lo tanto, de la voluntad tácita del testador?»

tivas de hecho mientras no se impugnen, con las simuladas y las en fraude de la ley. Por otra parte, el carácter legal que tienen tanto la reserva como la legítima del heredero, plantea una cuestión distinta que luego trataremos de analizar.

3.º Que el fin de la reserva se destruiría en caso de percibir los herederos no reservatarios el importe de las enajenaciones, o parte del mismo, en perjuicio de los reservatarios herederos (*Scaevola*).

Razón que no tiene en cuenta que ese valor deberá atribuirse a los reservatarios herederos, que si no pueden reclamar al adquirente, tienen conforme al artículo 1.085 del Código civil, derecho a reclamar a sus coherederos no reservatarios la parte a ellos correspondiente en dicho valor, del que en caso contrario se lucrarían injustificadamente. La obligación de evicción corresponde a todos los herederos y no sólo a los reservatarios, y si bien éstos, en su virtud, no pueden reclamar los bienes indebidamente enajenados por el *de cuius* reservista, tal como hemos visto observaron perfectamente Manresa y Díaz Cobeña, pueden reclamar a los demás coherederos la parte correspondiente a su cuota respectiva, a tenor del artículo 1.085 del Código civil.

4.º Que si bien la obligación de sanear es incompatible con el derecho a pedir la nulidad, este derecho corresponde sólo a los herederos reservatarios, mientras la obligación de saneamiento incumbe también a los demás herederos, por lo cual la imposibilidad de impugnar perjudicaría a los primeros y beneficiaría injustificadamente a los segundos.

Resultado que sería realmente injusto, si pudiera llegarse a él, cosa que no cabe como hemos subrayado al criticar el argumento anterior, pues los herederos no reservatarios deberán indemnizar a los que reúnan ambas cualidades por la parte de dicha obligación que corresponda a aquéllos como obligación y carga que es de todo la herencia, integrante de su pasivo.

Argumentos favorables a la inimpugnabilidad:

1.º La confusión de la personalidad patrimonial de causante y heredero, siendo éste continuador de la personalidad jurídica de aquél (Sentencias 4 julio 1892 y 6 mayo 1902, Manresa, Valverde, Díaz Cobeña, Borrell, Dávila).

2.º La doctrina de los actos propios que se extiende también a los herederos de quien los realizó (Borrell, Dávila, Virgili).

Cuestión ésta muy complicada a la que luego haremos una muy breve referencia.

3.º Que el heredero del reservista, como tal heredero, responde a quienes adquirieron de su causante, del saneamiento por evicción de los mismos bienes enajenados que podría reclamar como reservatario, con lo cual con una mano debería restituir lo recuperado con la otra (Díaz Cobeña, Virgili).

Aparte de estas dos posiciones, aplicadas al supuesto de ser el reservatario heredero del reservista, tampoco ha faltado quien

haya defendido (1048) que aquél, aun no siendo heredero de éste, no puede dirigirse nunca contra los adquirentes de dichos bienes sin hacer previa excusión de la herencia del reservista. El fundamento de esa opinión se halla en el criterio de conceptuar que son *rescindibles* las enajenaciones de bienes inmuebles reservables hechas por el reservista, con lo cual se aplicaría el artículo 1.204 del Código civil que declara el carácter subsidiario de la acción para reclamar la rescisión, pues afirma que «no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio». Con ello se llegaría a un resultado igual al deducido de la letra de la ley 24, tít. XIII, P.^o 5.^o. Pero si antes (1049) hemos rechazado la opinión de que meramente sean rescindibles las enajenaciones de inmuebles reservables dispuestas por el reservista, también deberemos desechar ahora la aplicación de sus consecuencias al caso que estudiamos.

Previamente a exponer nuestra opinión, creemos necesario examinar las variaciones que la promulgación del Código civil haya podido introducir en el planteamiento del tema.

a) El artículo 661 es fiel a la posición clásica de la subrogación del heredero en la posición jurídica del causante: «*Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*».

b) En cambio, la regla general de Derecho romano que asignaba a los coherederos una responsabilidad por las deudas hereditarias proporcional a su respectiva cuota en el *as* hereditario (Dig. XLV-I, 56, § 1.^o) ha sido modificada en el artículo 1.084, que dice en su primer párrafo: «Hecha la partición los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.—En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la participación, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda».

La excepción contenida en la segunda parte del primer párrafo del artículo transcrito coincide con el efecto 1.^o de la aceptación a beneficio de inventario, determinado en el artículo 1.023: «El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma». Interesa también el efecto 3.^o, señalado en este mismo artículo

(1048) Tales VALVERDE MARURI (*Op. cit.* citada por SCAEVOLA, vol. XVII, pág. 288) y los primeros colaboradores del vol. VII de la obra de MANRESA (ver la referencia a esa anterior opinión que se lee en dicho volumen, pág. 301 de la 6.^a ed.).

(1049) II, § 3.^o, núm. 20, 2.^o, 8), en AN. DER. CIV. XII-III, págs. 760 y sigs.

1.023: «No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia».

c) El texto de la ley «*Indicantem*» (Dig. XXI-II, 17) no ha sido recogido en ningún artículo del Código civil. Pero notemos que dicho fragmento del Digesto transcribía una opinión de Ulpiano (Lib. XXIX ad Sabinum) deducida de principios jurídicos generales, al considerar que «*improbe enim rem a se distractam evincere conatur*». Y a esa misma solución podemos llegar, a través de nuestros principios generales, partiendo de las obligaciones de entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta, expresadas en el artículo 1.461 del Código civil. Corresponde ese resultado al denominado principio de convalecencia, del cual Jerónimo González (1050) hizo aplicación, entre otros casos: «2.º Si el enajenante adquiere efectivamente la cosa, que ha enajenado cuando no era dueño. 3.º Si el mismo enajenante es heredado por el verdadero titular, y éste responde ilimitadamente por las deudas de su causante». Añadiendo respecto de ese último supuesto: «Caso de que el verdadero titular herede pura y simplemente al enajenante, por efecto de la fusión de personalidades, se consolida la enajenación que este último ha hecho sin facultades. *Heres facta defuncti proestare debet*. No surge una obligación propiamente dicha del heredero sino que se provoca una disminución de su patrimonio por virtud de la convalecencia».

d) El saneamiento en caso de evicción es regulado en los artículos 1.475 a 1.483 inclusive. El artículo 1.478 trata de la extensión de la obligación de saneamiento por evicción, que comprende en primer lugar: «La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta». Es decir, que el importe del precio de saneamiento corre paralelo al valor de la cosa en el instante la evicción, y al mismo todavía deben añadirse los frutos o rendimientos a reintegrar, las costas del pleito que motiva la evicción, los gastos del contrato pagado por el comprador, y los daños, intereses y gastos voluntarios o de puro recreo u ornato si se vendió de mala fe.

También, previamente, debemos precisar el objeto de nuestro problema y a dicho fin hay que discriminar:

a) Que no trata de enajenaciones simuladas, total o parcialmente, supuestos en los cuales cabría a los herederos del pseudo-transmitente la posibilidad de actuar contra el adquirente simulado para romper la mera apariencia, tras cuya cortina no hay ninguna transmisión real ni querida (en caso de simulación absoluta), o solo un acto gratuito—donación *inter vivos* o *mortis causa*—radical-

(1050) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ. *Principios hipotecarios*, IX Principio de trazo sucesivo, E, en «Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil», t. I (Madrid, 1948), págs. 421 u 424, y en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», III (septiembre 1927), págs. 683 y sigs.

mente nulo por falta de forma sustancial (1051), o por lo menos rescindible en cuanto perjudique derechos legítimarios (1052) o cualesquiera otros que no puedan ser perjudicados por disposiciones a título gratuito.

b) Que tampoco se trata de enajenaciones verificadas en fraude de la reserva o la legítima, que requerirían la confabulación fraudulenta de comprador y vendedor (1053) y que estarían viciadas de nulidad por ilicitud de la causa, reclamable por los reservatarios y por los legítimarios, aunque sean herederos del enajenante (1054), sin posibilidad de oponerles la doctrina de los actos propios (1055).

(1051) Sentencias de 26 de octubre de 1926, 23 de octubre de 1929, 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1953. Como dice FEDERICO DE CASTRO (*La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble*, en AN. DER. CIV., VI-IV, septiembre-diciembre 1953, págs. 1003 y sigs.), el requisito de la forma pública del artículo 633 del Código civil exige que la forma cubra los elementos esenciales del negocio y, por lo tanto, la voluntad de donar. Ver también Sentencia de 29 de octubre de 1956, si bien ésta calificó de *mortis causa* la donación disimulada, estimándola nula por faltarle la forma testamentaria.

(1052) Sentencias de 29 de enero de 1945 y 2 de junio de 1956. Tesis defendida principalmente entre nosotros por TORRELLA MAS DE XEXAR (*La forma de las donaciones simuladas de inmuebles*. Tesis doctoral, 1953, citada por F. DE CASTRO) y DÁVILA GARCÍA (*Herederos o legítimarios, Actos y contratos simulados*, en «Rev. Crit. de Der. Inmob.», XVIII, febrero 1945, págs. 106 y sigs.).

(1053) Así lo destacó la sentencia de 6 de mayo de 1906, no bastando la mera intención del vendedor si no sale del ámbito subjetivo e intrasendente de los motivos.

(1054) Sentencias de 28 de octubre de 1897, 12 de noviembre de 1920, 19 de mayo de 1932, 12 de julio de 1941, 12 de abril de 1944, 12 de abril de 1946. Ver AMADRO DE FUENMAYOR CHAMPÍN (*Intangibilidad de la legítima*, en AN. DER. CIV., I-I.º, págs. 51 y sigs.) que resume: «A la vista de esta doctrina de nuestro Tribunal Supremo, podemos afirmar, como conclusión interesante a nuestro objeto, que la donación disimulada bajo un contrato de compraventa y realizada con objeto de burlar los derechos legítimarios de los herederos forzosos del otorgante, rebasando el área de los contratos simulados, penetra en el campo de los negocios ilícitos y con ello adquiere el carácter de absolutamente nula». «Precisa notar, empero—añade—, que en algún supuesto la tesis contraria antes citada en Dávila García debe considerarse exacta: tal ocurre en el caso de celebrarse una donación disimulada sin propósito de burlar los derechos sucesorios del donante» (págs. 56 *in fine* y 57).

(1055) Sentencias de 19 de mayo de 1932, 12 de abril de 1944. La aplicación de la doctrina de los actos propios fué extendida a los herederos de quien los efectuó (ver, v.gr., Novela XLVIII, pr.), pero siempre se le señalaron límites en los supuestos de tratarse de actos que el propio causante podía impugnar y reclamar su nulidad o bien de actos nulos por razón de interés público (ver, v.gr., RODRIGO SÁNCHEZ, *Op. últ. cit.*, Ampl. séptima, núm. 9, pág. 399). La Sentencia de 31 de mayo de 1930 llegó a la conclusión de que ese principio nunca ha podido amparar actos que por su ilicitud no hayan debido realizarse (ver el intento de JOSÉ PUIG BRUTAT, *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*—Barcelona, 1951— págs. 97 y sigs., en especial 111 a 113, dirigido a delimitar el ámbito de aplicación del principio *tenere contra factum proprium non va*

c) Ni tampoco de enajenaciones sometidas por sus otorgantes al término resolutorio de la no consumación del derecho del transferente (1056).

d) Que, en cambio, el problema se centra en el examen de las enajenaciones verificadas sin simulación alguna, ni ilicitud de causa, es decir, sin fraude compartido por transmitente y adquirente y realizadas con ánimo dispositivo definitivo y absoluto; pero que sobrepasen el ámbito del poder dispositivo del transferente. Razón por la cual los reservatarios pueden reclamar su ineficacia, a partir de la muerte del reservista; pero los herederos de éste deberán responder de evicción al adquirente que sufra la impugnación.

He ahí el exacto planteamiento del problema. Determinado ya, intentaremos explicar nuestra posición. Para ello, una vez más, deberemos distinguir:

a) *Reservatario heredero voluntario del reservista, que acepta puramente la herencia.*

La responsabilidad solidaria (art. 1084) de todos los coherederos al saneamiento por evicción (art. 1.461 y 1.478) de las enajenaciones de su causante (art. 661), impide a los reservatarios, que además sean herederos del reservista, impugnar las enajenaciones de bienes reservables hechas por éste.

No obstante, conforme al artículo 1.085, podrán reclamar a sus coherederos, a prorrata de sus respectivas cuotas, la parte a éstos correspondiente en la obligación de evicción de los bienes que el reservatario, por ser heredero del reservista, no pudo reclamar al adquirente. Resultado al que igualmente se llegaría, aunque el artículo 1.085 del Código civil no existiera, porque la obligación de evicción es deuda del caudal del causante, que debe restarse para hallar el activo líquido.

b) *Reservatario heredero voluntario del reservista que acepta a beneficio de inventario.*

Conforme al número 3 del artículo 1.023, parece en principio que el aceptante a beneficio de inventario podrá como reservatario reivindicar los bienes reservables. Pero, en cambio, es evidente que deberá responder de evicción dentro del límite del número 1.º del mismo artículo 1.023, esto es, hasta donde alcancen los bienes que por la herencia le correspondan. Por lo cual entendemos que en tanto en cuanto cubra la obligación de evicción con bienes del activo líquido de la herencia, el aceptante a beneficio de inventario no podrá reclamar contra las enajenaciones de bienes reservables verificadas por su causante.

let), ni puede amparar los actos ilícitos del causante realizados en convivencia con el adquirente, precisamente en fraude de los derechos legítimos o reservatarios dimanantes de la Ley.

(1056) Supuesto para el cual es correcta la solución de MANRESA y VALVERDE VALVERDE (*locs. cit.*).

c) *Reservatario que sea legitimario, pero no heredero del reservista.*

En este caso es evidente que el reservatario, por no ser realmente heredero (1057), podrá reivindicar los bienes reservables y no responderá de evicción. No obstante, aunque no le obligue personalmente el saneamiento por la evicción de dichos bienes, en cambio, como deuda que es de la herencia, disminuirá el activo líquido hereditario y, por ende, la cuantía de su legítima.

d) *Reservatario que sea legitimario y heredero del reservista.*

En principios tendrá legalmente derecho a los bienes reservables, como reservatario, y al montante de su legítima, como legitimario.

Por ello, si acepta la herencia a beneficio de inventario, deberá tener cubierto, además del valor de su reserva, el montante líquido de su legítima, naturalmente computada deduciendo del caudal con el pasivo la obligación de saneamiento. Su posición, por lo tanto, apenas varía respecto de la de cualquier otro aceptante a beneficio de inventario, pues sólo hay legítima en proporción a la medida en que existe activo.

Pero, si no hace uso de dicho beneficio, su posición no variará con respecto a la del reservatario que sea heredero voluntario del reservista. El beneficio de inventario exige unas formalidades, establecidas para garantizar a los acreedores del causante (y acreedor sería todo adquirente suyo vencido por evicción) que no les serán ocultados ni distraídos bienes integrantes del activo hereditario. Si el legitimario no cumple los necesarios requisitos, que a dicho fin establece la ley y que ésta deja en su mano cumplimentarlos, es lógico que no goce de beneficio alguno frente a dichos adquirentes. Sin perjuicio, es claro, de que pueda repercutir a los demás coherederos a prorrata de sus respectivas cuotas—conforme al art. 1.085 y en este caso también al art. 815—el perjuicio que se le haya ocasionado por la obligación de saneamiento por evicción de su causante.

45. *Calificación del derecho de los reservatarios a reclamar los bienes reservables.*

Una de las consecuencias de la dogmática conceptual ha sido la pretensión de clasificar en figuras típicas meramente técnicas la posición de todos y cada uno de los protegidos por normas jurídicas. Centrada íntegramente la elaboración del conceptualismo dogmático en la figura del derecho subjetivo (1058), se pretendía

(1057) Ver nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, § 3.º, págs. 25 y sigs.; y II, § 6.º, F, págs. 298 y sigs.

(1058) Ver FEDERICO DE CASTRO, *Op. y vol. cit.*, parte V, cap. I, II, 2, b, pág. 583, que critica esa posición preponderante en las escuelas jurídicas modernas.

construir una especie tipificada de derecho subjetivo para cada posición específica de protección normativa, y clasificarla, en primer lugar, en una de las dos categorías más amplias, es decir, en la de los derechos reales o en la de los créditos, y, después, con intento de precisar más, en otras subcategorías más concretas.

En cambio, con una visión realista, podemos distinguir en la situación de los sujetos jurídicamente protegidos notables variaciones y tonalidades, dependientes de la actuación de los sujetos principalmente obligados, de la posición y titularidad de los detentadores o poseedores del objeto, y de la misma esencia, existencia y estructura de éste. Diversidades, a veces no captadas por la pandectística o que, en otras ocasiones, causaron la desesperación de sus epígonos, como v.gr., en las hipótesis de la prenda de créditos o del usufructo de cosas consumibles.

Así, el titular de un derecho lo defenderá de modo diferente, según se trate de un fundo, de un cosa mueble, de un crédito; según cual sea la agresión que sufra, y según cual sea la posición jurídica o antijurídica que adopte el agresor. Las acciones de reivindicación, las negatorias, posesorias, indemnizatorias, etc. etc., indican que la posición del sujeto jurídicamente protegido se traduce en derechos diversos según cuales sean las circunstancias en las cuales necesite hacer valer su situación jurídicamente prevalente.

Esta misma variedad de medios, confluyentes en el mismo fin de protección jurídica, observamos en los reservatarios del artículo 811 del Código civil.

Ahora sólo vamos a enfocar esa diversidad al momento de consumarse la reserva y a los supuestos de tener necesidad los reservatarios, debidamente legitimados para ello, de reclamar los bienes reservables para hacer efectiva a su favor la específica protección de que son titulares.

Si repasamos los epígrafes inmediatamente anteriores al presente podemos apreciar una evidente variedad de situaciones, que vamos a tratar de entresacar. Tales:

a) El reservatario que pueda reclamar los bienes reservables como heredero o legatario del reservista, utilizando las clásicas acciones *petitio hereditatis* y *de legati*.

b) El reservatario que sea uno de los varios herederos del reservista y que necesite reclamar a sus coherederos no sólo la concreción de su porción hereditaria sino además la efectividad de su derecho preferente y excluyente a los bienes reservables, utilizando una especial *actio familiae erciscundae* matizada por esas peculiaridades.

c) El reservatario que, no siendo heredero del reservista, puede reclamar a los herederos de éste la reversión lineal de bienes reservables específicos y determinados.

d) El reservatario que no sea heredero del reservista pero que por hallarse confundidos los bienes reservables en el caudal relic

to por éste, necesite interponer el juicio de testamentaria o abintestato para la concreción de su derecho de acreedor a la reserva.

e) El reservatario que no sea heredero del reservista pero que, por no quedar bienes reservables en el caudal relicto por el reservista, únicamente pueda obtener las restituciones, devoluciones e indemnizaciones, previstas en el artículo 978 del Código civil, sea ejercitando la hipoteca legal, si se hubiese constituido para asegurarla, o bien, de no haberse formalizado, actuando la acción meramente personal de carácter crediticio contra los herederos del reservista o, en el supuesto del artículo 1.298 del Código civil, contra los adquirentes de mala fe de cosas reservables destruídas, perdidas o que no puedan ser reivindicadas en poder de otras personas.

f) El reservatario que necesite ejercitar la reivindicación lineal contra adquirentes de bienes inmuebles reservables y pueda actuarla en los supuestos en que cupiere.

Los supuestos c) y f) son los que fundamentalmente nos interesan aquí. Este último, referido a la reclamación contra adquirentes a título singular del reservista, es el supuesto al cual conviene mejor la denominación de *reivindicación lineal*. Para aquí, aplicado a la reclamación de bienes concretos a los herederos del reservista, resulta más adecuada la denominación de *reversión lineal*.

En ambos casos, las respectivas pretensiones de los reservatarios se traducen en sendas acciones *in re* dirigidas a la consecución de la cosa (Sentencias 1 mayo 1897, 11 mayo 1898, 8 julio 1942, 10 junio 1943). En ese carácter *in re* de la acción, las dos se asemejan al caso, comprendido en la letra e), de tener aseguradas con hipoteca legal las restituciones e indemnizaciones de que sean acreedores; pero se diferencian de él en cuanto éste no se dirige más que a una prestación dineraria. Precisamente en eso mismo se diferencian los casos c) y f) de los d) y e), pues en éstos los reservatarios actúan respectivamente como acreedores de bienes o cantidades sin determinar (Sentencia 7 noviembre 1912) o de la prestación del *id quod interest* (art. 978, C. c.), con derecho puramente crediticio, si no ha sido asegurado con la hipoteca legal establecida en el repetido artículo 978 del Código civil y 184 de la Ley Hipotecaria y concordantes de esta Ley y del Reglamento para su aplicación.

En cambio, en estos cuatro casos—c), d), e) y f)—el derecho de los reservatarios presenta una particularidad, derivada de carácter personalísimo del beneficio atribuido por el artículo 811. Depende del carácter facultativo que tiene, no sólo el ejercicio sino la transformación de ese derecho personalísimo en elemento patrimonial separable de su sujeto activo, y que requiere que su ejercicio se inicie, por lo menos en acto de conciliación que no caduque, para que pueda ser transmitido a los herederos del re-

servatario (Sentencias 16 de enero 1901, 27 enero 1909, 30 diciembre 1912, 11 marzo 1927, 2 enero 1929).

46. *Recapitulación sobre la posición de reservatarios y reservistas.*

Ha llegado el momento de deducir las conclusiones del análisis que hemos realizado desde el epígrafe 18 al 45 inclusive de esta segunda parte. Trataremos de sintetizarlas con la máxima concisión posible, distinguiendo los dos momentos de la reserva y, en cada uno, las posiciones respectivas de reservistas y reservatarios.

I) *En el período de pendencia.*

A) *El reservista:*

a) Se halla obligado (núm. 19):

1.º A inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar la cualidad reservable de los inmuebles y tasar los muebles (artículo 977, C. c.).

2.º A asegurar con hipoteca las restituciones e indemnizaciones, referidas en el artículo 978 del Código civil.

b) Sufre la sujeción de tener limitadas las facultades dispositivas (núm. 20) respecto de los bienes inmuebles no inscritos y los inmuebles inscritos con constancia de su cualidad de reservables; de modo tal que, en caso de consumarse la reserva, a partir de la muerte del reservista su enajenación no podrá perjudicar a los reservatarios, si éstos los reclaman una vez ocurrido el óbito del reservista.

c) Se halla personalmente sujeto al cumplimiento de la obligación en pendencia—que de consolidarse gravitará sobre sus herederos, con prelación a cualquier otra obligación del causante—de restituir los bienes reservables, su precio o su valor y las pérdidas o deterioros debidos a dolo, culpa o negligencia suya. Pero como se trata de una sujeción puramente personal, únicamente podrá hacerse efectiva en su herencia y sólo subsidiariamente, si se dieran las circunstancias requeridas para el ejercicio de la acción Pauliana, contra los adquirentes que fueran *concius fraudi* (artículos 1.291, núm. 3 y 1.295, § 2.º, C. c.) o hubiesen adquirido a título gratuito (1.297, § 1.º C. c.).

B) *Los reservatarios:*

Tienen una expectativa jurídica puramente especulativa, que no supone derecho actual alguno *sobre* los bienes reservables, ni siquiera un crédito actual a los mismos (núm. 22), y que sólo les permite la reclamación de determinadas medidas de protección jurídica, caracterizada por:

a) Corresponder a todos los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, aunque especulativamente sus respectivas expectativas tengan diferentes probabilidades según el rango de prioridad establecido entre ellos.

b) Poder exigir—exclusivamente—la efectividad de las medidas previstas en los artículos 977 y 978 del Código civil y 184, § 1.º de la Ley Hipotecaria en los siguientes casos: 1.º Si el reservista ha contraído segundas nupcias, solamente podrán reclamarlas los descendientes comunes de ambos ascendientes. 2.º Sólo en caso de no tener descendencia común podrán recabarlas los demás parientes comprendidos en la protección del 811 del Código civil. 3.º Y si no hubiese contraído segundas nupcias, únicamente por los descendientes no comunes del otro ascendiente, y solamente por los demás parientes favorecidos por el 811 (núm. 24, a) a falta de descendencia común de ambos o sólo del otro. Esta reclamación puede ejercitarse por los mismos reservatarios; por sus representantes legales; o, en caso de que éstos no lo hicieren o cupiere algún presunto reservatario *noudum concepti*, por el Ministerio Fiscal (núm. 24).

c) Ser renunciables, tanto dichas medidas de protección como la propia expectativa, liberándose al reservista con la renuncia a su sujeción. Para lo cual basta la renuncia de todos los hijos comunes (o de haber premuerto alguno, en su lugar la de los hijos del premuerto), si los hubiere, y de no tenerlos la de los descendientes del otro ascendiente de quien procedían los bienes, aunque hubiere otros posibles reservatarios de ulterior grado, que sólo tendrán derecho a la reserva si premurieren todos los descendientes comunes y todos los del otro ascendiente (núm. 25).

d) Ser intransmisible *mortis causa* y no negociable *inter vivos* (núm. 26).

II) *Una vez consumada la reserva.*

A) *Los reservatarios:*

a) Carecen de derecho alguno para reclamar, si el reservista hubiese dispuesto de los bienes reservables a favor de personas que ostenten la condición de reservatarios.

b) Tienen, en caso de ostentar la cualidad de herederos testados o intestados del reservista, derecho a los bienes reservables con exclusión de los demás herederos de éste y de los reservatarios no herederos del reservista.

c) No podrán reclamar, en ese supuesto de ser herederos del reservista, contra los adquirentes por disposición del reservista, ni siquiera contra los adquirentes de inmuebles no inscritos o bien inscritos con constatación de su carácter reservable, más que en el supuesto de fraude o simulación, o, en el caso de aceptar a beneficio de inventario en cuanto no les resulte compensado con la herencia del reservista.

d) A reclamar a los herederos del reservista, cuando los reclamantes no sean herederos del mismo, la *reversión lineal* de los bienes reservables, por cualquiera de los siguientes medios:

1.º Por juicio declarativo, ordinario, ejercitando acción real si los bienes reservables pueden individualizarse debidamente.

2.º Por el ejercicio de la hipoteca legal si se tratara de indemnizaciones o devoluciones con ella garantizadas, acción que se hará efectiva aunque estos bienes se hallen en poder de tercer poseedor.

3.º Por el juicio de testamentaria o abintestato del reservista.

4.º Por acción personal en juicio declarativo ordinario para obtener de la efectividad de su crédito a las restituciones e indemnizaciones si su importe pudiera ser determinado sin necesidad de acudir al juicio de testamentaria.

e) A reclamar de los adquirentes a título singular del reservista, no siendo los reservatarios herederos de éste, los bienes inmuebles reservables no inscritos o inscritos con constatación de dicha cualidad, ejercitando la *reivindicación lineal*.

f) A ejercitar la acción Pauliana, en su caso, contra los terceros, adquirentes a título gratuito o que sean *concius fraudi* en la adquisición de bienes reservables.

El ejercicio de la reversión y la *reivindicación lineal* y, en general, la reclamación de la reserva, tienen carácter personalísimo e intransmisible a quien no ostente la cualidad de reservatario.

B) *Los herederos del reservista que no sean reservatarios.*

Tienen que sufrir la reversión lineal y la reclamación de las cantidades reservables, pero con derecho de retención—en el primer caso—mientras no se le abonen las deudas y cargas de la herencia del descendiente correspondiente a los bienes reservables que hubiese abonado el reservista y con facultad—en el segundo caso—de compensarlas en la cuantía concurrente.

Por lo tanto:

En vida del reservista, éste tiene un deber jurídico de no defraudar el futuro derecho en potencia de los posibles reservatarios, unido a la sujeción de los inmuebles no inscritos o inscritos con constatación de dicha cualidad para la eventualidad de consumarse la reserva, de modo que quede subordinada la eficacia de las disposiciones de los mismos a la no consumación de la reserva, y a su propia sujeción a soportar las medidas de seguridad y de garantía que legalmente le sean exigidas.

Y, durante ese período de pendencia, los reservatarios sólo pueden exigir la constitución de dichas garantías.

Muerto el reservista se cumplen todas las disposiciones de éste que no infrinjan su deber de reservar y se aplicarán, en su caso, las normas comunes de sucesión intestada en cuanto con ellas la reserva no se incumpla, aplicando si fuere preciso las particulares *accretio* y *successio graduum et ordinum*. En caso de resultar totalmente incompatibles las disposiciones *inter vivos* y *mortis causa* del reservista y las reglas de su sucesión intestada con su deber de reservar, tienen lugar: la *reversión lineal*, con modalidades reales o personales según las circunstancias, y la *reivindicación lineal*, ambas acciones de carácter personalísimo e

intransferible; salvo *mortis causa* a personas que reúnan la condición de reservatarios o cuando el primer legitimado hubiera iniciado la reclamación.

§ 8.º AMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811. ¿A QUÉ REGIONES FORALES ES APLICABLE?

47. *Planteamiento general.*

El artículo 811 se halla fuera del título preliminar y del título IV del libro 1.º, y, por ende, no es norma primariamente aplicable a región foral alguna.

No obstante, el Tribunal Supremo repetidamente ha declarado aplicable esta norma a las regiones forales. Ulteriormente, el Apéndice aragonés y las Compilaciones vizcaína y catalana han adoptado posiciones opuestas. Aquél excluyó la reserva lineal, éstas la aceptan.

Pero ¿cuál ha sido la razón en virtud de la cual el Tribunal Supremo ha aplicado el artículo 811 del Código civil a regiones forales?

La Sentencia de 24 de mayo de 1945 expresó, en su primer considerando, las dos premisas de la conclusión a que llega su segundo considerando.

Premisa mayor: «que según tiene reiteradamente declarado esta Sala—entre otras, en Sentencias de 13 de marzo de 1936, 19 y 30 de diciembre de 1942—, la sucesión intestada se rige en todas las regiones españolas, y respecto a toda clase de herederos, por las normas del citado Código, salvo las reglas especiales contenidas en el Apéndice correspondiente al Derecho foral aragonés».

Premisa menor: «que la reserva establecida en el antes aludido precepto constituye en la sucesión legítima una modalidad especial, tanto por el orden limitado y diferente de llamamientos, en relación con los comunes de dicha sucesión—como lo comprueba el texto del artículo 938 del mismo Cuerpo legal y declaró la Sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1912—, como por concretarse a bienes determinados, significando una restricción impuesta a los derechos que corresponden a los ascendientes en la herencia de sus descendientes».

De ser ciertas ambas premisas, sería, sin duda, irrefutable la conclusión formulada en el segundo considerando al deducir de aquéllas que: «no existe razón para eliminar de aquel orden [de suceder abintestato en las regiones forales, excepto Aragón] determinados llamamientos como son los del artículo 811». Pero, pese al criterio predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hay razones de extraordinario peso para negar la premisa mayor (1059), que únicamente se apoya en la opinión de que

(1059) Ver JOAQUÍN GIL BERGES, *Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea, la vigencia de las instituciones forales españolas en materia*

la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835 había derogado las normas forales reguladoras de la sucesión intestada.

Creemos, en efecto, que el Tribunal Supremo infringe, no sólo el artículo 12 del Código civil, sino también el artículo 5.º y el párrafo 2.º del artículo 6.º del mismo Código, cada vez que aplica a las regiones forales las reglas del Código civil reguladoras de la sucesión intestada.

La Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1935 respetó las leyes vigentes sobre sucesión intestada y, por lo tanto, las forales, según claramente resulta de las discusiones que precedieron a su publicación y del mismo texto de su ley. Así, leemos en ella: En el primer apartado del artículo 2.º: «Corresponden al Estado los bienes de los que mueren o hayan muerto intestado, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes». En el artículo 16: «Responderá también [la Dirección de los ramos de Amortización] a las acciones que con arreglo a las leyes comunes [es decir, las civiles] se entablen contra los bienes que hubiere adquirido...». En el artículo 26: «Quedan derogadas todas las leyes, ordenanza e instrucciones sobre mostrencos» [sin añadir otra ley alguna y, por lo tanto, ninguna disposición civil común ni foral].

Por eso, un autor al que no es posible tachar de enemigo de la unificación legislativa, como Federico de Castro (1060), ha escrito que: «La Ley de 1835 ni por su letra ni por su fin regulaba la sucesión *ab intestato*. La solución judicial es totalmente injustificada».

No menos rotundas fueron las críticas que el actual Presidente del Tribunal Supremo, Castán Tobeñas (1061), dedicó a dicha jurisprudencia bastantes años antes de ocupar su Presidencia. Afir-
mó de dicha doctrina, que «ateniendo su punto de partida en una resolución probablemente justa, termina en una serie de fallos rotundamente injustos y disparatados», y que traspasar el criterio que limita el grado de llamamiento de los colaterales abintestato

de sucesiones intestadas (Zaragoza, 1920); la glosa de ese trabajo hecha por MARCELLANO ISABAL en «Rev. Der. Priv.», VIII, pág. 354 y sigs. (diciembre, 1920), y IX, págs. 65 y sigs. (febrero, 1921); JAIMÉ CARNER, *Sucesión intestada de los impúberes en Cataluña según la doctrina del Tribunal Supremo*, IV, en «Rev. Jur. de Cataluña», XXVI, págs. 134 y sigs. (abril, 1920); FRANCISCO DE P. MASPONS, *La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Rev. Der. Priv.», VIII, págs. 97 y sigs. (abril, 1920), y DARIÓ DE ARELLIÓ Y MENDIOLEA, *Derecho civil de Vizcaya*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Española», vol. I, págs. 343 y sigs., que aporta al respecto interesantes citas de la discusión de la Ley de Mostrencos en el Estamento de Procuradores, que resultan decisivas.

(1060) FEDERICO DE CASTRO, *Op. y vol. cit.*, pág. 279, nota 9.

(1061) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, al comentar la Sentencia de 10 de diciembre de 1919, en «Rev. Der. Priv.», VII (junio 1920), pág. 185, donde recuerda su posición que, en igual sentido, ya sostuvo en *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales* (Madrid, 1915).

y la situación en éstos de la viuda y los hijos naturales, «es violentar los textos legales y quebrantar despiadadamente el régimen vigente en los territorios de fuero».

Pero, además, queda demostrado, a mayor abundamiento, que el Tribunal Supremo en este punto incide a palmarios errores, con datos evidentes que demuestran que, al promulgarse el Código civil, se hallaban vigentes las disposiciones forales sobre sucesión intestada y, por ende, su no derogación por la ley de 1835. Tales datos los proporcionan:

1.º La jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo anterior al Código civil, que sin excepción aplicó las disposiciones forales en esta materia. Nos contentamos con citar unas cuantas de las referentes a Cataluña, que son las Sentencias de 1 de febrero de 1861, 14 de septiembre de 1866, 25 de enero de 1870, 27 de noviembre de 1872, 24 de diciembre de 1874, 10 de julio de 1877 y 6 de mayo de 1885.

2.º La opinión unánime de los autores castellanos en el período posterior a la Ley de Mostrencos y anterior al Código civil (1062), al exponer la única posición posible respecto la regulación de los intestados castellanos. Es decir, al afirmar que seguían regidos por las leyes 3, 4 y 5 del Título XIII de la Partida Quinta, leyes 1, 7 y 12, Título VI, libro III del Fuero Real, y leyes 6, 8 y 12 de Toro, en cuanto se refería a los descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado. De modo que la Ley de Mostrencos no hizo más que establecer los llamamientos para las herencias que civilmente carecían de herederos abintestato, pues la ley 6 del Título y Partida citados, que llamaba a los colaterales hasta el décimo grado, había quedado limitada por la ley 1, Título XI, Libro II y la 6, Título XXII, Libro X de la Novísima Recopilación y los artículos 7 y 8 de la Instrucción de 26 de agosto de 1786 que limitaron aquel llamamiento de los colaterales al cuarto grado (1063). Solución acorde con el texto literal del artículo 2.º de la propia Ley de 1835, que la define como reguladora únicamente de los abintestatos vacantes con arreglo a las leyes civiles vigentes. Natural resulta que, al no limitar tan siquiera la regulación castellana de los abintestatos, que precisamente amplió,

(1062) Ver JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario* cit., vol. II, voz «Hereditario legítimo o abintestato», págs. 20 y sigs.; FLORENCIO GARCÍA GOYENA, JOAQUÍN AGUIRRE, JUAN MANUEL MONTALBÁN y JOSÉ DE VICENTE y CARAVANTES, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, 4.ª ed., t. I (Madrid, 1932), núms. 1.927 y sigs., págs. 562 y sigs.; BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Op. y vol. cit.*, lib. III, cap. VI, págs. 583 y sigs.; PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Elementos...*, vol. cit., núms. 159 y sigs., págs. 104 y sigs.; MARIO NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, t. I (Madrid, 1880), arts. 1.090 y sigs., págs. 552 y sigs.

(1063) Dejemos aparte la cuestión suscitada por la doctrina y en la jurisprudencia acerca de si ese cuarto grado era de computación civil o canónica.

tampoco limitó sino que también amplió en lo no regulado en ellas las disposiciones forales reguladoras de los abintestatos de sus respectivas regiones, que mantuvieron, como lógicamente resulta, su total vigencia.

3.º La referencia a su vigencia, indiscutida en la Comisión Codificadora, que resulta de la exposición del mismo Alonso Martínez (1064), quien después de exponer su criterio sobre el verdadero fundamento de sucesión intestada, declara: «una vez mostrada esta tesis, recordemos el derecho *hoy vigente en las provincias de régimen foral*, cuyas leyes, usos y costumbres consagran en esta materia el principio troncal», y anuncia el carácter conciliador de los representantes forales como «*esperanza de llegar a la unidad*».

Hay que observar que los representantes forales no tuvieron que discutir entonces, porque no se planteó, la cuestión de esa derogación de sus leyes por la de Mostrencos, que el Tribunal Supremo inventó más de medio siglo después de la fecha de esa ley. Así vemos como Durán y Bas, en su «*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*» (1065), sólo se ocupa de la Ley de 1835 por lo que se refiere al llamamiento del Estado después de los parientes de décimo grado, o si debía entenderse llamado el cónyuge supérstite después de los colaterales de cuarto grado y no en el lugar señalado en el edicto *Unde vir et uxor*, y a la inclusión de los hijos naturales legalmente reconocidos (1066).

Concretamente, en la *Memoria sobre las instituciones civiles de Vizcaya que debían continuar vigentes*, que Manuel de Lecanda, vocal de la Comisión general de Codificación, elevó a ésta (1067), dió por vigente la Ley 8 del Título 21 y propuso que en lo sucesivo sólo continuara en vigor respecto a los bienes troncales, al afirmar que «sólo debe *conservarse* de ella la parte que dispone que en la sucesión de abintestato de los bienes raíces, heredan los parientes más próximos de aquella línea de que procedan los bienes excluyendo los otros parientes, cualquiera que sea su grado de parentesco con el causante». Y Alonso Martínez (1068) mostró su conformidad al criterio de Lecanda, de que *continuase en vigor* la Ley 8 del Título 21 en cuanto a la sucesión intestada troncal de los inmuebles de la tierra llana.

4.º El propio legislador, al aprobar por Real Decreto-Ley de 7 de diciembre de 1925 el Apéndice Aragonés, que regula la su-

(1064) ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 239.

(1065) DURÁN Y BAS, *Memoria...*, Barcelona, 1883, págs. 257 y sigs.

(1066) DURÁN Y BAS, pág. 271.

(1067) La Memoria de LECANDA se halla publicada precediendo la obra de la Biblioteca Judicial, *Derecho civil vigente en Vizcaya*, Madrid, 1888, ver, pág. 14.

(1068) ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, págs. 432 y sigs.

cesión intestada en los artículos 34 al 42, y por Ley de 30 de julio de 1959 la Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava, que en los artículos 31 a 34 inclusive regula los intestados vizcaínos; ya que, según el artículo 6.º de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888, los Apéndices forales sólo deben contener «las instituciones forales que conviene *conservar* en cada una de las provincias *donde hoy existen*».

Ante estos argumentos, resulta con evidencia que el Tribunal Supremo infringe los artículos 5, 6 y 12 del Código civil cada vez que desestima la aplicación de alguna norma foral reguladora de la sucesión intestada. Las rotundas afirmaciones de la Sentencia de 1 de febrero de 1958, referentes a Navarra, resulta penoso leerlas. Parece que este fallo prefiere imponer su voluntad antes que cumplir unas leyes no derogadas ni derogables más que por otras leyes posteriores y que, con tal de no rectificar, opta por continuar repitiendo una argumentación totalmente insostenible (1069).

(1069) La Ley, según la definición de Santo Tomás de Aquino, es *ordenación racional* al bien común. Pero el hecho de que frecuentemente los legisladores no hayan atendido a ese requisito de esencia ha dado lugar a que algún autor (FRANKSTEIN) haya distinguido el *Recht, rectum, diritto, droit, derecho*, de una parte, y el *Gesetz, laws, lex, legge, loi, ley*: El Derecho fundado en una convicción o juicio de juricidad o justicia y la ley fundada en la voluntad estatal. Desde este punto de vista el Tribunal Supremo es el órgano más elevado de expresión del derecho, emitido como convicción de juricidad, como juicio racional, que en el campo de la razón tiene un rango más excelso que el mero producto de la voluntad.

Pero parece que la Sentencia de 1 de febrero de 1958 a la inversa valorara mayormente el poder de voluntad impuesto que el peso que la razón, de la que es órgano supremo, puesto que la deja a un lado mientras usa de aquel poder de voluntad, que es función de otros órganos estatales.

Es causa de lo que decimos lo que se lee en el tercer considerando de esta Sentencia en sus tres argumentos. En el primero proclama su jurisprudencia fuente del derecho, pero no de un derecho creado a través de lograr una convicción sino imponiendo su voluntad, en este caso en contravención no sólo de los artículos 5.º y 6.º del Código civil, sino también por aplicación indebida a no respetar el Tribunal la prelación establecida en el artículo 6.º del Código civil, de los artículos 1.687, 1.692 y 1.782 LEC. En el argumento segundo, infringe el artículo 12 del Código civil, y en el argumento tercero, se olvida de las Sentencias, muy anteriores al período republicano, de 16 de abril de 1898, que declaró subsistente la sucesión troncal de los impúberes en Cataluña; de 11 de noviembre de 1902, que aplicó la sucesión intestada vizcaína de los bienes troncales de la tierra llana; de 27 de enero de 1913, que corroboró la anterior, y de 11 de febrero de 1929, que hizo igual declaración que la de 1902 (si bien ésta de 1929 no aplicó efectivamente la doctrina, como hiciera la de 1902, porque aceptó la validez del testamento discutido, con lo cual no hubo lugar a la sucesión intestada).

Es más de lamentar esa imposición de la voluntad sobre la razón por cuanto la realiza el más alto órgano de la razón jurídica. Cuanto más convengan los razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo mayor será su prestigio, que ha de basarse en una superioridad racional y no en la alegación de su poder decisorio resultante de su situación orgánica. Esta

Ello sin perjuicio de que en el terreno constituyente estemos de acuerdo con la solución—dada en derecho constituido por el Apéndice y las Compilaciones ya aprobados—de mantener solamente las normas troncales de la sucesión intestada en las regiones forales y remitirse al Código civil en la sucesión intestada de bienes no troncales.

Lo cierto es que la argumentación del Tribunal Supremo para aplicar el artículo 811 a las regiones forales ha partido de una premisa mayor falsa.

Salvada esa evidencia, descenderemos a tratar la cuestión suscitada en cada una de las regiones forales donde la cuestión ha sido planteada.

Problema distinto es el relativo a la aplicabilidad de la reserva lineal al territorio de Fuero de Baylio. Según Isidro Villarreal (1070) la comunicación de bienes entre los cónyuges borra la procedencia familiar de los mismos, de modo que no puede decirse que procedan de una sola de las líneas. Pero esta cuestión no difiere de la relativa a si deben reservarse los bienes gananciales de los ascendientes, que el descendiente hubiese habido a título gratuito de uno de ellos y que del descendiente heredare por ministerio de la ley el otro ascendiente, reservista. En la primera parte de este trabajo (1071) resolvimos que esos bienes eran reservables, pero sólo a favor de los demás descendientes del ascendiente que los hubo y fué heredado por el descendiente, pues sólo aquellos descendientes de aquél pueden considerarse pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, según el criterio a que llegamos al precisar el concepto de línea de donde los bienes proceden (1072)

48. Inaplicabilidad a Aragón.

Ha sido resuelta la inaplicación de las reservas a Aragón, en el artículo 43 del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral aragonés, que dice: «*La reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca previamente determinada en instrumento público*».

Es de notar, no obstante, que para el derecho anterior al Apéndice, el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 1926 mantuvo el mismo criterio que ha sustentado para las demás regiones forales. Cierto que los tres primeros considerandos de esta Sentencia subrayaron el hecho de que la ascendiente reservista al

le inviste de su fuerza; pero es su razón y su poder de convicción la que marca la medida de su prestigio.

(1070) ISIDRO VILLARREAL, *El Fuero de Baylio*, en «Revista de los Tribunales», t. LXIII, núm. 51 (21 diciembre 1929, pág. 747).

(1071) I, § 3.º, núm. 21, págs. 62 y sigs. y AN. DER. CIV., X-II, págs. 386 y sigs.

(1072) I, § 4.º, núm. 24, pág. 86, y AN. DER. CIV., X-III, págs. 710 y sigs.

suceder a su hija, había invocado las reglas de la sucesión intestada del Código civil, por lo que discurrió que en consecuencia también debía aceptar la aplicación de las normas de este Código en lo que no la favoreciera, entre las cuales hay el artículo 938, que al regular la sucesión en el orden de los ascendientes hace una llamada al artículo 811.

El quinto considerando, cerraba los razonamientos de los anteriores con la afirmación de no ser aplicable el artículo 43 del Apéndice a un pleito iniciado con anterioridad a su promulgación, y de no tener fuerza dicho precepto para destruir el reconocimiento que de la legislación común hiciera la reservista a la muerte de su hija, al solicitar la declaración de heredero abintestato de ésta.

49. *Su aplicación en Cataluña.*

Pudo plantearse por primera vez la cuestión de la vigencia en Cataluña del artículo 811 en la Sentencia de 20 de abril de 1917, referida a un caso en el cual el descendiente había nacido en Puerto Rico, hijo de un catalán casado en dicha colonia. Pero, por razones dimanantes de la compleja situación de hecho, dicho descendiente fué declarado sujeto al Código civil, y, por lo tanto, la madre, que conforme al propio Código le heredó abintestato, obligada a reservar con arreglo al artículo 811.

Fué la Sentencia de 10 de diciembre de 1919, ante un supuesto de sucesión intestada por una ascendiente, la que por vez primera aplicó a Cataluña la reserva lineal, según el razonamiento de su tercer considerando: «ocurrido el fallecimiento del causante después de promulgado el Código civil su herencia debe ser adjudicada con arreglo a lo dispuesto en el mismo, y no existiendo parientes con mejor derecho que la madre a ella corresponde el caudal relicto sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 811, a tenor de lo que estatuyen los 935 y 938 del precitado cuerpo legal».

Hemos visto antes el razonamiento del primer considerando de la Sentencia de 24 de mayo de 1945, al que se remite la Sentencia de 14 de junio del mismo año, para aplicar el artículo 811 a la sucesión intestada de los ascendientes en la herencia de su descendiente civilmente aforado catalán. Al expresado considerando de la Sentencia de 24 de mayo, añade el segundo que el criterio inspirador del artículo 811 «es, por otra parte, análogo al que informaba la regla *paterna paternis, materna maternis*, de observancia en la antigua legislación catalana para los casos de sucesión de impúberes».

La Sentencia de 10 de noviembre de 1953, volvió a aplicar el artículo 811 a Cataluña, y tal aplicación ni tan siquiera fué discutida en casación.

Entre los autores catalanes, Pella y Forgas (1073) opuso al criterio de aplicar el 811 a Cataluña, que: «El buen sentido dice que por ser este artículo una limitación de la libertad de testar (de la misma manera que al tratar de la legítima de los hijos naturales en la Sentencia de 13 de mayo de 1902) debe interpretarse en sentido restrictivo, no sólo en la aplicación a determinados países, y de consiguiente a los países llamados forales. Además, falta la razón de la ley, que en el Código motiva la exorbitante legítima de los ascendientes, o sea la mitad de los bienes según el artículo 809, mientras que sólo es la cuarta parte en Cataluña, ya que en este particular el artículo se refiere a bienes que el ascendiente hubiese adquirido como legítima del ascendiente».

Borrell i Soler (1074), después de señalar que algunos jurisprudencistas catalanes entienden aplicable a Cataluña el artículo 811 del Código civil, como supletorio, porque concuerda con el espíritu del derecho catalán de procurar que el patrimonio no salga de la familia, añade: «aunque rigurosamente no rige aquí [en Cataluña], debe confesarse, mientras se aplique a Cataluña la sucesión intestada del Código civil, resulta equitativo que también se aplique dicho artículo 811 que es complemento suyo, ya que así se logra que algunos parientes excluidos de la sucesión recobren alguna cosa de las que le corresponderían por Derecho romano y de que el Código civil les había privado, como los hermanos que tendrían que concurrir con los padres, a la sucesión de otro hermano», según la Novela 118.

Roca Sastre (1075), después de salvar el acierto o desacierto de la posición jurisprudencial que aplicó la sucesión intestada del Código civil a las regiones forales, y de observar «que el supuesto del artículo 811 del Código no es exactamente el mismo de la re-

(1073) JOSÉ PELLA Y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, t. III (Barcelona, 1918), art. 811, págs. 262 y sigs. Nos parece interesante por su valor sociológico y por la antítesis que presenta entre el derecho civil tradicional—en que la familia tiene una importante entidad—y el derecho derivado de las ideas individualistas, triunfantes en la Revolución francesa y difundidas con el prestigio del Código de Napoleón. Dice PELLA: «La ocasión se presta a considerar, cómo en el desborde del derecho moderno y, por tanto de nuestro Código, la realidad impone muchas veces soluciones más o menos equivocadas, pero tradicionales. Me refiero a que destruída la familia como entidad patrimonial, independiente de los individuos que la forman, y cómo órgano social y político, se concretó la sucesión por el Código francés y siguieron los demás de Europa, a la familia natural que se disuelve a cada generación; para ello se suprimieron los fideicomisos (aquí se acortaron), se abolió el retracto gentilicio, genuinamente ibérico, y en la sucesión intestada se llamó con preferencia a los segundos colaterales, al cónyuge sobreviviente a la familia, etc., etcétera; cuando ahora, de pronto, bajo la impresión o influencia, tal vez de un caso práctico y, por lo tanto, de la realidad viviente, se monta todo un nuevo sistema de tronalidad patrimonial.»

(1074) ANTÓN M. BORRELL I SOLER, *Dret Civil Vigent a Catalunya*, vol. V (Barcelona, 1923), § 515, pág. 465.

(1075) ROCA SASTRE, *Estudios...* vol. cit., cap. IX, págs. 334 y sigs.

gulación catalana de la sucesión irregular en caso de herencia intestada de los impúberes» (establecida por la Constitución de Pedro el Ceremonioso en las Cortes de Monzón de 1363, ampliando una Pragmática de Jaime I), estima que, «con todo, el evento que pretenden evitar dicho artículo 811 y dicho principio *paterna paternis, materna maternis*, imponen considerar que dicha aplicación del artículo 811 en las sucesiones regidas por el régimen civil catalán no puede considerarse perturbadora».

«No obstante—añade—no cabe afirmar que el artículo 811 puede ser aplicado en todo caso en Cataluña. A base de la propia argumentación de la jurisprudencia, hay que distinguir. Debe estimarse aplicable dicho artículo 811 siempre que se trate de sucesión intestada, o sea, respecto de los bienes que el ascendiente hubiere heredado a título de *sucesión intestada* de su descendiente, pero no respecto de los bienes que hubiere heredado tal ascendiente de su descendiente por vía de legítima, pues, aunque la sucesión intestada se rija en Cataluña por las normas del Código civil, hasta ahora, en cambio, el régimen legitimario vigente en Cataluña se rige por las normas específicas de esta región, sin que nunca la jurisprudencia haya aplicado en materia de legítimas en Cataluña precepto alguno de la regulación legitimaria del Código civil.»

«Además—concluye—, obliga a entenderlo así una razón de analogía con aquella sucesión intestada irregular de los impúberes, pues en ella el padre excluido de los bienes de linaje conservaba su legítima sobre ellos, y de aquí que antes fuera frecuente en los Capítulos matrimoniales el llamado *pacto de sobrevivencia*, mediante el cual los padres, ante el evento de dicha sucesión de los hijos impúberes, renunciaron para su día la legítima futura que en tales bienes reservables podía corresponderles, constituyendo uno de los tres casos excepcionales en que en Derecho catalán se admite el pacto de legítima futura.»

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña (1076) dice en su artículo 272: «También serán reservables los bienes que tengan este carácter según el artículo 811 del Código civil, con la excepción de aquéllos que, conforme al artículo 251 de esta Compilación, adquieran los ascendientes por sucesión intestada de un impúber. Esta reserva no afectará a la legítima de los ascendientes en la sucesión testada o intestada de sus hijos o descendientes, sean o no herederos de éstos. Será de aplicación a esta reserva lo que establecen los dos artículos anteriores; pero lo dispuesto en los párrafos segundo y siguientes del artículo 270 sólo será de aplicación si los reservatarios son hijos o descendientes del reservista».

(1076) Aprobado por Ley de 21 de julio de 1960 y publicado en el «B. O.» 175 del siguiente día.

Y los invocados §§ 2.º y sigs. del art. 270 disponen: «No obstante, el cónyuge podrá distribuir para después de su muerte entre los reservatarios los bienes reservables. Fallecido el cónyuge viuvo con heredamiento universal a favor de alguno de los reservatarios, sin que al otorgarlo ni con anterioridad hubiese ejercitado por actos entre vivos dicha facultad de distribución, se considerará que por el mero hecho de otorgar el heredamiento usó de esta facultad exclusivamente a favor del heredero contractual que llegue a serlo, quien al fallecer el reservista hará suyos los bienes reservables, con excepción de aquéllos que antes del heredamiento hubiere donado el reservista a cualquiera de los reservatarios que le sobrevivan.—Será de aplicación el párrafo anterior al reservatario o reservatarios que resulten ser herederos del reservista por heredamiento puro o preventivo, o por testamento, siempre que el reservista no hubiese ejercido antes o después del heredamiento o testamento dicha facultad de distribución. Igualmente será de aplicación a los reservatarios que resulten ser donatarios o legatarios de bienes reservables, siempre que sobrevivan al reservista. Ejercitada en cualquiera de las formas previstas la facultad de elegir o distribuir los bienes reservables adquiridos por dichos herederos, donatarios o legatarios, perderán, por ministerio de la ley, al fallecimiento del reservista, la cualidad de reservables y, estimándose a todos los efectos legales que pertenecen a la herencia privativa del reservista, y, en consecuencia, se computarán al objeto de calcular el importe de la legítima que a los reservatarios corresponda en la sucesión de aquél, y se imputarán al pago de la misma».

Con anterioridad (1077) habíamos criticado el criterio, paralelo a éste, sustentado en el § 2.º del artículo 511 del proyecto redactado por la Comisión de Juristas Catalanes (1078). Nos contentaremos con reproducir algunas de las observaciones que entonces hicimos y que conservan su actualidad ante la redacción de los artículos 291 y 292 del Proyecto presentado a las Cortes y 270 y 272 del texto legal aprobado:

«Un presupuesto fundamental para la aplicación de la reserva del artículo 511 a las regiones forales debe ser la coordinación de la *ratio* de su norma con los principios fundamentales del Derecho foral al que se introduce.»

«El fin del artículo 511 es evitar el *cambio de línea familiar* de ciertos bienes por razón de su procedencia, *producido por aser*. El principio fundamental del Derecho foral catalán, navarro, vizcaíno o ayalés, igual que el de Aragón, es la conservación de las casas labradoras (masías o caseríos).»

«La *ratio* del artículo 511 queda cumplida con tal de que los

(1077) *Las reservas en el Esp. V...*, loc. cit., págs. 102 y sigs.

(1078) Proyecto que fué publicado en la «Revista Jurídica de Cataluña», vol. LXXIII (septiembre-diciembre 1956), págs. 360 y sigs.

bienes no pasen a personas que no sean parientes de tercer grado del descendiente y no pertenezcan a la línea de donde proceden los bienes. Por tanto, cabe armonizar perfectamente esa finalidad con el principio de amplia libertad de disposición característica del Derecho catalán y con su *leit motif* de no desmembrar las unidades patrimoniales agrarias. Basta para ello permitir al reservista que nombre libremente entre los reservatarios al que elija como destinatario de los bienes reservados.»

Con arreglo a lo que a lo largo de este trabajo hemos confirmado, la finalidad del artículo 811 permite aceptar como solución más correcta—incluso para el Derecho común—la de estimar que el reservista puede disponer de los bienes reservables sin salir del ámbito de los reservatarios de cualquiera de los tres grados comprendidos en el 811 y con tal de respetar la legítima de los descendientes comunes a ambos descendientes, calculada respecto a dichos descendientes computando los bienes reservables.

Por eso, si bien creemos que la posición de la compilación es progresiva con respecto a la posición de las Sentencias de 8 de octubre de 1930 y 25 de junio de 1954, estimamos que se queda corta respecto la correcta interpretación finalista del 811, y aún más corta con relación a la finalidad fundamental del Derecho sucesorio catalán de conservar y no fraccionar las casas labradoras.

Consecuentemente, terminábamos entonces nuestro comentario y volvemos a concluirlo ahora con la afirmación de que, «respetando las legítimas de los descendientes comunes, creemos que el reservista ha de poder elegir el reservatario favorecido (hijo, nieto, suegro o cuñado) o distribuir entre ellos a su arbitrio los bienes reservables».

¿*Quid en Mallorca?*?

Como Cataluña, rigió Mallorca sus abintestatos por el Derecho Justiniano (1079). Pero, al contrario que en aquella, falta en ésta todo antecedente troncal. Por esto, ha afirmado Pascual González (1080), que la reserva lineal «resulta un elemento extraño y anómalo en el armónico sistema sucesorio romano», por lo que cree no debe aplicarse a Mallorca. Las antes indicadas consideraciones hechas por Pella y Forgas respecto de Cataluña, las ha robustecido aquí con otras dos específicas, de las que creemos con mayor entidad la segunda, que subraya el hecho de que «no existe en Mallorca la sucesión troncal de los impúberes ni nada semejante a tal institución catalana». También Mascaró (1081) re-

(1079) A pesar de la letra del artículo 13 del Código civil, el Derecho romano ha sido aplicado más que como *supletorio* como *consuetudinario* (Sentencias de 6 de junio de 1905, 28 de diciembre de 1923 y 8 de mayo de 1925; Resolución de 19 de septiembre de 1920).

(1080) LUIS PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca* (Mallorca, 1951), págs. 343 y sigs.

(1081) MARTÍN MASCARÓ Y ALBERTY, *Derecho foral de Mallorca* (Palma, 1904), págs. 189 y sigs.

chazó la aplicación de la reserva del 811, así como de las innovaciones introducidas por el Código civil a la reserva clásica, y estimó que sigue rigiendo para Mallorca en esta materia el Derecho romano.

No obstante, las sentencias de la Audiencia de Palma, de 24 de noviembre de 1931 y 7 de junio de 1941 aplicaron a Baleares la reserva lineal del 811, «lo cual—dice Pascual González (1082)—ha ocasionado no pocos trastornos y perturbaciones con respecto a situaciones jurídicas que se creían ya consolidadas».

Tanto el Proyecto de Apéndice, aprobado por el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca y admitido por su Diputación Provincial el 5 de mayo de 1924, como el Proyecto elaborado por la Comisión de Juristas mallorquines el 22 de febrero de 1949, descartan la aplicación de los artículos 811 y 812 del Código civil. A pesar de ello es aplicado el 811 a Mallorca en Sentencia de 24 de febrero de 1960, en un supuesto procedente de Manacor, pero en el cual no fué discutida la aplicabilidad a Mallorca de la reserva lineal.

50. *El problema en Vizcaya. Solución de la Compilación.*

La cuestión de si es aplicable el artículo 811 del Código civil a la Tierra Llana de Vizcaya tiene un planteamiento diverso que en las otras regiones forales.

En éstas, según hemos visto, el Tribunal Supremo ha efectuado su introducción como una pieza más de la sucesión intestada del Código civil, impuesta por dicho Tribunal a tales regiones. Y, por ende, en ellas solamente ha sujetado a reserva lineal al ascendiente que hubiere heredado abintestato a un descendiente bienes obtenidos por éste a título gratuito de otro ascendiente o de un hermano.

En Vizcaya, en cambio, por una parte, no ha sido tan unánime la jurisprudencia en aplicar el régimen de la sucesión intestada del Código civil. La Sentencia de 31 de enero de 1950, ciertamente afirmó que no existía razón alguna para excluir a Vizcaya de la aplicación del Código civil en esta materia en sustitución de la Ley de Mostrencos. Pero, en cambio, las Sentencias de 11 de noviembre de 1902, 27 de febrero de 1913 y 11 de febrero de 1929 dieron por sentada la vigencia de la ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya (1083), e igualmente la presupuso de nuevo la

(1082) PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 347.

(1083) La ley 15, tít. XX del Fuero de Vizcaya, a que se remite el artículo 10, § 3.º del Código civil, da por previamente sentado, *«que toda tal raze, que tuviere [el vecino de las villas de Vizcaya] en la tierra llana y juzgado de Vizcaya, sea de la condición y calidad, Privilegio y Fuero que la otra raze que posean los vecinos de la tierra llana troncabn, principio más general que el caso resuelto por dicha ley y que, fuera de ese caso, incluye también el supuesto de la ley 8 del Tít. XXI (este argumento lo hemos expuesto en nuestras Glosas al § 3.º del artículo 10*

Sentencia de 1.º de diciembre de 1958 al declarar que el Código civil «es de aplicación a la sucesión intestada en su integridad en todo el territorio nacional, *excepto en sus casos especiales*, Aragón y Vizcaya».

Y, de otra parte, se ha aplicado el 811 tanto a la sucesión intestada como a la legítima correspondiente al ascendiente en la herencia testada de su descendiente.

La razón de esas diferencias estriba en que la aplicación del 811 a Vizcaya no se apoyó en su introducción como pieza de la sucesión intestada en el Código civil, sino en su aplicabilidad como derecho supletorio del vizcaíno.

Así la Sentencia de 4 de julio de 1955, en su primer considerando, rechaza la alegación de que se infringe el artículo 12 con la aplicación a Vizcaya del artículo 811 del Código civil por estimar «que dicho artículo 12 no ha podido ser infringido en cuanto de él resulta que si no existe precepto aplicable dentro del derecho foral vigente, el Código civil tiene aplicación por su carácter supletorio».

Ese había sido el criterio de Jado (1084) y de los autores del Proyecto de Apéndice de 1900, que recogieron la reserva lineal en los artículos 45 y 47, según destacó la Sentencia de 1 de diciembre de 1923. Y esa ha sido, sin duda, el determinante de la redacción del vigente artículo 35 de la Compilación, aprobada por Ley de 30 de julio de 1959 que ha declarado: «*Rigen en el Infanzonado los artículos ochocientos once y ochocientos doce del Código civil, sin perjuicio de la sucesión troncal de los bienes a que se refiere el párrafo tercero del artículo séptimo.*»

Esa escueta referencia a estos artículos del Código creemos que no dejará de plantear problemas. Por lo menos la verificada al artículo 811.

¿Se deberá interpretar el artículo 811 del mismo modo que en derecho común, cuando se aplique como supletorio del vizcaíno?

Desde luego, del mismo texto de los artículos 35, 7.º, número 2.º y 36, que sucesivamente se salvan, se deduce una notable diferencia. En efecto, para el régimen común, las sentencias de 8 de octubre de 1909, 9 de marzo de 1910 y 12 de diciembre de 1945 consideraron reservables tales bienes heredados por el descendiente del otro ascendiente, que éste había adquirido a título oneroso durante el matrimonio y legalmente tenían la consideración de gananciales. En cambio, la llamada del artículo 35 de la Compilación al artículo 7.º, número 3.º de la misma, creemos que para el mismo caso incluye en la tierra llana vizcaína la aplicación de la reserva lineal. Este último apartado dispone que «*asimismo lo serán [parientes tronqueros], sin perjuicio de la reserva que esta-*

del Código civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, IV, 6), en AN. Dir. Civ., XI-11, 2.º (julio de 1930, págs. 576 y sigs.).

(1084) ROMERO JADO y VIKRAMUS, *Derecho civil de Vizcaya* (2.ª ed., Bilbao, 1923), págs. 442 y sigs.

blece el artículo 36 de esta Ley, el padre o madre supervivientes respecto de los bienes comprados o ganados constante el matrimonio de aquéllos y heredados del cónyuge premuerto por los hijos de ambos habidos en el matrimonio). La salvedad hecha en el artículo 35 queda aclarada en el expresado supuesto por esa consideración *como tronquero* del cónyuge superviviente, pues con ella es conceptualizado como pariente de la línea de procedencia de los bienes. Y, aún más, con la sucesiva salvedad que ese número 3 del artículo 7.º hace a la reserva del artículo 36 (notemos que salva la reserva del artículo 36, no la del 35), que comprenderá, por ende, tales bienes, si se da el supuesto —que este artículo prevé— de contraer nuevas nupcias el cónyuge superviviente.

Ahora bien, si los bienes procedentes de la mitad de gananciales del ascendiente premuerto no están sujetos a la reserva del artículo 811 y los bienes troncales a falta de descendientes corresponden a los ascendientes tronqueros y, en defecto de éstos, a los próximos colaterales tronqueros, tanto en la sucesión testada, por la legítima de cuatro quintos (art. 24) comprensiva preferentemente los bienes raíces (arts. 28 y 29), como en la intestada (art. 32. a), resultará difícil hallar el supuesto de aplicación del artículo 811 (1085), fuera de los casos en que se trate de bienes muebles privativos del ascendiente premuerto y de bienes inmuebles no comprendidos en los siete primeros números del artículo 334 del Código civil (1086). La de los muebles parece que

(1085) A no ser que se tuviera el más simplista concepto de línea, limitado a seguir la regla *paterna paternis, materna maternis*, aceptado para el artículo 811 por el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de diciembre de 1897, 8 de noviembre de 1906, 29 de octubre de 1907, 8 de octubre de 1909, 7 de noviembre de 1927 y 26 de noviembre de 1943. Concepto completamente distinto al troncal vizcaíno, que—según repetida frase de PEDRO ECHEVARRÍA Y GOIRI—*requiere coincidencia genealógica de personas y bienes, seguida por las Sentencias de 23 de febrero de 1866 y 25 de abril de 1868 (en contra, Sentencia de 27 de enero de 1913) y que es aceptado en el artículo 9.º, número 2.º, de la Compilación, al definir que tienen la consideración de troncales: «Con relación a las líneas ascendente y colateral todos los bienes raíces sitos en el Infantazonado que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia, incluso los que este último hubiere adquirido de parientes tronqueros...»*. Con aquel criterio podría darse el caso de que faltando parientes troncales hubiese parientes considerados lineales a efectos del artículo 811. Pero anteriormente vimos (I, § 4.º, núms. 23 y 24, págs. 79 a 86, y AN. DER. CIV., X-III, págs. 704 y sigs.) que al concepto enunciado en el artículo 811, al exigir que los reservatarios *pertenescan a la línea de donde los bienes proceden*, corresponde mejor al vizcaíno de la troncalidad pura, que al simplista de la regla *paterna paternis, materna maternis*. Y, aun de no ser así, creemos que este último criterio pugna tanto con los principios básicos del Derecho vizcaíno, que aun cuando se impusiera su aplicación al Derecho común, por dicha razón, no podría seguir integrándolo al encajar la aplicación de ese artículo a la tierra llana de Vizcaya.

(1086) Según el artículo 6.º de la Compilación son raíces los comprendidos en los números 1.º a 7.º inclusive, del artículo 334 del Código civil.

fué la única aplicación pretendida por los redactores del Proyecto de Apéndice y por los de la Compilación.

Respecto al artículo 42 del Proyecto del Apéndice, refleja claramente lo expuesto en él el acta de la sesión 16 de la Comisión redactora. En la discusión entre los señores Salazar y Ramírez Olano, éste puso el siguiente ejemplo, que transcribimos:

«Supongamos una herencia consistente en acciones del Banco de España. Esta clase de bienes no es troncal con arreglo al Fuero ni con arreglo al proyecto, pero... pueden ser acciones procedentes del abuelo, a la muerte del cual pasaron a un hermano de mi padre».

«Al fallecimiento del propietario, las acciones en cuestión pasan a mí, instituido heredero por mi tío, y al disponer yo de ellas [se entiende *mortis causa*], me encuentro en la línea paterna con mi padre y en la materna con un tatarabuelo».

«En tal caso, ¿no sería injusto y muy poco equitativo que yo tuviera que repartir esas acciones por mitad entre las dos líneas?».

El acta continúa diciendo que:

«La discusión se prolongó bastante tiempo interviniendo en ella otros señores, hasta que por fin se aceptó por mayoría la propuesta del señor Salazar».

«Aceptada que fué, dijo el señor Ramírez Olano, que para aminorar en lo posible el mal que a su juicio produciría en muchos casos el acuerdo, se incluyesen en el Apéndice los artículos 811 y 812 del Código civil».

«El señor Quintana dijo que esos artículos desde luego tendrían aplicación como derecho supletorio; pero para evitar dudas en tan delicada materia, se acordó de conformidad con lo indicado por el señor Ramírez Olano».

Las Sentencias de 1 de diciembre de 1923 y 4 de junio de 1955, en cambio, partieron de otros presupuestos.

La primera sostuvo, que a diferencia de lo que ocurría en la sucesión intestada, conforme a la Ley 8, Título 21 del Fuero de Vizcaya, en la cual los profincos colaterales tronqueros excluían a los ascendientes no tronqueros, en cambio, en la sucesión forzosa regulada en la Ley 14, Título 20 del mismo Fuero, los ascendientes aunque no pertenecieren al tronco de procedencia de los bienes raíces eran siempre preferentes a los profincos colaterales tronqueros a los que siempre excluían. En defensa de esta tesis arguyó: que de no interpretarse así resultaría superflua la Ley 9, Título 21 que establece la reserva de los bienes heredados

vil. No lo son, por tanto, los referidos en los siguientes números del mismo.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que, conforme al artículo 3.º de la Compilación, se entienden anejos a las villas no aforadas y regidas por el Código civil terrenos y construcciones situados en territorio tradicionalmente de anteiglesia que dicho precepto determina por sus circunstancias.

de los hijos del primer matrimonio por el padre viudo—de la cual dice, «cuya ley constituye en esencia la institución de los bienes reservables del derecho común, concretada en el artículo 811 del Código civil»—, que con este criterio se defiende mejor la conservación de la finalidad básica del Fuero de que la casería permanezca indivisa, y que en el proyecto de Apéndice foral se incurría en contradicción al establecer la institución de los bienes reservables y afirmar que los colaterales tronqueros son herederos forzosos con preferencia a los ascendientes no tronqueros (1087).

Y la Sentencia de 4 de junio de 1955 se halló ante un supuesto en el cual se había aplicado: para la sucesión forzosa el criterio de la Sentencia de 1 de diciembre de 1923 de preferir los ascendientes no tronqueros a los colaterales tronqueros, y para la sucesión intestada—por el Juzgado de Primera Instancia—el régimen común del Código civil. Pero, antes, veamos su supuesto de hecho: Los abuelos maternos habían donado en capitulaciones matrimoniales el caserío Zubero-Gogeaoco a la madre. Fallecida ésta, dejando tres hijos del matrimonio, tuvo lugar la comunicación foral regulada en la Ley 1, Título 20 del Fuero de Vizcaya, con la que el viudo hizo suya la mitad de dicho caserío, pasando la otra mitad a dichos tres hijos. De éstos fallecieron dos intestados en 1924 y 1926 respectivamente y el tercero en 1944 bajo testamento en el que instituyó único y universal heredero a su padre que había contraído segundas nupcias en 1925 y que, a su vez, falleció en 1946 bajo testamento en el cual instituyó única y universal heredera a una hija de ese su segundo matrimonio. Una hermana de la madre entabló la demanda para reclamar la mitad del caserío que había sido de los hijos de ésta y sobrinos de la reclamante, que invocó la aplicación a Vizcaya de la reserva del artículo 811.

Hecha aplicación del Código civil en la sucesión intestada, los dos tercios de dicha mitad del caserío, correspondientes a los dos hijos fallecidos sin testar, corresponderían al padre sujeto a la obligación de reservar del artículo 811. Y, sosteniendo el criterio de la Sentencia de 1 de diciembre de 1923, de preferir los ascendientes aún no tronqueros a los colaterales del tronco del bien raíz, también el padre sería el heredero forzoso del hijo fallecido en último lugar como único ascendiente de éste. Bajo este supuesto fué aplicado el artículo 811, pese a los argumentos en contra alegados en el recurso (1088).

(1087) No existía tal contradicción, del mismo modo que tampoco existe hoy, después de la Compilación, según acabamos de ver al concordar el artículo 35 con el artículo 7.º, núm. 3, y éste con el 36.

(1088) Los principales argumentos alegados en contra de la aplicación del 811 en el caso discutido, son los que invocan: el carácter más restrictivo de la reserva establecida en la ley 9 del tit. XXI del Fuero de Vizcaya a favor de los hijos del primer matrimonio, cuando el viudo o viuda hubiere contraído segundas nupcias, que excluía, a su juicio, la apli.

La parte demandada explicaba de otro modo la situación. Al fallecer intestados los dos primeros hijos no debió sucederles su padre, sino—conforme la Ley 8, Título XXI del Fuero de Vizcaya—la propia tía materna demandante de la reserva, y como sea que cuando entabló la demanda ya habían pasado más de los quince años señalados en las leyes 1 y 3 del Título XII del Fuero de Vizcaya para la prescripción de toda acción real y de toda acción sobre raíces entre ausentes, hermanos o herederos, carecía ya de toda acción para reclamarlos. Y, en cuanto a la tercera parte del hijo fallecido en tercer lugar, el padre le heredó en virtud de testamento en que le instituyó único y universal heredero, aceptando aquí el criterio de preferir en la legítima el ascendiente no tronquero al colateral tronquero.

Pero, en realidad, conforme a la ortodoxa doctrina (1080), que es aceptada por la vigente Compilación: al fallecer el primero de los hijos, debieron heredarle: no el padre, por tratarse de bienes troncales, ni la tía materna, por ser preferentes a ésta los hermanos de doble vínculo del hijo finado, sino éstos por mitad, y fallecido el segundo, el tercero por igual razón debió quedar dueño de la totalidad de la mitad del caserío, y, finalmente, al fallecer el tercero, en 1946—por lo tanto sin que hubiese prescrito aún el derecho a reclamarlo—su sucesión forzosa en cuanto al bien raíz en cuestión debió corresponder a su tía materna, la demandante, pero no en virtud de la reserva del artículo 811, sino de la sucesión forzosa de bienes troncales, según la correcta interpretación de la Ley 14, Título XX del Fuero de Vizcaya, que ha prevalecido en el artículo 24, § 2.º de la Compilación.

En resumen podemos concluir, que en la sucesión de un descendiente:

a) Tratándose de bienes raíces troncales, seguirá tanto en la sucesión intestada (art. 32, a) como en la forzosa (arts. 28 y 29) la preferencia troncal, con la cual nunca habrá lugar a que se produzca el supuesto que motiva la actuación de la reserva lineal: pues, si hay colaterales tronqueros, éstos serán preferidos a los ascendientes que no lo sean, y si no hay tales colaterales no podrá haber reserva lineal.

cación de la norma más extensa del artículo 811 del Código civil, y que quedarían afacados los principios de indivisibilidad de la casería y de la libertad de testar. En cambio, el principio de la indivisibilidad de la casería no fué roto por la reserva, sino por la comunicación foral, según el tercer considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(1080) En tal sentido ver LUIS CHAMARRO, *El Señorío de Vizcaya histórico y foral* (Barcelona, 1885), pág. 61 (citado por ANGELO LAGUNA); JADO, *Op. cit.*, págs. 416 y sigs., y BONIFACIO DE ECHEGARAY, *Derecho foral privado* (San Sebastián, 1950), pág. 45; ASHTIO, *Loc. cit.*, pág. 343. En cambio, DIEGO ANGELO LAGUNA, *Derecho privado de Vizcaya* (Madrid, 1903), págs. 135 y sigs., sostiene la preferencia en todo caso de los ascendientes como herederos forzosos aun no siendo tronqueros.

b) Tratándose de bienes raíces originariamente adquiridos a título oneroso durante el matrimonio de los padres, es decir, que fueron gananciales de éstos, el supérstite se considerará tronquero (art. 7.º núm. 3) y como tal los heredará del hijo, pero sólo estará sujeto a reserva, en el supuesto del artículo 36, es decir, en caso de contraer ulteriores nupcias y, conforme éste dispone, «a favor de los hermanos de doble vínculo del hijo fallecido o de los hijos o descendientes legítimos de aquéllos, en su caso, con exclusión de los descendientes del matrimonio ulterior» (1090).

c) Tratándose de bienes muebles o de bienes inmuebles que no sean raíces, según el artículo 3.º y por exclusión conforme al artículo 6.º, su sucesión se regirá por el artículo 32, b, y se aplicará el artículo 811 del Código civil por la llamada que a él hace el artículo 35 de la Compilación.

51. La reserva troncal en Navarra.

Naturalmente que la ausencia de legítimas reales y objetivas en Navarra reduce al ámbito de la sucesión intestada el problema de la aplicación de la reserva lineal. En ella, por lo tanto, va en troncado este tema con el de la vigencia del régimen foral o aplicación del Código civil.

La Sentencia de 1 de febrero de 1958—que antes hemos criticado—en su tercer considerando, argumento segundo, afirma que: «si se recuerda la génesis de su formación en el seno de la comisión codificadora, pronto se advierte que ante la pugna del sistema sucesorio de Castilla, fundado en el principio de la familia natural, y el distinto régimen foral de troncalidad, nacido al amparo de un ambiente de unión de la familia a su patrimonio raíz, ciertamente bien transformado hoy, pudo lograrse una fórmula de concordia o avenencia mediante la incorporación al Código civil de una especial legítima o reserva, constitutiva de troncalidad restringida, que se hizo extensiva a todas las provincias españolas, descoyuntando el sistema sucesorio castellano adoptado como norma general, y si por virtud de tal avenencia fué aprobada la redacción de los artículos 811 y 812 del Código civil, no será dudoso afirmar que el principio de troncalidad solamente subsiste en España en la medida que acogieron los preceptos citados y la adición del párrafo último del artículo décimo, con la ligera y única variante, hasta hoy, llevada al Apéndice Aragonés, de tal suerte de

(1090) En caso de contraer segundas nupcias también deberá reservar el padre o madre a favor de los hijos del matrimonio anterior, conforme al artículo 37, *los bienes raíces que por comunicación hubiere adquirido procedentes de la línea del cónyuge fallecido*; y de no dejar hijos comunes «cederán en aquellos bienes los herederos tronqueros de la línea de que procedan». El § 2.º de este artículo dice que: «En cualquiera de ambos casos podrá el testador designar herederos entre las personas llamadas a la sucesión de tales bienes en la forma establecida para la sucesión testada.»

que en este aspecto de unificación legislativa, lograda por virtud de la concordia, hubo de congratularse el eximio Presidente de aquella Comisión Codificadora con las expresivas palabras: «Dicha es y grande» haber conseguido «que una misma ley pueda regir en todas las provincias de la monarquía».

El régimen foral navarro de los intestados en las líneas ascendente y colateral se halla basado en la distinción de los bienes *raíces troncales* y los bienes *no troncales*. En éstos los ascendientes son preferidos a los colaterales (ley 13, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación Navarra). En aquéllos suceden los hermanos o parientes colaterales más próximos de la línea de donde los bienes proceden, con preferencia a los padres y ascendientes (cap. XVI, tít. IV, lib. II del Fuero de Navarra; cap. III del Amejoramiento, y leyes 6 y 7, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación), si bien pueden usufructuarlos vitaliciamente los padres (ley 6, tít. XIII, lib. III de la Nov. Rec.). Aunque parece (1091) que a falta de colaterales tronqueros dentro del cuarto grado heredan los padres y ascendientes con preferencia a los colaterales tronqueros más alejados (ley 5, tít. XIII, lib. III de la Nov. Rec. y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1889).

De ese modo, en los bienes troncales, la sucesión troncal excluye el supuesto de aplicación de la reserva lineal, y para los bienes no troncales ninguna disposición tiene el Derecho navarro que introduzca la reserva lineal.

El Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra publicado en 1959 por la Comisión Compiladora del Derecho civil de Navarra, sigue distinguiendo la sucesión en los bienes troncales y en los que no lo son.

La primera es regulada en la Ley 280, que dice así:

«A falta de pacto o disposición testamentaria en contrario, los bienes inmuebles que el causante fallecido sin dejar descendencia legítima hubiera adquirido por título lucrativo, de su cónyuge o de cualquier pariente legítimo dentro del cuarto grado de consanguinidad, y de que no hubiera dispuesto por título *inter vivos* o *mortis causa*, harán reversión al respectivo transmitente o, en su defecto, al más próximo de sus parientes troncales dentro del cuarto grado, sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo en su caso. Si al fallecimiento del causante le sobreviviere padre o madre no llamados a la reversión, tendrán éstos, aunque hubieren reiterado o reiterasen nupcias, el usufructo vitalicio de tales bienes, sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo en su caso, que se entenderá preterente.»

En estos bienes la sucesión troncal, más drástica que la reserva, elimina el supuesto de hecho que podría dar lugar a la actuación remediativa de ésta.

(1091) Está fué la opinión de VICTORIANO LACARRA Y MENDELUCE *Instituciones de Derecho civil navarro* (Pamplona, 1932), t. II, pág. 286.

Para los demás bienes, la Ley 287 dispone:

«A falta de descendientes y hermanos sucederán los ascendientes más próximos en grado. Los abuelos heredarán distribuyéndose entre ellos la herencia por líneas, y dentro de cada línea por cabezas. Los ascendientes quedarán en su caso sujetos a la reserva troncal establecida en la Ley 273.»

Y esa Ley 278 reglamenta la que llama reserva troncal, en los siguientes términos:

«El que heredare abintestato de un descendiente legítimo, bienes que éste hubiera adquirido por título lucrativo, de otro ascendiente de distinta línea o de un hermano, deberá reservarlos a favor del más próximo de los parientes troncales dentro del cuarto grado que le sobrevivan, a quien harán reversión en su día, sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo en su caso.»

Las Leyes 279, 281 y 282 completan su regulación del modo siguiente:

«Ley 279. Serán de aplicación a esta reserva las disposiciones del Derecho común sobre inventario y garantías de los bienes reservables.

»Ley 281. La reserva y reversión ordenadas por las Leyes 278 y 280 se extenderá, en el caso de subrogación real, a los bienes inmuebles adquiridos por efecto de ésta.

»Ley 282. A los efectos de las cuatro Leyes anteriores, se consideran parientes troncales los precedentes del mismo tronco que el que transmitió los bienes al obligado a la reversión o la reserva, y los grados se computarán con referencia al propio transmitente.»

El examen de estos preceptos, sugiere las siguientes observaciones comparativas:

a) La reserva troncal navarra sólo es propuesta para los bienes heredados por un ascendiente *por sucesión intestada y que no sean inmuebles troncales*. Es decir, para los bienes muebles siempre, y sólo para los inmuebles cuando no se hallen comprendidos en la Ley 280.

b) La Ley 278 limita la reserva troncal a los bienes heredados abintestato por el ascendiente de un descendiente que éste hubiere adquirido por título lucrativo de *otro ascendiente de distinta línea* o de un hermano. El requisito de la diversidad de línea, implícito en la reserva lineal establecida en el artículo 811 del Código civil (1092), se expresa específicamente en la Ley navarra.

c) La reserva troncal navarra propone beneficiar a los parientes troncales hasta *dentro del cuarto grado, que sobrevivan al ascendiente*. Al exigir esa sobrevivencia aclara lo que se sobreentiende en el 811 del Código civil. Y al beneficiar hasta el cuarto grado, parece que la extiende a un grado más que la reserva lineal

(1092) Ver I, § 5.º, núm. 30, págs. 100 y sigs., y AN. DER. CIV., X-III, págs. 731 y sigs.

del 811, pero la ampliación resulta aún mayor, pues la Ley 282 propone que los grados se computen con referencia al *«grado transmisor»*, es decir, al ascendiente o hermano de quien el descendiente los hubo a título lucrativo.

d) Se establece *sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo del ascendiente reservista*, es decir, del usufructo de fidelidad que regulan las Leyes 200 y siguientes del Proyecto.

e) El concepto de parientes troncales—paralelo al de parientes que pertenezcan a la misma línea de donde los bienes proceden, del 811—nos lo explica la Ley 282. Pero, creemos que continúa prestándose a las mismas diversas interpretaciones que aquél, asimismo oscilantes entre los criterios correspondientes a las troncalidades simples, complejas y puras (1093).

f) La Ley 281 aplica la subrogación real a la reserva con un ámbito mayor que el existente en el régimen del Código civil (1094).

g) El derecho de transmisión, «en caso de que el llamado a recibir los bienes hubiera fallecido después de causar la reversión o la reserva y antes de aceptarla o repudiarla», lo admite el § 2.º de la Ley 282, incluso *en favor de parientes que no se hallen dentro del cuarto grado*. Es decir, siempre en favor de parientes, se presupone *tronqueros*, de cualquier grado aunque sea más alejado del cuarto, y nunca a favor de herederos extraños al tronco. En cambio, el derecho de representación sólo es aceptado—*sensu contrario*—a favor de parientes que se hallen dentro del cuarto grado y resulta expresamente excluido más allá del mismo.

h) La preferencia entre los reservatarios la establece la Ley 278 *«a favor del más próximo de los parientes troncales»*, y, en igualdad de grado, el § 3.º de la Ley 282 establece que *«será preferido el ascendiente, y entre los colaterales, el entroncado en ascendiente anterior»*.

Para concluir este comentario, permítasenos formular una pregunta a la Comisión Compiladora del Derecho civil de Navarra: ¿No resultaría más en armonía con los principios de libertad de testar y de conservación de las unidades patrimoniales familiares, que el reservista pudiese disponer de los bienes reservables a favor de uno cualquiera de aquellos parientes comprendidos en el cuarto grado troncal?

(1093) Pueden verse esos conceptos en I, § 3.º, núm. 18, págs. 46 y sigs., y en AN. DER. CIV., X-II, págs. 370 y sigs.

(1094) Ver II, § 3.º, núm. 21, a₁ en AN. DER. CIV., XII-III, págs. 783 y sigs.

Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la «lex loci»

ENRIQUE LALAGUNA DOMINGUEZ
Profesor del Estudio General de Navarra

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Valoración de la forma local extranjera en los diferentes sistemas matrimoniales.—3. Los preceptos del Código civil.—4. Génesis del sistema codificado.—5. Las dos interpretaciones del sistema codificado y su proyección en tema de forma local extranjera.—6. El principio de libertad formal según la interpretación del sistema en sentido electivo.—7. La opinión de la inadmisibilidad de la forma local extranjera en el sistema de matrimonio civil subsidiario.—8. Admisibilidad de la forma local extranjera con subordinación a los principios del sistema de matrimonio civil subsidiario.—9. Régimen vigente.—10. Estudio especial de la condición del matrimonio de españoles celebrado ante funcionario extranjero mientras no consiste acreditada la acatolicidad de los contrayentes.—11. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Las dificultades con que ha tropezado la ordenación jurídica de la institución matrimonial en los diferentes países, derivadas de una pugna ideológica entre diversas tendencias sociales y políticas y, sobre todo, de la división religiosa provocada por la Reforma, se agravan naturalmente cuando del plano de los ordenamientos nacionales pasamos a la esfera jurídica internacional. Es cierta a este respecto la afirmación de Bellini de que la materia matrimonial se presta bastante menos que muchas otras a una reglamentación resultante de la combinación material y funcional entre normas de distintos ordenamientos en cuanto se halla fuertemente dominada, en cada sistema, por exigencias de carácter político o ético o social enteramente peculiares, hasta el punto de no hallar fácil correspondencia en otros ordenamientos (1).

Es ésta una limitación inicial a tener en cuenta en el estudio de la relevancia, ante un determinado ordenamiento jurídico, del matrimonio celebrado conforme a un régimen extranjero. No parece hoy posible una superación total de los conflictos a que da lugar la tensión de los particularismos nacionales. Ni cabe, en cambio, una reducción de su número y, en este punto, debe esperarse lo mejor de la

(1) BELLINI, P., *Sul conflitto in materia matrimoniale fra ordinamenti laicali e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica*, en "Il Diritto ecclesiastico", LXVII (1956), Parte I, pág. 107.

mutua inteligencia entre los Estados, aunque para ello hayan éstos de renunciar, en sus respectivas concepciones jurídicas sobre el matrimonio, a muchos puntos no constitutivos de principios fundamentales. Respecto a aquellos otros sobre los que no cabe renuncia, por ser informantes de principios básicos en cada sistema, será conveniente una labor de esclarecimiento, pues no siempre los conflictos del orden jurídico privado internacional provienen de radicales diferencias políticas, éticas, sociales o religiosas entre los diversos ordenamientos, sino que a veces se deben a una formulación defectuosa o a un conocimiento insuficiente o a una exégesis errónea de las normas que rigen la materia en el seno de cada uno de los sistemas en pugna.

En esta perspectiva de problemas y de medios posibles de solución, ofrece hoy nuestro sistema jurídico a la disciplina del Derecho internacional privado un doble ejemplo, de simplicidad y de precisión.

En efecto la nueva legislación registral ha dejado sin vigor una suerte de interpretación viciosa de nuestro sistema al admitir la idoneidad del régimen extranjero sobre forma de celebración del matrimonio (2) para los súbditos españoles acatólicos, y, por otra parte, en aquello que no se podía renunciar, ha contribuido a precisar el significado del sistema al considerar la condición de acatolicidad como elemento de capacidad y límite de validez del matrimonio celebrado en forma no canónica (3).

Con la reciente reforma legislativa (4), en el tema que nos ocupa,

(2) Con ello se ha logrado la aproximación a una idea común en la doctrina actual del Derecho internacional privado, *vid.* por ej., la Ponencia oficial sobre "Ley aplicable a la forma y fondo del matrimonio", presentada al Congreso de Quito de 1957, y las conclusiones sobre la misma acordadas en el Pleno del Congreso, recogidas por GARCÍA ARTAS, L., *Crónica del III Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, en "Temis", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1957, 2, págs. 128, 129 y 145.

(3) A pesar de que el art. 249, párrafo 2.º, del nuevo Reglamento del Registro civil sólo se refiere al matrimonio civil, puede admitirse también, con una interpretación amplia, la idoneidad de una forma religiosa no canónica para el matrimonio de españoles acatólicos, siempre que se halle reconocida por la legislación del país de celebración. En cualquier caso constituirán un límite de validez, al lado del principio de comisionalidad, los principios de indisolubilidad y monogamia. Sobre la relevancia en España del matrimonio de españoles acatólicos celebrado en país extranjero en forma religiosa no canónica, *vid.* GARCÍA BARRIUSO, P., O. F. M., *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*, Tánger, 1958, pág. 75.

(4) Para el tema de este trabajo deben tenerse en cuenta principalmente la ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro civil (se citará en este estudio con la sigla L. R. c.), el Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro civil (para su cita se utilizará la sigla R. R. c.), la ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código civil, y la Circular de la Dirección de los Registros de 2 de abril de 1957.

El Decreto de 26 de octubre de 1956, por el que se dió nueva redacción a los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento de 13 de diciembre de 1870 para la aplicación de la Ley provisional del Registro civil, queda sin vigor con la publicación del de 14 de noviembre de 1958.

se ha venido a perfeccionar el régimen anterior, obra en lo fundamental de una jurisprudencia constructiva hábilmente fundamentada sobre la exigua base legal del Código civil. Ahora bien, si prescindimos de la interpretación jurisprudencial sobre el tema, con la que se halla acorde la opinión científica dominante en estos últimos años, el régimen vigente supone menos novedad de lo que a primera vista pudiera parecer. En orden al matrimonio celebrado en el extranjero, la regulación del Código no ha sido afectada por la Ley de 24 de abril de 1958, y la nueva legislación registral no ha venido a derogarla, sino a completarla, con un régimen ciertamente diverso al defendido por la doctrina y aplicado en la época inmediatamente anterior, pero que antes fué también posible y correcto mantener al amparo exclusivamente de los preceptos del Código (5).

2. VALORACIÓN DE LA FORMA LOCAL EXTRANJERA EN LOS DIFERENTES SISTEMAS MATRIMONIALES.

El tema de la suerte jurídica del matrimonio celebrado en el extranjero no puede ser tratado con independencia del significado del sistema matrimonial acogido por el país en que tal matrimonio pretenda relevancia. Esta consideración resalta con mayor evidencia cuando el país en cuestión posee un sistema de inspiración confesional. A este respecto es de notar que el sistema de reglas de Derecho internacional privado, o acusa en su configuración originaria las exigencias confesionales del sistema matrimonial, y su aplicación está, por tanto, mediatizada en el sentido de tales exigencias (6), o debe contentarse con operar en un segundo plano, entrando en juego con subordinación a los principios y reglas del Derecho confesional acogido en el ordenamiento estatal (7). No cabe, inversamente, que la

(5) Con anterioridad a la reforma legislativa de 1957-58 y en sentido coincidente con la solución que aporta, se mantuvo en un sector de la doctrina la admisibilidad de la forma *loci actus* en el matrimonio de españoles acatólicos. *Vid.* FERNÁNDEZ VILGAS, P., *Los matrimonios de españoles en el extranjero*, en "Revista General de Derecho", XI (1955), págs. 101-105, esp. pág. 103; LUIS Y NAVAS BRUSI, J., *Las nuevas nupcias de extranjeros divorciados y su validez ante nuestro Derecho*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", CIII (1955-1), pág. 136; GARCÍA BARRIUSO, op. cit., pág. 73. Con un alcance limitado, también GOLDSCHMIDT, W., *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, II, Buenos Aires, 1954, pág. 287. Y al parecer, en términos generales, BRUNELLI, G., *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa*, Milano, 1958, pág. 402.

(6) En este sentido *vid.*, por ej., GANNAGÉ, P., *Observations sur les effets des jugements étrangers de divorce dans un système juridique non laïcisé*, en "Revue critique de droit international privé", XLVII-1958, págs. 674-675.

(7) *Cfr.* BELLINI, loc. cit., págs. 120 *in fine* a 123. Con referencia a nuestro Derecho sostiene GOLDSCHMIDT que, como consecuencia de su inspiración confesional, "nos encontramos con un Derecho interpersonal que se halla superpuesto sobre el Derecho internacional privado. Dicho Derecho interpersonal distingue entre católicos y acatólicos. Siempre que se trate de una parte católica, debe aplicarse el Derecho canónico (art. 42, 73 C. c.). El Derecho canónico es universal y, por ello, no existe, en principio, una diferencia entre los diversos

oportunidad y el sentido de la aplicación de las normas matrimoniales se decida por criterios de Derecho internacional privado asépticos de inspiración confesional (8).

Ejemplo de lo dicho es en nuestro Derecho, desde la vigencia del Código civil hasta época reciente, la división doctrinal entre los autores y la falta de uniformidad en la jurisprudencia acerca de la cuestión de si debía admitirse o no la idoneidad de la forma local extranjera para la celebración del matrimonio de españoles, alegándose, unas veces, para la tesis afirmativa, el artículo 11, párrafo 1.º, del C. c., y otras, para la negativa, el artículo 9 en relación con el 11, párrafo 3.º, del mismo cuerpo legal. Tales diferencias de criterio estuvieron determinadas no por el tenor de las reglas consignadas en esos artículos, sino por una radical diversidad de enfoque ante el problema del significado del sistema matrimonial. A partir de una interpretación de éste como sistema electivo se afirmó la libertad de forma, buscando a tal fin un apoyo en el párrafo 1.º del artículo 11 (9). En cambio, desde una concepción del sistema del Código como sistema de matrimonio civil subsidiario se negó la idoneidad de la forma local extranjera para los súbditos españoles, y a tal efecto se invocó el artículo 9 y el párrafo 3.º del 11 (10).

La proyección del sistema matrimonial en el tratamiento del matrimonio de españoles en el extranjero se advierte de modo manifiesto en diferentes disposiciones y proyectos de ley del pasado siglo.

casos con arreglo a la nacionalidad de las partes. El Derecho internacional privado ordinario entra sólo en juego si ambas partes no pertenecen a la Religión católica" (op. cit., II, pág. 280). Consecuentemente con esta idea, considera que en la calificación de catolicidad o acatolicidad "el Derecho canónico debe primar sobre el Derecho estatal, que a lo sumo puede pasar por una interpretación auténtica del primero" (op. cit., II, pág. 281). En términos más ponderados, *vid.*, MATA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado*, II, Madrid 1955, págs. 249-250. Sobre el discutible valor de esta opinión en el tiempo en que se formula y la imposibilidad de ser referida al Derecho actual después de la reforma, *vid. infra*, núm. 8, C.

(8) Sobre esta idea pueden verse las atinadas consideraciones de SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. castellana, de la versión francesa de GUYENOT, por MESA, J., y POLOS, M., VI, Madrid 1879, págs. 335 y 337. Con más precisión y rigor, FROEY, P., *Derecho internacional privado*, versión castellana de GARCÍA MORENO, 2.ª ed., II, Madrid 1888, pág. 254. En nuestra doctrina, GUTIÉRREZ PERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 5.ª ed., I, Madrid 1881, pág. 321.

(9) *Cfr.* por ej., NAVARRO AMADOR, M., *Cuestionario del Código civil reformado*, Madrid 1889, I, págs. 82-84 y 172.

(10) Así, entre otros, MALDONADO Y PERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", IV (1949), pág. 647, escribe que "las normas del Derecho internacional privado no se oponen a este modo de enfocar la cuestión. La regla *locus regit actum* puede ser cambiada por razones de orden público, y la forma y requisitos de constitución del matrimonio civil, por la necesidad de evitar que intenten celebrarlo los que están obligados a acudir al matrimonio canónico, que para el Derecho civil español dentro de esta noción internacional de orden público, que ha de respetarse conforme al párrafo tercero del art. 11 del Código civil".

La Ley de matrimonio civil de 1870, que implanta en España un sistema de *matrimonio civil obligatorio* (11), reconocía la validez del matrimonio contraído en el extranjero entre súbditos españoles o entre súbdito español y súbdito extranjero (12).

Posteriormente, el Proyecto de bases para el Código civil presentado al Senado por Alonso Martínez en 22 de octubre de 1881, en el que se establece un sistema de *matrimonio civil electivo*, vino a establecer una disposición semejante (13), y el Proyecto de texto articulado del Libro I del Código, presentado al Senado en 24 de abril de 1882, sentaba, bajo la misma inspiración del Proyecto, del que era desarrollo y casi con las mismas palabras, idéntica solución (14).

En cambio, el Proyecto de Ley de bases de Silveira, publicado por

(11) La obligatoriedad característica de este sistema, es un concepto relativo, fraguado históricamente por el antagonismo hacia la institución matrimonial canónica. No comporta, al menos en el aspecto formal, una exclusividad del propio régimen matrimonial frente al de otros ordenamientos seculares, sino sólo el desconocimiento de regímenes jurídicos confesionales, y, más concretamente, el desconocimiento del régimen jurídico canónico. Por ello no es extraño encontrar en las legislaciones que siguen el sistema de matrimonio civil obligatorio el reconocimiento de la validez del matrimonio celebrado por los nacionales en el extranjero.

(12) La Ley de matrimonio civil de 1870 establecía en su artículo 41 que "el matrimonio contraído en el extranjero por dos españoles o por un español y un extranjero, será válido en España siempre que se hayan observado en su celebración las leyes establecidas en el país en que tuvo efecto para regular la forma externa de aquel contrato y los contrayentes tuvieron aptitud para celebrarlo con arreglo a las leyes españolas". El art. 42 ordena la inscripción del matrimonio así celebrado en el Registro consular español.

(13) La base 3.ª de este Proyecto, publicado por Real Decreto de 20 de octubre de 1881, disponía:

"Será válido:

a) El matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento.

b) El matrimonio civil celebrado en España con arreglo a las disposiciones del nuevo Código.

c) *El matrimonio contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes del país donde tuviere lugar su celebración.* Este matrimonio no producirá, sin embargo, efectos civiles en España, si no hubiese sido contraído en conformidad con la ley española en cuanto a la capacidad civil de los contrayentes, a su estado, y a todo lo demás que no se refiera a la forma externa del acto.

Ningún matrimonio, cualquiera que sea la forma en que se hubiere celebrado, producirá efectos civiles sino desde la fecha de su inscripción en el Registro civil".

(14) El art. 30 del Proyecto dice así:

"Son válidos: 1.º El matrimonio celebrado en España con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento y cánones de la Iglesia católica; 2.º El celebrado en España conforme a lo dispuesto en este Código, y 3.º *El contraído en país extranjero, siendo españoles ambos contrayentes o alguno de ellos, en la forma establecido donde tuviere lugar su celebración.* Este matrimonio no producirá efectos civiles en España, si se hubieren infringido las disposiciones de la legislación española relativas a la capacidad civil y a los impedimentos dirimentes" (Ref. de MICHES SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado extensamente*, II, Madrid 1907, págs. 17-18).

Real Decreto de 7 de enero de 1885, después de consignar en su exposición de motivos los dos puntos —el régimen foral y el régimen matrimonial— en que principalmente difiere del Proyecto de 1881, sienta, en su base III, las ideas cardinales de un sistema de *matrimonio civil subsidiario*, sin establecer ninguna norma de reconocimiento de validez de la forma matrimonial extranjera (15).

El criterio de este Proyecto en la materia matrimonial, claramente dominado por una inspiración conservadora, provocó en el seno de la Comisión nombrada para su elaboración un apartamiento de la minoría liberal (Alonso Martínez, Gamazo y Canalejas). Propuso ésta, en voto particular, una formulación diferente de la base III que, en la misma línea del Proyecto de 1881 —sistema de *libre elección*—, reconoce eficacia civil al matrimonio de españoles en el extranjero (16).

El Código civil, fruto de una transacción de los criterios liberal y conservador, pero, en materia matrimonial, más cerca del Proyecto de

(15) La base III de este Proyecto es como sigue:

“La institución del matrimonio en sus formas, requisitos, modos de prueba, derechos y obligaciones entre marido y mujer, capacidad jurídica de los contrayentes, paternidad y filiación, efectos del contrato respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, patria potestad, nulidad del vínculo y divorcio, se ajustará en sus principios y disposiciones esenciales al estado legal, creado por virtud de la aplicación del R. D. de 9 de febrero de 1875 y la ley de 18 de junio de 1870, armonizando los principios en que una y otra disposición se inspiran y manteniendo como criterio en la solución de las dudas que ha suscitado la experiencia, el respeto estricto a la jurisdicción y doctrina de la Iglesia sobre los españoles que profesan la religión católica y al derecho constitucional de los que al amparo de la tolerancia religiosa deseen constituir consorcio perpetuo y familia legítima sin la santificación del Sacramento”.

(16) Se recoge en el *Diario de Sesiones de Cortes*, Legislatura de 1884-85, tomo X, Apéndice 10 al núm. 167, págs. 4 y 5; y por SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, V, 1.ª, Madrid 1912, pág. 424, de donde se toma. La fórmula de la base 3.ª propuesta por la minoría liberal dice así:

“Producirán efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes:

A. El matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento, previas las diligencias necesarias para justificar ante el Estado la capacidad civil de los contrayentes y mediante la asistencia al acto de celebración del matrimonio de un funcionario del orden civil. A este funcionario quedará encomendada la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro civil.

B. El matrimonio civil celebrado en España con arreglo a las disposiciones del Código.

C. *El matrimonio contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes civiles del país donde tuviere lugar su celebración, siempre que no contravengan las disposiciones del Código español relativas a la capacidad civil de los contrayentes, a su estado, perpetuidad e indisolubilidad del vínculo, y, en suma, a cuanto no se refiera a la forma externa del acto.*

Las condiciones de capacidad de los contrayentes y los efectos civiles del matrimonio con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, se determinará concordando las disposiciones consignadas en la ley de 18 de junio de 1870 y en el proyecto del libro primero del Código civil presentado a las Cortes por el gobierno de S. M. en abril de 1882, Palacio del Congreso, 8 de junio de 1885. Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *Presidente*, Germán GAMAZO, JOSÉ CANALEJAS Y MÉNDEZ.”

1885 que de los de 1881-82, como consecuencia obligada de la negociación oficiosa con la Santa Sede sobre la fórmula de la base 3.^a de 1888, incorpora a nuestro Derecho, aunque con parco desarrollo y muchas imperfecciones, un sistema de *matrimonio civil subsidiario*, sin establecer régimen concreto para la cuestión que nos ocupa.

La evolución descrita refleja un principio de reconocimiento de la forma matrimonial extranjera en los sistemas de matrimonio civil obligatorio y de libre elección. No se trata de una característica particular de la evolución de esta materia en el Derecho español. El Derecho comparado presenta como fenómeno general el hecho de que las legislaciones inspiradas en uno u otro de esos sistemas vienen a aceptar la idoneidad de la forma extranjera, no sólo para el matrimonio de los extranjeros, sino también para el de los propios súbditos. En tal sentido es oportuno recordar a los países ratificantes del Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 (17), en el que se consagra como principio la regla *locus regit actum* para la forma de celebración del matrimonio, si bien se reconoce, en fuerza de una dificultad insuperable y no como propia excepción de la regla, la limitación de que los países cuya legislación impone a sus ciudadanos una celebración religiosa puedan rechazar la validez del matrimonio contraído en el extranjero faltando a dicha prescripción (18).

Un sistema de matrimonio civil subsidiario no puede acoger sin reservas el principio de libertad en la forma de celebración. Ciertamente, desde un punto de vista puramente estatal, celebrar el matrimonio en una u otra forma sería indiferente. Pero este enfoque deja de ser adecuado desde el momento en que el Derecho estatal acoge un principio de vinculación de los católicos a la forma canónica (19). Entonces ya

(17) El Convenio fué ratificado por Alemania, Italia, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza, Hungría (cfr. GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 293). En la fecha de conclusión del Convenio, algunos de estos países poseían un sistema de matrimonio civil obligatorio, y otros, un sistema de libre elección. Contra lo que entendió la sentencia del Tribunal del Sena de 27 de junio de 1927 (recogida en "Revue de droit international privé", 1928-XXIII, págs. 332-333). España no se adhirió a este Convenio. La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1942, considera improcedente su alegación, ya que "España no lo suscribió ni se adhirió a él, careciendo de vigor, por lo tanto, en nuestro país". Lo exacto es que lo suscribió sin llegar a ratificarlo.

(18) No se trata, por tanto, de una excepción a la regla. Excepción hubiera sido considerar inidónea la forma local en tal caso. Lo que se admite es una discrepancia en la calificación del matrimonio, válido en el país de celebración, nulo en el país de alguno de los contrayentes. En realidad, por esta parte, nada mejoraba España en su Derecho, pues la denegación de validez del matrimonio de españoles contraído en la forma de la *lex loci* estaba a su alcance sin necesidad de adherirse al Convenio.

(19) Por tal razón, consideraba inconveniente para nuestro Derecho la regla *locus regit actum* GUTIÉRREZ PERNÁNDEZ, B., op. cit., I, pág. 321: "Establecerlo así sería abrir la puerta a fraudes, hacer inútiles nuestras prohibiciones, alentar a los que, mal avenidos con nuestras leyes, busquen en el extranjero el medio de eludirlas, sin renunciar por de contado a sus beneficios. No basta con atemperarse a las leyes relativas a la capacidad personal; hay nulidades

no cabe abandonar la suerte de la validez del matrimonio civil en el aspecto formal a un régimen extranjero. Y la razón es clara: el principio de obligatoriedad de la forma canónica, por el que la Iglesia ejerce una atracción jurisdiccional sobre sus súbditos católicos (20), se hace operativo en el ámbito del matrimonio civil mediante la exigencia, a los que pretendan celebrarlo, de una prueba suficiente de su acatolicidad.

Aun cuando en el plano legislativo no se ha precisado hasta fecha reciente el alcance de dicha exigencia, en el orden dogmático su consideración como elemento de validez del matrimonio civil se impone con carácter de axioma, en lógica consecuencia con el principio de vinculación de los católicos a la forma canónica (21).

En la esfera del Derecho interno, la exigencia de acatolicidad puede actuar, alternativa o sucesivamente, en dos momentos: antes y después de la celebración del matrimonio. Si la condición acatólica de los

que afectan a la forma: en España, donde es ley el Concilio de Trento, son clandestinos los matrimonios celebrados sin el párroco y los testigos, ¿qué será de las disposiciones conciliares? ¿Cómo se sostienen, si bajo las reglas *locus regit actum*, cualquier español, sin más que atravesar el Pirineo, puede contraer un matrimonio civil y obligar a las autoridades españolas a que le tengan por legítimamente casado?"

(20) Cfr. GISMONTI, P., *L'attuazione dottrinarie e pratica delle norme trientines sulla forma del matrimonio*, en "Rivista italiana per le Scienze giuridiche", vol. VI, serie III (1952-1953), pág. 255.

(21) En el ordenamiento canónico, la vinculación a la forma (canon 1.099) implica la invalidez, o por mejor decir con la doctrina más reciente, la inexistencia del matrimonio celebrado por los católicos en cualquier otra forma distinta de la ordenada. Para hacer efectivo ese principio de vinculación de los católicos a la forma canónica, reconocida en el art. 42 del C. c., se hacía precisa la exigencia de acatolicidad. Pero ésta no se estableció sino después de varios años de vigencia del Código, fijándose su significado por vía gubernativa y con formulación que no satisfacía a las exigencias del principio de obligatoriedad de la forma canónica, tal como éste se desarrollaba en la disciplina jurídica de la Iglesia vigente en aquella época y tal como se desarrolló después en la disciplina del *Codex*. Aparte de que la interpretación gubernativa del art. 42 del C. c. sobre el concepto de acatolicidad no coincidía con el criterio que en este punto mantenía ni con el que hoy mantiene el Derecho canónico, la sanción de invalidez del matrimonio civil celebrado por los católicos sólo se admitió de un modo genérico, sobre la base legal del art. 4.º del C. c., en la Real orden de 28 de diciembre de 1900. De modo más preciso y enérgico se estableció la invalidez en la Orden de 10 de marzo de 1941. Para la evolución de esta interpretación gubernativa, *vid.* FUENMAYOR, A., *El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 del Código civil)*, Madrid, 1959, págs. 15 y ss. En orden a la invalidez del matrimonio civil de los católicos, *vid.* AGUIRRE GARRÍA, A., *Nullidad de matrimonio civil*, en "Revista española de derecho canónico", III (1948), pág. 201; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *Los matrimonios civiles celebrados por católicos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932 (Notas a la sentencia del T. S. de 25 de enero de 1956)*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, X (1957), págs. 259 y ss., esp. 262; BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Declaración de nulidad de un matrimonio civil entre españoles celebrado en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", IX (1954), págs. 938-942. Sobre el mismo tema a la luz de la reforma de 1957-58, *vid.* FUENMAYOR, op. cit. últimamente, págs. 71-75.

contrayentes no se acredita, no se autorizará el matrimonio (22). Si, pese a no acreditarse dicha condición, se autoriza el matrimonio, la validez de éste será incierta y no producirá en su momento su eficacia típica (23). Si la acatolicidad sólo aparentemente resulta acreditada por el empleo de falsedad o fraude, o, incluso, por causa no imputable a los contrayentes, el matrimonio podrá ser declarado nulo (24).

No es difícil, por desconocimiento o falta de consideración de tales prescripciones, que en un país, cuya legislación establezca un sistema diferente, o no se atienda o se atienda injustamente a la exigencia de acatolicidad en el matrimonio de los obligados a observarla por su ley nacional (25). En tal caso, ese matrimonio podrá ser considerado ineficaz o nulo (26) según la ley personal de ambos contrayentes o de uno de ellos.

(22) En tal sentido convienen las diferentes disposiciones gubernativas que interpretaron el art. 42 del C. c., excepto la Real orden de 17 de agosto de 1906, derogada por la de 28 de febrero de 1907. Sobre la hipótesis del matrimonio civil de españoles celebrado ante autoridad extranjera, sin justificación de acatolicidad, más adelante, núm. 8, A, c).

(23) Esta solución, referida al supuesto de matrimonio de españoles en el extranjero, puede apoyarse actualmente en el art. 249, pár. 2.º, del R. R. c. En discrepancia y para el mismo supuesto, bajo la legalidad anterior a la reforma de 1957-58, *vid. infra*, núm. 7.

(24) Esta doctrina es clara bajo la legalidad de la Orden de 10 de marzo de 1941. Para el Derecho vigente, *vid. FUREZMAYOR*, op. cit. últimamente, páginas 71-75.

(25) Así, por ej., en el supuesto de la sentencia del Tribunal del Sena de 17 de junio de 1927 (recogida en "Revue de droit international privé", 1928-XXIII, págs. 332-333) referente a un matrimonio celebrado en Moscú, el 5 de abril de 1919, según la forma de la ley local, entre español católico y mujer rusa. La sentencia declara mal fundada la pretensión de nulidad del matrimonio, que la actora basa en la condición católica del marido. Cita la sentencia el art. 5 de la Convención de La Haya de 12 de junio de 1902, que consagra el principio de aplicación de la regla *locus regit actum*, estipulación a la que España—dice—ha prestado su adhesión (!), y considera que el matrimonio civil es, en Francia, un principio de orden público, que se impone al Tribunal con un carácter absoluto, y que admitir la pretensión de la actora por el solo motivo de que su matrimonio no ha sido celebrado en la forma canónica, sería atentar al orden público francés (!).

(26) Ambas soluciones podrían mantenerse alternativa o sucesivamente. La nulidad dejaría a salvo la eficacia inicial del matrimonio mediante la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo. Más aceptable me parece la solución de una interina ineficacia inicial que se resolvería: a) en validez si la acatolicidad se prueba después de celebrado el matrimonio y, en tal caso, con reconocimiento de efectos *ab origine*, salvo la protección de los terceros de buena fe; o b) en inexistencia si la nulidad del matrimonio se declara. En este caso, la solución de inexistencia se impone por cuanto el matrimonio no puede producir efectos *ex tunc* en virtud de la declaración de nulidad, ni cabe tampoco reconocer unos efectos *ex tunc*—supuesto de aplicabilidad de la doctrina del matrimonio putativo—en virtud de la ineficacia inicial.

La distinción práctica entre nulidad e inexistencia, particularmente referida a la disciplina del matrimonio, se emplea en este estudio en el sentido de que el matrimonio inexistente no es susceptible de producir los efectos que se reconocen al matrimonio nulo—declarado nulo—según la doctrina del art. 69 del C. c. Es esta, sin duda, la diferencia más importante entre ambos supuestos. De ella se

Tales son los medios técnicos por los que se hace efectivo el principio de imperatividad de la forma canónica. Si se admitiera como principio la validez del matrimonio contraído en forma civil o religiosa no canónica por súbditos nacionales en país extranjero donde el acceso a una u otra de esas formas de celebración no está limitado a los acatólicos, se haría posible, para los nacionales católicos, la evasión del precepto de forma canónica, resultando así ilusorio el reconocimiento del mismo en el ordenamiento estatal.

De lo dicho no se deduce que el único medio técnico para hacer efectivo el principio básico del sistema de matrimonio civil subsidiario —vinculación de los católicos a la forma canónica— sea imponer a los nacionales acatólicos la forma civil propia de la legislación que acoge dicho sistema. Lo único que se deduce es que la validez del matrimonio civil de los súbditos nacionales, se celebre en su propio país o en país extranjero, depende de que los contrayentes sean acatólicos.

En conclusión, cabe decir que el sistema de matrimonio civil subsidiario permite adoptar dos soluciones diversas respecto al valor de la forma local extranjera: rechazarla en absoluto, salvo cuando ambos contrayentes sean súbditos de otro país (27), o admitirla con la reserva de una conformidad a los principios del sistema, haciendo depender la validez del matrimonio en el aspecto formal, paralelamente a como ocurre en el ámbito del Derecho interno, de una exigencia de acatolicidad.

La primera solución, excesivamente severa, es la de nuestro Código en el régimen anterior a la reforma de 1958, según la interpretación seguida por la jurisprudencia y doctrina dominante. La segunda es la del Proyecto de Ley matrimonial de Alvarez Bugallal de 17 de mayo de 1880 (28) y la que puede considerarse vigente a tenor de la nueva legislación del Registro civil.

hace uso por nuestros autores en sentido coincidente con el aquí adoptado. *Vid.* PÉREZ GONZÁLEZ, B., y CASTÁN TOBEÑAS, J., en *Notas al Tratado de Derecho civil de ENNECERUS, KIPP y WOLFF*, IV, 1, Barcelona 1947, págs. 162-163; ROMERO VIDEZ, M. A., *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, en "Revista de Derecho Privado", XXV (1941), páginas 183 y 193; PUENMAYOR CHAMPÍN, A., *El derecho sucesorio del cónyuge futuro*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", LXXXVI (1941-II), pág. 469.

(27) Incluido en este caso se niega la relevancia de la forma local extranjera. Así GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, II, págs. 282-283, dice: "Los católicos no españoles están sometidos a su respectivo Derecho nacional (art. 9) en cuanto no se oponga al Derecho canónico. Siendo así, aquél es eliminado por el orden público español (art. 11, pár. 3.º C. c.). Por consiguiente, España no reconocerá el matrimonio de extranjeros católicos celebrado en el extranjero según su respectiva ley civil, pese al texto literal contrario del art. 69 Ley del Registro civil; no se reconocerá, por ej., el matrimonio civil de cónyuges alemanes católicos. Entre el matrimonio extranjero católico celebrado en España o fuera de España, no existe diferencia alguna en lo que a la capacidad atañe". *Vid.* también MUMA DE LA MUELA, *op. cit.*, II, págs. 256-257.

(28) *Proyecto de ley sobre los efectos civiles del matrimonio*.

Art. 2: "El matrimonio de extranjeros o el contraído por personas que no pueden casarse con arreglo a las prescripciones de los Sagrados Cánones, pro-

3. LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO CIVIL.

Diversos preceptos de nuestro C. c. hacen referencia al matrimonio celebrado en el extranjero, contemplándose en algunos de ellos el supuesto de que uno de los cónyuges sea súbdito español.

El artículo 100, en su párrafo último, dispone que "los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero". La jurisprudencia y un sector de la doctrina ponen en relación este precepto con el del número 4.º del artículo 101, que establece la nulidad del matrimonio celebrado "sin la intervención del juez municipal competente o *del que en su lugar deba autorizarlo* y sin la de los testigos que exige el artículo 100", entendiéndose que la sustitución de que aquí se habla está referida, con carácter exclusivo, cuando se trata del matrimonio de españoles en el extranjero, a nuestros funcionarios consulares (29). Pero tal interpretación no es convincente. La declaración del artículo 100 señala las funciones de los cónsules y vicecónsules en el matrimonio de españoles en el extranjero, pero no define el carácter exclusivo de su competencia en tal materia (30), cosa que, si por hipótesis se admitiera, llevaría a pensar en una atracción imperativa de los españoles a la forma civil del artículo 100 *fundada en el vínculo de la nacionalidad* y no en razones confesionales, por cuanto afirmada esa competencia con exclusividad para el matrimonio civil de españoles, no resulta, por otra parte, claramente eliminada respecto al matrimonio civil de los españoles "católicos" (31).

dicirá también todos los efectos civiles prevenidos en la presente ley, siempre que se haya celebrado con las formalidades ordenadas en la misma".

"No se autorizará la celebración de ninguno de los matrimonios a que se refiere el párrafo anterior, *sin que previamente se haga constar que cualquiera de los contrayentes no profesa la religión católica*".

Art. 69: "El matrimonio contraído en el extranjero por dos españoles o por un español o extranjero, será válido en España si respecto a la forma externa de dicho acto se hubieren observado las leyes del país en que se llevó a cabo, y los contrayentes tuvieren aptitud para celebrarlo con arreglo a las leyes españolas".

"Para que el matrimonio contraído por españoles a que se refiere el párrafo anterior, pueda inscribirse en el Registro de la Dirección General, o del consulado respectivo, los contrayentes deberán cumplir lo prescrito en el artículo 2.º de esta ley".

Ref. de UCÉLAY, E., *El Decreto del Ministerio-Requencia sobre el matrimonio civil y el partido liberal dinástico*, Madrid 1881, págs. 146 ss.

(29) *Vid. infra*, núm. 7.

(30) ASÍ, LLUIS y NAVAS BRUSI, loc. cit., pág. 136, entiende que "de la redacción del art. 100 no se deduce que el cónsul sea el único competente, sino tan sólo que puede hacerlo". En igual sentido GARCÍA BARRUERO, op. cit., pág. 74.

(31) En la base 3.ª de la ley de 11 de mayo de 1888 y en el art. 42 del C. c., en su redacción hoy derogada, se establece, sin duda alguna, según es hoy pacíficamente admitido en la doctrina, una vinculación imperativa de los que profesan la religión católica a la forma canónica de celebración. En correspondencia lógica con esta premisa, la alusión que se hace después al matrimonio civil en los textos legales citados hubiera debido contener una referencia de carácter personal. No ocurre así, sino que en lugar de decir *quiénes* pueden contraer el matri-

Desde el punto de vista del artículo 101, número 4.º, no ofrece mayor consistencia la tesis del Tribunal Supremo. En el artículo 101, número 4.º, se trata de fundamentar el tratamiento de nulidad del matrimonio, enlazándolo con la pretendida exclusividad de competencia de los funcionarios consulares (32). Pero si la solución para el matrimonio "civil" de españoles en el extranjero, celebrado en forma diferente de la prevista en el artículo 100 del C. c., fuera la nulidad, hay que pensar que por este camino se niega el *ius connubii* a los españoles católicos residentes en países en que España no tiene acreditada representación diplomática ni consular y en aquellos otros en que no se reconoce eficacia a las formas consulares (33).

También se citan en esta materia las reglas de los artículos 9 y 11, pero estas disposiciones son ambiguas, y, como vimos anteriormente, la prevalencia de una sobre la otra no se puede decidir sin definir previamente el significado del sistema matrimonial.

Por último, se han de tener en cuenta los artículos 55, 1.325 y 22, éste en su redacción originaria, modificada por Ley de 15 de julio de 1954. De tales preceptos se podría inferir un criterio de relevancia en nuestro Derecho del matrimonio de españoles (católicos) celebrado en el extranjero según la forma de la *lex loci*.

monio civil, se habla de *cómo* debe celebrarse. La consideración aislada del *acto* civil, sin indicación de las personas que pueden celebrarlo es, al parecer, una fórmula estudiada y no mero defecto de redacción. Esta omisión dejaba abierta en el sistema codificado una perspectiva a la idea de matrimonio civil facultativo. El posible juego de esta idea se ha eliminado con la nueva redacción dada al art. 42 del C. c. por la ley de 24 de abril de 1958. Merece citarse en tal sentido el comentario de FERNÁNDEZ, cotejando el nuevo texto del art. 42 con el anterior: "El apartado 3.º del nuevo texto determina las personas que tienen acceso al matrimonio civil, y añade la exigencia de la prueba de la no 'profesión' a quienes pretendan contraerlo".

"El texto anterior decía simplemente: 'Y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código'".

"La reforma ha llevado a consagrar con trazo enérgico—según quedó explicado anteriormente—el sistema de matrimonio civil supletorio o subsidiario, evitando el peligro de que se convierta de hecho en facultativo, como había ocurrido por virtud de la Real Orden de 27 de agosto de 1906, al mandar que no se exigiera a los que pretendían contraer matrimonio civil 'declaración alguna relativa a la religión que profesan' " (op. cit., pág. 98).

(32) GOLDSCHMIDT, después de afirmar que "establece el Derecho español la exclusiva competencia de los funcionarios diplomáticos españoles en el extranjero para este problema", reconoce que "es dudoso si el art. 101, núm. 4, sólo se refiere al art. 100, pár. 3.º ó si también hace referencia a las autoridades competentes según el art. 11, C. c." (op. cit., II, pág. 286, nota 3).

(33) Cfr. GROSSTO TEBELA, L., *Derecho internacional público y privado*. Madrid 1928, págs. 179-180; FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit. pág. 104.

En los países en que no se reconoce eficacia al matrimonio consular la dificultad de atender a la imperatividad de la forma civil española se podría resolver con doble celebración, ante un funcionario del país de residencia y ante el funcionario consular español. Pero esto tiene como inconveniente someter al matrimonio a una dualidad de jurisdicción con la consiguiente posibilidad de conflictos en materia de nulidad, separación y disolución. Aparte de que tal solución no sería factible en los países sin relación con España.

Los artículos 1.325 y 22 no limitan sus efectos, relativos respectivamente a la especie de régimen de bienes del matrimonio y a la nacionalidad de la mujer española casada con extranjero, al supuesto de que el matrimonio se haya celebrado precisamente en una de las formas reconocidas por el artículo 42 del C. c.

Más explícito es el artículo 55. Sin admitir que en esta norma se consagre un principio de aplicación directa de la regla *locus regit actum* (34), se podría sostener a su amparo, cuando menos con un alcance limitado y ante la necesidad de hacer factible el ejercicio del *ius connubii* a los españoles acatólicos en ciertos países sin relación con España, la idoneidad de la forma local extranjera. Así se sigue de la aplicación de la regla *ubi lex non distinguit* (35). Este argumento se podría reforzar con la doble consideración del enclave de la norma dentro del capítulo dedicado a "Disposiciones generales" (Cap. I, Tit. IV, Lib. I del C. c.) y de la referencia en su texto a los países donde el acto de matrimonio no estuviese sujeto a un registro regular y auténtico, previsión ésta que holgaría en caso de que el matrimonio civil hubiere de celebrarse necesariamente en nuestros Consulados.

De los preceptos comentados se deduce que la formulación del Código no excluye la posibilidad de afirmar la relevancia en nuestra Patria del matrimonio de españoles celebrado en país extranjero según la forma de la *lex loci*. Naturalmente, tal solución ha de limitarse, colacionando los preceptos en que se apoya (arts. 1.325, 22 y 55 del C. c.) con otros concordantes (42, 4, 101, núm. 4.º, del C. c.), al supuesto de que los contrayentes sean acatólicos. Esta doctrina, que por vía de interpretación podía antes afirmarse de la menesterosa regulación del Código, se acoge hoy con perfil definido en la nueva legislación registral. No cabe, pues, pensar que ésta modifica el régimen del Código; más bien debe decirse que lo concreta y perfecciona en su mejor sentido.

En este punto de la exposición son necesarias algunas aclaraciones.

Antes de la reforma de 1957-58, los preceptos del C. c. se interpretaron generalmente en uno de estos sentidos: a) considerando como únicas formas hábiles para el matrimonio de españoles en el extranjero la canónica y la civil del artículo 100 del Código (autoriza-

(34) Cfr. CHAMPCOMUNAL, J., *Los conflictos de leyes respecto al matrimonio y el divorcio en las relaciones franco-españolas*, en "Revista de Derecho privado", XI (1924), pág. 291.

(35) En efecto, el art. 55 no distingue si el matrimonio, de cuya prueba se trata, es el celebrado entre súbditos de nacionalidad extranjera, o de nacionalidad española, o de una y otra nacionalidad. Debe optarse por la solución más amplia. En este sentido, LASALA LLANAS, M., *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, pág. 114: "Dados los términos de generalidad de que se sirve el artículo 55 de la ley y el notorio carácter internacional de la regla, que no distingue, creemos más cierta la interpretación extensiva".

Conviene señalar que el art. 55 no sólo se refiere al matrimonio canónico sino también al civil según se deduce de su inclusión en el capítulo de "Disposiciones generales".

da por funcionario español), válida cada una de ellas dentro de su respectivo ámbito subjetivo, según la delimitación del artículo 42; o *b*) admitiendo como idónea, además de las dos formas anteriores, la de la *lex loci*, sin consideración de la cualidad confesional de los contrayentes.

Ninguna de tales tendencias puede estimarse correcta, aunque la vigencia de una y otra, desde la promulgación del Código hasta el momento de la reforma de 1957-58, tiene una explicación, que conviene apuntar para mejor definir la postura aquí adoptada.

La precisión que ha introducido en nuestro sistema la nueva legislación registral ya se contenía en el Proyecto de Ley matrimonial de Alvarez Bugallal de 1880, pero al parecer no se tuvo en cuenta en la ulterior evolución legislativa. Sólo el olvido de este Proyecto (36) puede explicar el hecho de que, tanto en la discusión parlamentaria del Código como en la doctrina y jurisprudencia posterior, se considerase la idea del reconocimiento de la forma local extranjera como correlativa de la de matrimonio civil electivo, y su admisión, por tanto, como signo inequívoco de un planteamiento liberal del sistema. De aquí que los que querían para nuestro Derecho un sistema de matrimonio civil subsidiario, estimaran incompatible con él la admisión de la forma *loci actus*, y decidieran consiguientemente negarle relevancia. Bien pudiera ser ésta la genealogía de la tendencia jurisprudencial y doctrinal dominante en los últimos años.

En cuanto a la otra tendencia, la de admitir sin reservas la idoneidad de la forma local para el matrimonio de españoles en el extranjero, puede explicarse por la imperfección y falta de rigor técnico en la formulación del sistema codificado. La omisión de la exigencia de acatolicidad como elemento de capacidad del matrimonio civil, y la falta de una regla expresa en que apoyar la nulidad del matrimonio en los casos de inobservancia —falsedad o fraude— de aquella exigencia, fué, a mi modo de ver, lo que hizo posible una aplicación de las normas legales proclive al sistema electivo.

Esto quería decir: ninguna de las tendencias exegéticas apuntadas tiene que ver con la interpretación de los preceptos del Código aquí mantenida, coincidente con la solución del Proyecto de 1880 y acogida en la nueva ordenación registral.

4. GÉNESIS DEL SISTEMA CODIFICADO.

No deja de sorprender que nuestro legislador de 1888-89 omitiera una formulación clara y precisa en cuestión tan importante como la que estudiamos, cuestión para la que los diversos precedentes legislativos y proyectos de ley fracasados ofrecían variedad de solucio-

(36) El Proyecto se menciona alguna vez durante la discusión parlamentaria sobre el Código civil en la legislatura de 1888-89 (cfr. el discurso de Romero Girón en el Senado, *Código civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889* por la Redacción de la "Revista de los Tribunales", Madrid 1889, págs. 697-698), pero no, que recuerde, con referencia al tema aquí estudiado.

nes. La actitud se ha criticado (37), pero no se han analizado los motivos que llevaron a adoptarla. Y ello es importante para entrar con una visión crítica en el estudio de la cuestión desde la vigencia del Código civil a nuestros días.

Sabido es que nuestro Código civil es fruto de una transacción entre la ideología liberal y la conservadora. En 1888, el partido liberal — a la sazón gobernante — se decide por una fórmula de matrimonio civil subsidiario en vista del fracaso de los proyectos anteriores, que trataron de incorporar a nuestro Derecho el sistema facultativo. En el debate parlamentario del Código se reconoce por los defensores del dictamen, en una y otra Cámara, el principio, confusamente formulado en la base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888 y en el artículo 42 del texto del Código — aún no aprobado —, de vinculación de los católicos a la forma canónica (38), pero tal reconocimiento parece obedeció a la finalidad de mantener la tolerancia de la Iglesia y, con ella, la colaboración de los conservadores (39). A la hora de dotar al principio de medios técnicos para hacerlo efectivo, pesa más la fuerza de la ideología liberal que los compromisos diplomáticos de una negociación oficiosa con la Santa Sede. Por ello nada se dirá en el Código de la exigencia de acatolicidad en la celebración del matrimonio civil y de la consiguiente invalidez que lógicamente debe comportar su inobservancia. A la interpelación de los impugnadores del dictamen sobre la omisión relativa a la exigencia de acatolicidad se contestará con evasivas (40). Aunque el principio esen-

(37) Cfr. AUDINER, E., *Le droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol*, en "Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée", 18 (1891), págs. 1121-1122.

(38) Así, claramente, en el Senado, ROMERO GIRON, *Código civil. Discusión*, cit., págs. 70 y 73. En el Congreso se admite el principio de modo implícito al reconocer una delimitación del matrimonio canónico y del civil en base a la condición confesional de los contrayentes, delimitación cuya efectividad implica la obligación jurídica de los católicos de contraer su matrimonio en forma canónica. En tal sentido ALBACETE: "se ha reconocido que para los católicos no hay más matrimonio que el matrimonio canónico" (*Diario de sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, pág. 18). Igualmente LÓPEZ PRIGGIERVE: "el Código no se separa del artículo constitucional [11 de la Constitución de 1876] porque establece el matrimonio canónico para los católicos y el matrimonio civil para los que no lo son" (*Diario de sesiones de Cortes. Congreso*, número 82, 30 de marzo de 1889, págs. 16).

(39) La política legislativa de los conservadores en la materia matrimonial sigue, en general, la orientación que marca la doctrina de la Iglesia. *Ibid.*, nota 42.

No hay lugar en este estudio para una exposición razonada de los pasajes parlamentarios que pudiesen abonar la afirmación del texto. Creo necesario advertir que no albergo en el momento actual una definitiva convicción a tal respecto, y me limito a formular por hipótesis lo que con una investigación más a fondo podría acaso formularse como tesis.

(40) Sería precisa una lectura atenta y completa de la discusión parlamentaria en ambas Cámaras para comprobar esta afirmación. Pero cabe citar como manifestaciones más características en tal sentido algunos pasajes del debate. Para la discusión del Senado *vid.* *Código civil. Discusión* cit., Conde de CANGA-ARCEBILLES, en contra del Proyecto, págs. 56-67; contestación de ROMERO GIRON,

cial del sistema de matrimonio civil subsidiario se ha reconocido, no se ha desarraigado de la mentalidad de los defensores del dictamen la preferencia por el sistema de libre elección. Y si, por el reconocimiento del indicado principio en el artículo 42 del Código, cabe calificar al sistema —en sede normativa— como de matrimonio civil subsidiario, por las omisiones apuntadas, por la falta de medios técnicos para hacer operativo aquel principio en la práctica, cabe —en vía de aplicación— la desviación hacia el sistema electivo. Resulta así un sistema híbrido de *matrimonio civil subsidiario tendencialmente facultativo* (47).

La limitación de la validez del matrimonio celebrado en el extranjero a una exigencia de acatolicidad es consecuencia indeclinable —y en la práctica, medio auxiliar— del principio de matrimonio civil subsidiario. Al silenciarla se hace posible el juego de principios del sistema facultativo. Por lo demás, esta omisión, en el plano del Derecho internacional privado, es paralela a la que en el mismo sentido se advierte en el ámbito del Derecho interno. No hubiera sido lógico imponer a los españoles la exigencia de acatolicidad y, conse-

por la Comisión, págs. 70 y 73; Conde de CANGA-ARGÜELLES, en discurso de rectificación, pág. 81; rectificación de ROMERO GURÓN, págs. 82-83; Obispo de Salamanca, en contra del Proyecto, págs. 577-578, y la contestación de ROMERO GURÓN a continuación; Arzobispo de Santiago de Cuba, págs. 268-272, y seguidamente la contestación de CANALEJAS, Ministro de Gracia y Justicia.

En el Congreso: DANVILA, en contra, *Diario de sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 75, 21 de marzo de 1889, pág. 2009; contestación de LÓPEZ PUTZGERVER, por la Comisión, *ibidem*, núm. 81, 29 de marzo de 1889, pág. 4; DANVILA, discurso de rectificación, *ibidem*, núm. 82, 30 de marzo de 1889, pág. 7; contestación de LÓPEZ PUTZGERVER, *ibidem*, núm. 82, 30 de marzo de 1889, pág. 16.

Acuso las manifestaciones de más valor son las de ROMERO GURÓN, que reconoce un "deber efectivo", "con un contenido de coacción", en la expresión de la base 3.ª de la ley de 11 de mayo de 1888 "deberán contraer matrimonio" (loc. cit. págs. 70 y 73). Pero el reconocimiento del carácter jurídico de ese deber no le lleva a sugerir ningún medio técnico que lo haga efectivo, como, en cambio, proponen los impugnadores del dictamen.

(41) Conviene advertir que esta calificación tiene significado diverso de la de matrimonio civil subsidiario *prácticamente* facultativo, empleada alguna vez en la doctrina y referible en particular al texto originario del Código portugués, en el que se establecía la distinción de los súbditos en católicos y no católicos, correlativa a la de las formas canónica y civil (arts. 1057 y 1072—, para no tenerla en cuenta después en tema de celebración y de validez del matrimonio civil —arts. 1081 y 1090— *Utd.* la referencia a las disposiciones que derogaron estas normas en PIRES DE LIMA, P. A., y ANTUNES VARELA, J. de M., *Código civil portugués*, Coimbra 1956). Contrariamente, nuestro Código acogió un sistema de matrimonio civil subsidiario. Esta calificación era con rigor procedente en tanto se reconocía un principio de vinculación de los católicos a la forma canónica (art. 42), principio desarrollado técnicamente por disposiciones gubernativas. Sin embargo, en cuanto ese principio no iba acompañado en el artículo del Código de los medios técnicos necesarios para hacerlo efectivo, la aplicación del sistema quedaba de hecho abandonada al juego de un sistema de libre elección. Precisamente por esta callada orientación —sin lo cual no hubiera sido posible la R. O. de 27 de agosto de 1906— es por lo que se añade aquí a la calificación corriente del sistema codificado —matrimonio civil subsidiario— la nota de *tendencialmente* facultativo.

cautamente, la sanción de nulidad aparejada a su inobservancia, para el caso de pretender el matrimonio civil ante funcionario extranjero, y no, en cambio, para el caso de pretenderlo ante funcionario español.

Con lo dicho no parecerá extraño que la posible relevancia en España del matrimonio celebrado en el extranjero se abandone a la exégesis de los ambiguos preceptos que parecen admitirla (arts. 22, 1.325 y 55 del C. c.) sin afirmarla explícitamente. Un claro reconocimiento en tal sentido hubiera significado, en la época de elaboración del Código, dar acogida al sistema de libre elección, y esto hubiera resultado impolítico en el ambiente de las Cámaras, en el que se trataba de presentar al matrimonio civil como subsidiario del canónico y no en plano de igualdad con él. De haberse formulado ese reconocimiento es muy probable que los conservadores no hubieran dado un voto aprobatorio al dictamen sobre el Código (42).

Para opinar en el sentido expuesto existen los siguientes datos:

Primero. Reconocimiento expreso de la validez del matrimonio de españoles celebrado en el extranjero con arreglo a la forma local en los siguientes textos: base 3.^a del Proyecto de ley presentado al Senado por Alonso Martínez en 22 de octubre de 1881, artículo 30 del texto del Libro I del Código presentado al Senado en 24 de abril de 1882, voto particular (de Alonso Martínez, Gamazo y Canalejas) presentado al Congreso en 8 de junio de 1885. En contraste con tales textos, la base 3.^a de 1888 y el Código guardan silencio sobre el valor de la forma extranjera. No cabe atribuir a olvido esta omisión por cuanto el autor de la base 3.^a de 1888 es el mismo que el de los textos más arriba citados.

Segundo. La aplicación de la regla *locus regit actum* a la forma del matrimonio, como regla general, es admisible, según se indicó anteriormente, en un sistema de libre elección o de matrimonio civil obligatorio, pero no, en cambio, en un sistema de matrimonio civil subsidiario, donde, por virtud del principio de confesionalidad, dicha regla, o no se admite, o experimenta en su aplicación ciertas limitaciones. Por esta razón es explicable que se suprimiera el párrafo 3.^o del artículo 30 del Proyecto de 1882, alusivo al matrimonio de los españoles en el extranjero, a instancia del Nuncio de Su Santidad en Es-

(42) En la historia de la política legislativa española de la pasada centuria se manifiesta en repetidas ocasiones la hostilidad de los conservadores hacia el sistema de matrimonio civil electivo. Cfr. por ej., ALONSO PÉREZ, N., *El matrimonio católico y el matrimonio civil bajo el punto de vista teológico, canónico, político y social*, Madrid 1882, esp. pág. 5. Véase también Prefacio y base III del Real Decreto de 7 de enero de 1885, por el que se publica el Proyecto de bases para el Código debido a SILVELA. En la discusión parlamentaria sobre el Código habida en el Congreso y en el Senado durante la legislatura de 1888-89 se encontrarán numerosas manifestaciones de esa enemiga al sistema electivo en los discursos de algunos miembros del partido conservador. Resultaría aquí prolija una cita detallada de los pasajes referentes al tema, pero pueden verse en tal sentido los discursos de DAXVILA y Conde de CANGA-ARGÜELLES citados en la nota 40.

pañá (43). Es muy significativo que, con el precedente de la oposición del Nuncio, Alonso Martínez, que en sus anteriores fórmulas (de 1881, 1882 y 1885) admitía la validez de la forma extranjera, no la reconociera en el texto —ofrecido al cardenal Rampolla para consulta a la Santa Sede— que pasaría a ser la base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888.

Tercero. En el debate parlamentario sobre el Código se clude, por los defensores del dictamen, una contestación directa a las sucesivas interpelaciones de los impugnadores. Al repasar la discusión habida en el Congreso, sólo se registra una opinión, de escaso valor, arrancada casi a la fuerza después de una excitación repetida. Azcárate señalaba tres soluciones posibles para el tratamiento de la forma extranjera, y preguntaba a los miembros de la Comisión defensora por cuál de ellas se inclinaban (44). A su discurso contesta Gamazo —por la Comisión—, que se refiere a diversas cuestiones de las tratadas por Azcárate, pero no alude siquiera a la que concretamente nos interesa ahora (45). Azcárate, en su rectificación, insiste sobre el mismo punto (46), sin obtener respuesta (47). Posteriormente, Labra plantea de nuevo la cuestión con tono enérgico e insistente (48).

(43) *Ibid.* *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 88, 6 de abril de 1889, pág. 22.

(44) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 88, 6 de abril de 1889, pág. 22.

(45) Discurso de GAMAZO en *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, número 90, 9 de abril de 1889, págs. 17-23; núm. 91, 10 de abril de 1889, páginas 13-22; núm. 92, 11 de abril de 1889, págs. 5-12.

(46) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 92, 11 de abril de 1889, pág. 17. Dice AZCÁRATE: "aquí entra el único punto de aquellos sobre los cuales ha guardado silencio el Sr. Gamazo y acerca del que yo me permito insistir, y pido a S. S. alguna aclaración; me refiero al matrimonio de españoles casados en el extranjero; tiene mucho interés esta cuestión, por su historia y por su trascendencia".

(47) A la rectificación de AZCÁRATE, contesta GAMAZO, *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 93, 12 de abril de 1889, págs. 15-16. Este silencio es muy significativo precisamente en la persona de GAMAZO, que fué, con ALONSO MARTÍNEZ y CASALEJAS, firmante del voto particular al Proyecto de bases de 1885. *Ibid.* nota 16.

(48) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, pág. 12. Estimo de interés transcribir y subrayar algunos pasajes de la interpelación de LABRA: "No menos gravedad entraña otro punto, respecto del que insisto en pedir al señor Presidente de la Comisión, que va a hablar hoy, una explicación; insisto en reclamarla del Sr. Gamazo, que dejó este punto a oscuras; insisto en reclamarla del Sr. Alonso Martínez, que según se asegura va a tomar parte en este debate, y en último caso, insisto en reclamar del Señor Presidente del Consejo de Ministros una explicación del punto referente al derecho internacional privado por lo que hace relación al casamiento de los españoles en el extranjero. Es necesario que sobre este punto queden las cosas perfectamente claras; ...Tenemos, pues, necesidad de saber a qué atenernos sobre esta materia; porque aun cuando bien se me alcanza que es objeto de debate en casi todos los libros de derecho internacional que se han publicado de ocho años a esta parte, y que constituye una cuestión política de bastante importancia, sin embargo, el Gobierno debe tener sobre ella pensamientos serios. ¿Puede el Gobierno mantenerse en cierta reserva, huyendo el cuerpo a esa dificultad? Esto

Le contesta Albacete, por la Comisión, rogándole formule otra vez las dos últimas preguntas con que terminó su discurso (49). Y atendido el ruego (50), da Albacete una respuesta a modo de opinión personal, como despojándose de su carácter de miembro de la Comisión defensora, que, en definitiva, deja la cuestión como estaba (51).

Resulta claro que el silencio de nuestro legislador no obedece a olvido, sino a intención deliberada. Es cierto que por parte de las dos Comisiones encargadas de defender el dictamen del Código en las Cortes se reconoció el principio, establecido en el artículo 42, de vinculación de los católicos a la forma canónica, pero esta actitud parece estuvo determinada, como ya se ha indicado, por una razón de táctica

podría hacerlo quizás si se tratara de un asunto de carácter esencialmente político; pero se trata de una cuestión que se lleva al Código civil, que va a producir efectos y resultados de carácter económico en nuestro derecho privado, y tenemos que saber si los españoles cuando se casan fuera de España se han de someter a las leyes del estatuto formal, es decir, a las que rigen en los países a donde van, o si, por el contrario, han de atenerse a las disposiciones de este Código, en cuya virtud, siendo católicos, se habían de casar con arreglo a los procedimientos del matrimonio católico, y siendo protestantes o no perteneciendo a la religión católica, por el procedimiento del matrimonio puramente civil. ¿Qué quiere decir esta cláusula o esta referencia del libro 1.º? ¿Qué quiere decir esta referencia del art. 100 a los Cónsules? ¿Qué principio rige? *El Código ya lo dice; la Comisión no contesta*".

"Yo espero oír al Sr. Alonso Martínez, porque el asunto es de gran importancia. Yo no estoy haciendo un discurso político de ningún carácter; estoy discutiendo bajo el punto de vista de los intereses de mi país en aquel orden de cuestiones que va a producir derechos y obligaciones; y por tanto, es necesario saber si un español católico que se case por un procedimiento extraño al catolicismo fuera de aquí, qué es lo que necesita hacer cuando quiera ejercitar su derecho de español. Me parece que la cosa vale la pena: *me parece que es grave el silencio en este punto*".

(49) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, pág. 27.

(50) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, pág. 27: "El Sr. LABRA: Hice varias preguntas; pero las dos más concretas fueron las siguientes: Primera: ¿con arreglo a qué ley o de qué suerte se ha de verificar el matrimonio de españoles en el extranjero?..."

(51) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, págs. 27-28. La contestación de ALBACETE es como sigue: "En cuanto a la otra pregunta el silencio del Código revela al Sr. Labra cuál puede y debe ser la solución práctica en los diferentes casos que ocurren. Entiendo que el matrimonio, por su esencia, es una institución principal y casi exclusivamente religiosa; y que los matrimonios que se celebren en el extranjero, dependerán, en cuanto a la manera de contraerse, de la conciencia de los contrayentes, sin atenuar en lo más mínimo su libertad".

"En cuanto a la forma externa por la cual en el orden civil esos matrimonios puedan celebrarse, diré que se habrán de celebrar con arreglo a los principios del derecho regional o nacional que constituyen lo dispuesto por el Poder soberano del país para darle fuerza bajo el punto de vista civil. Por consiguiente, esto es lo que yo podía contestar, y lo que creo que contestaría en toda ocasión cualquiera que fuese llamado a dar una interpretación al Código, o mejor dicho, a suplir lo que el Código en esa materia prudentemente calla, porque no podía ni debía resolver nada respecto de lo que atañe y afecta a la soberanía de las Naciones donde pueden radicar los contrayentes. Y no tengo más que decir a S. S."

tica: mantener la tolerancia de la Iglesia en orden al matrimonio civil para atraer de este modo el voto aprobatorio de los conservadores. Por otra parte, ninguno de los miembros de dichas Comisiones admitió durante el debate parlamentario la necesidad de incorporar al Código una norma que conectara la condición de heterodoxia con la celebración y validez del matrimonio civil (52). No hallo mejor razón para explicar tal actitud que la natural inclinación de la mentalidad liberal hacia el sistema de "libre" elección.

La tendencia descrita se reflejará en el tema de matrimonio de españoles en el extranjero en el hecho de no admitir expresamente su carácter legítimo —por no empañar el valor de la "concordia" con la Iglesia—, dejando abierta, sin embargo, una perspectiva a su reconocimiento, posible por las omisiones a que antes me he referido y por la existencia de ciertas normas (arts. 55, 22, 1.325 del C. c.) susceptibles de interpretarse en tal sentido (53).

5. LAS DOS INTERPRETACIONES DEL SISTEMA CODIFICADO Y SU PROYECCIÓN EN TEMA DE FORMA LOCAL EXTRANJERA.

A la luz de los precedentes indicados es explicable la dualidad de soluciones contrapuestas que en orden al problema tratado adoptarían posteriormente la doctrina y la jurisprudencia. A partir de una interpretación del sistema en sentido facultativo, se admitirá la idoneidad de la forma extranjera para los españoles. En cambio, en base al carácter subsidiario del matrimonio civil, acogido con fórmula genérica en el artículo 42, se rechazará, o bien, con criterio más flexible, se admitirá en casos concretos con subordinación a los principios de dicho sistema.

(52) Necesidad repetidamente puesta de manifiesto y justificada con variedad de argumentos por los impugnadores del dictamen; entre otros, por el Conde de CANGA-ARGÜELLES, el Obispo de Salamanca y DANVILA. *Vid.* pasajes citados en nota 40. Hubo ocasión para atender a esa necesidad. La ley de 26 de mayo de 1889 ordenaba al Gobierno hacer "una edición del Código civil con las enmiendas y adiciones que a juicio de la Comisión general de Codificación sean necesarias o convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos colegisladores". El Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se promulgó la nueva edición, no contiene ninguna norma sobre el tema.

(53) Acaso pensó nuestro legislador en la admisibilidad de la forma local para el matrimonio de españoles en base precisamente de la formulación de los artículos 1.325, 22 y 55 del C. c. Contra esto se podría argüir que el art. 55 es en lo fundamental una reproducción del 82 de la ley de matrimonio civil de 1870, y que al recogerse esta norma por el legislador de 1888 no se advirtió el significado que pudiera tener en el nuevo sistema del Código. Mas, aún así, la posible falta de ponderación sobre el alcance de los preceptos citados no los sustrae, una vez puestos en el texto del Código, a la exégesis apuntada.

6. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD FORMAL SEGÚN LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA EN SENTIDO ELECTIVO.

Esta orientación se mantuvo desde los primeros años de vigencia del Código civil, entre otros, por Navarro Amandi (54) y Falcón (55). Ante el silencio del Código, proponía este último acudir al criterio de libertad de forma establecido en el artículo 70 de la Ley de Registro civil de 1870, desconociendo así la radical diferencia existente entre el sistema a que obedecía este cuerpo legal y el del Código civil (56). Durante varios años se acogió la misma idea de libertad formal entre los civilistas (57) y entre los expositores de Derecho internacional privado (58), si bien, entre éstos, alguno sólo la admitía, con carácter excepcional, en determinados casos (59).

La opinión referida, aunque incorrecta, es explicable mientras faltó una interpretación gubernativa del artículo 42 precisando el carácter subsidiario del matrimonio civil. Una vez iniciada esa interpretación por la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 y continuada por otras (60), perdió aquella opinión el valor que ocasionalmente había

(54) NAVARRO AMANDI M., *Cuestionario del Código civil reformado*, I, Madrid 1889, págs. 80-84. La posición del autor en la interpretación del régimen del Código responde a la concepción del sistema electivo (cfr. págs. 78-79).

(55) FALCÓN, M., *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español, Común y Foral*, 5.ª ed., I, Barcelona 1897, pág. 154.

(56) FALCÓN, loc. cit. Como presupuesto de esta idea, mantuvo este autor que era "potestativo en el español casarse civil o canónicamente, pues ésta es una cuestión que él solo debe arreglar con su conciencia". De este modo rompe con la opinión mantenida en su obra *Código civil español*, I, Madrid 1888. Aquí parece reconocer el carácter subsidiario del matrimonio civil en nuestro Código al decir que "el Estado ha aceptado como propia la legislación canónica referente al vínculo matrimonial", que la Iglesia "ha logrado que el matrimonio canónico sea la única unión legal entre los católicos" (pág. 103), que el Código "sólo al matrimonio canónico concede efectos civiles cuando se trata de católicos" (pág. 101).

(57) BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español*, I, Valladolid 1898, pág. 329; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, V, I, 2.ª ed., Madrid 1912, páginas 539-541; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, IV, 4.ª ed., Valladolid 1938, págs. 152-153; SCAEVOLA, Q. M., *Código civil concordado y comentado extensamente*, II, Madrid 1907, págs. 476-477; y al parecer, DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, II, Madrid 1930, pág. 380. Dentro de esta corriente doctrinal, debe destacarse la posición de MURETUS SCAEVOLA y de DE DIEGO. A diferencia de los demás, defendieron estos autores el principio de matrimonio civil subsidiario y la necesidad de una declaración de heterodoxia. Sin embargo, no tuvieron en cuenta esta exigencia al tratar del matrimonio de españoles en el extranjero.

(58) CONDE Y LIZABE, R., *Derecho internacional privado*, II, Madrid 1907, págs. 103-104; GESTOSO Y ACOSTA, L., *Curso elemental de Derecho internacional privado*, Valencia 1900, pág. 413 (citado por GARCÍA BARRITSO, op. cit., pág. 74, nota 16).

(59) LASALA LLANAS, M., *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid 1933, págs. 105-108.

(60) Se produce un cambio de interpretación al ser derogada esta Real Orden por la de 27 de agosto de 1906, en la que se dice del art. 42 —tergiversando su sentido— que no amengua la libertad de los católicos para adoptar la

adquirido (61), resultando por completo inadmisibles a partir de la Orden de 10 de marzo de 1941 que, con cierto rigor técnico, ausente en las disposiciones anteriores del mismo carácter, precisa las exigencias impuestas por la institución matrimonial canónica en tema de celebración y validez del matrimonio civil (62).

No es preciso insistir en que, sin apoyarse en la autoridad de la interpretación administrativa, se podía haber mantenido con buenas razones, a la luz solamente de los preceptos del Código, una limitación a la idoneidad de la forma local. En este sentido, es paradójico que mientras nuestros primeros comentaristas, sin atender al principio de confesionalidad, mantenían la idea de absoluta libertad formal en esta materia, un autor francés, en la misma época, venía a considerar inválido, en base exclusivamente a los preceptos del Código, el matrimonio celebrado en forma civil en el extranjero por españoles católicos (63).

7. LA OPINIÓN DE LA INADMISIBILIDAD DE LA FORMA LOCAL EXTRANJERA EN EL SISTEMA DE MATRIMONIO CIVIL SUBSIDIARIO.

Antes de la reforma de 1957-58 se mostró suficientemente la necesidad de atenerse a los postulados de nuestro sistema matrimonial para decidir un criterio de tratamiento jurídico en orden al matrimo-

forma civil de celebración. Esta disposición se deroga por la Real Orden de 28 de febrero de 1907, que restablece la interpretación de la de 1900, confirmada más tarde en la Real Orden de 28 de junio de 1913. De nuevo se interrumpe esta doctrina en el período republicano con la Orden ministerial de 10 de febrero de 1932, y se vuelve a ella al restablecer la vigencia del Tít. IV, Lib. I, del C. c. la ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932. Como complemento de la ley de 1938 se dictó el 22 de marzo de este mismo año una Orden del Ministerio de Justicia que interpreta el art. 42 en sentido coincidente con las Reales Ordenes de 1900, 1907 y 1913. Un estudio muy completo de esta evolución en FRENZMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 15 y ss.

(61) Así se explica que un autor como COVÍAN, partidario del sistema de libre elección (cfr. *Matrimonio civil*, en "Enciclopedia Jurídica española", XIII, pág. 6), reconozca el principio de matrimonio civil subsidiario en tema de matrimonio de españoles en el extranjero, precisamente en virtud de la interpretación gubernativa del art. 42 del C. c. (*Matrimonio de españoles en el extranjero*, en "Enciclopedia jurídica española", XXII, pág. 46).

(62) Vigente la Orden de 10 de marzo de 1941, se propuso exhumar la vieja fórmula de la ley de 1870. En tal sentido, A. G. R., *Matrimonio civil de españoles en el extranjero*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", III (1949), núm. 76, págs. 3-4. Aunque el autor no es muy expresivo, parece dejar a salvo los principios del sistema al decir que "con esta fórmula, cuyo restablecimiento convendría tal vez estudiar, en nada se lesionan las garantías de acceso de los actos al Registro, puesto que el funcionario consular encargado del mismo calificará los documentos, que al efecto se le presenten, de conformidad con la legislación nacional, respetándose así el principio de personalidad de las leyes que se consigna en el art. 9.º del Código civil".

(63) AUDINET, E., *Le droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol*, cit., págs. 1121-1122.

nio de españoles celebrado en forma local extranjera. A este respecto, se manifestaron dos opiniones en lo relativo al procedimiento para dotar de efectividad al principio, básico en nuestro sistema, de vinculación de los católicos a la forma canónica.

La opinión que puede considerarse dominante rechazaba en absoluto la validez del matrimonio civil de españoles (acatólicos) en forma distinta de la del artículo 100 del C. c. Apoyada en una interpretación sistemática de los artículos 9, 11, párrafo 3.º, 100 y 101 del Código civil, venía a decir, en síntesis, que el artículo 100 del C. c. deroga el 70 de la Ley del Registro civil de 1870, que es inaplicable la regla *locus regit actum* en tema de matrimonio de españoles y que, por tanto, éste debe ser autorizado en todo caso para su validez en nuestra Patria por funcionario español.

Este criterio fué acogido en un amplio sector de la doctrina científica (64) y se aplicó por el Tribunal Supremo —sentencias de 1 de

(64) MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", IV (1949), págs. 641-647; CUADRA Y ECHAIDE, J. DE, *Intervención consular en el matrimonio de españoles en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", VII (1952), pág. 958; GARCÍA BARRIUSO, P., O. F. M., *Derecho matrimonial islámico y matrimonios de musulmanes en Marruecos*, Madrid 1952, págs. 376-378; BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Declaración de nulidad de un matrimonio civil entre españoles contraído en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", IX (1954), pág. 938; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 7.ª ed., V, I, Madrid 1954, págs. 137-138; SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid 1955, págs. 265-271; MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado*, II, Madrid 1955, pág. 250; REYES MONTERREAL, J. M., *Problemas matrimoniales*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", CV (1957-II), págs. 71-72.

Anteriormente se había expuesto esta opinión por algunos tratadistas de Derecho internacional privado. Vid. ORÚE, J. R., *Manual de Derecho internacional privado español*, Madrid 1928, pág. 354; GESTOSO TUDELA, L., *Derecho internacional público y privado (Judicatura)*, Madrid 1928, págs. 179-180. Este último reconocía tres excepciones a la imperatividad —para los españoles acatólicos— de la forma del art. 100 de nuestro C. c.: matrimonios celebrados en país que no admite la jurisdicción consular, matrimonios contraídos en lugares en que no residen nuestros agentes diplomáticos y consulares, y matrimonios en que sólo uno de los contrayentes es español. Pero este autor, que en tales casos reconocía como "válido el matrimonio celebrado en la forma civil solemne del lugar de celebración ante los funcionarios locales competentes", dejaba a salvo el principio de confesionalidad, en cuanto, previamente a la exégesis que hace del párrafo último del art. 100 del C. c., sienta la siguiente afirmación: "Si no son católicos los españoles que deseen contraer matrimonio en el extranjero, deberán necesariamente contraer matrimonio civil según los artículos 42 y 83 a 101 del Código civil" (pág. 179).

En la misma línea puede considerarse incluído a RODRÍGUEZ VALCARCE, F., *Matrimonio de españoles en el extranjero*, en "Revista de Derecho procesal", IX (1953), págs. 195 y ss., esp. 201, 209 y 210. Sin embargo, este autor se aparta de la opinión más generalizada al admitir el principio de exclusiva competencia de nuestros funcionarios diplomáticos o consulares sólo con referencia al supuesto de que ambos contrayentes sean españoles. Tratándose de matrimonio mixto (entre súbdito español y súbdito extranjero), admite la aplicación de la regla *locus regit actum*, salvo cuando el nexo civil se concluya entre católicos (y en otros casos que no interesa destacar aquí).

mayo de 1919 y 26 de abril de 1929— y por la Dirección de los Registros —resoluciones de 21 de julio de 1915, 19 de febrero de 1941 y 13 de enero de 1945—. Es también digno de mención en el mismo sentido el dictamen elevado por la Sección de Legislación extranjera del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos a la Dirección General de los Registros y del Notariado en 18 de julio de 1945 (65).

En esta corriente de opinión no se precisa cumplidamente la clase de sanción aparejada al matrimonio de españoles contraído en la forma local. Sin embargo, a la vista de los textos legales que se invocan y de ciertas manifestaciones jurisprudenciales que deben cohesionarse con las arriba citadas, parece estimarse que la sanción será de nulidad y no de inexistencia (66).

(65) *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Años de 1945 y 1946, Madrid 1948, págs. 690-692.

La Sección hace suyos los informes redactados por los señores Vocales don Eloy MONTERO y don Pedro CORTINA: "En su informe, don Eloy Montero dice que 'según el Código todos los que profesan la religión católica y quieren casarse, deben contraer matrimonio canónico; y ninguno de ellos puede contraer el civil, porque este deber, que el Código establece, no es puramente moral y religioso, sino un verdadero deber jurídico, exigible y acompañado de la sanción correspondiente'. Alude después a las disposiciones oficiales que prohíben la autorización de matrimonios civiles sin que al menos uno de los contrayentes 'asegurase bajo su palabra', que no profesaba la religión católica, 'declaración que a su juicio debiera bastar'. No obstante, añade, una Real Orden de 27 de agosto de 1906 proclamaba la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio sin exigir, a quienes pretendían contraerlo civilmente, declaración alguna relativa a la religión profesada. Pero tal norma fué dejada sin efecto, porque, como decía la Real Orden de 28 de febrero de 1907 'excede de las facultades ministeriales'. Termina diciendo el señor Montero que, 'al tiempo de contraer matrimonio los súbditos españoles mencionados, estaba derogada la Real Orden de 27 de agosto de 1906 y vigente la de 28 de febrero de 1907 interpretando el art. 42 del Código civil. No cumplieron, pues, los interesados las formalidades exigidas por el Código y, por tanto, el matrimonio civil es inválido a tenor de dicho artículo'".

"El señor Cortina considera en su dictamen que, según la doctrina legal, el Juez Municipal es el único órgano facultado para autorizar los matrimonios civiles, y si los Consules ejercen las funciones de Jueces municipales a este respecto, es indudable que tales matrimonios adolecen de un defecto de jurisdicción, que obliga a considerarlos nulos, no pudiendo, por tanto, procederse a la inscripción por transcripción de actos nulos. Señala la obligación que tienen los españoles de estar sometidos a las normas que regulan la institución matrimonial. Y para evitar el que, por efecto de las normas de colisión de los países respectivos, se excluya a la ley material española en la regulación de la cuestión de fondo de los matrimonios civiles celebrados entre españoles en el extranjero, es por lo que el legislador español obliga a todos los españoles a contraer matrimonio ante nuestras autoridades consulares. Agrega, por último, que la regla, 'locus Regit Actum' no es de aplicación en la materia, pues su derogación facultativa, prevista por el Código civil, resulta obligatoria, con relación al matrimonio, por efecto del artículo 101 del mismo Cuerpo legal que tiene el carácter de una norma de colisión especial. Basándose en estas consideraciones el señor Cortina estima 'que el matrimonio en cuestión es nulo por no haber sido celebrado ante el Consul español' (pág. 691).

(66) Los términos nulidad e inexistencia se emplean en el sentido indicado en nota 26, y más concretamente según la exposición de los mismos en los trabajos de ROMERO VIEITEZ y PUENMAYOR CHAMPÍN, citados en dicho lugar.

Las sentencias de 1 de mayo de 1919 y 26 de abril de 1929, aunque no precisan este punto, no excluyen de modo expreso los efectos propios de la doctrina del matrimonio putativo. Por otra parte, puesto que en esta jurisprudencia el fallo de nulidad viene fundamentado en el artículo 101 del C. c. y en cuanto a todos los supuestos tipificados en este artículo es aplicable en principio la disciplina del artículo 69 del mismo Código, hay que concluir que al matrimonio en cuestión se le reconocerán los efectos jurídicos producidos hasta el momento de la declaración de nulidad.

Hay que tener en cuenta, además, las sentencias de 8 de julio de 1915 y 18 de noviembre de 1919 (67), en las que al matrimonio en examen se reconocen los efectos jurídicos del matrimonio válido mientras no se declare su nulidad por Tribunal competente. En realidad, esta jurisprudencia no parece incompatible con la anteriormente expuesta (68). Una y otra podrían conjugarse considerándolas referidas a distintos aspectos de la institución: la primera, al acto; la segunda, a la relación matrimonial.

La misma idea parece inspirar la doctrina de la Dirección de los Registros. La resolución de 13 de enero de 1945, relativa a un caso de matrimonio entre españoles celebrado en el extranjero, dejando a salvo que "cualquier parte interesada pueda ejercitar ante los Tribunales españoles la acción de nulidad, *que seguramente lograría triunfar*, dada la nueva interpretación consignada en la Orden citada" (de 19 de febrero de 1941), declara que esa clase de matrimonios "son transcribibles en los Registros civiles de los Consulados", doctrina en la que, sin prejuzgar la cuestión de la validez o invalidez, se afirma —al admitir la transcripción— un principio de eficacia. Análogo juicio se contiene en la resolución de 20 de mayo de 1952 (69).

(67) Citadas por CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., 7.ª ed., V, 1, Madrid 1954, página 137; LASALA LLANAS, op. cit., pág. 107; MIAJA DE LA MUELA, op. cit., II, páginas 250-251.

Un criterio análogo al de estas sentencias parece inspirar al Tribunal Supremo en la más reciente de 3 de mayo de 1958, al declarar que no pierde la recurrente la legitimación activa para continuar el recurso de casación "por el hecho de haberse decretado por los Tribunales eclesiásticos la separación perpetua a instancia de su esposo..., pues que aún existe el matrimonio civil contraído entre ambos en Francia en 3 de diciembre de 1932, cuya invalidez no consta en el actual momento procesal".

(68) Así parecen entenderlo los autores que exponen una y otra conjuntamente. En tal sentido, CASTÁN TOBEÑAS y LASALA LLANAS, lugares citados en nota anterior. En cambio, MIAJA DE LA MUELA, loc. cit., califica de "menos radical" el criterio seguido en las sentencias últimamente citadas.

(69) Tratábase de un matrimonio entre súbditos españoles celebrado en forma civil ante autoridades francesas el día 20 de abril de 1930, por tanto durante la vigencia de las RR. OO. de 2 de agosto de 1900 y 28 de febrero de 1913, que la resolución cita entre las disposiciones consultadas. El matrimonio fué inscrito en los libros del Consulado de España en París. La Dirección General acuerda resolver la transcripción del asiento al Registro del lugar de domicilio, con lo que mantiene un principio de eficacia del matrimonio celebrado, pero sin prejuzgar su validez. Dice concretamente que el acta "debe transcri-

A las consideraciones anteriores debe sumarse el dictamen del Profesor Dölle, que hace suyo la sentencia del Tribunal de Stuttgart de 12 de enero de 1949 (70), referente al caso de un matrimonio celebrado en Alemania en la forma local, ante el *Standesamt St.*, el 4 de marzo de 1947, entre español católico y alemana protestante.

Recoge Dölle la conocida interpretación de nuestra jurisprudencia sobre el artículo 101, núm. 4.º, en relación con el 100, párrafo 3.º, del C. c., haciendo la salvedad de que puede ser controvertido el que esta doctrina sirva sólo si los dos contrayentes son de nacionalidad española o el que la competencia del cónsul español pueda ser negada cuando una de las partes tenga nacionalidad extranjera. En todo caso, añade, según la jurisprudencia española —y este es el punto que interesa destacar— los matrimonios de españoles realizados en la forma local deben considerarse válidos en tanto en cuanto no sea declarada su nulidad. Para esta declaración son competentes los Tribunales españoles. Como tal declaración no se ha hecho, el matrimonio debe considerarse válido, y precisamente siguiendo el Derecho español.

8. ADMISIBILIDAD DE LA FORMA LOCAL EXTRANJERA CON SUBORDINACIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE MATRIMONIO CIVIL SUBSIDIARIO.

A partir de la misma idea inspiradora de la anterior interpretación y diferenciándose de ella en lo relativo al procedimiento para hacer efectiva la observancia de los principios del sistema, se afirmó en estos últimos años la validez del matrimonio de españoles en el extranjero en los casos en que resulte acreditada la exigencia de acatolicidad. Esta tesis se mantuvo en la doctrina por Fernández Viagas, Lluís y Navas, García Barriuso y Goldschmidt (71) y se llevó a la práctica en varias resoluciones de la Dirección de los Registros y en algunas sentencias de Tribunales extranjeros.

Se advierten dentro de esta tendencia ciertas imprecisiones y, por otra parte, en algunos puntos existen notables discrepancias entre las varias manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales que la informan. Analizaremos algunas cuestiones que en esta dirección no se han aclarado o se prestan a controversia, y lo que por conclusión se diga aquí podrá ser aplicado, con las oportunas referencias, al régimen vigente.

birse, sin perjuicio de los derechos que a los interesados puedan corresponderles como consecuencia de la celebración del acto, los cuales habrán de decidirse por los Tribunales competentes".

(70) El texto de esta sentencia se recoge por MAKAROV, A. N., *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts in den Jahren 1915-1940*, publicación extraordinaria de "Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht", Berlín-Tübingen, 1952, págs. 36 y ss.

(71) Lugares citados en nota 5.

A. Función de la exigencia de acatolicidad.

La expresión "exigencia de acatolicidad" puede emplearse con dos significados, que conviene fijar y delimitar cuidadosamente, ya que a cada uno de ellos, en íntima relación con el otro, corresponde una propia función en el matrimonio civil.

En sentido intrínseco, la exigencia de acatolicidad constituye una condición de capacidad específica del matrimonio civil. En sentido extrínseco, consiste en una actividad compleja, en parte formal y en parte crítica, desarrollada principalmente por el encargado del Registro civil (72) y encaminada a acreditar en cada caso la capacidad de los contrayentes en el orden confesional.

Fácil es suponer la función aneja a cada una de estas significaciones. La condición de capacidad actúa como *elemento de validez* del matrimonio. La actividad formal y crítica, o probatoria, sirve como *dato de certeza de la capacidad*.

La primera es una función esencial o básica. La segunda, una función instrumental y, en tal sentido, necesaria.

La actividad probatoria no consagra la *validez del acto* matrimonial, de tal modo que sin ella el matrimonio carezca *in radice* de valor y con ella adquiera un valor inatacable. Sin embargo, en ciertos casos, afecta, sin prejuzgar la validez del acto, a la *eficacia de la relación* que el acto matrimonial genera normalmente. Parece claro que mientras falte la prueba de acatolicidad no se podrá enjuiciar la capacidad de los contrayentes ni, por consiguiente, la validez del acto, y en tanto ésta sea incierta no podrá el matrimonio ser inscrito en el Registro ni desplegar su eficacia típica. De este modo, la actividad probatoria viene a cumplir en definitiva la función de una condición de eficacia (73). De aquí la necesidad práctica de su observancia.

La consideración anterior se dirige a una explicación de la hipótesis en que la prueba de acatolicidad no se aporte y valore con anterioridad al acto del matrimonio. Esta hipótesis se dará con cierta frecuencia en el ámbito de actuación de funcionarios extranjeros, que, por desconocimiento o errónea interpretación de nuestras leyes, o por falta de una norma de remisión en los ordenamientos respectivos a la ley

(72) Además de la participación que en tal actividad corresponde a los contrayentes, existe también cierta intervención de la Autoridad eclesiástica. Así en el Derecho vigente. Cfr. arts. 244 a 247 del R. R. c. Sobre el significado de esa intervención de la autoridad eclesiástica *vid.* REYES MONTERREAL, J. M., *Problemas matrimoniales*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", CV (1957-II), págs. 56 y ss.; SANCHEZ REBULLIDA, F. de A., *El artículo 42 del Código civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, en "Pretor", VI (1957), páginas 10-11; FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 134 y ss.

(73) Se debe aclarar que tal condición no determina los efectos del matrimonio sino únicamente la actuación de los que del acto mismo se deriven. Ahora bien, en cuanto que de la prueba de acatolicidad depende la inscripción del matrimonio en el Registro, vienen a depender de aquélla los efectos del matrimonio respecto de terceros en la medida en que éstos son protegidos por la fe pública registral.

nacional de los contrayentes, o por supuestas razones de orden público (74), no suelen atender al autorizar el acto a la exigencia de la prueba de acatolicidad. Incluso, dentro del ámbito de actuación de los funcionarios españoles, cabe también excepcionalmente la celebración del acto sin prueba previa, si hay razón que así lo justifique, como ocurre, por razón de urgencia, en el matrimonio en peligro de muerte.

A los casos referidos y a algún otro supuesto irregular (75) se debe entender limitada la actuación de la prueba de acatolicidad como condición de eficacia.

En cambio, dentro del ámbito de actuación de los funcionarios españoles, en supuestos normales, en que la prueba de acatolicidad viene preceptivamente impuesta como un requisito previo al acto, puede decirse que su función es la de *presupuesto de celebración*. Aquí, dado que en tales supuestos no llegará a realizarse el acto, sería ocioso hablar de su eficacia.

En cualquier caso, es clara la función instrumental de la prueba como dato de certeza de la capacidad. En supuestos normales, esta función operará como presupuesto de celebración. En supuestos excepcionales (matrimonio en peligro de muerte ante funcionario español) e irregulares (matrimonio de españoles ante funcionario extranjero) (76) actuará como condición de eficacia.

Conviene examinar detenidamente el modo como se ha tratado la cuestión de este epígrafe en la doctrina y en la jurisprudencia. La opinión que acabo de exponer coincide en parte con opiniones expuestas antes de la reforma de 1957-58, si bien algunos de sus mantenedores confunden con frecuencia aspectos que aquí, a la luz de la nueva legislación registral, se ha procurado delimitar.

(74) En la doctrina del Derecho internacional privado se registra actualmente una tendencia a limitar el tópico de inaplicabilidad de normas de inspiración confesional en los países de legislación matrimonial laica *por razones de orden público*. Vid. BARRIÉROL, H., *La contribution des relations franco-espagnoles a la construcción du droit international privé en France*, Valladolid 1950, páginas 72 y ss.; MEZGER, E., *Derecho matrimonial español ante Tribunales franceses*, en el volumen "Matrimonios españoles ante Tribunales franceses", ed. por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949, esp. pág. 27.

La sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 14 de diciembre de 1955 declara nulo el matrimonio celebrado en Auvers (Bélgica), ante el oficial del estado civil, el 30 de noviembre de 1926, entre español católico y mujer belga, católica también y divorciada de un primer matrimonio canónico. La sentencia declara que difícilmente se podría pretender que la ley española, de la que se toma el impedimento controvertido, sea peligrosa para el orden público o el orden social (belga). Cfr. "Revue critique de droit international privé", XLVI-1957, pág. 71.

(75) No me refiero a ningún otro supuesto específico, aparte de los dos indicados, sino a los casos en que, por anomalías en el funcionamiento del Registro, no se haya levantado acta. Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, M., *El matrimonio civil y su inscripción*, en "Pretor", VIII (1959), núms. 81-82, págs. 107-108 y nota 41.

(76) La diferencia práctica entre la calificación de "excepcional" y la de "irregular" se explica más adelante.

a) *Función esencial de la exigencia de acatolicidad.*

En trabajos publicados recientemente, pero anteriores a la reforma de 1957-58 o cuando ésta aún no se había terminado, han destacado algunos autores la consideración del matrimonio civil de súbditos españoles en el extranjero como asunto de capacidad (77).

Así, Fernández Viagas dice que "se trata de un problema de capacidad..., y como tal debe recibir el tratamiento mismo de cualquier cuestión de capacidad. Esto es, que no existe razón para reservar sólo este problema, y no cualquier otro de la misma naturaleza, a la decisión de las autoridades españolas" (78). Y a continuación añade: "no vemos por qué sólo en este caso se ha de preservar a la Ley española de una posible violación mediante la exclusiva intervención del funcionario español. Es lo cierto, por el contrario, que ese problema de capacidad debe ser tenido en cuenta por la autoridad local como cualquier otro en relación con la Ley española. Esto es, que es a la autoridad de la Ley española y no a la autoridad del funcionario español a la que se reserva el poder de resolver acerca del caso. Y caso de que la autoridad local pase por encima de tal prohibición, por una defectuosa interpretación del Derecho español, porque, para ignorarlo, alegue razones de Orden Público, o porque su propia regla de conflictos no llame a la Ley nacional en cuestiones de estado, el matrimonio, válidamente celebrado ante la Ley extranjera, será considerado nulo en España y fuera de España por los Tribunales y autoridades españolas como contrario al Derecho español y concretamente a las normas indirectas de ese mismo Derecho, lo mismo que ocurre con respecto a cualquier matrimonio celebrado por españoles en el extranjero contra la prohibición de la Ley española" (79).

García Barriuso, en 1958, antes de la publicación del nuevo Reglamento del Registro civil, escribe que "*la cuestión de la acatolicidad* como cuestión de fondo, no de forma, *debe ser atendida*, igual que es obligado hacerlo con respecto a los demás requisitos de capacidad exigidos por la Ley nacional, *para que el matrimonio resulte válido* ante esa misma Ley nacional. De aquí que sería nulo ante la Ley española

(77) Ya en 1891 AUDINET había acertado en esta calificación (loc. cit., páginas 1121-1122), pero la hacía proceder (en mi opinión, indebidamente, como más adelante trato de explicar) de una aplicación directa del Derecho canónico.

En otro sentido la resolución de 4 de junio de 1915 decía que "el alcance que distintas Reales Ordenes de este Ministerio, vigentes en la actualidad, asignan al artículo 42 del propio Cuerpo legal, en cuanto al interpretarlo en el sentido de que establece diversos supuestos de capacidad para cada una de las dos formas que admite, colocan implícitamente lo dispuesto en tal artículo, en caso de conflicto o de problema de Derecho internacional, dentro de la esfera del artículo 9.º del repetido Código, y sólo excluyen de su aplicación las situaciones de imposibilidad material". Sobre el alcance esta resolución *vid.* MATEA DE LA MUELA, op. cit., II, pág. 251.

(78) FERNÁNDEZ VIAGAS, P., *Los matrimonios de españoles en el extranjero*, cit., pág. 105.

(79) FERNÁNDEZ VIAGAS, P., loc. cit., pág. 105.

el matrimonio civil local de españoles acatólicos [católicos, quiso decir], si la autoridad local, por razones de Orden Público o porque su propia Ley de conflictos no remite, en cuanto a la capacidad, al estatuto personal, prescindiese de ese requisito de acatolicidad que exige el Derecho español para el matrimonio civil de los españoles, y que se impone con el mismo carácter que los otros referentes a la capacidad de los contrayentes" (80). Más adelante señala que "el hecho de presentar previa declaración de acatolicidad resulta un requisito puramente formal; ciertamente será exigible cuando se celebre el matrimonio en la forma española consular, pero no cuando lo sea en la local, pues las formas de celebración son distintas, no sólo porque las formalidades que se observan no son iguales, sino también porque se celebran ante autoridades diferentes" (81). Y, en consecuencia, viene a admitir que "dos españoles, contando con un certificado de acatolicidad extendido por agente diplomático español, y aun sin eso, pueden casarse civilmente en el extranjero en la forma local, y esto por aplicación del artículo 11 del Código civil" (82).

Con las anteriores consideraciones tienden los autores citados a desplazar el problema del plano formal en que, hasta la fecha de publicación de sus trabajos, venía siendo tratado, para considerarlo como cuestión de fondo, de capacidad, relevante en tema de validez y no en tema de celebración. El pensamiento cardinal de tales autores se orienta a la idea de que un matrimonio civil de españoles en el extranjero, según el régimen anterior a la reforma de 1957-58, será nulo, no porque se haya celebrado en forma diferente de la prescrita en el artículo 100 de nuestro C. c. (83), ni por haberse omitido previamente a la celebración la prueba de acatolicidad (84), sino por un defecto de capacidad, en el caso, la condición católica de ambos contrayentes o de uno de ellos.

Al situar la exigencia de acatolicidad junto a los elementos de capacidad, se trata de mostrar su función esencial y más característica, poniéndola de relieve precisamente allí donde, no actuando como obstáculo para la celebración, como es posible que ocurra en el matrimonio civil de españoles autorizado por funcionario extranjero, haya que recurrir a su fuerza invalidante.

El planteamiento formal había llevado forzosamente a mantener, desde diferentes puntos de vista, posturas extremas.

Extrema, por exceso, era la actitud de quienes, a pretexto de mantener el principio de confesionalidad, involucraban la exigencia de acatolicidad con la idea de exclusiva competencia de nuestros funcionarios en el matrimonio civil de españoles, calificando de nulo, *por falta de*

(80) GARCÍA BARRITSO, *Matrimonio de españoles...*, cit., pág. 72

(81) GARCÍA BARRITSO, op. cit., pág. 73.

(82) GARCÍA BARRITSO, op. cit., pág. 73.

(83) Tal motivo de nulidad era, como vimos anteriormente, el acogido en las sentencias del T. S. de 1 de mayo de 1919 y 26 de abril de 1929.

(84) Sobre la posible consideración de la falta de prueba de acatolicidad como causa de invalidez *vid.* BERNÁRDEZ CASTRÓN, loc. cit., pág. 940. Sobre este punto, más adelante.

forma, al autorizado por funcionario extranjero; extrema, por defecto, resultaba también la postura de quienes, aun admitiendo una conexión de la exigencia de acatolicidad con la forma civil en el ámbito de la ley de los contrayentes, consideraban dicha conexión inoperante, por el alcance absoluto atribuido a la regla *locus regit actum*, en el ámbito de la *lex loci celebrationis*, sin indagar, por otra parte, el posible juego de la exigencia en el plano de la capacidad, siguiéndose de todo ello la validez del matrimonio en el dominio de la *lex loci* con independencia de la confesión de los contrayentes (85)..

Dentro del planteamiento formal, ambas tendencias, cada una desde su punto de vista unilateral ponían en pugna innecesariamente el sistema matrimonial de Derecho interno y el sistema de reglas de Derecho internacional privado.

Pero ni había por qué reservar la autorización del matrimonio civil de españoles acatólicos a nuestros funcionarios, desorbitando el alcance de la exigencia de acatolicidad, ni era tampoco justificado llevar la aplicación de la regla *locus regit actum* más allá del límite marcado en una norma de capacidad impuesta por la ley personal de los contrayentes.

Una y otra tendencia quedan superadas al cambiarse el planteamiento, considerándose la exigencia de acatolicidad como *requisito de fondo*.

Esta es la orientación actual. Desde el punto de vista del Derecho interno, ya se anotó al principio de este estudio que la nueva legislación registral ha venido a admitir la idoneidad de la forma extranjera para el matrimonio civil de españoles, con la reserva naturalmente de que los contrayentes sean acatólicos. Desde el punto de vista del Derecho internacional, es de notar, en fallos recientes, el respeto de la jurisprudencia extranjera al carácter confesional de nuestro sistema, respeto que entraña un límite en la aplicación de la regla *locus regit actum* (86).

b) *Función instrumental de la exigencia de acatolicidad.*

La exigencia de acatolicidad es, ante todo, un elemento de capacidad, determinado por el estado confesional de los contrayentes y constitutivo de la validez del matrimonio. En tal sentido, es clara su analogía

(85) En tal sentido, el comentario de la sentencia del Tribunal del Sena de 17 de junio de 1917, en "Revue de droit international privé", 1928-XXIII, páginas 334 a 338, esp. 337-338.

(86) Merece citarse singularmente, en tal sentido, la sentencia del Tribunal de Rabat de 13 de abril de 1955, que declara nulo el matrimonio civil de súbdito católico español con mujer de nacionalidad italiana, celebrado en Casablanca en la forma local, en base a que, desde el punto de vista de la ley española, que exclusivamente debe tenerse en cuenta para la calificación, la celebración religiosa del matrimonio de un súbdito español no constituye una condición de forma sino una condición de fondo, esencial para su validez". *Fid.*, una recensión de la sentencia en "Revue critique de droit international privé", XI.V-1956, pág. 714. Por extenso la recoge GARCÍA BARRILLO, *Matrimonios de españoles...*, cit., páginas 143-144, y la "Revue juridique et politique de l'Union Française", IX (1955), págs. 843-845, con nota de P. DECROIX.

con los demás elementos de capacidad, y particularmente con los determinados por el estado clerical o religioso (impedimentos de orden sacro y voto *solemnē*), estado conyugal (impedimento de vínculo) y familiar (impedimento de parentesco), etc. Sin embargo, esta analogía, a la que apuntan las consideraciones antes expuestas de Fernández Viagas y García Barriuso (87), no debe oscurecer una peculiar característica de la exigencia de acatolicidad, que la destaca entre los demás elementos de capacidad con singular relieve, y es que, en la medida en que actúa como tal elemento de capacidad, hace efectiva la distinción de las dos especies matrimoniales reconocidas en nuestro Derecho. No pone en juego simplemente un principio particular o de alcance limitado a un aspecto del matrimonio civil --del modo como, por ejemplo, el impedimento de vínculo sirve, dentro de la disciplina del matrimonio civil, al principio de monogamia-- , sino un principio general y básico en la total ordenación del matrimonio --el principio de confesionalidad--, eje cardinal de la estructura del sistema, criterio clave para la delimitación de las dos instituciones matrimoniales, canónica y civil, acogidas en el ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, puesto que, en nuestro Derecho, una y otra especie matrimonial no se regulan en plano de igualdad sino en relación de dependencia, siendo una principal y otra subsidiaria (88), se hace preciso que la condición confesional --acatolicidad--, a la que se liga la validez del matrimonio civil, *se pruebe de algún modo* (89), con el fin de mantener el principio cardinal del sistema --atracción de los católicos a la forma canónica de celebración-- (90).

(87) FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit. en nota 78; GARCÍA BARRIUSO, loc. cit. en nota 80.

(88) La acatolicidad, elemento extraño a la naturaleza del matrimonio civil en su acepción liberal, se incorpora en nuestro sistema matrimonial a los demás requisitos de capacidad, para integrar con ellos la situación de libertad necesaria en orden a la válida celebración del matrimonio en forma civil. Si atendemos no tanto a su carácter legitimador en casos concretos como a su valor general dentro del sistema, advertiremos que la acatolicidad, como exigencia del matrimonio civil, sirve a una finalidad del ordenamiento jurídico de la Iglesia (en cuanto mediante ella se protege la observancia de un precepto canónico), ónegando la autorización del matrimonio civil o declarando la invalidez del indebidamente autorizado a personas obligadas --por el ordenamiento estatal-- a la forma canónica de celebración. Esta relación entre el fin de la exigencia de acatolicidad --observancia de un precepto canónico-- y el medio en que se hace valer --disciplina del matrimonio civil-- muestra muy claramente el carácter principal de la forma canónica y el subsidiario de la civil.

(89) En el sistema de matrimonio civil subsidiario, la vinculación al precepto de forma canónica de celebración, en razón de la condición católica de los contrayentes, es el principio básico o regla general --por esto se presume--; la exención del precepto de forma canónica, ligada a la condición acatólica, constituye la excepción --por esto ha de probarse--.

(90) Se comprende el gran interés y rigor que un Estado confesional debe poner en la ordenación de los medios técnicos conducentes a la observancia de tal principio, en cuanto que éste es uno de los instrumentos de que se vale la Iglesia para mantener la jurisdicción sobre el matrimonio de sus súbditos. Cfr. GILMOND, loc. cit., pág. 255.

Por otra parte, y en relación con este fin primario, la prueba de acatolicidad interesa también desde el punto de vista de la integridad y firmeza del matrimonio civil, pues, admitido que el valor de esta unión depende de aquella cualidad confesional, en tanto falte dicha prueba no será posible *afirmar* la validez del vínculo ni, por consiguiente, desplegar la protección jurídica del estado civil (con todo el complejo de relaciones en él implicadas o con él conexas) que el matrimonio genera.

De este modo, si de la acatolicidad, entendida en sentido intrínseco de cualidad subjetiva, depende la validez del matrimonio, de la prueba de acatolicidad viene a depender en cierto modo su eficacia (91). En este sentido, es claro que la prueba de acatolicidad resulta prácticamente necesaria.

c) *El momento de la prueba de acatolicidad.*

Es digna de encomio la norma de que el funcionario autorizante exija y valore la prueba de acatolicidad *antes* de proceder al acto. En nuestro Derecho, salvo el período de vigencia de la Orden de 10 de marzo de 1941, la noción de acatolicidad incluye la situación de apostasía *fidei catholicae* (92), la cual, en cuanto implica una actitud voluntaria y, por tanto, susceptible de cambio, puede desaparecer e incluso, por la misma razón, haberse urdido ficticiamente con fines fraudulentos, por lo que la condición confesional, y más particularmente la situación de apostasía, debe calificarse, en base a una cierta y seriamente fundada convicción sobre su veracidad, en un tiempo previo e inmediato a la celebración, ya que a este momento precisamente está referida la relevancia jurídica de la acatolicidad en orden a la validez del matrimonio.

Formar una convicción —sobre la apostasía en el momento del acto matrimonial (93)— después de autorizado el matrimonio, en un tiempo

(91) En el sentido indicado en la nota 73.

(92) En base del principio de tolerancia, establecido al lado del principio de confesionalidad, en el art. 11 de la Constitución de 1876. Para el Derecho vigente *vid.* la formulación—muy semejante a la de 1876—del art. 6.º del Fuero de los Españoles. Sobre el significado y alcance del principio constitucional de tolerancia en tema de matrimonio civil, y sobre la tolerancia de la Iglesia en orden a la regulación jurídica del matrimonio en el Estado español, antes y después del Concordato de 1953, *vid.* PÉREZ MIER, L., *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, en "Revista española de Derecho canónico" XIV (1959), págs. 181 a 196, 154 a 161, principalmente; FUENMAYOR, *El sistema...*, *cit.*, págs. 103-130; MIGUELÉZ, L., *Los matrimonios civiles durante la República*, en "Revista Española de Derecho Canónico", IX (1954), págs. 511-513.

(93) Se despoja a la exigencia de acatolicidad de su fuerza operativa en tema de validez del matrimonio en cuanto se permite su referibilidad a un momento posterior a la celebración, porque entonces no es difícil forjar la prueba de una situación de apostasía. Como tampoco es difícil dejar de alegar la acatolicidad, si lo que se pretende por los contrayentes es la nulidad del matrimonio. En este sentido debe considerarse incorrecta la Orden de 8 de marzo de 1939, en que su art. 2.º, ap. G), declara nulas "las [actas] dimanantes de ma-

quizá ya muy distante del de la celebración, cuando acaso ha cesado la situación de apostasía y uno de los contrayentes la niega, sería una tarea muy difícil y problemática por no decir imposible. *¿Quid, entonces, de la validez del matrimonio?*

No parece necesario insistir en la conveniencia de la valoración de la acatolicidad en momento previo a la celebración del matrimonio.

Hablo de conveniencia, no de necesidad. Porque es conveniente, en grado sumo, como hemos visto, se impone preceptivamente la observancia previa de la prueba en el ámbito de actuación de los funcionarios españoles. Mas como no es necesaria, se admite excepcionalmente, dentro de este mismo ámbito, que la prueba se practique en cualquier momento si existe una razón de urgencia, como es el peligro de muerte de cualquiera de las contrayentes. Por otra parte, se toleran las situaciones de inobservancia en la esfera de actuación de los funcionarios extranjeros, aunque tal tolerancia no implica, naturalmente, dispensa de la prueba ni presunción alguna en favor de la validez del matrimonio.

En todo caso, la previa observancia de la prueba no comporta la firmeza absoluta del vínculo, y tampoco su inobservancia determina una radical invalidez. Ambos extremos, como veremos, están claros en la nueva legislación del Registro civil. En la legalidad anterior, en cambio, sólo la primera proposición podía afirmarse sin lugar a dudas; la segunda se ofrecía a controversia, llegándose a mantener en ocasiones, a causa de una confusión de los aspectos formal y sustantivo, la nulidad, e incluso la inexistencia, del matrimonio en los casos en que no resultara probada, *previamente a la celebración*, la acatolicidad de los contrayentes.

Matrimonios celebrados con posterioridad a la Ley de 12 de marzo de 1938 con infracción del núm. 4.º del art. 3.º de la Ley citada, y del 42 del mismo Cuerpo legal [Código civil] interpretado por la O. 22 marzo del mismo año en el sentido tradicionalmente admitido de que para autorizar la celebración del matrimonio civil debe exigirse la declaración expresa de no profesar la religión católica ambos o, al menos, uno de los contrayentes... Las [actas] que violaron el art. 42 del mismo [Código civil] podrán convalidarse mediante la declaración anteriormente expresada ante el Juez municipal encargado del Registro en que estuvieren inscritas".

La convalidación de que aquí se habla está expresamente referida a las *actas del matrimonio* y no al matrimonio mismo. Sin embargo, con esta doctrina, la validez del matrimonio civil en tema de confesionalidad se deja prácticamente al arbitrio de los contrayentes, con lo que el sistema se convierte—para los matrimonios a que la Orden se refiere— en facultativo.

Un ejemplo de referibilidad de la convalidación *al matrimonio mismo* se halla en la resolución de la Dirección de los Registros de 3 de diciembre de 1954, que estima procedente "la convalidación *del matrimonio civil* que tuvo lugar en Orgaz el día 8 de febrero de 1939, entre don J. M. Z. y doña L. R. de C. Z., con observancia exclusiva de cuanto al efecto exige la Orden de 8 de marzo de 1939". La resolución entiende que "es de estimar la vigencia actual de este precepto [ap. G. del art. 2.º de la Orden citada], porque ni se ha marcado plazo para promover la convalidación ni otro posterior, expresa o tácitamente lo ha derogado". Aún así, la vigencia de la Orden de 1939 ha de ser referida a los matrimonios posteriores a la Ley de 12 de marzo de 1938, pero anteriores a la Orden de 10 de marzo de 1941, por la radical innovación que ésta introduce.

Este criterio parece inspirar a la sentencia del Tribunal de Casablanca de 21 de noviembre de 1953, que declara de oficio la nulidad del matrimonio celebrado por españoles ante el Registro del Estado civil de Casablanca en 1946, fundándose en la *falta de prueba* de acatolicidad de los esposos (94).

En verdad, no hay base legal para mantener esta solución, ni siquiera al amparo de la Orden de 10 de marzo de 1941, tan próxima al ideal de la armonía de los ordenamientos eclesiástico y secular, porque en ella la validez y eficacia del matrimonio civil vienen subordinadas no a que se practique la prueba o se preste juramento de acatolicidad sino a la *exactitud* de una u otra de estas formalidades (95).

Comentando esta disposición, entendía Bernárdez Cantón que si la *falsa* declaración priva de validez y efectos, con mayor razón se llegará a este resultado cuando el matrimonio se contraiga sin *ninguna* demostración o declaración de acatolicidad (96).

El argumento convence a primera vista, pero no resiste un análisis a fondo. Conviene que nos detengamos aquí un momento.

A mi modo de ver, la finalidad de la Orden es doble: de un lado, fijar el ámbito de la exigencia de acatolicidad, que el Código no había precisado (97), y enlazar a la *exactitud* de la prueba documental o declaración jurada *la validez* del matrimonio autorizado (finalidad interpretativa) (98); y de otro, ordenar a los jueces municipales que no autoricen el matrimonio civil sin aquella exigencia (finalidad preceptiva).

La validez del matrimonio se hace, pues, depender, en la Orden de 1941, de la *exactitud* de la prueba o declaración de acatolicidad, de la *verdad* de la condición acatólica de los contrayentes, del fondo, no de la forma de la exigencia. Cierto que la observancia de la exigencia en su aspecto formal se sobreentiende cumplida al hablar de "exacti-

(94) *Vid.* el texto original en BERNÁRDEZ CANTÓN, loc. cit., págs. 931-933.

(95) El art. 1.º de la Orden de 10 de marzo de 1941 dispone que "los Jueces Municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuere posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya *exactitud* se halla ligada la validez y efectos civiles de referidos matrimonios".

(96) BERNÁRDEZ CANTÓN, loc. cit., pág. 940. En contra, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, loc. cit., pág. 253, nota 17.

(97) De aquí la necesidad de la interpretación gubernativa, iniciada después de diez años de vigencia del Código. De aquí también la controversia doctrinal sobre el alcance de la exigencia. Un estudio muy completo de los diferentes períodos que ha atravesado esta interpretación y de las diversas opiniones doctrinales en FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, cit., págs. 4 y ss.

(98) Finalidad interpretativa. La Orden, al subordinar la validez y efectos del matrimonio en cuestión a la exactitud de la prueba o declaración jurada, no creó un precepto sustantivo. Aparte de que por su rango no le correspondía tal finalidad, el precepto ya existía en el Código civil (art. 42 en relación con el 4). La Orden parece partir de la existencia del precepto, a juzgar por el tono que emplea para referirse a la validez y eficacia del matrimonio ("se halla ligada"), a diferencia del tono imperativo con que se dirige a los Jueces municipales para que observen la formalidad de la exigencia ("no autorizarán").

tud" (de la prueba o declaración), pero ello está en consonancia con la premisa de que los jueces "no autorizarán" los matrimonios civiles sin dicha exigencia. Para el caso de que se contravenga este mandato no da sanción la disposición comentada. Tratar de deducirla, como hace Bernárdez Cantón, *a fortiori*, no parece correcto, pues la omisión de la prueba o declaración de acatolicidad no es signo inequívoco de que los contrayentes sean católicos, y nulo, por tanto, el matrimonio civil. En la duda sobre esta cuestión se podría recurrir al criterio, claro y realista, del Derecho canónico, en el que la obligatoriedad de la forma del c. 1.094 se determina por conexión a la *condición católica* de sus súbditos (c. 1.099). Claro que en el Derecho canónico no se establece un requisito previo de acatolicidad, que sólo tiene sentido en un campo de aplicación de normas estatales para el matrimonio civil, pero para negar en sede jurisdiccional canónica el carácter legítimo de un matrimonio civil (c. 1.012, § 3), por ejemplo, a efectos de inaplicabilidad del c. 1.069 y en base a una inobservancia del c. 1.099, no se contentaría seguramente la autoridad eclesiástica con el criterio estatal de que la acatolicidad no se probó sino que vendría a apoyarse en la base más firme del bautismo en la Iglesia o de la conversión a ella.

Queda por precisar un último punto. Sentado que la omisión de la prueba y valoración de acatolicidad no implican necesariamente invalidez, no cabe deducir de ello que el matrimonio en que la acatolicidad no resulte probada es válido o goza de una presunción en tal sentido. Si la validez depende de la acatolicidad, hasta que ésta no conste no podrá aquélla afirmarse.

En suma, de cuanto se ha expuesto en este apartado (8. A.) podemos concluir que la acatolicidad es condición de capacidad específica del matrimonio civil y, en este sentido, presupuesto de su validez. La prueba de acatolicidad es, en casos normales, presupuesto de celebración, y en casos excepcionales (matrimonio en peligro de muerte ante funcionario español) e irregulares (matrimonio de españoles ante funcionario extranjero), condición de eficacia. En estos dos últimos supuestos, cuando la acatolicidad no resulte suficientemente acreditada, se producirá una situación de incertidumbre respecto a la validez del matrimonio autorizado, que se despejará cuando la acatolicidad se pruebe o la nulidad del matrimonio se declare (99). Mientras la validez sea incierta, el matrimonio no podrá ser objeto de inscripción en el Registro ni producir sus efectos típicos (100).

(99) Hablando con rigor, esta sentencia de nulidad será declaratoria de inexistencia, según se razona más adelante.

(100) Como se ha podido ver en resoluciones anteriormente expuestas, la Dirección de los Registros admitió en ocasiones la transcripción en el Registro español del matrimonio civil contraído por españoles en el extranjero. En otras resoluciones, con mejor criterio, sólo admitió la transcripción si constaba la acatolicidad de los contrayentes. En tanto la acatolicidad no resulte probada, es indudablemente lo más correcto denegar la transcripción. Para tal situación interina y otras semejantes, la nueva legislación registral ha arbitrado el procedimiento de la *anotación*. Sobre el significado y alcance de ésta, más adelante.

B. *Ambito subjetivo de la exigencia de acatolicidad.*

La exigencia de acatolicidad, en su doble consideración de elemento sustantivo e instrumento probatorio, se dirige con tono imperativo, en nuestra legislación, tanto en la derogada como en la vigente (101), a los dos contrayentes del matrimonio que se celebre en forma distinta de la canónica, operando la nacionalidad española de cualquiera de las partes como nexo de vinculación del precepto. Se impone, por consiguiente, tanto cuando la forma de celebración es de régimen extranjero como cuando es la del artículo 100 de nuestro C. c., y afecta no sólo a los súbditos españoles sino también a los extranjeros que contraigan matrimonio con súbdito español (102). Como limitación de hecho, cabe apuntar la posibilidad de que cuando el funcionario autorizante del acto sea extranjero quede desatendida la exigencia. Sin embargo, en todo caso será necesaria la prueba y valoración de acatolicidad para la inscripción, en el Registro español, del matrimonio así autorizado (103).

La Dirección de los Registros en resolución de 2 de enero de 1947 entendió que era suficiente la justificación de acatolicidad de uno de los contrayentes. Posteriormente rectificó esta orientación. En la resolución de 17 de abril de 1950, relativa a un matrimonio de españoles celebrado en el extranjero, se establece que es preciso acreditar la acatolicidad de ambos contrayentes para la transcripción del matrimonio en el Registro. Y la de 27 de noviembre de 1948 mantenía ya este mismo criterio con referencia al caso de ser extranjero uno de los contrayentes.

En la misma línea de esta última resolución merece citarse la sentencia del Tribunal de Rabat de 13 de abril de 1955, que declara nulo el matrimonio civil celebrado en Casablanca entre súbdito español y mujer de nacionalidad italiana, en virtud de la condición católica del primero (104).

La doctrina más reciente está de acuerdo en afirmar la subordinación de la validez del matrimonio a la acatolicidad de ambas partes, también cuando una de ellas sea extranjera (105). En el plano registral esta idea se traducirá en la denegación de transcripción del

(101) Para el Derecho vigente *vid.* arts. 42 y 86 del C. c., según la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958; los arts. 80, 2.º de la L. R. c., y 243, 2.º, 244, 248, 249, entre otros, del R. R. c. Para el Derecho anterior, Orden de 10 de marzo de 1941, y, después, hasta la entrada en vigor de la nueva legislación registral, el art. 37 del Reglamento del Registro Civil de 1870 en la redacción dada por Decreto de 26 de octubre de 1956.

(102) En tal sentido *vid.* resolución de 27 de noviembre de 1948. Para el Derecho en vigor *vid.*, en igual sentido, arts. 73 y 80, 2.º de la L. R. c., y 243, 2.º, 244, pár. 1.º, y, sobre todo, 249, del R. R. c.

(103) Art. 249 del R. R. c.

(104) Cfr. loc. cit. en nota 86.

(105) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 287; FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit., página 103; MIJAJA DE LA MUELA, op. cit., II, págs. 250 y 252; GARCÍA BARRIUSO, *Matrimonio civil de españoles*, cit., pág. 75.

matrimonio en tanto esté pendiente la justificación de acatolicidad de alguno de los cónyuges. Tal doctrina tiene un fundamento conocido y no insisto por ello en este particular (106). Antes de la reciente reforma legislativa era aplicable por imperativo de disposiciones entonces en vigor (Orden de 10 de marzo de 1941 en relación con el artículo 42 del C. c.), y actualmente, como veremos, por disposición del R. R. c. (art. 249).

C. *Funcionario competente en la valoración de la acatolicidad.*

A tres efectos es necesaria la valoración de acatolicidad: para autorizar el matrimonio, para inscribirlo en el Registro, para juzgar sobre su validez.

No se han delimitado en la doctrina suficientemente estos tres fines a que la valoración de acatolicidad se ordena, y esto es importante para determinar el papel que puede corresponder al funcionario extranjero y el que, en todo caso, debe reservarse al funcionario español.

Con respecto al primero de estos fines es hoy evidente, a tenor de la nueva legislación registral, que la valoración, como acto previo a la autorización del matrimonio, reviste carácter preceptivo sólo en el ámbito de la actuación de los funcionarios españoles. No tiene, en cambio, ese carácter cuando el matrimonio se autoriza por funcionario extranjero.

Esta solución se mantuvo por algunos autores, con diferente alcance, en la legalidad anterior.

Goldschmidt consideraba que "los no católicos españoles pueden casarse civilmente en el extranjero según la forma local, siempre que hayan recibido un certificado de acatolicidad o por los agentes diplomáticos españoles o por los sacerdotes católicos competentes para la celebración del matrimonio" (107). Este autor venía a estimar ese trámite como obligatorio, con una sola excepción: "sólo en un país con el que España no tiene relaciones diplomáticas o en un lugar desde el cual el acceso a un agente diplomático español sea tan difícil que no se puede razonablemente exigir, pueden las partes válidamente casarse sin el certificado" (108).

Fernández Viagas, en cambio, estimaba la presentación del certificado como facultad de los contrayentes (109). Pero este autor, cuya opinión es clara y correcta en orden al significado de la acatolicidad

(106) Precisamente a la finalidad de extender el ámbito de la exigencia a ambos contrayentes parece obedecer la declaración del apartado c) del protocolo final al art. 23 del Concordato de 1953, en contraste con la interpretación gubernativa y doctrinal anterior, que limitaba la necesidad de la exigencia a uno de los contrayentes. Un completo análisis histórico de esta cuestión y una argumentación convincente en el sentido indicado, en FERNÁNDEZ VIAGAS, *III sistema*, cit., páginas 125 a 129.

(107) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 287.

(108) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 288-289.

(109) FERNÁNDEZ VIAGAS, *Los matrimonios de españoles...*, cit., pág. 103.

en tema de validez (110), parece entender que la valoración de la acatolicidad a tal efecto puede ser hecha por un funcionario extranjero. ¿Con eficacia vinculante ante la jurisdicción española? Este punto no lo precisa claramente Fernández Viagas. Del pasaje de su trabajo relativo a este tema parece desprenderse una respuesta afirmativa (111).

García Barriuso sostenía igualmente que el certificado de acatolicidad es facultativo (112). De modo más explícito que el anterior, parece afirmar este autor una competencia en el funcionario extranjero para calificar la confesionalidad de las partes. En efecto, viene a decir: "Aun sin la intervención del cónsul español en orden al certificado de acatolicidad, puede ser válido el matrimonio civil de españoles celebrado en la forma local, con tal que la cuestión de capacidad de los contrayentes a ese respecto sea atendida por la autoridad local extranjera". Y cita y subraya a continuación la opinión de Fernández Viagas de que "es a la autoridad de la *Ley española*, y no a la autoridad del *funcionario español*, a la que se reserva el poder de resolver acerca del caso" (113). Más adelante precisa el autor su pensamiento: "Conforme a los razonamientos expuestos, tendremos que admitir que dos españoles, contando con un certificado de acatolicidad extendido por agente diplomático español, y *aun sin eso*, pueden casarse civilmente en el extranjero en la forma local, y esto por aplicación del artículo 11 del Código civil. Las disposiciones que al parecer se oponen a que pueda admitirse en materia matrimonial la regla *locus regit actum*, se han de relacionar, no con la prohibición de las formas locales, sino con la necesidad de una previa calificación (condición) de la acatolicidad de los contrayentes, lo que constituye requisito esencial que han de tener en cuenta lo mismo los cónsules que las autoridades locales" (114).

Por mi parte, entiendo que esa valoración puede hacerse, pero que no será vinculante en sede jurídica española. Buena norma de prudencia sería, al fin de autorización del matrimonio, que la autoridad local ante la que se celebre exigiera certificado de prueba y valoración de acatolicidad hecha por competente funcionario español.

La actuación de un funcionario extranjero en este asunto no debe ser vinculante en España, en cuanto la valoración de acatolicidad que

(110) FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit., pág. 105.

(111) FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit., pág. 105, dice así: "...ese problema de capacidad debe ser tenido en cuenta por la Autoridad local como cualquier otro en relación con la Ley española. Esto es, que es a la autoridad de la Ley española y no a la autoridad del funcionario español la que se reserva el poder de resolver acerca del caso. Y caso de que la Autoridad local pase por encima de tal prohibición, por una defectuosa interpretación del Derecho español, porque, para ignorarlo, alegue razones de Orden Público, o porque su propia regla de conflicto no llame a la Ley nacional en cuestiones de estado, el matrimonio, válidamente celebrado ante la Ley extranjera, será considerado nulo en España."

(112) GARCÍA BARRIUSO, op. cit. últimamente, pág. 73.

(113) GARCÍA BARRIUSO, op. cit., pág. 72.

(114) GARCÍA BARRIUSO, op. cit., pág. 73.

de él puede esperarse apenas ofrece garantías de acierto (115). Y esto no sólo porque queda fuera del campo de responsabilidad penal y administrativa en que se halla situado el funcionario español, sino también por las dificultades de un conocimiento exacto de nuestro sistema matrimonial, acrecentadas para quien no tiene por misión habitual su aplicación.

Por ello, si no ha precedido a la celebración del matrimonio ante la autoridad local la valoración de acatolicidad hecha por funcionario español, ésta será necesaria *ex post facto*, cuando se pretenda la transcripción del matrimonio en el Registro (116).

Por lo demás, es obvio que, en el matrimonio de españoles en el extranjero, el problema no es tanto un problema de autorización como un problema de validez.

Y en este punto, si bien es cierto que se ha de juzgar según la ley española y que esto podría hacerlo un funcionario extranjero, es claro que, en cuanto se trata de calificar la validez del matrimonio para su relevancia en España, la valoración de acatolicidad debe ser hecha por funcionario español (117). Lo que no quita para que, en ciertos casos, se sirva éste, como un daño más en su acervo de elementos críticos, de la valoración de acatolicidad hecha por eclesiástico —si en algún caso esta hipótesis llegara a darse— o por funcionario extranjero.

D. *Ley aplicable en tema de acatolicidad y en la calificación del valor del matrimonio.*

La determinación de la ley aplicable —secular o eclesiástica— en el matrimonio civil de españoles es de importancia para decidir una doble cuestión: el criterio valorativo de la confesionalidad de los contrayentes y el grado de invalidez —nulidad o inexistencia— del matrimonio civil celebrado por los católicos.

No es fácil que en el régimen actual alguien se atreva a poner en duda la aplicación de la ley estatal en estas dos cuestiones (118). Sin

(115) Cfr. MALDONADO, *Sobre los matrimonios civiles de españoles...*, cit., página 645.

(116) A través del expediente que para la inscripción preceptúa el artículo 249 del R. R. c. Es obvio que la acatolicidad se ha de referir al momento de la celebración del matrimonio y no al de la inscripción (*vid.* nota 93). Es muy clara en este sentido la norma citada del R. R. c.: "no habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes *no profesaban* la Religión Católica...".

(117) Estimo que esa valoración no puede ser hecha por cualquier funcionario español. Los Encargados del Registro son funcionarios cualificados a tal fin. Esto debe tenerse en cuenta en sede jurisdiccional para decidir sobre la validez de matrimonio de españoles celebrado en el extranjero cuando no conste en el proceso la acatolicidad de los contrayentes.

(118) No obstante, de hecho, cabe la posibilidad de que el problema se plantee y se resuelva en el sentido de considerar aplicable la ley canónica. Así se mantuvo en ocasiones, no sólo en la doctrina patria sino también en la extranjera, con referencia al Derecho anterior a la Orden de 10 de marzo de 1941, en

embargo, no es ocioso plantear y resolver adecuadamente el problema de la ley aplicable con referencia al derecho anterior a la reforma de 1957-58, a fin de despejar un equívoco que pudiera repetirse al enjuiciar los futuros conflictos de matrimonios contraídos en la anterior legalidad.

Es conveniente, ante todo, no involucrar la cuestión del grado de invalidez con la del criterio de acatolicidad, como a veces se ha hecho.

En un sistema de matrimonio civil subsidiario puede ocurrir que la ley estatal imponga la forma canónica de celebración, coincidiendo absolutamente con la ley eclesiástica, a todas las personas obligadas por esta ley (canon 1.099), o que, con menor alcance, es decir, coincidiendo sólo relativamente con la ley eclesiástica, la imponga a una parte de las personas obligadas por ésta (119). En esta última hipótesis se manifiesta una diferencia entre la ley secular y eclesiástica en la extensión del concepto de catolicidad, del que, por exclusión, resulta el de acatolicidad. En nuestro sistema esa diferencia puede sintetizarse del modo siguiente: la ley eclesiástica impone la forma canónica de celebración para la validez del matrimonio (canon 1.094) al *semel catholicus* (canon 1.099); la ley española reconoce la imperatividad de la forma canónica, también en orden a la validez del matrimonio, solamente respecto al *nunc catholicus* (120). Hay, por tanto, un grupo de

una legalidad que ofrecía menos cobertura para dicha opinión que la que ofrece la legalidad actual.

(119) Por concisión, designo en lo sucesivo estas dos modalidades del sistema de matrimonio civil subsidiario con las expresiones "carácter absoluto" y "carácter relativo".

(120) Con fortuna se ha empleado a veces en la doctrina la expresión *semel catholicus* para designar de modo sintético el ámbito de vinculación de la forma canónica según la norma del canon 1.099. Con ello se afirma una doble característica del precepto; por una parte, que es referible individualmente a cada súbdito bautizado en la Iglesia o convertido a ella, con indiferencia de la confesión del otro contrayente, y, por otra parte, que la exigencia formal que impone no decae ante el hecho del abandono de la fe: basta haber sido *una vez* católico para quedar vinculado a la forma canónica.

Con la expresión *nunc catholicus*, que ahora propongo, trato de expresar concisamente el ámbito de vinculación del precepto de forma canónica en la ley secular española. También en ésta, la vinculación es referible singularmente a cada católico. Pero el concepto de católico no radica en la ley española sólo en el hecho del bautismo sino, además, en una actitud afectiva, de profesión de fe, que puede perderse. La apostasía, que en la ley canónica no comporta desvinculación ni exención del precepto formal, sitúa en la ley española al súbdito de la Iglesia, bautizado en ella o convertido a ella, fuera del precepto (secular), y permite, por tanto, contra la prescripción del canon 1.099, el acceso al matrimonio civil. La ley española no vincula, hablando con rigor, a todo católico, sino sólo al que *ahora* lo es.

La discrepancia entre los ordenamientos eclesiástico y secular español, en tema de forma de celebración, se manifiesta pues concretamente en el matrimonio de los católicos apóstatas, de los católicos "*qui a fide defecerunt*". La situación de apostasía es la zona de conflicto entre los dos ordenamientos.

Ya dentro del ordenamiento secular, la apostasía debe tratarse como una *situación* que precede en el tiempo al matrimonio civil, nunca como un *medio de acceso* al mismo. Para que el sistema de matrimonio civil subsidiario de ca-

personas —los católicos apóstatas— encuadrados en la categoría del *semel catholicus*, pero fuera de la del *nunc catholicus*, lo que significa que tales personas están vinculadas a la forma canónica por la ley eclesiástica, pero no por la ley estatal, por lo que su matrimonio celebrado en la forma civil será inválido para la primera y válido para la segunda.

En el sistema de matrimonio civil subsidiario de carácter *absoluto*, en cuanto coinciden la ley secular y la eclesiástica en el criterio de acatolicidad, será indiferente aplicar una u otra ley (121). En cambio, en el sistema de matrimonio civil subsidiario de carácter *relativo*, media una discrepancia en tema de acatolicidad, cuya gravedad se manifestará en tema de validez: un matrimonio válido para la ley secular, será nulo o —por mejor decir, con la canónica más reciente— inexistente para la ley eclesiástica. Concretamente, en nuestro Derecho, en el caso de matrimonio civil de católicos apóstatas, súbditos de la Iglesia que por su bautismo o conversión vienen obligados por el *Code* a la forma canónica (c. 1.099), pero no por nuestro Código civil (122), la ley aplicable será la ley secular, la ley del Estado español. Ello es tanto más claro por cuanto al acoger ésta una concreta manifestación de la normatividad canónica, no lo hace con estricta fidelidad al Derecho de la Iglesia, sino con un alcance limitado, marcando una diferencia cuyo exacto sentido ha de venir dado lógicamente por la misma ley española.

No siempre se han presentado en nuestra legalidad las cosas tan claras como en el esquema apuntado. En ocasiones el tenor de la norma estatal admitía dualidad de interpretaciones, y para tal caso se debiera haber atendido, aunque no siempre se hizo así, a otros preceptos relacionados con la norma básica de vinculación (art. 42 C. c.) en el sistema interno estatal (arts. 75, 76, 51 y 83, núm. 4.º, del C. c.).

rácter relativo no degenera en sistema facultativo, ha de garantizarse con medios técnicos que la celebración del matrimonio civil sea *consecuencia de una situación* objetiva de apostasía, alejando la posibilidad de que tal acto venga a ser, como ocurrió con frecuencia desde la vigencia del Código hasta la Orden de 1941, *causa impulsiva de una declaración* de apostasía. A tal fin se ordena la Orden vigente de 2 de abril de 1957.

(121) Aunque una y otra coincidan en la delimitación del concepto de acatolicidad, pueden, no obstante, diferir en el tratamiento de otros aspectos de la institución matrimonial —por ej. disciplina del consentimiento, disciplina de capacidad, grado de invalidez del matrimonio—, y entonces no sería correcto deducir la aplicabilidad de la ley canónica del hecho de la armonía en un sólo punto, aunque se trate, como en el caso ocurre, de un punto de muy vivo interés.

(122) La afirmación no vale para el Decreto anterior a la reforma, representado por la Orden de 10 de marzo de 1941 en relación con el art. 42 del C. c. SÍ, en cambio, para el Derecho vigente. Cfr. arts. 42 y 86 del C. c., y 243 a 250 del R. R. c., esp. 245 de este cuerpo legal. Cfr. FUENMAYOR, *El sistema...*, cit., págs. 60-67; SANCHO REBULLIDA, P. de A., *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, Separata de la Revista "Temis", editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 4, 1958, págs. 11-13.

En el régimen vigente el criterio no ofrece dificultades de interpretación. El sistema tiene carácter *relativo*. Por una parte, la formulación del C. c. es distinta —y de aquí la posibilidad de una interpretación autónoma— de la establecida en la Ley canónica. Por otra parte, y de este modo se afirma y precisa el carácter relativo del sistema, normas reglamentarias señalan un criterio formal para admitir al matrimonio civil a los católicos apóstatas.

En el Derecho anterior debemos distinguir dos situaciones:

La primera está representada por la Orden de 22 de marzo de 1938 que, salvando el paréntesis del período republicano, se inserta en la trayectoria de la interpretación gubernativa de las Reales Ordenes de 28 de julio de 1913, 28 de febrero de 1907 y 28 de diciembre de 1900.

La segunda, inmediatamente anterior al Decreto de 26 de octubre de 1956 —avance del régimen vigente—, está determinada por la Orden del 10 de marzo de 1941.

Atendiendo a la primera situación, y concretamente como resulta de la Orden de 1938 (123), es evidente que no coinciden en punto al ámbito subjetivo de acatolicidad los criterios estatal y eclesiástico. Decía la citada Orden en su parte expositiva: "Teniendo presente que el artículo 42 del Código civil impone claramente, y lo abonan uniformes resoluciones, el matrimonio canónico a cuantos españoles profesen la religión católica, debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la religión católica *por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos*", consideración que luego concreta en el artículo 1.º. Con tal fórmula no se aseguraba, y así se ha dicho en múltiples ocasiones en nuestra doctrina, una efectiva observancia del precepto de forma canónica, en cuanto bastaba la simple *declaración* de no profesar la religión católica para permitir el acceso al matrimonio civil, y, por otra parte, aun cuando la exigencia de la declaración fuera rigurosa, se hacía factible el matrimonio civil de católicos con acatólicos, ya que la Orden venía a considerar suficiente la declaración de uno solo de los contrayentes —para el caso, la parte acatólica—.

En este primer estadio de la evolución legislativa es evidente que nuestra ley civil no sigue el criterio de acatolicidad establecido en el ordenamiento canónico (Cfr. especialmente c. 1.099, § 1, 2.º, del C. i. c.). No hay, por tanto, problema de ley aplicable en tema de acatolicidad. Se aplicará la ley española, tal como resulta interpretada por la Orden ministerial de 1938, o por cualquiera de las anteriores, que, en el punto tratado, coinciden sustancialmente con ella (124).

Veamos qué ocurre en la segunda situación.

Con referencia al estado legal creado por la Orden de 10 de marzo de 1941, se afirmó en nuestra doctrina la plena correspondencia del

(123) Complementaria de la Ley de 12 de marzo de 1938.

(124) *Id.* nota 60.

criterio de acatolicidad establecido en dicha Orden con el Derecho canónico (125), aun suponiendo o reconociendo en ella ciertos defectos técnicos y de expresión (126). Algunos autores hicieron notar que en la Orden de 1941 se extendía el ámbito de acatolicidad más allá de los términos de la propia norma canónica (127); mas aun así se mantuvo como criterio dominante, con más o menos acierto y seguridad, que el propósito de la disposición ministerial era sin duda recibir en nuestro Derecho el criterio del canon 1.099. En verdad, el exceso en que incurrir no hacer decaer la armonía que en su espíritu pretende, y es posible, en consecuencia, considerar como criterio aplicable aquel que se traspassa (128). *Non amplius ac doctrina Ecclesiae*.

Es en esta perspectiva donde se puede plantear, con una visión poco clara, el problema de la ley aplicable. Anticipo que, en mi sentir, la armonía entre norma secular y norma eclesiástica en materia de acatolicidad, no comporta necesariamente un principio de aplicabilidad directa de la ley canónica en los varios aspectos de esa materia, por la sencilla razón de que la relevancia de la ley aplicable no se agota con aportar un criterio de acatolicidad, sino que, además de esto, puede servir también —si sirve o no, es un problema de exégesis del sistema legal— para ofrecer un procedimiento y una solución respecto al grado

(125) FERNÁNDEZ VIVANCOS, G., *Algunos de los problemas que plantea el doble matrimonio*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", V (1951), núm. 166 (5 de agosto de 1951), pág. 4; MONTERO Y GUTIÉRREZ, E., *El Concordato y la legislación matrimonial*, en el volumen "El Concordato de 1953", Madrid 1956, pág. 300; AGÚNDEZ, A., *Contribución al estudio de los matrimonios civiles de católicos*, en "Revista General de Derecho", XII (1956), pág. 672; GARCÍA BARRIUSO, *Derecho Matrimonial Islámico...*, cit., pág. 126. Este autor modifica posteriormente la opinión en *Matrimonio de españoles...*, cit., págs. 55-56.

(126) PERÉ RALUY, J., *Concepto de acatolicidad o efectos de la celebración del matrimonio civil*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", VIII (1953), núm. 233 (15 de junio de 1953), págs. 3-5; GARCÍA CANTERO, G., *Matrimonio civil de acatólicos*, en "Anuario de Derecho civil", VII (1954), pág. 141; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, en "Anuario de Derecho civil", VII (1954), páginas 154-155, 159 y 161; CASTILLO SANTOS, S., *Los acatólicos y la forma canónica del matrimonio*, en "Razón y Fe", CL (1954-11) pág. 21; SANCHO REBUILLIDA, F. de A., *El art. 42 del Código civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, en "Pretor", VI (1957), págs. 88-89.

(127) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia católica*, Madrid 1947, págs. 104-105; GARCÍA BARBERENA, T., *Matrimonios mixtos*, en "Anuario de Derecho civil", VII (1954), pág. 14; DEL AMO, L., *Los matrimonios civiles durante la República*, Madrid 1954, pág. 83; FERNÁNDEZ RUIZ, D., *Los matrimonios mixtos en la legislación civil española*, en "Ecclesia", XVII (1957-I), pág. 185.

(128) ASÍ hace LEITE, A., S. J., *Competência da Igreja e do Estado sobre o Matrimonio*, Porto 1946, pág. 152, nota 72. Estima que de la expresión "declaración jurada de no haber sido bautizados" parece deducirse que el matrimonio civil sólo está permitido a los infieles. Pero señala el contraste que esto supondría con el canon 1.099, § 2, y, en definitiva, entiende que la Orden se refiere con tal expresión a las personas no obligadas a la forma canónica.

de invalidez del matrimonio civil celebrado por quienes por su confesión católica no podían celebrarlo.

El problema de la ley aplicable se ha polarizado muy frecuentemente por los autores en el aspecto de la acatolicidad. A partir de la correspondencia, en este aspecto afirmada, entre ley secular y ley eclesiástica, se llega a considerar a ésta como ley aplicable, mas no ya sólo en tema de acatolicidad —en el que, en definitiva con el mismo resultado podría aplicarse la ley secular, en tal punto homologada con la eclesiástica—, sino incluso en la cuestión del grado de invalidez. Así, en el tiempo de vigencia de la Orden de 10 de marzo de 1941, se llegó a calificar de *inexistente* el matrimonio civil contraído por católicos, en razón de ser ésta la calificación procedente según la normatividad canónica, sin haber ponderado siquiera, antes de emitir tal opinión, las posibilidades de interpretación de la Orden en un sentido menos riguroso, es decir, en el sentido de considerar al matrimonio como *nulo*, con la consiguiente conservación de efectos producidos, de acuerdo con la ley secular (art. 69 del C. c.).

Goldschmidt, al tratar esta materia, dice que "la catolicidad o acatolicidad debe resolverse con arreglo a una determinada ley... Nos enfrentamos con dos posibilidades: calificar según el Derecho canónico o calificar según el Derecho español. Considerándose la religión católica como religión oficial, el Derecho canónico debe primar sobre el Derecho estatal, que a lo sumo puede pasar por una interpretación auténtica del primero. Así lo hace la Orden del Ministro de Justicia del 12 de marzo de 1941" (129). Y al tratar de la capacidad, sienta la afirmación de que respecto a los católicos "siempre se aplica el Derecho canónico" (130). Esta postura le llevará luego, en la cuestión del grado de invalidez, a calificar de *inexistente* el matrimonio civil celebrado en Alemania entre un súbdito español católico y una alemana protestante (131) y a tildar de errónea la calificación de Dölle (132).

Neumayer parte de las mismas premisas que Goldschmidt, al que cita y sigue en lo fundamental. En su comentario a la sentencia del Tribunal de Frankfurt/M. de 6 de diciembre de 1950, entiende que el Derecho español se atiene en cuestiones matrimoniales de cónyuges católicos a las prescripciones de la Iglesia, que tienen en este caso vigencia legal en el Reino (cita aquí el art. 75 del Código civil). Del Derecho canónico, al que, según lo anterior, hay que atenerse, *como parte del*

(129) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 281.

(130) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, 282. *Fid.*, también MUAJA DE LA MUJELA, op. cit., II, pág. 250. Este autor, al ocuparse del matrimonio civil de españoles en el extranjero, señala, que, en cuanto la posibilidad de contraerlo aparece condicionada a su acatolicidad, "requiere una norma calificativa de lo que debe entenderse por católico y acatólico". Alude a la Orden de 1941 y considera que "aunque el matrimonio tenga lugar en el extranjero, la calificación española se impone, tanto más cuanto que sería difícil encontrar una distinta en otra legislación. Es de notar, sin embargo, que en una calificación de esta especie el criterio más seguro es el de la misma Iglesia católica".

(131) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 285-286.

(132) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 286, nota 1.

Derecho español —según Neumayer—, se deduce que la forma canónica es obligatoria para el católico que quiera contraer matrimonio con persona no bautizada (en este lugar cita el canon 1.099, § 1, 2.º, C. i. c.). Esto vale también, añade, para un matrimonio celebrado en el extranjero, pues el Derecho canónico es de validez universal. El Derecho internacional privado, prosigue, sólo puede hacer uso de la regla *locus regit actum* en caso de que ambos contrayentes no pertenezcan a la religión católica (consideración que recoge de Goldschmidt, a quien cita). De aquí deduce que el matrimonio en examen (celebrado en Alemania el 19 de agosto de 1945 entre español católico y alemana protestante) es *inexistente*, citando en apoyo de esta calificación el criterio de la Comisión pontificia de interpretación del Codex manifestado en 16 de octubre de 1910 (133).

Toda la argumentación de Neumayer se funda en una aplicación directa del Derecho canónico en el matrimonio de los católicos. Dice concretamente: "por efecto de la remisión del legislador español en los artículos 75, 80 del C. c. sobre la validez o invalidez de un matrimonio católico [al Derecho canónico], solamente a él se debe atender y, por tanto, sobra toda solución que esté en contradicción con las prescripciones del C. i. c." (134).

La opinión expuesta es eco de una actitud dialéctica bien intencionada y muy común entre los cultivadores del Derecho internacional privado, pero, a mi modo de ver, errónea, si bien el error no tanto procede de un insuficiente estudio del sistema matrimonial español como de sus imperfecciones y dificultades de conocimiento en la formulación legal originaria (hoy reformada).

En lo fundamental, la opinión de Neumayer, antes que en Goldschmidt, se encuentra ya — en 1891— en Audinet (135) y más tarde —en 1927— en Trías de Bes (136) y —en 1944— en La Pradelle (137).

(133) NEUMAYER, K. H., *Scheidung einer nach spanischem Recht nicht-existenten Ehe spanischer Partein in Deutschland*, en "Monatschrift für Deutsches Recht", 5 (1951), págs. 297-299.

(134) NEUMAYER, loc. cit., pág. 298.

(135) AUDINET, loc. cit., pág. 1122. Dice este autor, "en cuanto al matrimonio de los católicos, las disposiciones de la Iglesia y del Concilio de Trento son recibidas como leyes del reino; en este sentido, tales disposiciones constituyen [para los católicos] su ley nacional, que debe regir, incluso en el extranjero, su estado y sus relaciones de familia".

(136) TRIAS DE BES, J., *Le droit international privé de l'Espagne*, en "Revue de droit international privé", 1928-XXIII, pág. 62: "El matrimonio es entre nosotros un asunto eminentemente confesional, de modo que para los católicos no existe sino el matrimonio canónico; respecto a éste, se ha incorporado a la ley civil toda la legislación canónica, incluso lo concerniente a la competencia de los tribunales de la Iglesia". (Cita en nota el art. 75 del C. c. y el R. D. de 19 de mayo de 1919.)

(137) LA PRADELLE, A.: *De la validité en France des mariages contractés en Espagne pendant la révolution*, en "Nouvelle Revue de droit international privé", 1944, págs. 94 a 112 (citado por MEZGER, loc. cit., págs. 21 a 24, y nota 17).

Recientemente, parece enlazar REGATX con esta línea de pensamiento. (Cf. "Revue critique de droit international privé", XLVI-1957, págs. 72 y 74.

Estos autores, con diferente precisión y alcance cada uno de ellos, ven en nuestro Derecho matrimonial un fenómeno de recepción material del Derecho canónico, considerando aplicables sus soluciones no sólo en el campo del matrimonio canónico, sino también en el campo del matrimonio civil en cuanto subsidiario del canónico. Pero esta consideración no la autorizan ni los preceptos del C. c. que citan ni las normas complementarias dictadas en los diferentes periodos de la evolución. Ni siquiera la Orden de 10 de marzo de 1941, que como paradigma de armonía entre los ordenamientos secular y eclesiástico suele presentarse, contiene una norma de remisión al Derecho canónico (138). En cuanto a la alusión en el artículo 75 del C. c. a las disposiciones de la Iglesia como "leyes del Reino" (139), debe ser más precisamente ponderada.

Rígen las disposiciones de la Iglesia como leyes del Reino, pero en orden al matrimonio canónico, no respecto al matrimonio civil, ni siquiera contando con que éste posee en nuestro Derecho naturaleza subsidiaria. Por otra parte, la expresión de que las disposiciones de la Iglesia están en nuestro Derecho "admitidas como leyes del Reino" debe colomestarse, limitando su alcance, con otras normas del Código civil que son de aplicación al *matrimonio de los católicos*. De otro

(138) En el Preámbulo de esta Orden se dice que el nuevo Código canónico fue incorporado a la legislación española por el Real Decreto de 19 de mayo de 1919, siendo así que, como indica MALDONADO (loc. cit. últimamente, pág. 154), "lo único acordado por este Real Decreto fue la concesión del *pas*, práctica de significación regalista, totalmente reprobable, pero no llegó a hacer que entrase a formar parte del ordenamiento civil". *Íbid.* en análogo sentido las certeras consideraciones del Decano del Tribunal de la Rota Española, Mons. MIGUÉLEZ, I., *En Concordato entre la Santa Sede y el Estado español*, en "Revista de Derecho Notarial", II (1954), núm. 3, págs. 17 y ss.

(139) MALDONADO, tras la consideración recogida en la nota anterior, dice: "lo que debe afirmarse es que en la admisión como Leyes del Reino a que se refiere, el art. 75 del Código civil, deben sustituir a las disposiciones del Santo Concilio de Trento las que sobre materia matrimonial contiene el *Codex Iuris Canonici*" (loc. cit., págs. 154-155, nota 2). Pero esto no implica contradicción con lo antes afirmado.

La Resolución de la Dirección de los Registros de 17 de abril de 1950 dice del art. 75 del C. c. que "acoge plenamente el Derecho matrimonial de la Iglesia". Esta afirmación, lanzada también en algunas ocasiones en la doctrina, es inexacta. No es este lugar adecuado para combatir esa idea. Me limitaré, por su claridad y autoridad, a citar las palabras de Mons. MIGUÉLEZ (loc. cit. últimamente, pág. 19 y ss.); "en el supuesto —mera hipótesis— de que el Estado español, por razón de ser oficialmente católico y por haber estipulado con la Santa Sede el art. 1.º del Concordato [de 1953], tuviera obligación, no sólo moral sino jurídica, de recibir el *Codex* en su totalidad dentro de su ordenamiento propio, no por eso podría decirse que automáticamente lo ha recibido; pues una cosa sería la obligación y otra muy distinta el cumplimiento de ella. El cumplimiento de tal obligación —caso de que existiera— por parte del Estado español no podría realizarse sin un acto de la voluntad del legislador civil competente, que impusiera a sus súbditos la obligación de observar el *Codex* como ley del Estado. Y este acto es el que no se halla contenido, ni explícita ni implícitamente, en el Puerco de los Españoles, en el Concordato, ni en ninguna otra disposición estatal". Y a continuación se extiende en observaciones sobre la inconveniencia de un acto como el descrito.

modo, estas normas resultarían superfluas. Me refiero concretamente a los artículos 83, número 4.º, y 51. El primero toma como supuesto la posibilidad de acceso de ciertos católicos apóstatas al matrimonio civil. El segundo niega eficacia al matrimonio canónico contraído por quien ya estaba ligado con diferente persona en matrimonio civil, lo que presupone una hipótesis de celebración de éste por súbditos católicos (140). Tales normas son indicativas de una divergencia con la legislación canónica, y esta divergencia no tendría sentido si, en un todo, prevaleciera la aplicación de la legislación canónica sobre la civil respecto al matrimonio de los católicos.

Hay que tener en cuenta, por último, que la expresión del artículo 75 del C. c., que comentamos, se encuentra también en el derogado artículo 1.069 del C. c. portugués (141), y en tal cuerpo legal es evidente, dado el sistema matrimonial prácticamente facultativo que en él se acoge (142), que la referida expresión no ostenta el alcance absoluto que se le pretende dar en nuestro Derecho. Este dato, si no vale como argumento histórico de procedencia, vale por lo menos como señal de que la expresión "admitidas como leyes del Reino" no postula necesariamente en la materia indicada una aplicación exclusiva del Derecho canónico.

La posición doctrinal criticada encaja perfectamente en el esquema dogmático trazado por Bellini a propósito de los sistemas de inspiración *rigidamente* confesional. En el Derecho de los Estados de fundamento confesional *rigidamente* católico, dice este autor, se reproduce, y no podría ser de otra manera, la posición propia de la Iglesia, de to-

(140) La interpretación lógica, histórica y sistemática del art. 51 del C. c., que no cabe explayar aquí, corroboran la afirmación del texto. En contra se podría argüir que la hipótesis de un doble matrimonio con diferentes personas, el uno contraído en forma civil y el otro en forma canónica, no implica necesariamente que el cónyuge bigamo fuera católico—apóstata—al tiempo de contraer el primero, y que la denegación de eficacia al matrimonio canónico está pensada para el supuesto específico de disolución canónica del matrimonio civil por privilegio paulino. Pero esto no puede conciliarse con la doctrina de que al matrimonio canónico por el que, según el mecanismo del privilegio, se disuelve el civil, se le reconocían efectos en el Derecho anterior a la reforma de 1957-58, según la opinión general de los autores que se ocuparon del tema: MEDINA, L. y MARAÑÓN, M., *Leyes civiles de España*, Madrid 1911, nota al artículo 51 del C. c., págs. 37-38; ORTE-REMENTERÍA, F., *Disolución del vínculo conyugal en derecho canónico por modos especiales que no constituyen el caso de muerte de los cónyuges en relación con el Código civil*, en "Revista de Derecho privado", XI (1924), pág. 379; SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid 1955, pág. 278; URTEAGA LOIBI, J., *El privilegio paulino en el Derecho canónico y en el Derecho civil español*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Madrid, s. d., págs. 380-386.

Actualmente la eficacia civil del matrimonio canónico contraído por privilegio paulino está expresamente reconocida en el C. c. (art. 82, según la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958).

(141) "O casamento católico só produz efeitos civis, sendo celebrado em conformidade com as leis canónicas recebidas neste reino, ou por elas reconhecido, salvas as seguintes disposições".

(142) *Ibid.* nota 41.

tal ignorancia jurídica hacia el matrimonio civil en sí considerado (143). Pero ¿puede nuestro Derecho encuadrarse en tal esquema? Indudablemente, no. No es el nuestro un sistema *rígidamente* confesional. El principio de confesionalidad viene atemperado por el de tolerancia (144).

Por supuesto, cabe establecer en ciertos casos una sanción de inexistencia, pero no por vía de aplicación de la legislación eclesiástica, sino como resultado del juego de principios y normas de la legislación estatal, influida en su interna *estructura* por los principios y normas del Derecho canónico (145).

Otras manifestaciones doctrinales y prácticas han enfocado con mejor criterio que los autores anteriores, a partir de la aplicabilidad de la ley estatal, el problema del grado de invalidez.

En la Orden de 10 de marzo de 1941 se subordina a la exigencia de acatolicidad la *valides y efectos* del matrimonio civil. Esta dicción ofrecía un punto de apoyo para la consideración del matrimonio como inexistente. La calificación podría resultar de que los efectos que se reconocen al matrimonio nulo en el C. c. (art. 69) se niegan en la Orden. Sin embargo, Romero Vicitez, que entrevió esta posibilidad, la descartaba afirmando que "el alcance literal de la expresión 'validez y efectos civiles' no parece que llegu a apartar estos supuestos [los contemplados en la Orden] de la nulidad absoluta, para configurarlos como casos de inexistencia de dichos matrimonios." No creemos excluidos —añadía— ni el ejercicio de acciones de nulidad, conforme al artículo 102 del C. c. ni la aplicación del artículo 69" (146).

Bernárdez Cantón apreciaba una diferencia entre el régimen del artículo 69 del C. c. y el de la Orden de 1941. El primero, decía, parece referirse a la nulidad de un matrimonio tanto canónico como civil. La

(143) BELLENI, loc. cit., pág. 123. *Íbid.* también núms. 9 y 10 a), págs. 113-117.

(144) Cfr. FUENMAYOR, *El sistema...*, cit., págs. 103-130. En nuestra doctrina este autor es, a mi parecer, quien con mayor profundidad y rigor ha tratado de la interpretación del sistema codificado a la luz de los principios de confesionalidad y tolerancia. En este tema, la opinión de FUENMAYOR es en un todo convincente. *Íbid.* también las atinadas consideraciones de PÉREZ MIER, L., *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, loc. cit., en nota 92.

(145) La institución matrimonial canónica se trata en el ordenamiento jurídico español en una doble vertiente, con diferente significado en cada una. En orden al *matrimonio canónico*, se reconoce su reglamentación jurídica y la competencia de la jurisdicción eclesiástica en materia de nulidad, disolución y separación, operando con plena eficacia en el orden jurídico estatal, salvo algunas limitaciones, como la representada por el art. 51 del C. c. y otras de menos monta. En orden al *matrimonio civil*, se reconocen —aunque no con alcance absoluto— las exigencias del Derecho de la Iglesia en la configuración del mismo como subsidiario del canónico. Ahora bien, si respecto al matrimonio canónico es el Derecho de la Iglesia el que se aplica, en cambio, respecto del civil el Derecho aplicado es el estatal, influido por aquél en su propia contextura. El influjo del Derecho canónico en el matrimonio civil español se produce en el instante de *laboración* de las normas estatales y, de modo reflejo, en su *aplicación*.

(146) ROMERO VICITEZ, loc. cit., pág. 193. RODRÍGUEZ VALCÁRCE escribe que "aunque diga dicha disposición que el tal matrimonio no producirá efectos civiles, siempre prevalecerá (en la colisión de normas), por su rango legislativo, la del art. 69 del Código civil" (loc. cit., pág. 200).

Orden, en cambio, se refiere al caso de un *cruce* de estas categorías, cuando se ha contraído según una, debiendo haberse celebrado según la otra. Pero tampoco este autor mantuvo con rigor la calificación, prefiriendo, por consideraciones de equidad, reconocer efectos respecto de los hijos, aunque ello fuere a costa de una ruptura lógica de la figura de inexistencia (147).

En verdad, no ofrece la Orden de 1941 una base muy firme para esta solución. Calificación tan grave no debe apoyarse en una mera expresión literal, y menos cuando otras expresiones del mismo texto legal permiten dudar fundamentalmente del acierto y rigor terminológico de las palabras empleadas. Fué precisamente por un defecto de dicción, al delimitar el concepto de acatolicidad, por lo que con razón se dijo de la Orden de 1941 que había incurrido en un *trop de scie* (148).

En definitiva, ninguna opinión ha mantenido con rigor una calificación de inexistencia al amparo de la Orden de 1941 (149). En cambio, con respecto a supuestos realizados bajo su vigencia se ha mantenido la calificación de nulidad. Así, por ej., lo han hecho las sentencias del Tribunal de Frankfurt de 6 de diciembre de 1950 (150) y del Tribunal de Casablanca de 21 de noviembre de 1953 (151), y las de nuestro Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959 (152) y de 12 de noviembre del mismo año (153).

La solución de nulidad debe mantenerse también, en principio, en el régimen vigente. Ahora no hay norma específica, como ocurrió mientras estuvo vigente la Orden de 1941, para fundamentar la nulidad. Debemos recurrir al Código civil. En este punto me parece muy viable

(147) BERNÁRDEZ CANTÓN, loc. cit., pág. 941-942.

(148) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 105.

(149) Con referencia genérica a la disciplina del Código, estima REYES MONTERREAL discutible la aplicación del artículo 69 del C. c. al supuesto matrimonial objeto de este estudio, "porque tal precepto se aplica a matrimonios civiles contraídos según el régimen del Código, y las normas de éste no se tuvieron en cuenta al aplicarse, vulnerándolas, por el contrario, mediante la aplicación de un régimen legal extraño", citando en apoyo de esta opinión las sentencias del T. S. de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929, 12 de marzo de 1942 y 12 de mayo de 1944 (loc. cit., pág. 73). El autor se refiere a un matrimonio civil de españoles celebrado en Francia en 1940.

(150) Se recoge en "Monatschrift für Deutsches Recht", 5 (1951), páginas 191-192.

(151) Loc. cit. en nota 94.

(152) Se recoge en "Revista de Derecho Privado", XLIII (1959), págs. 999-1000. Se concluye en esta sentencia que "ambos contrayentes obraron de mala fe y que ésta se compensa a los efectos ulteriores".

(153) También se recoge por la "Revista de Derecho Privado", loc. cit. en la nota anterior, pág. 1000. En esta sentencia, ante el supuesto de falta de méritos de que parte la Sala de instancia "para apreciar si hubo o no mala fe y de qué parte estuviera una y otra, y ante la presunción legal de buena fe sólo cabe sostener ésta en ambos". Esta sentencia y la citada en nota anterior se han publicado después de entregar este estudio a la Redacción del ANUARIO. No extrañará, por ello, que no me haya ocupado de tan interesante jurisprudencia en otros lugares.

el cauce legal de nulidad propuesto por Fuenmayor. Escribe este autor: "A mi entender, la nulidad resulta del carácter imperativo --no meramente dispositivo-- del artículo 42 del Código, y tiene cabida holgada en el artículo 101, ap. 4.º, del mismo cuerpo legal. Así lo entiendo a la vista del nuevo texto del artículo 42.

Es de notar, ante todo, el contraste entre los apartados 2.º y 3.º del nuevo artículo 42.

En el segundo se dice que '*el matrimonio habrá de contraerse canónicamente* cuando uno al menos de los contrayentes profese la Religión Católica', lo cual palmariamente quiere decir que tales personas, si quieren contraer matrimonio, han de hacerlo ineludiblemente, sin otro cauce posible, según los sagrados cánones.

En el tercero queda establecido que '*se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe* que ninguno de los contrayentes profesa la Religión católica'. Esta norma señala con rigor --no importa ahora cuál sea el contenido del concepto legal de la 'no profesión'-- en qué casos pueden los jueces autorizar el matrimonio civil.

Todos y cada uno de los supuestos posibles quedan incluidos en el apartado segundo o en el tercero. De donde se sigue que, incluido un caso en el segundo, el juez carece de poder para autorizar civilmente la pretendida unión matrimonial. Y porque carece de poder en absoluto, porque no tiene ninguna *competencia* para autorizar en tal caso el matrimonio civil, estimo que procede aplicar la nulidad establecida en el número 4.º del artículo 101, a cuyo tenor es nulo el matrimonio 'que se celebre sin la intervención del juez municipal competente', es decir, con la intervención de un juez incompetente" (154).

Hay que advertir, para no prejuizar con esta doctrina el tratamiento específico que más adelante propongo para el matrimonio de españoles en el extranjero mientras no conste acreditada la acatolicidad de los contrayentes, que la nulidad se refiere al matrimonio en que se ha aportado una prueba de acatolicidad valorada por el funcionario competente. Una declaración de nulidad con los efectos previstos en el artículo 69 del C. c. no es compatible con la inicial ineficacia que acompaña al matrimonio celebrado sin exigencia de acatolicidad. Con referencia a este supuesto la nulidad no puede, en principio, comportar eficacia. Y si a la nulidad del acto se suma la ineficacia de la relación estaremos propiamente ante un caso de inexistencia.

9. RÉGIMEN VIGENTE.

Entre los criterios extremos que en orden a la celebración del matrimonio de españoles en el extranjero se habían destacado por la doctrina o la jurisprudencia al tiempo de acometer la reforma, la nueva legislación ha sabido encontrar el criterio justo y proporcionado a los fines del sistema codificado. Ni el criterio de absoluta libertad formal,

(154) FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 72-73.

inspirador de la ley de 1870, pero incompatible con los principios del Código, ni el de atracción imperativa a la forma civil española frente a cualquier otra distinta (no canónica), excesivamente riguroso. La competencia del funcionario español, afirmada ahora como antes con carácter exclusivo, está referida, en la nueva legislación registral, no a la forma del acto, sino a la valoración de la libertad y confesionalidad de los contrayentes. Con la reserva de que los contrayentes sean católicos, y comprobada esta condición por la apreciación directa de autoridad española mediante la formación del oportuno expediente, el matrimonio celebrado en el extranjero —en lo que al punto de vista de la confesionalidad atañe— será considerado legítimo a todos los efectos.

La Ley de 24 de abril de 1958 ha dejado intacta la escasa e imprecisa regulación del C. c. sobre la materia. Sin embargo, esta regulación ha sido completada, adquiriendo un significado preciso, con la reforma llevada a cabo en la legislación del Registro civil. El artículo 249, párrafo 2.º, del R. R. c. dispone que "al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para el matrimonio civil de españoles, se advertirá especialmente que, conforme al Derecho español, *sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la Religión católica*" (155).

Para la relevancia del matrimonio en nuestro país, la acatolicidad de los contrayentes deberá ser apreciada por el funcionario español encargado del Registro. Aunque de modo indirecto, se afirma esta competencia del funcionario español con carácter exclusivo, garantizando de esta manera la efectividad de los principios del sistema, en el artículo 73 de la L. R. C., a cuyo tenor "cuando el matrimonio se contrajera en país extranjero con arreglo a la forma del país, o en cualquier otro supuesto en que no se hubiere levantado acta, *la inscripción sólo procederá en virtud de expediente*", precepto que luego reproduce el párrafo 1.º del artículo 249 del R. R. c. (156). De acuerdo con la finalidad apuntada, hay que admitir, con Sancho Rebullida, que al expediente de inscripción se aplicarán las prescripciones del artículo 249 R. R. c.: necesidad de acreditar que ambos contrayentes no profesan la religión católica y su libertad por inexistencia de impedimentos, publicación de edictos y proclamas si se hubieran omitido,

(155) No se prejuzga la validez de ese matrimonio ante la ley extranjera. Mas, por otra parte, tampoco, según parece, ante la ley española. Si en lugar de haber empleado el Reglamento el término *eficaz* hubiera empleado el de *válido*, se hubiera podido suscitar la duda de si en los casos de invalidez sería procedente aplicar la doctrina del artículo 69 del C. c. Sobre esto, más adelante.

(156) "No habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y, cuando no conste auténticamente, la celebración; en el expediente se publicarán edictos y proclamas, si se hubieren omitido, y se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión y libertad de los contrayentes."

y práctica de las diligencias probatorias de la religión y de la libertad de los contrayentes (157).

Entre los autores que hasta la fecha se han ocupado de la exégesis de las nuevas normas registrales, se admite generalmente, en base al artículo 272 del R. R. c., que, en tanto no conste acreditada la libertad y acatolicidad de los contrayentes, el matrimonio es susceptible de anotación (158).

De acuerdo con esta idea, estimo, sin embargo, que la norma del artículo 272 del R. R. c. ni es la única invocable en punto a la anotabilidad ni es en modo alguno decisiva para la suerte jurídica del matrimonio que se halla en la referida situación. Además de esa norma, se han de tener presentes los artículos 38, 3.º, de L. R. c. —que permite la anotación del hecho “que afecte al estado civil según la ley extranjera”— y concordantes —151 a 153, principalmente— del R. R. c., encuadrados en el capítulo dedicado a las anotaciones en general. La atención a estos preceptos es conveniente por una doble razón: a) porque, además de postularse en ellos con no menor firmeza que en el artículo 272 del R. R. c. la anotabilidad del matrimonio, contienen una referencia útil respecto a la naturaleza y alcance del acto anotado, y lo que realmente importa de la anotación no es tanto su valor general informativo (art. 145 R. R. c.) como la trascendencia jurídica del hecho de que informa; b) porque la consideración exclusiva del artículo 272 del R. R. c. pudiera llevar, como ha ocurrido a algún autor, a una purificación en el régimen jurídico de los actos que pueden entenderse acogidos en su tenor literal —matrimonio en peligro de muerte ante funcionario español y matrimonio de españoles ante funcionario extranjero—, y si bien es cierto que de tales actos se derivan situaciones muy semejantes en su estructura, estas situaciones, aparte de ser relevantes en órdenes jurídicos diferentes (159), sugieren ante el orden jurídico español, en razón de la desigual correspon-

(157) SANCHEO REBULLIDA, F. de A., *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, en “Temis”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 4, 1958, pág. 41.

(158) SANCHEO REBULLIDA, loc. cit., pág. 41. También LÓPEZ ALARCON, M., *El matrimonio civil y su inscripción*, en “Pretor”, VIII (1959), núms. 81-82, págs. 108-109; PASCUAL Y NIETO, G. y RUIZ Y HUERTA, J., *La reforma de la legislación del Registro Civil y el Derecho internacional Privado*, en “Pretor”, VIII (1959), pág. 542. Antes de la promulgación del R. R. c., se admitía la posibilidad de anotación. Así MESA DE LA MUELA, op. cit., II, 2.ª ed., Madrid, 1957, págs. 253-254; también PERÉ KALTY, J., en comentario al art. 80 de la L. R. c., *Texto de la ley de 8 de junio de 1957, concordada y anotada con comentarios y bibliografía*, por la Redacción de la Revista “Pretor”, Madrid, 1957, páginas 113-114.

(159) El matrimonio en peligro de muerte autorizado por funcionario español será, en principio, relevante en el orden jurídico patrio, y quizá también en el extranjero. El matrimonio de españoles ante un funcionario extranjero sin que conste acreditada la acatolicidad de los contrayentes, con independencia de la relevancia que pueda tener en el orden jurídico del país de celebración o en cualquier otro diverso, será en principio irrelevante en el orden jurídico español mientras no se practique la prueba de acatolicidad.

dencia con sus preceptos, una calificación diversa, y deben recibir, al menos en determinados aspectos, distinto tratamiento jurídico.

En todo caso, conviene tener muy en cuenta que la anotación tiene "valor simplemente informativo" y que "en ningún caso las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción" (artículo 38 L. R. c.). No hay inconveniente en admitir, con Badía Batalla, que "darán lugar a una presunción *iuris tantum* de veracidad, en la que radicará la base de la información que proporcionan" (160), bien entendido que esta presunción no significa una relevancia *jurídica sustantiva*. Los datos de información son, en principio, acríticos respecto a la naturaleza y tratamiento jurídico del hecho anotado. La anotación no comporta, pues, relevancia del carácter válido o legítimo del matrimonio, ni es susceptible *per se* de originar una presunción en tal sentido.

10. ESTUDIO ESPECIAL DE LA CONDICIÓN DEL MATRIMONIO DE ESPAÑOLES CELEBRADO ANTE FUNCIONARIO EXTRANJERO MIENTRAS NO CONSTE ACREDITADA LA ACATOLICIDAD DE LOS CONTRAYENTES.

Dispone el R. R. c., en el artículo 249, párrafo 2.º, que "al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para matrimonio civil de españoles se advertirá especialmente que, conforme al Derecho español, *sólo será eficaz* si los contrayentes no profesan la religión católica".

Es difícil medir el alcance que en la intención del legislador pudo tener la elección para este precepto del término *eficaz* en lugar del de *válido*. Acaso se trató de soslayar la cuestión de si, haciéndose al órgano extranjero la advertencia —de ser la acatolicidad presupuesto de la validez del matrimonio— *antes* de la celebración ("al comunicar el cumplimiento solicitado de proclamas", etc.), significaba ello la consideración de la *prueba previa* como requisito *ad validitatem*. De resultar cierta tal hipótesis, la referibilidad de la condición acatólica de los contrayentes al orden de la eficacia, hubiera obedecido al propósito de *no prejuzgar, por el hecho de la inobservancia de la prueba, la validez del matrimonio*.

Pero con independencia de que fuera éste efectivamente el propósito de nuestro legislador, viene a resultar objetivamente del texto comentado que el empleo del referido término sitúa al matrimonio autorizado, sin previa práctica de la prueba, en el ámbito de la ineficacia, con lo que, una vez comprobada la profesión católica de cualquiera de

(160) BADÍA BATALLA, F., *Legislación del Registro civil*. Barcelona, 1959, pág. 179. En otro sentido, dice LÓPEZ ALARCÓN que las anotaciones "son asientos que se limitan a publicar situaciones jurídicas interinas o presuntas, sin constituir prueba, ni menos aún títulos de legitimación de los actos definitivos correspondientes, si bien no puede descartarse que prueben las situaciones imperfectas que publican" (loc. cit., pág. 428, nota 41). En contra, PERÉ RALUY, en comentario al art. 38 de la L. R. c., loc. cit., págs. 52-53.

los contrayentes en el momento de la celebración, la suerte jurídica de ese matrimonio será más grave que la que acarrearía su calificación como inválido o nulo.

En efecto, la invalidez no quita la eficacia que el acto matrimonial despliega normalmente desde el momento de la celebración hasta el momento de la declaración de nulidad (art. 69 del C. c.). A propósito de esta doctrina, tuve anteriormente ocasión de exponer el criterio, sustentado por algunas sentencias del Tribunal Supremo y recogido en el dictamen de Dölle, de que el matrimonio ha de presumirse válido en principio, mientras no se declare su nulidad por Tribunal competente.

Por el contrario, ante el artículo 249, párrafo 2.º, del R. R. c., no cabe hablar, en tanto falte la prueba de acatolicidad, de eficacia ni de presunción de validez. El matrimonio que se halle en esa inestable situación será por principio ineficaz. Su validez será incierta.

Si se llegase a declarar efectivamente la nulidad de dicho matrimonio, ineficaz *ab initio*, como la declaración de nulidad no crea efectos, sino que se limita a respetar los que se han producido, y en el supuesto contemplado tales efectos es claro que no existen, estaríamos ante un caso de matrimonio inexistente.

Contra esta idea se podría aducir la declaración del párrafo 2.º del artículo 272 del R. R. c. —“la cancelación [de la anotación] se produce si se inscribe sentencia declarando la nulidad del matrimonio”—, interpretándola en el sentido de que en ella se presume como principio la validez del matrimonio y que, por ello, se requiere una sentencia de nulidad para cancelar la anotación. Ahora bien, si ésta tiene mero valor informativo y si, por otra parte, es índice de que la inscripción se ha denegado precisamente por no constar acreditada una condición de validez —la acatolicidad de los contrayentes—, resultaría contradictorio admitir con tales premisas dicha presunción.

Más correcta parece la interpretación de que, siendo el matrimonio de validez incierta (161) y, por tanto, ineficaz en tanto la libertad y acatolicidad de los contrayentes no conste, la sentencia declaratoria de nulidad de que habla el artículo 272 será propiamente, si llega a darse, una sentencia declaratoria de *inexistencia*.

La estructura de la descrita situación de pendencia conviene no sólo al matrimonio civil de españoles ante funcionario extranjero, sino también al matrimonio civil en peligro de muerte autorizado por funcionario español. Característica común a ambos supuestos es que, en tanto falte la prueba de acatolicidad, *la validez del matrimonio es incierta*. De esta idea parte el C. c. cuando califica el matrimonio civil

(161) Validez incierta. No cabe afirmar la validez. Mas tampoco la nulidad, porque si ésta fuera evidente ni siquiera sería posible la anotación. Dice en tal sentido el art. 151 del R. R. c. que “el hecho cuya inscripción no puede practicarse por no resultar en alguno de sus requisitos legalmente acreditado, puede anotarse en cuanto a los extremos debidamente justificados. Pero no procede la anotación si resulta evidente su ineficacia absoluta e insubsanable; la verificada será cancelada al acreditarse la ineficacia”.

en peligro de muerte, en las distintas circunstancias contempladas en los artículos 93 a 95, de "condicional", queriendo designar con este término, aquí inadecuado (162), la situación interina de *ineficacia* en que permanecerá hasta que sea posible pronunciarse sobre su validez en vista de los datos sobre capacidad y libertad, a los que hoy, por virtud de la reforma, se ha de sumar el de la condición confesional de los contrayentes (163). La misma idea parece inspirar al artículo 249 del R. R. c., que refiere en principio la exigencia de acatolicidad para el matrimonio de españoles al orden de la *eficacia* (el matrimonio "sólo será eficaz"...) y no al de la validez, acaso para impedir, como ya se ha apuntado, que la inobservancia de la prueba de acatolicidad, frecuente en esta hipótesis, se tomara como defecto constitutivo de celebración.

La semejanza de estructura entre estos supuestos, reflejada en el hecho de convenir la anotabilidad a uno y otro (art. 272 R. R. c.), pudiera llevar a aplicar a ambos indebidamente un mismo régimen jurídico. Ya ha ocurrido que algún autor trate conjuntamente, sin discriminación, de los supuestos referidos (164).

Sin embargo, hay entre ellos, a pesar de esa afinidad de estructura, una diferencia fundamental en el modo de originarse, que lleva a una diversa estimación en el orden normativo. Por ello, el tratamiento jurídico, durante la situación de pendencia, no puede ser idéntico para los dos supuestos.

(162) Escribe SANCHEZ REBULLIDA (*loc. cit.* últimamente, pág. 39) al ocuparse de esta materia después de la reforma: "Es lástima que no se haya aprovechado la coyuntura legislativa para modificar su terminología [de los arts. 93 a 95 del C. c.], la cual ha inducido a algunos a parangonar el matrimonio canónico condicionado con los supuestos matrimonios civiles 'condicionales' a que se refieren estos artículos. Parece, sin embargo, patente la imprecisión técnica en el empleo de este término y la radical diferencia de estos matrimonios con los condicionados del Derecho canónico. La anotabilidad a que acabamos de referirnos demuestra el alcance de esta impropia condición."

(163) La validez incierta debe comportar lógicamente la inicial *ineficacia* del matrimonio celebrado. ¿Cómo podría entenderse, si no, el carácter "condicional" del matrimonio civil en inminente peligro de muerte? Si por la incertidumbre sobre la libertad y capacidad de los contrayentes queda paralizada toda posible eficacia—típica se entiende—, en el caso de que se demuestre una falta de libertad o capacidad no será aplicable la doctrina del art. 69, en razón de que este precepto, en cuanto ordenado a la protección de una apariencia jurídica, no halla en el matrimonio en cuestión campo para desplegar su comercio. Como ya se ha indicado, con la doctrina del matrimonio putativo no se trata de *causar* efectos nuevos, sino de *conservar* o *conservar*, a pesar de la nulidad, unos efectos producidos, que en el caso examinado no existen.

Contrariamente se mantuvo en nuestra doctrina la aplicación del art. 69 del C. c. al supuesto de matrimonio civil celebrado en peligro de muerte y luego revelado imposible. Así, SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, V, I, 2.ª ed. Madrid, 1912, pág. 525, y VALVERDE, *op. cit.*, IV, 4.ª ed., Valladolid, 1938, pág. 141.

A la misma conclusión que en este punto mantengo se llegaría de admitir la opinión de LÓPEZ ALARCÓN (*loc. cit.*, pág. 432), para quien, según el art. 93 del C. c., hay "sujeción a una condición suspensiva constituida por la prueba futura de un hecho anterior a la celebración del matrimonio".

(164) LÓPEZ ALARCÓN, *loc. cit.*, págs. 107-108, *in fine*, y 169.

Tanto en el matrimonio civil en peligro de muerte como en el matrimonio de españoles ante funcionario extranjero se admite o se tolera que la práctica de la prueba de acatolicidad se difiera, sin prejuzgar la validez del matrimonio, a un momento posterior a la celebración. De aquí la semejanza de estructura entre ambas situaciones.

Ahora bien, respecto al supuesto normal, en que la práctica de la prueba tiene lugar *antes* de la celebración, la situación de matrimonio civil en peligro de muerte se puede configurar como un supuesto *excepcional*. El apartamiento del supuesto normal viene en tal caso justificado por preceptos legales sustantivos (arts. 93 a 95 del C. c.) en razón de la urgencia del acto.

Al comentar el artículo 80, párrafo 2.º, de la L. R. c., en el que se prevé la anotación del matrimonio civil mientras no se acredite debidamente que ambos contrayentes no profesan la religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimentos, señalaba con acierto Batista que, a primera vista, era contradictorio tal precepto con los artículos 37 a 41 del Reglamento del Registro Civil de 1870, según la redacción del Decreto de 26 de octubre de 1956 (165), en los cuales se exige la justificación *previa* de ambos extremos (acatolicidad e inexistencia de impedimentos), sin que hasta tanto quepa matrimonio civil. Y la explicación que daba el citado autor de esa aparente discordancia era que tal norma es simple aplicación del artículo 93 del C. c., que *permite* al juez municipal autorizar el *matrimonio del que se halla en inminente peligro de muerte*, con carácter condicional "mientras no se acredite legalmente la libertad anterior de los contrayentes", si bien el artículo 80 de la L. R. c. viene a ampliar la condicionalidad a los supuestos en que no se acredite, por la misma urgencia, la acatolicidad de los contrayentes (166).

Se trata, por tanto, de un supuesto plenamente conforme, en su propia configuración excepcional, con los preceptos legales, e inserto, por tanto, en el orden jurídico español. Bien puede decirse del matrimonio en peligro de muerte, aunque su validez sea incierta y su eficacia esté paralizada, que ha sido concluído legítimamente. En este sentido merece una protección, en la medida que exija y consienta su situación de pendencia (167).

Distinto es el caso del matrimonio de españoles ante funcionario extranjero. En parangón con el supuesto normal, no puede calificarse

(165) El contenido de estos artículos coincide sustancialmente con el de los arts. 245 a 247 del vigente R. R. c.

(166) BATISTA, J., *La nueva ley del Registro civil*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", CCIII (1957-II), págs. 299-300.

(167) Manifestaciones concretas de esa protección serán: 1) la anotabilidad de oficio del acto matrimonial en el Registro civil (cfr. PERÉ RALUY, comentario al art. 80 de la L. R. c., *Ley del Registro civil...*, cit., pág. 114); 2) la denegación del Encargado del Registro a inscribir el ulterior matrimonio celebrado por cualquiera de los contrayentes con tercera persona, antes de la disolución o declaración de nulidad (inexistencia) del anotado (art. 252 del R. R. c.). Sobre este último punto, más adelante.

este otro supuesto de excepcional porque no hay, en principio, razón que justifique la inobservancia, antes de la celebración, de la prueba de acatolicidad.

Es el caso, sin embargo, que el mandato de proceder a la práctica de la prueba *antes* de la celebración del matrimonio, coherente cuando se dirige al funcionario español, no tendría sentido respecto al funcionario extranjero, si éste, en caso de incumplimiento, no ha de resultar alcanzado por una sanción penal o administrativa. Se podría pensar en que la sanción afectara, ya que no al funcionario autorizante, al matrimonio autorizado. Pero una tal sanción, de fuerza suficiente para dar consistencia a aquel mandato en caso de incumplimiento —invalides del matrimonio—, no sería correcta (168).

Así las cosas, parece lo más oportuno tolerar las situaciones de inobservancia cuando el matrimonio se celebra ante un órgano extranjero, sin perjuicio de practicar la prueba de acatolicidad cuando se pretenda el acceso del matrimonio autorizado al Registro civil para su validez y eficacia en España:

Ninguna norma de nuestro Derecho autoriza la omisión de la prueba en esos casos. Lo único que se deduce de los preceptos de la legislación registral, que al ocuparse del matrimonio de españoles en el extranjero deja a salvo la necesidad de la exigencia en su doble aspecto, instrumental (art. 73 L. R. c. y art. 249, pár. 1.º, R. R. c.) y sustantivo (art. 249, pár. 2.º, R. R. c.), es que se tolera el hecho de que los órganos extranjeros autoricen el acto sin exigir la prueba previa, pero no se enlaza el acto así autorizado eficacia alguna ni se le concede protección en el estado de pendencia.

Tampoco cabe deducir una protección por la analogía del supuesto analizado con el de matrimonio en peligro de muerte, ya que en éste dicha protección está justificada por la razón de necesidad que acompaña al acto, razón que no se da en el matrimonio de españoles ante funcionario extranjero, en el que la aportación de medios probatorios y, consiguientemente, su valoración por funcionario competente, depende *de facto* del arbitrio de los contrayentes.

Todo hace pensar que estamos ante un supuesto no excepcional, sino *irregular*. La omisión de la prueba previa no aparece justificada en el ordenamiento jurídico español.

Además de la diferencia fundamental expuesta, hay otras de menos monta, pero muy significativas, que ayudan a fundamentar una desigualdad de tratamiento para los dos supuestos examinados.

En el matrimonio en peligro de muerte es factor de la situación un funcionario español, cuya responsabilidad en el cargo y pericia en el conocimiento y aplicación del sistema matrimonial alejan el riesgo de fraude o error en la autorización del acto y abogan en cierto modo la protección referida. En este supuesto hay además, si no la *prueba* de acatolicidad, sí, al menos, una *declaración* en tal sentido, ya que

(168) *Id. supra* núm. 8, A. c).

ésta se exige como requisito para la celebración del matrimonio (artículo 248 R. R. c.).

Pues bien, ni aquellas garantías ni este requisito se dan, en principio, en el matrimonio ante funcionario extranjero (169).

No cabe, por último, afirmar una razón de analogía, que permitiera superar las diferencias apuntadas, en el hecho de la anotabilidad. Ciertamente, ésta conviene a los dos supuestos. La doctrina viene citando a este propósito el artículo 272 del R. R. c. Pero, como indiqué anteriormente, sería equívoca la atención exclusiva a este precepto. La anotación *per se* nada significa, sino que el supuesto anotado no merece ser inscrito. Más importa el alcance jurídico del hecho que se anota. Y sobre este punto es decisiva para los actos autorizados por órganos extranjeros la consideración del artículo 38, 3.º, de la L. R. c., que al admitir la anotación del "hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil, según la ley extranjera", hace suponer, como muy certeramente indica De Castro, que tal hecho *no afecta* al estado civil según la ley española (170).

Mientras el matrimonio civil en peligro de muerte queda dentro del orden jurídico español y cuenta en este orden con cierta protección durante su fase de pendencia, el matrimonio de españoles ante funcionario extranjero, en tanto no conste acreditada la acatolicidad y libertad de los contrayentes, queda fuera de ese orden —no afecta al estado civil según la ley española—, aun cuando pueda ostentar relevancia en un orden jurídico extranjero.

Se preguntará entonces qué finalidad puede tener la anotación de ese hecho en un Registro español. La respuesta la da el artículo 38 de la L. R. c.: finalidad "simplemente informativa" (171). Interesa el matrimonio de españoles en el extranjero, en fase de pendencia, como puede interesar, a efectos meramente informativos, un hecho tan ajurídico entre nosotros como el divorcio vincular (172).

Quisiera, antes de dar fin a este estudio, ejemplificar de algún modo la falta de relevancia jurídica de la unión de españoles ante funcionario extranjero mientras no se acredite suficientemente la acatolicidad (y libertad) de los contrayentes. Acaso no hay a tal fin mejor ejemplo que la cuestión del doble matrimonio, planteada en la legalidad anterior con relativa frecuencia, y que hoy, aunque en menor escala, puede de nuevo presentarse, por cuanto sus presupuestos *de facto* y *de iure* subsisten con el régimen vigente.

(169) Pueden darse *de hecho* en supuestos concretos. Pero no hay seguridad de que se observen con el debido rigor en la generalidad de los casos.

(170) DE CASTRO Y BRAVO, E., *Compendio de Derecho civil*, I, II-I, Madrid 1957, pág. 276.

(171) Cabe también pensar en una finalidad de colaboración con los órganos extranjeros, como sugiere DE CASTRO, loc. cit., pág. 276.

(172) Cfr. PERÉ RALIVY, J., comentario al art. 152 del R. R. c., en *Reglamento del Registro civil y disposiciones complementarias. Anotado y concordado con la ley de 8 de junio de 1957 y disposiciones complementarias*. "Pretor", Madrid 1959, pág. 90.

Haciéndose cargo de esta hipótesis, dispone el artículo 252 del R. R. c. que "no podrá inscribirse matrimonio canónico o civil contraído cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente; pero el encargado no suspenderá la inscripción porque conozca tal circunstancia o cualquiera otra causa de ineficacia por medios no auténticos, sin perjuicio de que, una vez practicada, realice las diligencias que procedan".

En orden a la finalidad a que responde este precepto, cabe preguntar: ¿Puede considerarse como *legítimo* el matrimonio en peligro de muerte autorizado por funcionario español competente?

A la vista de las características especiales que acompañan al supuesto, habrá que responder afirmativamente.

En efecto, en el matrimonio en peligro de muerte, concluido *legítimamente* al amparo de la ley española y dentro del ámbito de actuación de funcionarios españoles, se dan suficientes razones para tal consideración, aunque se trate de una situación carente de firmeza: declaración de acatolicidad, urgencia del acto, gravedad del momento de la muerte —que aleja la sospecha de una declaración de acatolicidad no seria—, valoración de todas esas circunstancias por el funcionario autorizante del matrimonio. Todo ello justifica el efecto —lateral a la relación matrimonial (173)— impeditivo de una ulterior unión de cualquiera de los cónyuges de ese matrimonio con tercera persona, haciendo jugar para ello el precepto del artículo 252 del R. R. c.

La misma pregunta, formulada ahora con referencia al matrimonio de españoles ante funcionario extranjero, sin que conste acreditada la acatolicidad de los contrayentes, debe responderse negativamente. Acaso la semejanza de este supuesto con el antes examinado ha sugerido a López Alarcón una contestación afirmativa (174), porque el matrimonio celebrado en el extranjero en las referidas condiciones es, como el celebrado en inminente peligro de muerte, de validez incierta, y, por otra parte, también, como ocurre respecto a éste, anotable en el Registro.

Sin embargo, la diferencia expuesta entre los dos supuestos resuelve, a mi modo de ver, la cuestión planteada en sentido negativo. Por-

(173) Este efecto no es *típico* de la relación matrimonial, o, dicho de otro modo, no forma parte de su contenido. Digo que su finalidad es lateral a la relación matrimonial para significar su carácter externo o protector de la propia relación, no en tanto actual—pues es incierta su existencia—, sino en cuanto posible. Se parece esta eficacia *ex lege* a la representada por las medidas conservativas de la cosa en el negocio condicional.

(174) LÓPEZ ALARCÓN, loc. cit., pág. 107, después de ocuparse del supuesto genérico de matrimonio en que por cualquier circunstancia no se haya levantado acta y de los específicos de matrimonio en peligro de muerte y de matrimonio contraído en el extranjero en la forma local por españoles, dice: "Para estos supuestos de matrimonios contraídos y pendientes de inscripción, dispone el artículo 252 del Regto..." De modo que, para este autor, el art. 252 del R. R. c. no sólo es aplicable al caso de matrimonio de españoles en el extranjero contraído en la forma local, sino que está pensado para este supuesto, además de los otros indicados.

que las razones que postulan lo protección del matrimonio en el caso de muerte inminente —supuesto excepcional— no se dan en el caso de celebración ante funcionario extranjero —supuesto irregular—. Aquí las razones militan más bien en contra que a favor de la validez. Por tanto, no deberá suspender el encargado la inscripción del matrimonio contraído con tercera persona por cualquiera de los cónyuges de la unión celebrada en el extranjero, siempre, naturalmente, en la hipótesis de que no conste acreditada la acatolicidad de los así unidos.

II. CONCLUSIÓN.

En conclusión, cabe decir que en el nuevo régimen se hace posible a los españoles acatólicos la celebración del matrimonio con arreglo a la forma de un régimen extranjero. Pero el matrimonio no será eficaz en España hasta que resulte acreditado, mediante el oportuno expediente ante el encargado del Registro civil, la acatolicidad de los contrayentes. En tanto falte esta condición, será incierta la validez del matrimonio, y carecerá éste de relevancia en España aunque conste anotado en Registro español.

En tema de celebración del matrimonio se ha admitido, pues, la relevancia de las formas locales para los españoles acatólicos, con lo que, más que una novedad, se ha introducido la seguridad y firmeza de un criterio uniforme, porque la misma solución era posible, aunque controvertida, en la legalidad anterior.

Si supone, en cambio, una novedad la consideración del matrimonio de españoles en el extranjero en tema de validez. Lo que antes, según interpretación de la doctrina y jurisprudencia, era causa de nulidad, ahora no lo es. Por el hecho de que los españoles celebren matrimonio civil con arreglo a la forma de un régimen extranjero, incluso sin acreditar su acatolicidad, no cabe declarar sin más la nulidad del matrimonio. Mas tampoco cabe presumirlo válido, como en algún caso entendieron durante el régimen anterior el Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros, quedando por ello en una situación de ineficacia interina en el orden jurídico sustantivo y sin protección en los órdenes judicial y registral. La incertidumbre quedará despejada si la acatolicidad de los contrayentes se prueba, y en tal caso, el matrimonio, válido, gozará de eficacia desde la celebración, salvo la protección desplegada por el principio de fe pública registral (art. 70 L. R. c.). También se disipará la incertidumbre si la nulidad del matrimonio se declara, y, en este caso, el matrimonio, nulo e inicialmente ineficaz, será un matrimonio inexistente.

El Estatuto personal en la compilación de Derecho civil de Vizcaya

PEDRO DE LA HELGUERA Y DEL PORTILLO

Doctor en Derecho. Juez Municipal de Bilbao

Exigía el buen gobierno de la vida civil de una parte de Vizcaya, así como una acertada administración de justicia, el que a la zona aforada de aquella provincia tuviese unas leyes amoldadas a las necesidades actuales, ya que el Fuero, que regulaba la vida de los vecinos civiles del Infanzonado o Tierra llana, había sido aprobado en 1527. Dándose cuenta de esta necesidad, la laboriosidad legislativa del Estado español dió como resultado la Compilación del Derecho civil de Vizcaya, aprobada por la ley de 30 de julio de 1959, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del día siguiente, y que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º del Código civil, empezó a regir el día 21 de agosto de 1959 en todo el territorio llamado Infanzonado de Vizcaya (1). A partir de esta última fecha pudo decirse en tal provincia que el viejo Fuero había sido derogado, quedando en vigor únicamente para resolver los problemas jurídicos derivados del derecho transitorio.

Un rapidísimo examen de la Compilación de Vizcaya nos muestra que ésta consta de 60 artículos, dos disposiciones finales y

(1) Hasta el día en que entró en vigor la Compilación, las villas de Vizcaya en las que, por tener esta condición, se aplicaba el Derecho común en todo su término municipal, eran las siguientes: Bermeo, Durango, Elorrio, Ermúa, Guernica, Guericúz, Lanestosa, Larrebezia, Lequeitio, Marquina, Miravalles, Munguía, Ochandiano, Ondárroa, Plencia, Portugalete, Rigolitia, Valmaseda y Villaro; el mismo Derecho común se aplicaba en la ciudad de Orduña y en la zona antigua de la villa de Bilbao. Y como ejemplo demostrativo de la vigencia del Código civil en todo el término municipal de las villas vizcaínas, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1956, que resolvió un litigio referente a una finca sita en la jurisdicción de la villa de Elorrio.

Al referirse a la aplicación territorial del Derecho civil de Vizcaya, la Compilación introduce importantes modificaciones en relación con la vigencia anterior, ya que en su artículo 2.º señala que con la denominación de Infanzonado o Tierra llana de Vizcaya se designa todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, excepción hecha de las 12 villas de Bermeo, Durango, Ermúa, Guernica y Lumo, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia, Valmaseda, la ciudad de Orduña y todo el término municipal de Bilbao. Este territorio exceptuado se regirá por el Código civil.

tres transitorias, dedicando, además, otros tres artículos a la legislación de la tierra alavesa de Ayala.

Cualquiera de estos artículos de la *Compilación* se ofrece tentadoramente para redactar un trabajo; mas por el interés práctico que pueda tener para los lectores de esta *Revista*, analizaremos, muy brevemente, un solo e importantísimo punto: precisar qué personas quedan incluidas en los mandatos de la nueva ley y cómo se perderá el sometimiento a la *Compilación*. Extremos éstos que estimamos de gran trascendencia para la aplicación de esta *Compilación* y para la vida jurídica de los moradores de Vizcaya.

Para determinar el estatuto personal (y, en su caso, el estatuto real o el formal) el artículo 5.º de la *Compilación* remite, en definitiva, a los artículos 9.º a 16 del Código civil y disposiciones concordantes, al menos hasta que sean aprobadas «las leyes generales que en el futuro regulen la materia» (2). Con esta alusión futura, el legislador parece referirse a una ley de conflictos de derecho interregional que, según dijo el señor Ministro de Justicia en su discurso en las Cortes de 28 de julio de 1959, está en trance de ultimarse, y cuya promulgación fué solicitada por el Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza de octubre de 1946. Mas mientras no se apruebe tal Ley, la determinación de las personas a quienes afecta la *Compilación* vizcaína se regulará, como se dice en su artículo 5.º: «Por las normas del título preliminar del Código civil y disposiciones concordantes»: Por el artículo 15 del Código civil, por el Real Decreto de 12 de junio de 1899 que dicta las reglas para la aplicación de aquél, por los artículos 64 y siguientes de la Ley de Registro civil y por los artículos 225 y siguientes de su Reglamento.

Por lo tanto, a la vista de los preceptos legales que se acaban de citar, y por virtud del principio de reciprocidad que lleva en sí el artículo 15 del Código, vamos a señalar qué personas quedan sujetas a la nueva ley y cómo se perderá el sometimiento a la misma.

Serán vizcaínos sometidos a la *Compilación*:

(2) El artículo 5.º de la *Compilación* dice así: «Los efectos de los estatutos personal, real y formal en Vizcaya y para los vizcaínos, así como la condición de tales en relación con los demás territorios españoles de diferente legislación civil, se regularán por las normas establecidas por el título preliminar del Código civil y disposiciones concordantes, o por las leyes generales que en el futuro regulen la materia. La vecindad local se determinará por las normas generales que regulen la ciudadanía y vecindad civil».

Este artículo se halla colocado en el título 1.º de la *Compilación*, el cual lleva el siguiente epígrafe: «De la aplicación territorial del Derecho civil de Vizcaya». Y la existencia de aquel artículo es muy significativa, sobre todo, recordando la omisión que se observó en el Apéndice aragonés de 1926, en el cual, incomprensiblemente, no se señala quiénes tienen la condición civil de «aragoneses» para determinar especialmente las personas que están sujetas al Apéndice foral de Aragón.

1.º Los nacidos en territorio del Infanzonado de Vizcaya de padres sujetos al derecho foral.

2.º Los nacidos en el territorio del Infanzonado de Vizcaya de padres sujetos al derecho común, si los padres durante la menor edad de sus hijos, o los hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declaran su voluntad de someterse al derecho foral que corresponde al lugar de su nacimiento.

3.º Los nacidos fuera del territorio del Infanzonado de Vizcaya, pero de padres que al ocurrir el nacimiento estuvieren sujetos al derecho foral, a no ser que estos padres, durante la menor edad de sus hijos, o los hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declaren su voluntad de someterse al derecho que corresponde al lugar del nacimiento.

4.º Los que hayan adquirido vecindad civil en el territorio del Infanzonado de Vizcaya.

5.º La mujer que contraiga matrimonio con un vecino civil del Infanzonado.

6.º Los hijos no emancipados cuyo padre, o a falta de éste, cuya madre haya adquirido la condición de vecino civil del Infanzonado de Vizcaya.

Es decir, que se puede obtener la condición de «vizcaíno» sometido a la Compilación por alguna de las siguientes circunstancias: el lugar de nacimiento, la vecindad civil de los padres al ocurrir el nacimiento, la residencia, o la dependencia familiar.

Acabamos de señalar que una de las maneras de adquirir la vecindad civil foral es por la residencia; pero por su trascendencia, esta forma de ganar la vecindad merece un comentario aparte.

De acuerdo con el artículo 15 del Código, Real Decreto de 12 de junio de 1899 y artículo 225 del Reglamento del Registro Civil, la vecindad civil puede adquirirse de dos maneras:

La primera de ellas por la permanencia durante diez años en el territorio del Infanzonado de Vizcaya (3).

Y la segunda manera de adquirirla es por la permanencia tan solo durante dos años, siempre que, una vez transcurrido ese período de tiempo, el interesado declare ante el juez municipal respectivo el propósito de adquirir la nueva vecindad y de no conservar la que tuviere (4).

Mora bien; el plazo de permanencia, lo mismo el de diez años que el de dos, ha de transcurrir sin interrupciones superiores a un año y día (5).

Bastará, por lo tanto, para quedar sometido a la Compilación, que el vecino de cualquier otra provincia española viva diez años

(3) Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1900 y 23 de diciembre de 1904.

(4) Tratan de esta declaración los artículos 14 y siguientes de la ley de Registro civil, y los artículos 225 y siguientes de su Reglamento.

(5) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1958, dada para Vizcaya.

en cualquiera de los municipios del Infanzonado de Vizcaya sin hacer manifestación en contrario, y sin que durante ese plazo se ausente de tal zona en plazo superior al año y día.

Pero, como señalan la legislación y la jurisprudencia, la condición civil de sometido al derecho foral de Vizcaya puede perderse, lo mismo que el sometimiento a cualquier otro derecho civil español, común o foral (6). Y se perderá la condición de sujeto a la Compilación por cualquiera de las siguientes causas:

1.^a Haber ganado vecindad civil en otra provincia española, bien sea de derecho común, bien sea de derecho foral (7).

2.^a Contraer matrimonio con varón sujeto a otra legislación, sea la común, sea una foral distinta (8).

(6) Así lo indica también la propia Compilación vizcaína en su artículo 41, que señala que la condición de «vizcaíno infanzón» puede perderse voluntaria o involuntariamente.

(7) Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en varias sentencias dadas para Vizcaya: en la de 18 de marzo de 1925 se dice que «para que las personas de tal provincia queden sujetas a la legislación común, precisan que ganen vecindad en provincias o territorios españoles en que rija tal Derecho, llenando las condiciones que establece el artículo 15 del Código civil»; en la de 6 de junio de 1927 se precisa que «el artículo 15 del Código civil, en su número 3.º y párrafo subsiguiente, ha de aplicarse, lo mismo a los aforados vizcaínos que deseen acogerse a la legislación común, que a los castellanos que quieran perder esta condición para someterse al Fuero»; y la misma opinión sigue la sentencia de 26 de enero de 1928. La sentencia de 21 de enero de 1958 mantiene la doctrina de que, no habiendo justificado un vizcaíno aforado su residencia real y continuada en San Sebastián durante los diez años que exige el artículo 15 del Código civil para ganar vecindad, aquella persona siguió conservando la vecindad civil vizcaína que tenía por su nacimiento; doctrina que, entendida recíprocamente, quiere decir que si en el caso discutido se hubiese probado que aquel causante, nacido en el Infanzonado, residió más de diez años en San Sebastián, se le habrían aplicado a su sucesión las normas del Código civil. La Resolución de 4 de julio de 1911, también atinente a Vizcaya, señala que un vizcaíno de origen perdió su sometimiento al Fuero por haber residido en Madrid más de diez años, perdiendo así su primitiva vecindad civil vizcaína. La misma opinión es mantenida rotundamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1932, también atinente al derecho foral de Vizcaya.

Este criterio es el mismo que el del artículo 225 del vigente Reglamento del Registro Civil, que señala que «el cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincias o territorios de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule su declaración en contrario».

(8) Artículo 15, núm. 3, del Código civil; Resolución de 5 de octubre de 1906. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1927 señala en su noveno Considerando que en Vizcaya «la mujer casada sigue la condición del marido, según el penúltimo párrafo del artículo 15 del Código civil». Siguen el criterio de que *uxor sequitur forum mariti*, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1854, 31 de diciembre de 1864, 9 de julio de 1865, 1 de febrero de 1890, 21 de octubre de 1925 y 21 de septiembre de 1955 (Socied.), y la Resolución de 22 de marzo de 1887.

El artículo 41 de la Compilación vizcaína proclama, indirectamente, lo mismo, al establecerse en aquél la inmutabilidad del régimen matrimonial de bienes, aun en el caso de que el marido pierda la condición de vizcaíno.

3.ª Variar la vecindad civil de quien tenga la patria potestad.

4.ª Perder la nacionalidad española, ya que ésta constituye el substratum de cualquier vecindad civil, sea común, sea foral.

Conviene hacer la observación de que no se pierde la condición de sometido al derecho foral de Vizcaya hasta tanto que no se haya adquirido otra vecindad civil distinta de la que se tenía o se haya adquirido otra nacionalidad (9).

Un caso especial lo constituye la pérdida automática de la vecindad foral vizcaína de aquellas personas con domicilio en los barrios del término municipal de Bilbao a los que se ha extendido el Código civil, las cuales han dejado de ser vizcaínas aforadas desde el día 21 de agosto de 1959 (10).

Veamos ahora a qué personas obligarán las reglas forales de la troncalidad; y para la mejor comprensión de tal punto téngase presente que esta materia se halla regulada por dos normas: por el artículo 10 de la Compilación y por el párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil.

Según estos dos preceptos, la troncalidad vizcaína, con las limitaciones a ellas inherentes, obligarán:

1.º A cuantas personas tengan la vecindad civil en la provincia de Vizcaya y la conserven en el momento de la transmisión lo mismo sea la vecindad en la zona infanzona que en las villas, ya que el artículo 10 de la Compilación dice que «los vizcaínos, aunque residan en territorio distinto del foral de Vizcaya, si hubiere parientes tronqueros sólo podrán *disponer* a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa* de los bienes troncales en favor de aquéllos». Precepto que en síntesis es el mismo que desarrolla el párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil, que indica que «los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya».

Al referirse a esta pérdida, dicho artículo alude únicamente «al marido», sin que en él se mencione a la mujer vizcaína, silencio demostrativo de que ésta sigue la condición civil del esposo.

(9) Las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1925 y 26 de enero de 1928 mantienen la acertada opinión de que el vizcaíno que reside en el extranjero más de diez años sigue sometido a la legislación civil de Vizcaya mientras no pierda la nacionalidad española, ya que para perder la condición civil de vizcaíno es preciso que la residencia durante más de diez años tenga lugar, *no en el extranjero*, sino en otra provincia española, como dice el artículo 15 del Código civil. Lo cual quiere expresar que el vecino civil de Vizcaya que adquiere la nacionalidad en un país extranjero, perdiendo la española, queda liberado de los mandatos de la legislación civil vizcaína, aunque los inmuebles que posea radiquen en la zona infanzona de Vizcaya. Lo mismo cabe expresar respecto al vizcaíno que gana la vecindad civil en otra provincia española en cualquiera de los casos previstos en el artículo 15 del Código civil: Ver Sentencias de 18 de mayo de 1932.

(10) Disposición transitoria segunda de la Compilación.

2.º Solamente respecto a los bienes raíces poseídos por dichos vecinos de Vizcaya y situados en la zona infanzona (11).

Debe entenderse que el artículo 10 de la Compilación no será de aplicación o quienes, aunque posean bienes raíces en la tierra llana, no tengan la condición de vecinos civiles de la provincia de Vizcaya, ya que dicha norma, en sus dos primeras palabras, claramente señala que sus disposiciones únicamente atañen a «los vizcaínos»; y la condición civil de «vizcaínos» en relación con los demás territorios españoles de diferente legislación civil, se regulará por las normas generales sobre vecindad civil, como señala el artículo 5.º de la misma Compilación.

La misma interpretación hay que dar al párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil que, como se desprende de su redacción se refiere únicamente a los «vizcaínos», o sea, a quienes conserven la vecindad civil en la provincia de Vizcaya. Dicho párrafo se remite a la ley 15, título XX del Fuero, que se enuncia así: «Que los *vecinos de las villas* que tuvieren bienes en la tierra llana guarden el Fuero en *disponer* en ellos». Y que el referido párrafo 3.º afecta solamente a los «vizcaínos» se confirma por el texto de la ley foral a la que aquél alude, ya que esta ley 15 se refiere a los *vecinos de las villas vizcaínas* que por actos *inter vivos* o *mortis causa* disponen de sus bienes raíces sitos en el Infanzonado. En esta cuestión, la opinión que mantiene la doctrina es idéntica (12); y como resumen de la misma indicaremos el juicio más moderno que se ha publicado, debido a la pluma del ilustre jurista y magistrado de la Sala 1.º del Tribunal Supremo don Francisco Bonet Ramón, para el cual «resulta indudable que

(11) Artículo 6.º de la Compilación.

(12) Los precedentes legislativos e interpretación jurisprudencial del párrafo 3.º del artículo 10 del Código confirman la opinión señalada sobre el alcance de dicho precepto. Alonso Martínez dice de él lo siguiente: «Los vizcaínos, aunque residan en las villas, etc. Nótese bien esta locución. Si es castellano, aragonés o andaluz el poseedor de bienes inmuebles en tierra llana, aunque resida accidentalmente en cualquiera de las villas de Vizcaya, se aplicará su ley personal cuando se trate de su sucesión testamentaria o legítima; el Fuero sólo rige para los vizcaínos, ya lo sean originarios, o ya hayan adquirido este carácter por haber ganado vecindad» (Manuel Alonso Martínez: *Fundamento de la doctrina de algunos preceptos del Código civil*, en «Revista de los Tribunales y de Legislación Universal», de 22 de julio de 1890, tomo XXXIII, págs. 429 y sigs.). Véase también ANGEL SANCHEZ DE LA TORRE: *El párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil*; trabajo que, con abundantes bibliografía y jurisprudencia, se publicó en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núm. 205, Madrid, noviembre de 1958, págs. 538-711. Ver igualmente las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 marzo de 1925, 26 de enero de 1928 y, entendida recíprocamente, la de 21 de enero de 1958, y la Resolución de 4 de julio de 1911.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1932 estimó que, un causante, vizcaínos de origen y poseedor de bienes raíces sitos en el Infanzonado, por haber residido más de diez años en territorio español sometido al derecho común, quedó sujeto a las normas sucesorias del Código civil, habiendo perdido su sometimiento al régimen foral y al párrafo 3.º del artículo 10 del Código.

el párrafo 3.º del artículo 10 se refiere a los vizcaínos no sometidos al Fuero por residir en la villas y no en la tierra llana; y no se refiere a aquellos que, aunque posean bienes en territorio de Vizcaya y en su tierra llana, tengan la consideración de castellanos, catalanes, aragoneses, etc., o hayan perdido la vecindad vizcaína» (13).

También debe señalarse que este párrafo 3.º del artículo 10 del Código no será aplicable a los vecinos civiles del Infanzonado o de las villas vizcaínas que fallezcan abintestato, ya que dicho párrafo, como hemos señalado, solamente alude a la ley 15, título XX del Fuero, que regula un supuesto de sucesión *testamentaria*, pero no a la ley 8, título XXI, que es la *única* que regula la sucesión intestada en el Fuero de Vizcaya (14).

Y para terminar, nos queda un punto por referir: señalar las

Con objeto de conocer la exacta doctrina mantenida por el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros en relación con el alcance del párrafo 3.º del artículo 10, véase: FRANCISCO J. ACHILONA, *Erróneas interpretaciones dadas a la jurisprudencia vizcaína del Tribunal Supremo*, publicado en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Madrid, abril-junio 1959, págs. 653-687. En este útil y curiosísimo trabajo se ponen de manifiesto los errores que, en varias ocasiones, se han incurrido al citarse fragmentariamente varios fallos del Tribunal Supremo y de la Dirección de Registros relacionados con el Derecho foral de Vizcaya.

(13) FRANCISCO BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, tomo I, parte general, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 251. Ver también en su página 71.

(14) El texto de la ley, 15, título XX del Fuero, bien claramente precisa que sólo se refiere a actos de *disponibilidad ínteg vizcos o mortis causa*, y que por ello no afecta a los abintestatos, ya que en éstos el causante *no dispone* de sus bienes. Por eso la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1950, para determinar la cuota legítimaria correspondiente a la viuda de un vecino civil de la zona infanzonada de Vizcaya fallecido intestado, aplica las disposiciones del libro 3.º tít. 3.º del Código civil, y no la norma contenida en el párrafo 3.º del art. 10 del mismo Código. La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos de 15 de diciembre de 1953 señala que «el párrafo 3.º del art. 10 del Código civil ha de aplicarse en el supuesto de sucesión testamentaria de un vecino civil de Vizcaya a que se refiere la ley 15, tít. XX del Fuero, pero que resulta inoperante en el caso de autos, puesto que se trata de sucesión legítima, en la cual han de aplicarse, conforme a la doctrina jurisprudencial, los preceptos generales del Código civil».

SÁNCHEZ ROMÁN mantiene igualmente la opinión de que el párrafo 3.º del art. 10 no es aplicable a las sucesiones intestadas de los vizcaínos (cf. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de derecho civil*, tomo VI, vol. III, Madrid, 1916, pág. 2415); y también sostiene el mismo criterio el ilustre foralista vizcaíno CARLOS DE LA PLAZA SALAZAR, secretario que fué de la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, según el cual, con dicho párrafo «se salvó la troncalidad vizcaína, aunque sólo cuando se *dispone* de los bienes, que es el caso por esta ley previsto, *no cuando se muere abintestato*, y sólo con relación a los que sean vizcaínos, aunque vecinos de villa, y no con relación a los demás españoles, y aun a los extranjeros, que es lo que antes sucedía, pues antes del Código civil la raíz era *troncal de por sí* y ahora sólo en cuanto sea o pertenezca a vizcaínos». (Cf. CARLOS DE LA PLAZA, *Duplicidad de leyes civiles en los municipios de Vizcaya*, Bilbao, 1912.)

reglas para el tránsito del antiguo Derecho vizcaíno, vigente hasta el día 21 de agosto de 1959, a la nueva Compilación.

Varias son las normas que ésta señala para dicho tránsito:

1.^a Habrán de respetarse todos los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, y estos derechos producirán sus efectos conforme a la misma (15).

2.^a Si lo fueron con arreglo al Fuero de Vizcaya, serán válidos todos sus efectos. los actos o contratos ejecutados u otorgados y surtirán todos sus efectos, los actos o contratos ejecutados u otorgados con anterioridad al 21 de agosto de 1959, por quienes han tenido hasta la fecha la vecindad foral vizcaína en las zonas del término municipal de Bilbao a las que, desde ese día, se ha extendido el derecho común (16).

3.^a Las cuestiones de Derecho transitorio que se susciten, se resolverán conforme a las disposiciones transitorias del Código civil (17). En relación con este punto, como debe entenderse que el mismo criterio que se aplicó en Aragón para el tránsito de su antiguo Derecho al Apéndice aragonés de 1926 es el que legalmente debe aplicarse en Vizcaya, exponemos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con tal cuestión.

La Sentencia de dicho Tribunal de 28 de octubre de 1935 dice en un considerando que «la disposición transitoria única del Apéndice aragonés, aprobado por Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, para entrar en vigor el 2 de enero de 1926, concordada con la regla transitoria 12 del Código civil, no permite aplicar los preceptos de dicho cuaderno foral, tratándose de sucesión hereditaria abierta con anterioridad a su vigencia».

Después de la vigencia del referido Apéndice aragonés, el Tribunal Supremo aplicó las normas del Código civil para regular las sucesiones intestadas de dos vecinos civiles de Aragón, en sus Sentencias de 19 de enero de 1927 y 4 de julio de 1928, por haber fallecido ambos causantes antes del día 2 de enero de 1926 en que entró en vigor dicho Apéndice civil foral (18).

(15) Disposición transitoria 1.^a de la Compilación.

(16) Disposición transitoria 2.^a de la Compilación.

(17) Disposición transitoria 3.^a de la Compilación.

(18) La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza ha seguido igual criterio, pues después de la promulgación del Apéndice aragonés aplicó las normas del Código civil y, dentro de la órbita del derecho transitorio, en sus sentencias de 7 de mayo de 1931, 21 de marzo de 1952 y 25 de octubre de 1952, referentes a sucesiones intestadas de personas que tenían la vecindad civil de Aragón, y fallecidas antes de 1926. (Las dos últimas sentencias se insertan íntegramente en «Foro Aragonés, tomo III, Zaragoza, 1952, págs. 45 y 150».)

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A). NACIONALES

In Memoriam

El día 6 del pasado mes de julio ha fallecido en Madrid, don Abraham Vázquez Sáenz de Hermúa, que a raíz de su fundación fue Secretario del Consejo de Redacción del ANUARIO.

Cursó la carrera de Derecho en la Universidad Central y poco después de terminarla, cuando se incorporó a ella el Profesor Sr. Castro, concurrió asiduamente al Seminario de Derecho Privado, al que entonces asistían, entre otros, los que hoy son Catedráticos de Derecho Civil don Alfonso de Cossío y don Manuel Batlle, si bien ya por entonces comenzó también a ejercer la abogacía.

Desde 1932 a 1936 trabajó asiduamente sobre temas de Derecho Agrario, estudios que se vieron interrumpidos a consecuencia de nuestra pasada guerra.

Terminada ésta su vocación universitaria le llevó a la Facultad de Derecho como ayudante de la Cátedra de Derecho Civil, Parte General, del Profesor Castro. Poco después se funda el ANUARIO, en el que desempeñó el puesto de Secretario del primer Consejo de Redacción.

Al dedicarse cada vez más intensamente a la abogacía va abandonando sus ilusionadas aspiraciones universitarias, aunque nunca dejó por ello de guardar estrecha amistad con todos los que le conocimos y tratamos, primero en el Seminario de Derecho Privado y después en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL.

En el campo de la abogacía llegó a obtener un puesto destacado, tanto por su trabajo en el bufete como en el asesoramiento a importantes empresas bancarias.

Mas todas sus magníficas cualidades y profundos conocimientos como hombre de leyes, pierden relieve al lado de su perfil humano.

Débil de cuerpo, modesto y afable, tenía sin embargo un corazón abierto a la amistad y capaz por ella de los mayores sacrificios.

Su muerte, cristianamente ejemplar, a los cincuenta años, cuando ya recogía los frutos de muchos años de trabajo, es una enseñanza que no olvidaremos todos los que le hemos conocido.

Descanse en paz.

Julio GARCÍA HERRERO

B) Extranjeras

La nueva ley luxemburguesa de adopción

El régimen legal de la adopción ha sido recientemente modificado en Luxemburgo por una ley de 13 de julio de 1959. Dicha ley ha venido a reformar el título VIII del libro I del Código civil, comprensivo de los artículos 343 a 370. El nuevo articulado—de acuerdo con la tendencia que prevalece hoy en el Derecho comparado—configura la adopción como institución establecida en beneficio del hijo adoptivo. Así se desprende ya del art. 343, precepto inicial del título, que afirma que “la adopción sólo puede tener lugar si hay justos motivos y presenta ventajas para el adoptado”.

Propósito del legislador parece haber sido—coincidiendo también en ello con las legislaciones que, en los últimos años, han reformado el régimen del instituto—fomentar las adopciones, facilitando sus requisitos y vigorizando sus efectos. Así se infiere en general, como veremos, de las nuevas normas—que, comparadas con las del Código napoleónico, que han regido en Luxemburgo, demotan un menor rigor en las condiciones exigidas para la adopción y una mayor trascendencia del vínculo adoptivo—e incluso de la disposición transitoria que cierra la ley (1).

No ha establecido el legislador luxemburgués formas diversas de adopción. Sin embargo, la hipótesis que se contempla en el párrafo segundo del art. 354 (adopción, por dos esposos, de menores abandonados, huérfanos o hijos de padres deshonrados) constituye, por sus especialidades y por la extensión de sus efectos, una figura realmente distinta de la adopción ordinaria, que viene a coincidir esencialmente con la institución que hoy en los Derechos francés y uruguayo se ha denominado *legitimación adoptiva* y en el Derecho español, *adopción plena*. Recogeremos las especialidades de dicha figura después de exponer la regulación general de la adopción en la nueva ley.

1. REGULACION GENERAL DE LA ADOPCION

A) REQUISITOS

a) *Personales*: a') *Personas que pueden adoptar*.—La adopción puede realizarse por una persona física de uno u otro sexo (art. 344, párr. 1.º) o por un matrimonio (arts. 344, párr. 2.º, y 347, párr. 1.º). Nadie puede ser adoptado por varios, fuera del caso aludido de adopción por esposos; sin embargo, en caso de fallecimiento del adoptante o de los dos adoptantes, una nueva adopción puede ser aprobada (art. 347, párr. 2.º).

El adoptante, de uno u otro sexo, debe tener, por regla general, la edad de cuarenta años (art. 344, párr. 1.º). No obstante, el legislador luxemburgués

(1) Dicha disposición, en efecto, preceptúa: “Si antes de la entrada en vigor de la presente ley y a partir del 1 de enero de 1948, un menor se hubiere encontrado recogido de un modo duradero, sobre el territorio luxemburgués, por una persona o por esposos que llegasen en un momento cualquiera de esta época las condiciones requeridas por la presente ley, la adopción podrá ser concedida aun si las condiciones legales no se encuentran ya llenas”.

—con el deseo, sin duda, de facilitar la adopción—permite a los menores de aquella edad adoptar en determinados casos. Así, la adopción puede ser pedida por dos esposos no separados, de los que uno al menos tenga la edad de treinta y cinco años, si están casados desde hace más de ocho y no han tenido hijos de su matrimonio (art. 344, párr. 2.º). Y cuando se trata de la adopción por una persona no casada de su hijo natural, o de la adopción por dos esposos o por uno de ellos de su hijo natural común, bastará que los adoptantes tengan la edad de veintidós años (art. 344, párr. 4.º).

En orden a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, se establece que "el adoptante debe tener quince años más que la persona que se propone adoptar, salvo si esta última es hija de su esposo; en este caso la diferencia mínima de edad exigida será de diez años" (art. 344, párr. 3.º).

Queda prohibida la adopción a quien tenga hijos o descendientes legítimos, o hijos naturales, excepto si se trata de adoptar a estos últimos (art. 345, párr. 1.º). La persona casada no puede adoptar sin consentimiento de su cónyuge, a menos que éste haya sido declarado ausente o que exista separación de cuerpos (art. 346).

La existencia de descendientes legítimos no impide a los esposos adoptar a su hijo natural común, siempre que la filiación de éste haya quedado legalmente declarada antes del nacimiento de los descendientes legítimos (art. 345, párr. 2.º); la existencia de hijos adoptivos no constituye obstáculo a nuevas adopciones (artículo 345, párr. 4.º).

b') *Personas que pueden ser adoptadas.*—El art. 348 preceptúa que la adopción no puede ser pedida antes que el adoptado haya alcanzado la edad de seis meses; la adopción de menores de dieciséis años no puede ser solicitada sino por los esposos no separados; estas disposiciones, empero, no se aplican cuando el adoptado sea hijo natural del adoptante.

La persona casada sólo puede ser adoptada con el consentimiento del otro esposo, a menos que éste haya sido declarado ausente, o que exista separación de cuerpos (art. 352).

Pueden ser adoptados los menores que tienen padre y madre legítimos (artículo 349, párr. 1.º) o padre o madre natural (art. 350).

b) *Requisitos formales.*—La adopción en el Derecho luxemburgués se tramita judicialmente. Órgano competente para concederla es el Tribunal civil del domicilio del adoptante (art. 362, párr. 1.º). El procedimiento se inicia, con intervención de procurador, por demanda que presentan conjuntamente el adoptante, el propio adoptado si es mayor de dieciséis años y las personas cuyo consentimiento es necesario para la adopción (art. 362, párr. 2.º).

Las personas llamadas a consentir la adopción son señaladas en los artículos 349 y 350. Distinguen estos preceptos según que la persona que se va a adoptar sea hijo legítimo o natural: 1.º) Si el adoptado es un hijo legítimo menor y viven sus padres, deben dar éstos el consentimiento; si los padres están divorciados o separados de cuerpo, dará su consentimiento aquel de los dos a quien haya sido favorable la sentencia; si uno de los padres ha fallecido, o está imposibilitado de manifestar su voluntad, o ausente, o ha perdido el derecho de consentir la adopción, o ha abandonado al hijo, el consentimiento del otro será suficiente; si ambos padres han fallecido, o están en la imposibilidad de manifestar su voluntad, o ausentes, o han perdido el derecho a consentir la adopción, o han abandonado al hijo, dará el consentimiento el consejo de familia. 2.º) Si el

adoptado es un hijo natural menor, dará el consentimiento aquel de los padres con relación al cual se ha declarado la filiación, y si ésta se ha establecido con relación a los dos, deberán consentir ambos; sin embargo, si uno de los padres ha fallecido, o está imposibilitado para manifestar su voluntad, o ha perdido el derecho a consentir la adopción, o ha abandonado al hijo, el consentimiento del otro será suficiente; si la filiación del hijo no ha sido declarada, o si aquel o aquellos de sus autores con relación a los cuales ha sido establecida han fallecido, o se encuentran en la imposibilidad de manifestar su voluntad, o ausentes, o han perdido el derecho a consentir la adopción, o han abandonado al hijo, el consentimiento será dado por la persona investida del ejercicio de ese derecho o, en su defecto, por el "colegio de burgomaestres y concejales" del lugar de la residencia del hijo. A todas estas personas hay que añadir el cónyuge del adoptado, si éste es casado, toda vez que, como dijimos, su consentimiento es necesario.

A tenor del art. 351, en los casos en que, requiriéndose el consentimiento de los dos padres legítimos o naturales, uno de ellos se niega abusivamente a otorgarlo, el otro puede pedir al Tribunal que pase por alto esta negativa y conceda la adopción.

Los arts. 362 a 364 regulan el procedimiento para la concesión de la adopción. Destaquemos aquí solamente que el Tribunal debe reunir todas las informaciones que puedan ser útiles, reclamando las piezas cuyo examen juzgue necesario y pudiendo practicar investigaciones por medio de un juez delegado, o por el Ministerio Público, o por personas calificadas; también puede ordenar la comparecencia personal de las partes interesadas, comprendidos los padres del adoptado, aunque éste sea mayor. Finalmente, el Tribunal, sin enunciar los motivos, declarará "haber lugar" o no a la adopción.

La parte dispositiva de la sentencia que concede la adopción será inscrita en el Registro Civil del lugar de nacimiento del adoptado (art. 367, pár. 1.º).

B) EFECTOS

a) *Con relación a la familia natural.*—La adopción en el Derecho luxemburgués no produce (fuera de la hipótesis, que luego recogeremos, de adopción, por esposos, de niños huérfanos o abandonados) la ruptura del adoptado con su familia natural. Así lo proclama expresamente el art. 354, al afirmar en su párrafo primero que "el adoptado sigue en su familia natural y conserva en ella todos sus derechos y todas sus obligaciones".

La recuperación de la patria potestad por los padres del adoptado está prevista, en el párrafo quinto del art. 357, para el caso de interdicción, ausencia declarada o fallecimiento del adoptante.

La obligación alimenticia sigue existiendo, pese a la adopción, entre el adoptado y sus padres, pero éstos no están obligados a prestar los alimentos a aquél más que en el caso de que no pueda obtenerlos del adoptante (art. 359, pár. 2.º).

b) *Entre adoptante y adoptado:* a) *Derechos del adoptado.*—El derecho al nombre ha sido objeto de especial atención por el legislador luxemburgués, que en el art. 356 regula minuciosamente la atribución al adoptado del apellido del adoptante. "La adopción—señala aquel precepto—confiere el apellido del adoptante al adoptado, añadiéndolo al apellido propio de este último. Si el adoptante y el adoptado tienen el mismo nombre patronímico, ninguna modificación

se hará al apellido del adoptado. Si el adoptado es menor de dieciséis años, la adopción le confiere pura y simplemente el apellido del adoptante, salvo que se decida otra cosa en la sentencia. El Tribunal puede, a petición del adoptante, modificar en la sentencia de adopción los nombres propios del adoptado. Si el adoptante es una mujer casada, el Tribunal puede decidir en la sentencia de adopción, con consentimiento del marido de la adoptante que el apellido de este último sea conferido al adoptado en las condiciones previstas en los precedentes párrafos del presente artículo; si el marido ha fallecido o está declarado ausente, el Tribunal aprecia soberanamente, debidamente consultados los herederos del marido o sus sucesores más próximos en el orden legal."

El *derecho de alimentos* se reconoce en el párrafo primero del art. 359, al disponerse que "el adoptante debe alimentos al adoptado y a sus descendientes legítimos si están necesitados".

A los *derechos sucesorios* se refiere el art. 360: el adoptado y sus descendientes legítimos "tienen sobre la sucesión del adoptante los mismos derechos que tendrían los hijos o descendientes legítimos" (pár. 2.º), pero "no adquieren ningún derecho de sucesión sobre los bienes de los padres del adoptante" (pár. 1.º).

b') *Derechos del adoptante*.—Corresponde al adoptante la *patria potestad* sobre el adoptado. La ley lo reconoce así, de modo general, en el art. 357, señalando además especialmente, como derechos del adoptante, el de administrar los bienes del adoptado durante su minoría de edad, el de emanciparlo, el de autorizarle para ejercer el comercio y el de consentir su matrimonio. Si la adopción ha sido hecha por dos esposos, o si el adoptante es el cónyuge del padre o de la madre, los derechos indicados se ejercerán según las reglas aplicables al padre y a la madre legítimos.

Corresponde también al adoptante, si se encuentra necesitado, el derecho de reclamar *alimentos* del adoptado y sus descendientes legítimos (art. 359).

Se reconoce al adoptado, finalmente, un derecho de *reversión* que recuerda el del art. 812 del Código español, al disponerse que vuelvan al adoptante o a sus descendientes las cosas dadas por aquél al adoptado, en el caso de que éste muera sin descendientes legítimos, con la carga de contribuir a las deudas y sin perjuicio de los derechos de terceros (art. 361).

c') *Otros efectos*.—La ley reconoce expresamente que entre adoptante y adoptado nacen por la adopción lazos de parentesco, que se extienden a los descendientes legítimos del adoptado (art. 353). De ese parentesco nace impedimento matrimonial; el art. 358 prohíbe así el matrimonio: entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; entre el adoptado y el cónyuge del adoptante y, recíprocamente, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado; entre los hijos adoptivos de un mismo adoptante; entre el adoptado y los hijos que podrían sobrevenir al adoptante; y entre el adoptado y los hijos naturales del adoptante reconocidos después de la adopción. Las tres últimas prohibiciones pueden ser dispensadas por causas graves.

C) EXTINCIÓN

a) *Revocación*.—El art. 369 admite la revocación por motivos muy graves, a petición del adoptante o del adoptado; también puede instarla el Ministerio Público. La resolución que la concede se inscribe en el Registro civil y hace cesar todos los efectos de la adopción.

b) *Impugnación*.—Contra la sentencia aprobatoria de la adopción pueden apelar el Fiscal y los que resulten perjudicados por aquélla (art. 365).

c) *Nulidad*.—Queda sin efecto la adopción si en el plazo de cuatro meses, a contar desde el día en que sea firme la sentencia que la prueba, no se cumple el requisito, antes aludido, de inscribir en el Registro civil la parte dispositiva de la resolución (art. 367, párs. 1.º y 3.º).

No se produce la nulidad de la adopción por la superveniencia de hijos del adoptante; la ley, en efecto, advierte expresamente que "el nacimiento de un hijo legítimo, posterior a la demanda de adopción, no tiene efecto sobre ésta, cualquiera que sea la fecha de la concepción del hijo legítimo" (art. 345, párrafo 3.º). Tampoco se extingue la adopción por el reconocimiento o la legitimación que del adoptado haga un tercero; el art. 355 previene a este efecto: "El reconocimiento o la legitimación de un hijo, hecho por un tercero después que la sentencia que pronuncia la adopción de tal hijo sea firme, deja subsistir la adopción con todos sus efectos. Dicho reconocimiento o legitimación no produce a favor de los padres de origen crédito alimenticio ni derecho de sucesión" (art. 355, pár. 1.º).

2. ESPECIALIDADES DE LA ADOPCIÓN DE NIÑOS ABANDONADOS

Cuando la adopción sea hecha por esposos no separados en beneficio de niños menores de cinco años abandonados o cuyos padres son desconocidos o han muerto, el Tribunal puede decretar, a petición de los adoptantes, que los niños dejen de pertenecer a su familia de origen, en cuyo caso los adoptados tendrán, ante todos, los mismos derechos y obligaciones que si hubieran nacido del matrimonio de los adoptantes (art. 354, pár. 2.º). Esta situación es definitiva y, para protegerla frente a posibles intentos de reconocimiento tardío por parte de los padres por naturaleza, el legislador excluye expresamente, en el pár. 2.º del art. 355, la posibilidad de reconocimiento o legitimación después que la sentencia de adopción sea firme. La ruptura entre el adoptado y su familia natural es tan completa que, a tenor del pár. 3.º del art. 359, cesa de existir toda obligación de alimentos entre uno y otra, y, según el pár. 5.º del artículo 357, los padres de origen no recuperan la patria potestad sobre el adoptado en los casos de interdicción, ausencia o fallecimiento de los adoptantes.

Los derechos sucesorios entre adoptantes y adoptados y sus familias, en esta figura, son los de padres e hijos legítimos (art. 360, pár. 3.º); sin embargo, si uno o varios de los ascendientes de los adoptantes no han dado su adhesión a la adopción, dichos ascendientes y los adoptados no se deberán alimentos ni serán legitimarios recíprocamente en sus sucesiones (art. 354, pár. 3.º).

3. CONFLICTOS DE LEYES

Los problemas de Derecho internacional privado en materia de adopción quedan enfocados en la ley luxemburguesa al disponerse en el art. 370: "La adopción está abierta a los luxemburgueses y a los extranjeros. Las condiciones requeridas para adoptar se rigen por la ley nacional del adoptante; las condiciones requeridas para ser adoptado se rigen por la ley nacional del adoptado. Los efectos de la adopción se rigen por la ley nacional del adoptado. Sin embargo,

si la adopción hace cesar, conforme a la ley nacional del adoptado, los lazos de éste con su familia de origen, los efectos de la adopción se rigen por la ley nacional del adoptante. En este último caso, si la adopción es hecha por dos esposos que no tienen la misma nacionalidad, los efectos se rigen por la ley nacional del marido. Si las partes o una de ellas no tiene nacionalidad, se aplicará la ley de su domicilio".

JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ

Diploma Superior de Derecho Comparado
de la Facultad Internacional de Luxemburgo

II. DICTAMENES

Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley

JUAN B. JORDANO BAREA

ANTECEDENTES

La casa núm 9 de la calle de V., de Vigo, es propiedad en proindiviso y a partes iguales, de don F., don E. y don R. Y., quienes adquirieron la finca por compraventa del solar y, en parte, por herencia de su madre doña R. L.; y el edificio, mediante obra nueva que ellos efectuaron, según consta en la escritura otorgada el 11 de agosto de 1942.

La situación arrendaticia de la referida casa es la siguiente:

Sótano y bajo: Lo lleva en arrendamiento para local de negocio la Sociedad X.

Primer piso: Lo lleva en arrendamiento, por contrato de fecha 19 de mayo de 1942, don A. F., funcionario y vecino de Barcelona, quien tiene cuatro hijos, y por estar habitualmente deshabitado, se practicó requerimiento notarial por los condueños, mediante acta de 8 de octubre de 1959, para ser ocupado dicho piso por el hijo del condueño don F. Y., llamado don A., que piensa contraer en breve matrimonio.

Piso segundo: Lo lleva en arrendamiento don M. L., desde el día 2 de junio de 1942; lo ocupa con su esposa y siete hijos, para vivienda.

Piso tercero: Lo lleva en arrendamiento, desde el día 3 de junio de 1942, don F. P., quien vive con su esposa y cinco hijos.

Bohardilla: Parte de la misma está dedicada a vivienda de la portera, y el resto para guardar los inquilinos muebles y objetos.

Los contratos de arrendamiento de cada uno de los pisos están vencidos en cuanto a la duración pactada, y vienen prorrogándose en virtud de las disposiciones legales

Los condueños don E. y don R. Y. no tienen hijos, estando casado el primero. El condueño don F. Y. está casado y tiene tres hijos, llamados don A., don B. y don C., todos ellos solteros y de más de treinta años de edad; los dos primeros contraerán matrimonio en breve plazo y han de residir, como siempre, en la ciudad de Vigo, careciendo de vivienda propia: actualmente viven los tres con su padre.

Don F., don E. y don R. Y. como condueños de la casa número 9 de la calle V., de Vigo, desean hacer donación, a los hijos del primero, donando los pisos de la manera siguiente:

El primer piso a don A.

El segundo piso a don B.

Y el tercer piso a don C.

El objeto de la donación es que al ser dueños cada uno de los expresados, de los respectivos pisos donados, puedan ocuparlos en compañía de sus respectivas esposas, o como piso de soltero el tercero, que es el que corresponde a don C., hasta el día en que contraiga matrimonio (dentro de un par de años), y procurar así que don B. vaya a vivir al piso segundo de la casa núm. 9 de la calle de V., ya que de otra forma, con arreglo al artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tendría que soportar la negativa de la prórroga don F. P., inquilino del piso tercero, padre de la novia de don B. precisamente es esto lo que se trata de evitar.

CONSULTA

Se desca conocer:

1. Si al formalizar en escritura pública la donación de los tres pisos de la manera que se expresa en los antecedentes, pueden, los respectivos donatarios, exigir y reclamar, mediante negativa de prórroga a los inquilinos que actualmente los ocupan, el piso a cada uno de ellos donado, con éxito probable de la acción que en su día se entable.

2. Si la negativa de prórroga de los contratos de arrendamiento, que ejercitase el condueño don F. Y., con el consentimiento de los demás condueños, pidiendo los pisos para los hijos que contraigan matrimonio, guardando el orden que determina el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tiene más probabilidades de éxito que la anterior (debe tenerse en cuenta que el ejercicio de esta acción es lo que se intenta evitar, porque el piso que a don B. le correspondería entonces es el tercero, que lleva en arrendamiento don F. P., dado el número de familiares de éste señor, no siendo conveniente, desde el punto de vista familiar, seguir este camino por ser una hija de él la futura esposa de don B.).

DICTAMEN

Para responder adecuadamente a las preguntas de la consulta, conviene antes analizar las posibilidades defensivas, de oposición y de reacción, que tendría el inquilino afectado por las donaciones proyectadas (es decir, don M. L., ocupante del piso 2.º de la casa a que este dictamen se refiere).

En principio, dos únicas posibilidades defensivas se le ofrecerían: invocar el abuso de derecho e impugnar como fraudulentas las donaciones que se llevaran a cabo.

Aunque ambas posibilidades defensivas están, en cierto modo, ligadas entre sí, vamos a examinarlas por separado, para mayor claridad.

I

¿ABUSO DE DERECHO?

Veamos la primera.

Según el artículo 9 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, «los Jueces y Tribunales desestimarán las pretensiones que ante ellos se formulen por demandante o demandado con manifiesto abuso de derecho». Y el Tri-

bunal Supremo, en sentencia de 14 de mayo de 1958, ha establecido que «la nueva legislación atribuye a los Tribunales como facultad extraordinaria la aplicación *de oficio*, y con independencia de las alegaciones que pudieran haber hecho los litigantes, de la doctrina del abuso de derecho».

El transcrito precepto (art. 9 L. A. U.), ha dado sanción legal en materia de arrendamientos urbanos a la teoría del abuso de derecho, reconocida anteriormente en nuestro ordenamiento por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, la cual estableció jurisprudencialmente lo siguiente.

«La doctrina moderna, en trance de revisar y, en cuanto sea necesario, rectificar los conceptos jurídicos, impulsada por las nuevas necesidades de la vida práctica y por una sana tendencia de humanización del Derecho civil, ha elaborado la teoría llamada del abuso del derecho, sancionada ya en los más recientes ordenamientos legislativos, que considera ilícito el ejercicio de los derechos cuando sea abusivo; y, si bien existen discrepancias, teóricas y positivas, en orden a importantes puntos, entre ellos la construcción sistemática de la teoría en cuestión (al debatirse si se trata de una simple aplicación de la doctrina del acto ilícito, o de una teoría autónoma que opera dentro de una especie de zona intermedia, constituida por los actos cumplidos dentro de la esfera del derecho, pero mediante un abuso y engendrando una responsabilidad), así como también la extensión del principio prohibitivo con relación a las diversas categorías de derechos subjetivos, y sobre todo, las condiciones o elementos, subjetivos u objetivos, que han de determinar la estimación del abuso, es lo cierto e innegable, de todos modos, que tales dudas o divergencias no pueden borrar la conformidad substancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha recogido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).»

La importante sentencia que, en su parte más sustanciosa, acabamos de transcribir, sigue siendo todavía fundamental para la teoría del abuso del derecho. También lo es la reciente Sentencia del mismo Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1959, que sentó la doctrina siguiente:

«Los derechos, productos sociales como el Derecho objetivo mismo, encuentran su origen en la comunidad de la cual obtienen su espíritu y finalidad, existen para ella y por ella, cada uno de ellos tiene su razón de ser y su misión, que cumplir, cada uno de ellos es dirigido hacia un fin y no atañe a su titular desviarlo del mismo, son elaborados por la Sociedad y no la Sociedad para ellos, su finalidad hállase fuera y por encima de ellos mismos; no son, pues, absolutos, sino relativos, deben ser ejercitados en el plano de la institución, conforme a su espíritu, sin que sigan una falsa dirección, y su titular que hubiera, pues, no usado, sino abusado, vería su responsabilidad comprometida hacia la víctima de esta desviación culpable; vanamente objetaría que ha ejercido un derecho, porque ha cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, y es precisamente esta falta lo que se llama abuso de derecho.

Un acto cumplido conforme a un derecho subjetivo determinado puede hallarse en conflicto con el Derecho objetivo con la 'juridicidad' siendo ese conflicto el que los romanos ya habían percibido y tradujeron con la conocida máxima *summum jus, summa injuria*, cuando por el contrario, en todo caso, es el móvil y es el fin lo que hay que considerar; el fin es susceptible de justificar a menudo los medios empleados, pero en ningún caso los medios justifican el fin, pues esto implicaría trastocar la moral, implicaría a la vez una inmoralidad y un absurdo y un camino ampliamente abierto a la mala fe y al fraude, por lo que precisa que el Derecho permanezca siendo la ciencia definida en Roma por el jurisperito Celso: *ars boni et aequi*, la escuela de la probidad y de la equidad.

La teoría del abuso del derecho es a la vez objetiva, si se hace referencia al criterio de la función social de cada uno de nuestros derechos: el acto realizado reviste un carácter abusivo cuando se aparta de esa función o se lleva contra la misma; desde este punto de vista, la teoría es de orden social, como el criterio mismo, que constituye su punto central; pero para llegar a esta conclusión es necesario preocuparse de la conducta del agente, así como de su mentalidad; es necesario establecer sea por que ha actuado, sea cómo y si ha obedecido a un motivo legítimo, es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva, y desde este punto de vista y en esta medida la teoría del abuso adopta en sí un sentido, si no intencional, al menos subjetivo.

Siendo los derechos subjetivos relativos, han de ejercerse en función del fin por el cual el ordenamiento jurídico los reconoce, o sea, no pueden actuar fuera del plano de la institución jurídica, lo que significa estar no frente a una mera teoría, sino ante un 'principio general de Derecho, impuesto por la juridicidad; sí, en efecto el derecho subjetivo es un poder jurídico atribuido a una voluntad y con aptitud para satisfacer intereses humanos, si esos intereses tutelados por el Derecho objetivo son de esa especie, si la norma legal, el Derecho, tiende hacia la consecución de un fin, que es el de la convivencia humana para alcanzar la paz social, y a tutelar los valores sin los

cuales esa convivencia queda lesionada, hay que concluir que los derechos subjetivos no constituyen medios para desviar el fin del Derecho.»

Las dos citadas sentencias de 14 de febrero de 1944 y 22 de septiembre de 1959, así como las de 5 y 24 de febrero de 1959, puntualizan certeramente los tres elementos o requisitos esenciales que integran el concepto del abuso de derecho:

1.º Uso de un derecho, objetiva o externamente legal (requisito común a todo ejercicio del derecho subjetivo).

2.º Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.

3.º Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

Pues bien, en nuestro caso faltaría, por de pronto, el segundo de los indicados requisitos o elementos esenciales del concepto del abuso de derecho, porque el interés del inquilino del piso 2.º, don M. L., está ya protegido por una específica prerrogativa jurídica: la del artículo 54, párrafo 2, de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, según el cual cuando la transmisión de vivienda se cause por donación, deberá respetarse el orden de prelación que establece el artículo 64 de la propia Ley en cuantos casos hubiere en la finca pisos de características análogas, entendiéndose que la analogía existe cuando el inmueble contare con dos o más pisos de renta, superficie, orientación y altura semejantes o parecidas. Prerrogativa jurídica que sería respetada al donarse *simultáneamente* los tres pisos con que cuenta el inmueble. La Ley impone un orden de prelación (es decir, deberá donarse un piso antes que otro u otros) cuando la donación de los pisos no comprenda todos los que de iguales o parecidas características hubiere en la finca: pero donándose todos al mismo tiempo, el posible interés de los inquilinos queda ya suficientemente protegido.

Es muy digno de tenerse en cuenta el hecho de que, antes de que existiera la prerrogativa jurídica contenida en el artículo 54, párrafo 2, de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), el Tribunal Supremo no aplicó la doctrina del abuso de derecho en los casos resueltos por las sentencias de 22 de enero y 16 de octubre de 1958, pese a que los mismos versaban sobre hipótesis de donación de un piso, con objeto de que lo ocupara para su uso personal el donatario, sin observar el orden de preferencia del artículo 79 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos.

La primera de las sentencias citadas (la de 22 de enero de 1958) afirma que las normas de los artículos 68 y 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, no funcionan en el caso debatido «porque el que ejercita la acción es el dueño del piso que lo adquirió por donación que le hiciera el padre, y todo cuanto se diga atendiendo a la situación del donante aquí no rige».

Por su parte, la sentencia de 16 de octubre de 1958 indica claramente que el arrendador, aunque está obligado a no infringir un orden de preferencia o prelación entre los pisos de los que es propietario cuando se opone a la prórroga por necesidad de ocupación de la vivienda, puede disponer

libremente por donación de cualquiera de las viviendas, aunque sea con objeto de que la ocupe para su uso personal el donatario. Textualmente, afirma esta sentencia que «el artículo 79 de la Ley anterior de Arrendamientos Urbanos no impone ninguna limitación ni condición a las donaciones de vivienda para su validez y eficacia».

Aunque hoy, vigente la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, los casos contemplados por esas dos sentencias del Tribunal Supremo serían resueitos de otro modo, dado el texto del actual artículo 54, párrafo 2, de la nueva Ley, sin embargo, los hemos traído a colación porque vienen a confirmar la ausencia de abuso de derecho en nuestro caso, toda vez que en aquéllos había más pie para aplicar la teoría del abuso, al no existir entonces una *específica prerrogativa jurídica que protegiera el interés del inquilino afectado*, y tratarse de supuestos mucho más graves que el nuestro, en el que se va a enajenar por los condóminos no uno, sino, contemporáneamente, los tres pisos de que consta la finca.

Pero no sólo faltaría en nuestro supuesto el segundo requisito o elemento esencial de la noción del abuso de derecho; faltaría, además, el tercero (inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva u objetiva).

Por su importancia para enjuiciar con acierto este extremo, reseñaremos a continuación los antecedentes de hecho y la doctrina establecida por la curiosa e interesante sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1959, recaída en un caso que guarda cierta analogía con el que es objeto de nuestro dictamen.

En el caso entonces debatido toda la finca pertenecía proindiviso a dos hermanos, quienes otorgaron escritura pública, por la que se adjudicó al hermano y copropietario no litigante la totalidad de los pisos primero y tercero, permaneciendo el resto (o sea, el sótano, planta baja y pisos segundo y cuarto) en situación de indivisión. El actor ocupaba el piso cuarto y el demandado el piso segundo, donde tenía su bufete de abogado. El comunero litigante, en base a carecer de otra vivienda, requirió por acta notarial, con autorización de su copropietario, al inquilino del piso segundo para que lo desalojara por necesitarlo para un hijo suyo que iba a contraer matrimonio. Se interpuso la demanda habitando el nuevo matrimonio con sus padres en el referido piso cuarto. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado inferior por estimar que hubo abuso de derecho. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso y casó la sentencia de la Audiencia, dejando subsistente la del Juzgado.

En el segundo considerando de la sentencia del Tribunal Supremo a que nos venimos refiriendo, se dice:

«La sentencia recurrida sienta la afirmación de no obstante la aparente formalidad de la escritura de adjudicación, ésta 'da a conocer la inexactitud de las manifestaciones de los que fueron otorgantes en orden a una causa supuesta de adjudicación', y sin entrar a conocer sobre lo inadecuado de aplicar a esta base de hecho la doctrina del abuso de derecho, se ha de decir que para que ésta sea procedente se requiere que la intención o propósito en la efectividad de un derecho sea sólo el de causar un daño a otro interés jurídico y que no resulte

provecho para el agente que lo ejecuta, y aunque estas circunstancias pueden apreciarse por deducción, han de desprenderse de hechos ciertos que con eficiencia o razón lógica lo revelen, pero no es dable ni se puede confiar al mero juicio o criterio subjetivo del que enjuicia, ni tampoco es bastante el que resulte detrimento para otro interés, pues en toda colisión de derechos ha de resultar perjudicado el no protegido, habiéndose de reconocer que ninguna de las circunstancias que acusa la sentencia como vicios del convenio de división, entre los comuneros del piso, acreditan que los otorgantes se propusieron privar al inquilino del derecho de prórroga arrendaticia, puesto que ni que el precio asignado se liquidara o compensara con créditos existentes entre los interesados por negocios en común, ni que no estuvieran terminadas las obras, tal como la escritura lo prevé, desvirtúan la veracidad del contenido del documento público, ni tampoco es signo que haga pensar en el propósito que se atribuye por la sentencia el que el piso primero, adjudicado al copropietario no litigante, esté ocupado en determinadas fechas por el inquilino y el resto por criados o personas a él allegadas, sino que, por el contrario, hay que reconocer que, a virtud de la división que a todo comunero compete, se produjo el estado de hecho y de derecho que faculta al actor para negar la prórroga arrendaticia, por necesitar la vivienda para un hijo suyo.»

Por consiguiente, en esa ocasión, el Tribunal Supremo estimó que no hubo abuso de derecho por faltar el tercero de sus requisitos o elementos esenciales. Con mayoría de razón faltaría dicho requisito en nuestro caso, sobre todo si—como aconsejamos vivamente— se realizan por los condóminos simultáneamente las donaciones de los tres pisos que tiene el inmueble «por razón de matrimonio» (arts. 1.327 y siguientes del Código civil) de los tres hijos de don F. Y., actuando los matrimonios proyectados como concausa de las donaciones (*donationes ob causam*), que indique claramente la función o el fin que esas donaciones cumplen (ayudar a sostener las cargas de los futuros matrimonios), fin digno de protección y merecedor de tutela por parte del Derecho objetivo. Siendo los donantes padre y tíos (éstos sin hijos) de los donatarios, y jugando junto al *animus donandi* o mera liberalidad (*causa donationis*) la concausa de los futuros matrimonios, no se descubre la intención o propósito en la efectividad del derecho de propiedad adquirido (cfr. art. 69 de la L. A. U.) de causar un daño al inquilino afectado sin provecho para el agente, ni cabe deducir tampoco el *animus nocendi* o intención de perjudicar, con base en una presunción de hecho, ya que entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir no hay un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (art. 1.253 del Código civil). Simplemente habrá una colisión de derechos, de la que resulta detrimento para otro interés no protegido ni merecedor de protección.

II

¿FRAUDE A LA LEY?

Dijimos ya que la segunda posibilidad defensiva (fraude a la ley), que se ofrecería al inquilino afectado por las donaciones proyectadas, está en cierto modo ligada a la que acabamos de analizar (abuso de derecho).

En efecto, como resulta de la transcrita sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1959, la teoría del abuso de derecho está muy unida a la del fraude a la ley.

Según la vieja noción de Paulo (Dig., 1, 3, 29), *in fraudem legis facit qui salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit*, es decir, actúa en fraude de la ley quien respetando las palabras de la ley, elude su sentido.

Modernamente, se ha definido el fraude como algo prohibido por el legislador que se busca conseguir mediante el uso de una norma jurídica creada para otros fines. Por el fraude se escapa al imperio de una norma, utilizando para ello, inadecuadamente, otra u otras normas. En el fraude hay un mal uso del Derecho objetivo, utilizándose de modo torcido sus normas. Hay uno o varios actos productores de un resultado contrario a una ley; que aparece amparado también en otra disposición, dada en verdad con una finalidad diferente. Hay, pues, una «ley defraudada» y una «ley de cobertura». Mas si ésta tiene como finalidad auténtica la de proteger o amparar el acto o actos realizados, no hay fraude a la ley.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acogido la noción técnico-jurídica moderna del fraude, negando validez al acto que implique fraude a la ley (sentencias de 22 de marzo de 1928, 8 de abril de 1942, 22 de enero y 27 de noviembre de 1947 y 6 de abril de 1949, entre otras muchas). Según la sentencia citada de 8 de abril de 1942, el fraude a la ley «se comete cuando se hace lo que la ley no quiere, aunque expresamente no lo prohíba».

En materia de arrendamientos urbanos, la jurisprudencia sobre el fraude a la ley es también copiosa, habiendo elaborado una doctrina extensiva de la literalidad de la norma jurídica, legitimada por la necesidad de reprimir o prevenir la *fraus legis*, cuando ésta queda patentizada por maniobras reveladoras de manifiesta confabulación en cuanto, con merma de los derechos del inquilino, no parte en el contrato o contratos realizados, los autores de éstos configuran la materia objeto de los mismos amoldándola premeditadamente a la forma indispensable y precisa para extraerlos de las limitaciones que la norma impone. Pero tal doctrina—según la misma jurisprudencia—es inaplicable cuando los actos no sólo autorizan a entender la inexistencia de confabulación, sino que la obstan y excluyen (vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1959), cual sucede en nuestro caso, donde faltaría además una «ley defraudada» (como tal, no cabe considerar la norma del art. 54, párrafo 2, de la L. A. U., siempre que los tres pisos se donen al mismo tiempo o bien de una manera sucesiva, pero guardando en las donaciones el orden de prelación del art. 64 de la misma Ley), y no podría pobrarse el *animus nocendi vel decipiendi (consilium fraudis)*, que si bien—según parte de la doctrina—no es elemento constitutivo del fraude, es con todo un dato muy significativo para caracterizar el acto de anómalo.

Para que prospere el fraude de ley se precisa una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, viole el contenido ético del precepto legal (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1957). Pero en nuestro caso, aparte de que no hay precepto legal defraudado o violado, la norma legal que ampara las proyectadas donaciones tiene la específica finalidad

de protegerlas. Los actos considerados constituyen el supuesto normal de aplicación de los artículos 1.327 y siguientes del Código civil, no produciéndose por circunstancias anómalas o sospechosas de cierto matiz antijurídico o contrario a la ética. El fondo moral de toda donación por razón de matrimonio es innegable. Por ello son merecedoras de toda protección por parte del ordenamiento jurídico (cfr. arts. 1.329, 1.332, 1.333 y 1.415, párrafo 1.º, en relación con el art. 1.409 del Código civil), no siendo incluso necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones (art. 1.330 del Código civil): el donatario se encuentra automáticamente favorecido por la atribución patrimonial a él deferida; después, puede ejercitar el derecho adquirido en la forma que más convenga a sus intereses (art. 69 de la L. A. U.).

A la vista de todo lo que dejamos escrito, parece que la posibilidad de reacción del inquilino afectado por las donaciones proyectadas, mediante su impugnación como realizadas *in fraudem legis*, no tendría éxito. Mucho menos lo tendría una impugnación de las referidas donaciones por simulación absoluta, alegando que son inexistentes, irreales o no seriamente queridas, hechas con la exclusiva finalidad ilícita, atípica y no negocial de perjudicar a don M. L. (*animus decipiendi vel fraudandi*), puesto que la existencia, realidad, seriedad y licitud de las donaciones por razón de matrimonio, del padre a los hijos y de los tíos sin descendencia a los sobrinos, es incontestable.

Por otro lado, esa impugnación no se podría llevar a cabo por vía de reconvencción en el mismo juicio especial previsto por la Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 122 y 125), no sólo porque el inquilino demandado tendría que reconvenir o demandar a su vez a todos los donantes y donatarios que no sean parte en dicho pleito, sino también por razón de la materia litigiosa, que sería propia de un juicio declarativo ordinario (arts. 128 y 151 de la L. A. U., y repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo que sustrae del juicio especial arrendaticio las cuestiones «complejas», cual sería la de nuestro caso).

El inquilino demandado tendría, pues, que impugnar independientemente las donaciones por fraude a la ley o simulación en juicio declarativo ordinario, y aunque lo promoviera antes de iniciarse el juicio especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no prosperaría una eventual excepción de litis pendencia (art. 533, n.º 5.º, de la L. E. C.), que fuera esgrimida con miras puramente dilatorias, pues, según la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1958, para que pueda producirse la referida excepción, se requiere —además de que al tiempo de la constitución de la relación jurídica procesal exista otro pleito ya pendiente— que concurren otras circunstancias de carácter substancial, esto es, la identidad en el *objeto*, *sujetos* y *causa*, y las de orden procesal, o sea, que las resoluciones que pongan fin a los dos pleitos han de tener el carácter de *definitivas*. Lo que no se daría en nuestro supuesto, toda vez que el pleito declarativo versaría sobre distinto objeto (dominio) que el del arrendaticio (posesión); no coincidirían los sujetos de uno y otro; y, por añadidura, la resolución que en el arrendaticio se dicte no es «definitiva» (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1957).

De suerte que el inquilino afectado por las donaciones proyectadas no conseguiría siquiera prolongar la ocupación de la vivienda durante la tramitación del juicio declarativo ordinario que, en su caso, promoviera. Y ya hemos dicho que su pretensión de fondo fracasaría, según parece, con toda probabilidad.

Para asegurar más el éxito de la acción que en su día interpongan los hijos de don F. Y., convendrá que—una vez hechas por los copropietarios las donaciones de cada uno de los pisos del edificio—don A., don B. y don C practiquen, los tres por separado y al mismo tiempo, el requerimiento notarial de denegación de prórroga, conforme al artículo 65 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (el requerimiento practicado el 8 de octubre de 1959 a don A., F., carecería ya de valor).

Aunque don C. no va a contraer inmediatamente matrimonio, ni es probable que lo contraiga dentro del año siguiente al requerimiento, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puntualizado que la necesidad surge desde el momento en que se pretende contraer matrimonio, aunque transcurrido un año desde el requerimiento, todavía no se haya contraído el enlace (vid. sentencias de 7 de febrero y 20 de octubre de 1953, 22 de enero y 15 de febrero de 1958). Las dudas que la norma contenida en el párrafo 2 del artículo 65 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos hubiera podido suscitar sobre la vigencia actual de la doctrina jurisprudencial aludida, se desvanecen ante sentencias, cual la de 1 de julio de 1959, en la que expresamente se niega que tal doctrina implicara violación de lo dispuesto en el artículo de referencia, que había sido citado como infringido en el recurso de injusticia notoria. Dicha reciente sentencia afirma que la necesidad surge desde que existe el estado formal y serio de contraer matrimonio, ya que es contrario a toda lógica esperar a su celebración, provocando una situación anómala, de no contar con hogar para su recogimiento.

Así, pues, basta con que concurren circunstancias que permitan calificar de verosímil, probable y cierto, dentro de la previsión lógica, el futuro matrimonio de don C. Lo que el artículo 63, párrafo 2, núm. 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos dice, para presumir la necesidad, es que la persona para la que se reclama la vivienda «contraiga matrimonio», no que «lo haya contraído» o que lo contraiga en el plazo de un año.

También convendrá, para asegurar el éxito de la acción a entablar, que los hijos de don F. Y., al contraer matrimonio, continúen habitando—como hasta ahora—con sus padres, absteniéndose de alquilar pisos para vivienda independiente en tanto que no adquieran firmeza las respectivas sentencias de desahucio, dado el criterio restrictivo que en este punto impera.

Aun cuando, para mayor seguridad todavía, cabría donar de una manera sucesiva o escalonada los tres pisos, guardando en las donaciones el orden de prelación establecido por el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de manera que en primer lugar se efectuara por los copropietarios del edificio la donación del piso primero a don A., en segundo lugar, la del piso tercero a don C., y en tercer lugar, la del piso segundo a don B., sin embargo, no creemos necesario seguir tan a la letra lo dispuesto en el artículo 54, párrafo 2, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, desde el momento en que si se hacen *simultáneamente* las donaciones de los tres únicos pisos

habitables de la casa, no tiene ya por qué entrar en juego el orden de prelación del artículo 64 citado.

Finalmente, de cara a las donaciones proyectadas, no existe el peligro del retracto de los inquilinos (arts. 47 y siguientes de la L. A. U.), toda vez que dicho derecho únicamente se da en las hipótesis de compraventa, dación en pago y adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, pero no en la donación, a menos que ésta sea simulada y encubra, en realidad, una venta, cosa que en nuestro supuesto no acaece.

CONCLUSIONES

Primera.—Respondemos en sentido afirmativo a la primera pregunta de la consulta. El peligro de que se apreciara abuso de derecho o fraude a la ley, queda eliminado si las donaciones proyectadas las realizan los condóminos por razón de matrimonio de los donatarios y, una vez hechas, los tres hijos de don F. Y. practican por separado y al mismo tiempo el requerimiento, denegando la prórroga de los correspondientes contratos de arrendamiento, por necesitar para sí la respectiva vivienda, al tener proyectado matrimonio y deber residir en la misma localidad en que está situada la finca.

Segunda.—Por lo dicho en la conclusión primera, huelga ya afirmar que el ejercicio de la acción a que se refiere la segunda pregunta de la consulta, aunque ciertamente seguro, puede evitarse siguiendo el camino ya indicado, merced al cual se conseguirá prácticamente la finalidad familiar propuesta.

Tal es mi dictamen que, con todo gusto, someto a otro mejor fundado.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE MARIA AMUSATEGUI y JOSE LUIS LLORENTE

DERECHO CIVIL

II. Derecho de la persona.

1. NACIONALIDAD; DOBLE NACIONALIDAD: *Se celebra un Convenio con Perú sobre la llamada doble nacionalidad* (Convenio de 16 de mayo de 1959, ratificado por instrumento de 15 de diciembre: B. O. de 19 de abril de 1960).

A) EXPOSICIÓN:

a) *Ambito*.—Los españoles y los peruanos podrán adquirir la nacionalidad española y la peruana, respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor en cada una de las Altas Partes Contratantes, sin perder por ello su anterior nacionalidad. Sin embargo, los que hubieren adquirido la nacionalidad española o peruana por naturalización, no podrán acogerse a las disposiciones del presente Convenio (art. 1.º).

Los españoles y los peruanos que hubiesen adquirido la nacionalidad española o peruana, renunciando previamente a la de origen, podrán recuperar esta última, declarando que tal es su voluntad ante las autoridades competentes respectivas (art. 6.º).

b) *Limitaciones*.—Los súbditos de ambas Partes Contratantes no podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas, en su condición de naturales de las mismas, sino sólo a la de aquella en que tenga su domicilio (art. 3.º, párrafo 2.º).

El ejercicio de los derechos civiles y políticos, regulado por la Ley del país del domicilio, no podrá surtir efecto en el país de origen si ello lleva aparejada la violación de sus normas de orden público (art. 3.º, párrafo 4.º).

c) *Determinación del domicilio*.—Se entiende adquirido el domicilio en aquel país en el que se haya inscrito la adquisición de la nacionalidad. Este domicilio puede cambiarse, sólo en el caso de traslado de la residencia habitual al otro país contratante y de inscribir allí la adquisición. En el caso de que una persona que goce de la doble nacionalidad traslade su residencia al territorio de un tercer Estado, se entenderá por domicilio, a los efectos de determinar la dependencia política y la legislación aplicable, el último que hubiere tenido en el territorio de las Altas Partes Contratantes. Quienes gocen de la doble nacionalidad no podrán tener más que un domicilio, que será el último registrado» (art. 4.º).

B) OBSERVACIONES: El presente Convenio es el segundo celebrado por España en materia de doble nacionalidad. Su texto es prácticamente idéntico al del concertado el 24 de mayo de 1958 (B. O. de 14 de noviembre) con Chile.

De esta manera se posibilita la aplicación de las normas contenidas en los dos últimos párrafos del artículo 22 del Código civil, según la nueva redacción dada por la Ley de 15 de julio de 1954 (1).

Se admite la doble nacionalidad en el sentido de mantener la coexistencia de la de origen y de la de residencia. No hay ninguna objeción para que una persona pueda tener dos nacionalidades, a condición de que sólo una de ellas tenga plena eficacia, origine la dependencia política e indique la legislación a que está sujeta.

Se funda en la honda realidad social derivada de la peculiar condición de las personas por pertenecer a la comunidad de los pueblos iberoamericanos y filipinos. Comunidad caracterizada por la identidad de tradiciones, cultura y lengua.

2. NACIONALIDAD; DOBLE NACIONALIDAD: *Se celebra un Convenio con Paraguay sobre la llamada doble nacionalidad* (Convenio de 25 de junio de 1959, ratificado por instrumento de 15 de diciembre; B. O. de 19 de abril de 1960) (2).

A) EXPOSICIÓN:

a) *Ambito*.—Los españoles de origen, y recíprocamente los paraguayos de origen, podrán adquirir la nacionalidad paraguaya o española, respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor en cada una de las Altas Partes Contratantes, sin perder por ello su anterior nacionalidad (art. 1.º).

Cuando las leyes de España, y asimismo las leyes de la República del Paraguay, atribuyan a una misma persona la nacionalidad española y la nacionalidad paraguaya, en razón de cada caso, a su filiación y al lugar y circunstancias de su nacimiento, gozará dicha persona de la nacionalidad del territorio donde su nacimiento hubiere ocurrido, pero será también considerada nacional por la otra Alta Parte Contratante (ar. 6.º).

b) *Legislación aplicable*.—La del país que otorga la nueva nacionalidad (art. 3.º).

c) Los españoles que se naturalicen paraguayos y los paraguayos que se naturalicen españoles, al amparo del presente Convenio, que fijen de nuevo su residencia habitual en su país de origen y deseen recobrar en él, y con arreglo a sus leyes, el ejercicio de los derechos y deberes deberán avecindarse y someterse a lo dispuesto sobre la materia en España y Paraguay (art. 4.º).

B) OBSERVACIONES: NOS remitimos a los comentarios hechos anteriormente en relación con el Convenio con Perú.

III. Derechos reales.

INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE BIENES INMUEBLES PERTENECIENTES A EXTRANJEROS: *Se establece la obligatoriedad de inscribir en el Registro de la Propiedad los*

(1) "... la adquisición de la nacionalidad de un país iberoamericano o de Filipinas no producirá la pérdida de la nacionalidad española cuando así se haya convenido expresamente con el Estado cuya nacionalidad se adquiriera. Correlativamente y siempre que mediara convenio que así lo establezca, la adquisición de la nacionalidad española no implicará la pérdida de la de origen cuando esta última fuera la de un país iberoamericano o de Filipinas."

(2) Sólo se recogen las diferencias entre este Convenio y el celebrado con Perú.

actos y contratos causados en favor de extranjeros, que recaigan sobre inmuebles sitos en determinadas zonas del territorio nacional (Ley de 12 de mayo de 1960; B. O. del 14).

A) EXPOSICIÓN:

a) *Ámbito de aplicación de la presente Ley.*—Deberán, necesariamente, inscribirse en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan, en favor de extranjeros, el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles, sitos en las zonas señaladas por la Ley de 23 de octubre de 1935 y Decretos de 28 de febrero de 1936 y 21 de marzo de 1958. Deberán también inscribirse las concesiones administrativas sobre los bienes citados, otorgadas a favor de extranjeros (art. 1.º).

Los títulos no inscritos, anteriores a la presente Ley y comprendidos en los supuestos del artículo 1.º, deberán serlo en el plazo de un año, contado desde su vigencia (art. 2.º, párrafo 1.º).

b) Efectos de la falta de inscripción:

a') Respecto a actos y contratos posteriores a la entrada en vigor de esta Ley.—«La falta de inscripción determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones» (art. 1.º, párrafo 2.º).

b') Respecto a títulos anteriores.—Una vez transcurrido el plazo de un año, señalado para practicar la inscripción, la contribución territorial de los inmuebles que no hayan sido objeto de ella se incrementará en un 10 por 100 cada año, hasta que se cumpla lo dispuesto en la Ley (art. 2.º, párrafo 2.º).

c) *Inadmisibilidad de títulos no inscritos a efectos judiciales, administrativos y notariales.*—Los Juzgados y Tribunales y las oficinas públicas, bajo la responsabilidad del funcionario a cuyo cargo se encuentren, no admitirán documento alguno de los señalados en esta Ley sin que conste su inscripción en el Registro de la Propiedad. Tampoco admitirán dichos documentos los Notarios que, en vista de ellos, hubieran de autorizar cualesquiera otros, salvo que sean para la inscripción de aquéllos, debiendo consignar siempre los datos del Registro (art. 5.º).

c') *Caducidad de las inscripciones.*—Caducarán las inscripciones de los actos y contratos, a que se refiere el artículo 1.º de esta Ley, que cuenten con más de treinta años de antigüedad, si dentro del plazo de otros dos no se hace constar en el Registro, a petición del interesado, y mediante el documento pertinente, que el derecho inscrito subsiste a favor del titular. Transcurridos los dos años indicados el Registrador cancelará por nota marginal la inscripción correspondiente (art. 4.º). Lo dispuesto en el artículo 4.º será aplicable a las inscripciones practicadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley (disp. transitoria 2.º).

B) OBSERVACIONES: La Ley de 23 de octubre de 1935, y Decretos de 28 de febrero de 1936 y 21 de marzo de 1958, establecieron, en aras de la seguridad del territorio nacional, determinadas limitaciones a la adquisición por parte de extranjeros de bienes inmuebles, sitos en determinadas zonas de aquél

(Islas Baleares y Canarias, costas e islas de Galicia y zona del Estrecho de Gibraltar y plazas de soberanía y posesiones en Africa). Mediante la Ley que ahora se anota se establece, con igual finalidad que la que presidió aquellas normas, el obligado complemento de la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles pertenecientes a extranjeros Obligatoriedad que, en lo que respecta a actos y contratos posteriores a la entrada en vigor de la Ley, determina la nulidad de los no inscritos (inscripción *constitutiva*), y en cuanto a los anteriores, promoviendo la inscripción mediante la imposición de sanciones, como el recargo fiscal que establece el artículo 2.º (inscripción *forzosa*).

DERECHO PROCESAL

PROCEDIMIENTO LABORAL: *Se modifican los artículos 150, 161, 163 y 174 del texto refundido de 4 de julio de 1958 (Decreto de 4 de mayo de 1960: Boletín Oficial del 12).*

Las modificaciones contenidas en este Decreto se concretan en elevaciones de la cuantía de las reclamaciones, contra las que procede el recurso de suplicación (de 1.500 a 100.000 ptas., en lugar de la cifra límite de 40.000, señalada en el texto anterior) y el de casación (las superiores a 100.000 pesetas), así como la de los honorarios de los Letrados de la parte recurrida, en el caso de desestimarse el recurso de suplicación (se aumenta el límite máximo de 3.000 ptas. a 7.500) o el de casación (de 5.000 a 10.000).

OTRAS DISPOSICIONES

1. ACCIDENTES DE TRABAJO: *Se promulga el Reglamento para la aplicación del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo en los Ministerios del Ejército, de Marina y del Aire, Guardia Civil, Policía Armada y servicios que de ellos dependan (Decreto de 21 de abril de 1960; Boletín Oficial del 28).*

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL: FERNANDO POO Y RÍO MUNI: *Se publica un nuevo Ordenamiento de la Administración Local de las Provincias Ecuatoriales de Fernando Poo y Río Muni (Decreto de 7 de abril de 1960; B. O. del 9).*

3. ADMINISTRACIÓN LOCAL: BARCELONA: *Se aprueba el Texto Articulado de la Ley que establece un régimen especial para el Municipio de Barcelona (Decreto de 23 de mayo de 1960; B. O. de 24 de junio).*

4. RENTA DE ADUANAS: ARANCEL: *Se aprueba el Arancel de Aduanas a la importación de mercancías en la Península e Islas Baleares, con sus apéndices complementarios (Decreto de 30 de mayo de 1960; B. O. de 4 de junio).*

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BAETEMAN G., LAUWERS J. P.: (*Devoirs et droits des époux (Commentaire théorique et pratique des lois du 30 avril 1958 et du 22 juin 1959)*). Preface de Mⁿ. Albert Lilar. 437 págs. Bruxelles. 1960.

Desde 1804 Bélgica ha estado regida por el Code Napoleón, cuya vigencia ni siquiera se alteró durante la dominación holandesa. En materia de derechos y deberes de los cónyuges la ley de 30 de julio de 1932 introdujo algunas modificaciones inspiradas en el principio de «igualdad ante el abuso», si bien conservó la autoridad marital y la incapacidad de la mujer casada. En virtud de la ley de 30 de abril de 1958 --aprobada por abrumadora mayoría en el Senado y en la Cámara de Representantes, y refrendada ampliamente por la opinión pública-- se derogan los arts. 212 a 226 bis inclusive del Código civil, sustituyéndose por otros. En la nueva regulación se suprime el deber de obediencia, estableciéndose la plena igualdad entre los cónyuges al desaparecer la autoridad marital: la mujer ya no necesita el consentimiento del marido para ejercer una profesión, la industria o el comercio, salvo que se trate de funciones o cargos públicos; a falta de acuerdo entre ambos, corresponde al marido la fijación de la residencia familiar, pero la mujer podrá tener un domicilio independiente; es el fin de la desigualdad entre los cónyuges y el abandono de la concepción jerárquica del matrimonio. Bélgica sigue las huellas de las leyes francesas de 1936 y 1942, de la ley holandesa de 1956 y de la ley alemana de 1957. Pero la reforma ha sido parcial porque han quedado intocados los regímenes económicos del matrimonio, salvo el de separación, que ha sido reformado por la ley de 22 de junio de 1959.

El estudio de Baeteman y Lauwers puede decirse que es exhaustivo, lo que en ocasiones produce reiteraciones; predominan en él los aspectos prácticos y está bien documentado, salvo en cuanto al derecho español (se ignora la reforma de 1958). Interesa a quien se preocupe por el derecho matrimonial comparado.

Gabriel GARCÍA CANTERO

BIONDI, Biondo. «Sucesión testamentaria y donación». Segunda edición revisada. Barcelona, 1960. Traducido del italiano por Manuel Fairén. Casa Editorial Bosch. Un volumen de XVI + 738 págs.

Esta segunda edición de la obra del profesor Biondi, vertida al castellano, representa un trabajo de profundización en el tema, desde su aspecto histórico-dogmático, que el autor sintió la necesidad de llevar a cabo, des-

pues de haber estudiado y elaborado, sobre la sucesión testamentaria y la donación, un primer manual que debía integrar la colección del gran *Tratado de Derecho romano*, dirigido por Albertario. Pero no cumplido el fin deseado por el llorado maestro y ampliado el tema ante las nuevas contribuciones y estudios aparecidos posteriormente, Biondi recoge el sentir de la pandectística y las elaboraciones italianas en torno a estas instituciones.

También nos explica el autor que la aparición de la sucesión testamentaria y de la donación, juntamente, no resulta de ninguna convicción dogmática o sistemática, sino que es resultado de la ordenación general del proyectado *Tratado*.

El autor realiza, pues, una obra independiente ordenando, en dieciséis capítulos, las materias referentes a la sucesión testamentaria y en cuatro la correspondiente a la donación.

Se estudia la importancia social y jurídica del testamento, su concepto, definición y caracteres, sus formas, el *testamentum militis*, la capacidad de disponer y de recibir, la *capacitas*, la indignidad, el contenido del testamento, la *heredes institutio*, las sustituciones, los legados, la herencia fideicomisaria, la voluntad testamentaria, la nulidad y revocación del testamento, la apertura y ejecución del testamento y el codicilo.

Respecto de la donación se trata la *Lex Cincia* y el régimen de las donaciones en el derecho clásico, las donaciones entre cónyuges, el concepto y la disciplina jurídica de la donación y las figuras particulares de las donaciones.

La obra, llena de resultados y perspectivas, es una valiosa aportación dentro de los estudios romanistas de nuestra época.

J. H. C.

BOEHMER, Gustav: «El derecho a través de la Jurisprudencia (su aplicación y creación)». Barcelona, 1959. Editorial Bosch. Un volumen de 669 páginas.

La doctrina civilista alemana de la postguerra del segundo conflicto mundial tuvo que enfrentarse con una situación muy delicada al haberse arrumbado todo un sistema de ideas político-jurídicas con el que no en balde había operado durante una serie de años y que, en cierto modo, había hecho mella en la nueva postura socializante que se había adherido con las reivindicaciones que plantea la sociedad moderna. El desmontaje aliado, la instauración de un nuevo estilo de vida, la democratización constitucional y, sobre todo, la inaplazable pugna de intereses que cotidianamente se planteaba ante los tribunales de justicia, condujo a revisiones, reajustes y modificaciones dentro de la actividad legislativa, administrativa y judicial. Pero ha sido el factor tiempo, el que no deja esperar, el que más apremió en la vida judicial, la cual con instrumentos adecuados y aun sin adecuar, con antecedentes o sin ellos, debía discriminar en su función la tarea de impartir justicia.

Era, pues, de esperar que la doctrina, atenta a los acontecimientos, acusase no sólo el cambio, sino sus más destacados caracteres. Cuando un autor

como BOEHMER, con la maestría y la experiencia que le acumulan sus estudios y trabajos, analiza los incómodos textos y párrafos del Código civil alemán (B. G. B.), no puede menos de tomar una actitud y hacer un balance de los hechos y acontecimientos que vienen a darles un giro de noventa grados en su alcance interpretativo. No es extraño leer en su obra que «la interpretación de la ley por medio de conceptos jurídicos, adscrita a su literalidad formal y que no se muestra capaz de reconocer, o que desdena como secundaria, la función sustancial de las instituciones jurídicas y las bases sociológicas del ordenamiento legal, pueda afirmar que se encuentra ante una creación jurídica *praeter legem*, sólo legítima en el margen de autorización en blanco de las cláusulas generales, o incluso ante una revolucionaria alteración del Derecho *contra legem*, considerada ilegítima como tal en situaciones que todavía permitirían al intérprete de la ley que se inspirase en criterios valorativos sentirse respaldado por la voluntad del legislador dirigida a una finalidad». Con tal criterio, BOEHMER considera que la tarea propiamente creadora que incumbe a la función judicial no es la de enmendar normas legales de carácter imperativo, sino el desarrollo de formas jurídicas independientes en un terreno donde no alcanza la protección de la ley, pero en el que, a pesar de todo, la regulación jurídica es necesaria con objeto de llenar las lagunas del ordenamiento legal.

El profesor BOEHMER distribuye las materias de su obra en cinco capítulos fundamentales. El primero está formado por tres casos en los que el tema de la actividad judicial es más de indagación que de creación jurídica. En el segundo capítulo proseguirá esta investigación y, en conexión con el carácter de ordenación objetiva del último caso contenido en el § 181 del Código civil alemán, se refiere al problema especial de si las normas que tienen concretamente carácter de ordenación formal también pueden ser susceptibles de un tratamiento valorativo, o si el *ius strictum* impone en este caso límites inflexibles al poder de decisión judicial. El tercer capítulo lo dedica al problema de averiguar en qué medida el juez, con su actividad creadora, está legitimado para llenar lagunas del ordenamiento legal, desarrollando con ello la función ampliadora del Derecho *praeter legem*. El capítulo cuarto se ocupa del problema extremadamente crítico y que entraña tanta responsabilidad de si la jurisprudencia está igualmente facultada para corregir o incluso anular por completo preceptos legales que deben ser considerados como absolutamente malogrados desde el punto de vista del «Derecho justo». En el capítulo quinto se examina un conjunto de problemas que son los más importantes, ricos de contenido y difíciles de resolver de todos los que puede presentar la historia del Derecho civil alemán de los últimos tiempos: son los suscitados por las dos últimas guerras mundiales y las postguerras, especialmente por la reforma monetaria sobre las relaciones del Derecho privado.

Este libro del profesor BOEHMER, que constituye la parte segunda del libro segundo de sus «Fundamentos del ordenamiento jurídico civil» (1), le añade como quinto capítulo el estudio que ya fué publicado en 1949 en la «Deutsche Rechts-Zeitschrift», con el título: «La repercusión de las dos guerras mun-

(1) «Grundrissen des bürgerlichen Rechtsordnungs», Tübingen 1952.

diales, de las postguerras y de las reformas monetarias en las relaciones de Derecho privado».

Si a ello añadimos la pulcra traducción y el capítulo final de anotaciones de PUIG BRUTAU sobre «La inflación y el Derecho privado» en el ámbito español (muy bien sistematizado), podemos concluir que este autor ha prestado un gran servicio al enriquecimiento de nuestra literatura jurídica, tan necesitada de atención en el estudio de estas cuestiones y problemas.

J. B. C.

DELETAILE: «Dépréciation monétaire et capitalisme». Librairie de l'Université, Georg et Cie, S. A. Genève, 1959. Un volumen de 199 págs.

El civilista actual no puede desinteresarse de las cuestiones económicas, sobre todo cuando estas son un presupuesto o tienen un alcance directo en las instituciones jurídicas. Tal ocurre con el fenómeno de la depreciación monetaria, es decir, la lenta y continua pérdida del poder adquisitivo o valor del dinero. Al ser el dinero un objeto inmediato del Derecho, tanto en el campo de los derechos reales como en el de las obligaciones, los fenómenos, manipulaciones y actividades que se ejercen sobre él repercuten directamente, de tal modo que la contratación jurídica puede devenir inícuo e injusta. En los contratos de crédito, en toda relación contractual en que intervenga el dinero, una de las partes (en este caso de la depreciación, el acreedor) resulta muy perjudicada en aquellos negocios que han de cumplirse en un amplio margen de tiempo. Es en los contratos de tracto sucesivo donde la acción corrosiva, lenta pero activa de la depreciación, llega a infringir una falta de equivalencia, un desajuste y un desequilibrio en el aspecto conmutativo de los mismos. Las partes que de buena fe, en la confianza del signo monetario que el Estado les pone en sus manos para las transacciones, creen establecer una equivalencia de intereses, con el paso del tiempo y por efecto de la depreciación, ven que se destruye, especialmente para el acreedor, quien habrá de sufrir la pérdida que se produce cuando la devolución de la misma cantidad de dinero haya de tener lugar.

Hasta ahora la literatura jurídica que se ha producido en torno a la depreciación monetaria, tanto nacional como extranjera, ha tratado de oponer los remedios que desde los distintos sectores se arbitran. Así, desde el sector legal, la reforma o intervención legislativa; desde el judicial, la revisión moderadora del Juez; desde el particular, las cláusulas de estabilización que añaden las partes a sus negocios dinerarios. Ello es una consecuencia o reflejo que se produce desde el campo de lo económico, al considerar la depreciación como un mal que es necesario atajar y lograr eliminar.

Es curioso como la tesis de la obra de DELETAILE, de la que ahora damos cuenta, es demostrar que la depreciación es un fenómeno conatural al capitalismo y, en cierto modo, provechoso porque representa un medio de desplazamiento de los beneficios del capital a sectores de población no tan beneficiados por él. A su juicio, la depreciación continua que se produce de la moneda en los países capitalistas no es un hecho producto del azar. No resulta

de este o aquel accidente histórico. Aparece como una reacción instintiva, de autodefensa del sistema económico. Constituye un mecanismo esencial. Y nos concreta más este autor al decir que la depreciación de la moneda permite transferir una parte de las ganancias de los ahorradores hacia los asalariados, hacia los empresarios, en un régimen de producción en expansión.

Esta tesis así planteada no cabe duda que tiene sus repercusiones para el civilista, pues se presenta en distinto plano la equivalencia de intereses y puede llegarse a admitir que la pérdida sufrida por el acreedor representa un riesgo implícito al negocio justificable en base a ese punto de vista sociológico o social que hoy prende como nuevo virus en el ámbito de lo jurídico.

Se trata, pues, de la apreciación de un elemento de valoración más que es necesario tener en cuenta a la hora de ponderar intereses, de establecer equivalencias, dentro de los elementos clásicos del negocio jurídico. La depreciación que el legislador no corrige, mejor dicho, el índice de depreciación de la moneda que el legislador no establece de un modo general para toda la gama de negocios jurídicos o contratos, sino para ciertos supuestos determinados, la depreciación que el Juez ha de tomar en cuenta o que no ha de advertir al momento de establecer la equivalencia de las prestaciones, puede venir justificada respecto del deudor y en perjuicio del acreedor en función de unos puntos de vista o de unas categorías de valor de carácter económico-social. Se trata de llevar a cabo una «política de deudores» que en los regímenes de producción en expansión supone la defensa de los intereses de quienes son promotores de las fuentes de riqueza o de la puesta en actividad de un capital que, en la mayor parte de los casos, no tiene o debe de allegarlo.

Estas consecuencias respecto al Derecho privado que se vislumbran, después de conocer la obra de DELETALE, nos hacen ver la personalidad del autor como un teórico del capitalismo moderno o, más bien, como un «capitalista social». Conocedor profundo de la obra de MARX, impresionado por las duras críticas al capitalismo y fustigado por las circunstancias actuales, de su renovación, el autor, con su preparación teórica y práctica, pretende formular brevemente los postulados sociales del nuevo renacimiento capitalista. Más política que económica, su obra tiene la virtud de replantear problemas, de remozar las viejas cuestiones y de abrir, también para el civilista, nuevos horizontes.

JOSÉ BONET CORREA

GARCIA GARRIDO, Manuel: «*Ius Vxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*». Cuadernos del Instituto Jurídico Español núm. 9. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Roma-Madrid. 1958. Con una presentación del Prof. Volterra. XIV, 176 p.

En esta interesante monografía, que ha tenido una favorable acogida en la crítica internacional (1), García Garrido ha tenido el acierto de reunir en un conjunto armonioso y coherente los distintos elementos e instituciones

(1) Vid. las reseñas de MAYER-MALY, en *ZSS. R.L.*, 76 (1959), 607 s.; PEZZANA, en *Iura*, 10 (1959), 257 s.; HUBERCHT, en *Latomus. Rev. de Etudes Latines*, 18 (1959).

que forman el especial derecho de la mujer casada en el ámbito de las relaciones patrimoniales de la familia. El A. ha examinado cuidadosamente las fuentes romanas que regulan el patrimonio de la *uxor* para individualizar tanto las facultades de disposición de la mujer como las normas que regulan su patrimonio. Estas normas constituían, como el A. demuestra, un sistema jurídico armónico que atendía a la especial función de la mujer en el matrimonio y en el hogar.

A través del estudio, en sucesivos capítulos, del peculio de la mujer, de los bienes extradotales, de las donaciones nupciales y de los legados, el A. llega a la conclusión de que existió un complejo de normas de protección a la mujer que le aseguraba una particular esfera de actuación en el ámbito familiar y la disposición de un patrimonio propio en caso de disolución del matrimonio. Peculio y legados son los medios jurídicos a través de los cuales se hacen asignaciones patrimoniales a la mujer en el primitivo régimen de la *conventio in manum* y que continúan tradicionalmente aplicándose durante toda la época clásica. La evolución de la sociedad romana hacia nuevas formas y el descenso del nivel moral de la familia hacen que el derecho se apresurase a proteger la situación de la mujer imponiendo especiales normas de separación de bienes y, sobre todo, exigiendo la restitución de la dote. Esta institución fundamental es estudiada por el A. desde el particular punto de vista de los derechos y facultades de la mujer sobre los bienes dotales con la conclusión de que la dote, aunque pertenezca al marido, tal pertenencia queda afectada al destino de atender a las cargas del matrimonio —especialmente a las necesidades de la mujer— y de ahí que aparezca inevitablemente la idea de que la dote es *res uxoria*.

Para los cultivadores del derecho actual es recomendable el libro de García Garrido porque ofrece una visión completa de los principios clásicos sobre separación de bienes en el matrimonio que inspiran todavía las normas vigentes. La consideración de la experiencia jurídica romana en la aplicación de estos distintos elementos e instituciones —que partiendo del derecho arcaico llegan hasta la decisiva ordenación de Justiniano—, puede ser muy provechosa para el jurista actual y le ofrece un modelo de cómo las normas tradicionales pueden atemperarse a las nuevas circunstancias y hechos sociales. El lector encontrará en este libro fundadas explicaciones históricas a diversos problemas que el A. trata con el riguroso criterio de los estudios romanísticos. De otra parte, las conclusiones en orden a las limitaciones a la capacidad de disposición de la mujer, más formales que reales, en la época clásica, como el A. demuestra, invitan a una modificación de los rígidos esquemas actuales que tratan en todo caso, y sin la necesaria distinción de épocas y factores históricos, de fundamentar en los principios romanos las limitaciones a la capacidad femenina que todavía perduran.

511: DÍAZ BLADEF, en *Rev. Soc. Argentina de Derecho Romano*, 4-5 (1957-58), 100 s., entre otras, y las notas de MAGDELAÍN, en *Rev. Historique de D. français et étranger*, 37 (1950), 106, y de GUARINO, en *Laboe*, 1950. Las críticas textuales de García Garrido son tenidas en cuenta frecuentemente en un importante libro que, en la línea del más moderno método de investigación en Derecho romano, ha publicado recientemente el Prof. de Göttingen, F. WILCKER, *Textstufen Klassischer Juristen* (Göttingen, 1960): cfr. las citas en las notas de las páginas 284, 345, 346, 347, 355, 364, etc.

Entre las notables y numerosas publicaciones del A., el *Ius Uxorium* destaca como una valiosa e importante aportación al estudio del derecho de familia y en este sentido ha sido unánimemente valorado por la crítica. Sería laudable una continuación en la línea comenzada estudiando la situación patrimonial de la mujer casada en las fuentes de Derecho Romano vulgar de Occidente hasta enlazar con nuestro derecho medieval español.

J. BURILLO

GARIBI UNDABARRENA, José María: «Derecho marítimo práctico». Madrid, s. a. Editado por la Oficina Central Marítima. Un volumen de 833 págs.

Ciertamente faltaba en nuestra bibliografía española de Derecho mercantil un estudio completo que, con unidad de criterio, pudiese orientar los aspectos teórico y práctico de esta especialidad. La obra de Garibi viene a llenar, muy acertadamente, su cometido y trata de referirse más a la segunda orientación que a la primera, pues está concebida por las cuestiones y problemas que la vida diaria ofrece en las relaciones del Derecho marítimo.

De aquí que la sistematización de la obra atiende, preferentemente, a este aspecto y se distribuya en función de este objeto. No obstante, se advierte un orden sistemático, como sucede en los manuales clásicos de Ripert, Scialoja o Brunetti, a quienes el autor sigue muy de cerca en su criterio doctrinal.

La obra se compone de cincuenta y cinco capítulos, donde se exponen las materias siguientes: primero, concepto del Derecho marítimo; segundo, de los buques; tercero, de las personas que intervienen en el comercio marítimo; cuarto, documentación del buque; quinto, transporte de mercaderías por mar y contrato de fletamento; sexto, el conocimiento de embarque; séptimo, interpretación del contrato de transporte; octavo, la estiba del cargamento; noveno, el viaje (elección del lugar de carga, estancias, duración de las estancias); diez, flete y derecho de retención; once, descarga de las mercancías; doce, cláusulas de expedición; trece, extinción del contrato de fletamento; catorce, cláusulas internacionales empleadas en el comercio marítimo (CIF, FOB, FAS, FOR, FOT); quince, contrato de pasaje; dieciséis, préstamo a la gruesa; diecisiete, el accidente de abordaje; dieciocho, reglamento internacional para evitar colisiones; diecinueve, diferentes tipos de colisión; veinte, las pólizas de seguros ante la colisión; veintiuno, el navío militar ante la colisión náutica; veintidós, el radar y la modificación de responsabilidad; veintitrés, obligaciones del capitán y armador ante el siniestro; veinticuatro, la prueba en juicio por colisión; veinticinco, la instrucción de causas por abordaje; veintiséis, responsabilidad civil en la colisión culpable; veintisiete, jurisdicción, competencia y conflictos en materia de colisión; veintiocho, salvamentos, remolques, hallazgos, practicajes y alijo a gabarras (salvamentos, hallazgos, remolques, practicajes); veintinueve, arribadas forzosas; treinta, naufragio y encalladura; treinta y uno, limitación de responsabilidad de los propietarios de

buques mercantes; treinta y dos, el contrato de seguro marítimo; treinta y tres, garantías expresas; treinta y cuatro, la causa próxima; treinta y cinco, la avería particular; treinta y seis, el memorándum y los libros de averías; treinta y siete, la avería gruesa (reglas de York y Amberes); treinta y ocho, pérdida total y total constructiva; treinta y nueve, la cláusula de negligencia; cuarenta, asociaciones marítimas de protección e indemnización; cuarenta y uno, riesgos cubiertos por la cláusula de guerra; cuarenta y dos, la subrogación; cuarenta y tres, el reaseguro; cuarenta y cuatro, extornos de prima; cuarenta y cinco, derecho internacional marítimo (alta mar, aguas territoriales, aguas interiores o nacionales); cuarenta y seis, la guerra marítima (fuerzas navales de los beligerantes, circunscripciones de la guerra naval, efectos de la declaración de guerra, la neutralidad en la guerra marítima, buques mercantes enemigos al iniciarse las hostilidades, contrabando de la asistencia hostil, bloqueo, derechos de visita y control, de la destrucción de presas neutrales, tribunal internacional de presas); cuarenta y siete: el buque de guerra y el mercante ante el Derecho (el buque mercante ante el Derecho internacional, el buque mercante en aguas extranjeras); cuarenta y ocho, arbitrajes; cuarenta y nueve, derecho penal; cincuenta, derecho laboral (organización del trabajo, ingresos y ascensos), transbordos y traslados, suspensión y ceses, suspensión o modificación de la relación laboral, régimen administrativo y conflictos laborales, régimen económico, jornada de trabajo, descansos, enfermedad, premios, faltas y sanciones, procedimiento sancionador, previsión y acción social, seguridad e higiene en el trabajo, reglamentos de régimen interior, disposiciones varias, derecho internacional laboral marítimo); cincuenta y uno, sanidad nacional e internacional; cincuenta y dos, contrabando y defraudación; cincuenta y tres, la navegación y su seguridad (balizamiento, señales de temporal y puerto, buques-faros tripulados, servicios semafóricos y radiogoniométricos, faros y radiofaros, Código Internacional de señales, convenio para la seguridad de la vida humana en el mar, contaminación de las aguas del mar, cables submarinos); cincuenta y cuatro, reglamentaciones portuarias; cincuenta y cinco, nacimientos, matrimonios, testamentos y defunciones a bordo.

Como puede advertirse, los temas tratados por esta obra son muy completos y prácticos.

J. H. C.

GONZALEZ SANTANDER, «El problema de la vivienda». Madrid, 1960. Editorial Cabal. Un volumen de 77 págs.

Encabezado este libro por una biografía política del autor y con un prólogo que afirma la justificación del Derecho en la Política, según el último mensaje del Caudillo, el autor pone al descubierto los males que aquejan a nuestra legislación arrendaticia urbana, a pesar de que afirma que las bases que pretende establecer están de acuerdo con el espíritu que anima la L. A. U. de 22 de diciembre de 1955.

En la primera parte hace ver cómo la ausencia del capital privado, debido a la baja rentabilidad de la inversión, empeora el problema de la vivienda, sobre todo cuando se destina a la clase media y humilde, el núcleo más amplio de la población española. Como cree que no es fácil estimular el capital privado hacia la construcción de viviendas, a no ser que se describiera el aumento del alquiler, propone «una limitación de la propiedad privada encaminada a la construcción de viviendas(!), convirtiendo, en parte, esa tarea en un servicio público, cuya financiación no gravitara sobre el presupuesto nacional». Afirma que se ha de paliar el problema cortando los abusos de toda índole y cree que no se aplican las disposiciones vigentes.

Entonces, propone: prohibición de viviendas desocupadas y utilización de más de una; obligatoriedad de alquilar las viviendas de renta limitada pasado el plazo que la Ley señala; construcción por el Estado y Entidades públicas de viviendas para sus empleados; construcción de viviendas para obreros por parte de las empresas, y por los Sindicatos y Montepíos para los productores, insistiendo en el carácter de servicio público que debe tener la construcción de viviendas para los trabajadores. Después de leer este análisis de la vivienda española da la sensación de que nos encontramos en una gran anarquía, donde falta una real policía-fiscal de la vivienda y donde es necesaria una mayor planificación. La fórmula propuesta es la de un socialismo de Estado.

En la justificación doctrinal advierte que el problema de la vivienda no puede el Estado resolverlo por sí solo, ni tampoco la iniciativa privada. Hasta ahora, hace ver cómo el problema se ha paliado a base de reducir los derechos de los propietarios. La fórmula que el autor propone para resolver la cuestión es reducir los derechos de los inquilinos, sobre todo de los de renta antigua. A tal objeto trae las citas de César Cort, arquitecto urbanista, de su artículo en «ABC», de Franco, de Girón, de Arrese, del Congreso Internacional de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, de los puntos de la Falange, del Fuero de Trabajo y del Profesor Hernández Gil, para concluir que se ha de estimular la iniciativa privada y, si ésta no es bastante, debe el Estado asumir las correspondientes obligaciones.

La parte siguiente de esta obra la componen 23 «bases fundamentales de la fórmula económico-jurídica». En ellas se encuentran las siguientes normas: calificar por categorías todas las viviendas según las características y situación de las mismas, conforme a unos módulos por metro cuadrado, revisables de acuerdo con el índice de coste de la vida; creación de Juntas de inquilinos y propietarios para calificar las viviendas que ocupan y órgano decisorio las Cámaras de la Propiedad; las diferencias de renta que surjan entre los alquileres según las nuevas bases las distribuyo el autor en cuatro partes: una en beneficio directo del propietario y las otras tres en beneficio indirecto del propietario para la modernización y adecentamiento de sus viviendas; para la creación de un fondo común que administrará un organismo competente para la conservación y reparación de inmuebles; otra para la creación de un fondo de maniobra para la construcción de nuevas viviendas, la cual recibiría el propietario mediante títulos de Propiedad Urbana para la construcción de viviendas amortizables a

treinta años con un interés del 2 por 100; otra medida sería que los inquilinos pudiesen reajustar, según sus necesidades, la vivienda a través de permutas, ampliar estas medidas también a los locales de negocio y subarrendos; conceder determinadas libertades, como la de denegar la prórroga del contrato, pero pudiendo oponerse el inquilino al derecho de acceso a la propiedad; se proyecta la creación de un Banco de la Propiedad Urbana de España; impuestos sobre chalets y fincas de recreo; en fin, siguen así una serie de limitaciones y planificaciones que complica, hasta el máximo, con organismos funcionarios una institución que desde Roma hasta hace poco era mera transacción de libre cambio y en función de la oferta y de la demanda.

J. H. C.

GOURION, René: «*La photographie et le droit d'auteur. Etudes de droit comparé*», París, 1959, 200 págs.

En el cuadro de la nueva ley francesa de 11 de marzo de 1957 sobre propiedad intelectual, se encuentran asimilados los derechos sobre las fotografías a los derechos de autor sobre obras literarias o artísticas al disponer en su art. 3.º que: «sont considérées notamment comme oeuvres de l'esprit au sens de la présente loi... les oeuvres photographiques de caractère artistique ou documentaire et celles de même caractère obtenues par un procédé analogue à la photographie».

El Dr. Gouriou aborda por primera vez el estudio crítico de la nueva regulación legal, cuyas soluciones se exponen en una primera parte, poniéndose de relieve la dificultad de encontrar un criterio diferencial para discernir el carácter artístico o documental de una fotografía; luego examina las soluciones adoptadas por las legislaciones extranjeras más recientes, así como lo acordado en los Convenios internacionales de Berna en 1886 y de Ginebra en 1952, en esta materia.

En la segunda parte, el autor, con base en la rica casuística ofrecida por la jurisprudencia francesa, realiza una reconstrucción dogmática de los diversos aspectos jurídicos que puede presentar la obra fotográfica, ya sea tomada fuera de toda vinculación contractual, ya sea mediando un contrato de arrendamiento de obra o de servicios.

Concluyendo su trabajo nos habla Gouriou de su insatisfacción por la nueva regulación, de la tendencia jurisprudencial a proteger toda clase de «clichés», de las dificultades no leves que implica asimilar la fotografía a una obra de arte. Propugna una regulación especial fuera del marco de la propiedad intelectual, exigiendo el depósito previo y limitando a veinticinco años la duración de la protección.

Excelente monografía, bien informada, y en la que no se descuidan ninguno de los intereses en juego.

Gabriel GARCÍA CANTERO

GUIMERA PERAZA, Marcos, «Alrededor del protesto de letras de cambio». Separata de la Revista del Foro Canario. Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas, 1959. Un volumen de 41 págs.

Guimerá, conocido publicista del Derecho privado, actualmente Notario del Ilustre Colegio de Las Palmas, ofrece en estas páginas la conferencia que pronunció el 16 de mayo de 1959 en el Salón de Actos de la Real Sociedad Económica de Amigos del País, con motivo de la festividad de San Juan Nepomuceno. En ella aborda el tema del protesto de letras de cambio, lleno de una finalidad práctica, tanto para los intereses particulares del ámbito canario, donde el desarrollo del comercio es intenso, como para el peninsular, donde también el tema tiene siempre importancia.

El autor particulariza una de las facetas más significativas de la letra de cambio, la que se refiere al protesto, o sea, cuando se levanta un acta notarial acreditativa de la falta de aceptación o pago de una cambial. Tiene como fin principal hacer constar, de una manera fehaciente, el hecho de la inaceptación o impago de la letra. Tal es el concepto que el autor cree valedero para el Derecho positivo español.

El estudio está distribuido en seis capítulos, donde se especifican las cuestiones referentes al concepto del protesto, la necesidad del protesto y la cláusula «sin gastos», el tiempo del protesto y el caso de letra a la vista, el domicilio del protesto, el protesto y el avalista, y la notificación del protesto.

El problema central que se plantea es el de las letras con firmas intervenidas o legitimadas; y concretamente el de si para dirigir la acción contra cualquiera de los firmantes de la cambial (librador, endosantes, avalistas), y aunque sus actos estén intervenidos por Agente o Corredor o sus firmas legitimadas por Notario, debe practicarse la notificación del artículo 517 del Código de Comercio, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del número 4.º del artículo 1.429 de la LEC, incluso notificando al propio demandado.

Frente a Guasp, Núñez Lagos y Escobar, que entienden obligada la notificación, en todo caso, a todos los interesados de la cambial, como sustitutivo de las diligencias de reconocimiento, Guimerá cree que la diligencia judicial, al ser sustituida por la mercantil o notarial, según los casos, deja reconocida la firma de una manera indubitada.

Lo que antes se hacía ante el Juez, después del protesto, se hace ahora de antemano por el Agente o Corredor o a presencia del Notario. Entiende, pues, que se está ante una sola y misma notificación, que habrá de practicar, en virtud de lo ordenado por la LEC, en la forma prevenida en el artículo 517 del Código de Comercio, interpretado por la sentencia de 7 de julio de 1928 y con sus mismos efectos. Por tanto, concluye este autor, para despachar la ejecución de una letra de cambio contra el librador, avalista o endosantes, que tengan intervenidos sus actos o legitimadas las firmas, no será necesario ni reconocimiento judicial de su firma ni notificación notarial alguna.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «La superficie urbana», Instituto García Oriedo, Universidad de Sevilla, 1960, un volumen de 146 págs.

Quizá resulte ocioso resaltar aquí el acierto del tema elegido por Gullón para su última monografía. Cuando la sustantividad del derecho de superficie aparecía oscura en el Código (cfr. arts. 1.655 y 1.611, 3.º) y la jurisprudencia realizaba meritorios esfuerzos por caracterizarlo (cfr., principalmente, S. de 3 de julio de 1941), aparece evidente la trascendencia que en nuestro Derecho privado tienen las nuevas disposiciones legales que lo regulan y cuantos estudios doctrinales con ellas se relacionen. Si a esto añadimos la ambiciosa finalidad asignada al derecho de superficie en la Ley del Suelo—cuyo capítulo I del Título IV lleva por rúbrica «Fomento de la edificación»—se acabará de comprender la oportunidad y el interés del tema elegido por el profesor Gullón.

Y, acertado el tema, el libro tenía que ser necesariamente valioso, pues su autor nos tiene ya acostumbrados a la seriedad de su método de trabajo y a la profundidad de sus investigaciones. Gullón Ballesteros no se preocupa por sutilezas dogmáticas ni se detiene en lo ya resuelto y superado; con rapidez y eficacia va abordando la problemática de sus instituciones, deteniéndose en cada cuestión lo necesario, lo suficiente, pero nada más; y salta, sin solución de continuidad, a la cuestión siguiente.

Es digna de destacarse la orientación metódica que sigue: realista, práctica y teleológica; porque en cada materia que somete a su estudio tiene en cuenta, más que su existencia ideal e incluso normativa, su realización social, sus posibles vivencias; porque no crea problemas que después no resuelve, sino que resuelve los que la norma o la realidad puedan verosímelmente plantear; y porque en sus soluciones tiene muy presente, como finalidad de la interpretación, la justicia o injusticia de sus resultados. Un ejemplo patente de este *modus operandi* lo ofrece su crítica a la tesis de Segre sobre la irrenunciabilidad apriorística de la accesión (págs. 25), y muy especialmente su tratamiento al problema de la accesión de lo edificado por terceros: refuta Gullón con buenos argumentos doctrinales la opinión *doctrinalista* de Salis, para después adoptarla él mismo, no por razones doctrinales como éste, sino porque la solución contraria, doctrinalmente más correcta, llevaría en sus últimas consecuencias a resultados injustos y hasta absurdos (págs. 29 y 30).

Con acierto ha puesto el doctor Gullón como subtítulo de su monografía: «El derecho de superficie en la Ley del suelo y legislación hipotecaria». Porque no se trata de un estudio completo, institucional, del derecho de superficie, sino que presupone en el lector el conocimiento del mismo en sus coordenadas escolásticas—concepto, origen e historia, naturaleza, función económica, etc.—y, así, se limita a revisarlas en cotejo con la novísima legislación sobre la materia: Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956 y Decreto de reforma del Reglamento Hipotecario, de 17 de marzo de 1959. Aun así, tampoco todas las categorías doctrinales son contempladas, desde el ángulo visual de la reforma legislativa, en la monografía de Gullón, sino que éste centra su predilección en la problemática de la institución y sus soluciones en la legalidad nueva. En segundo lugar, el libro requiere un

previo conocimiento de la institución porque, aun en la problemática institucional, prescinde, en general, del anterior estado de Derecho que hace comprender en toda su hondura la trascendencia de la reforma y el esfuerzo y mérito del estudio realizado por el autor. Finalmente, el libro es tan inmediato y sustancioso que prescinde de un estudio externo y general de aquellas disposiciones legislativas y entra directamente en su contenido. Digo todo esto no como censura, sino como aviso a los estudiosos y, precisamente, para resaltar las virtudes científicas del doctor Gullón Ballesteros, quien prácticamente con el mismo esfuerzo pudo muy bien hacer una voluminosa monografía institucional con lo ya hasta ahora realizado más el resultado de su investigación. Un libro en el que lo personal y odierno se superpusiese a lo ajeno y anterior. No es demasiado corriente esta forma de aportación científica. Claro que también tiene algún inconveniente, pues resulta más cómodo manejar un solo libro que añadirlo a los existentes para que rinda todo lo que, así, es susceptible de rendir. En este sentido su afirmación (referida al art. 138-3 de la Ley del Suelo interpretado *a contrario sensu* y al art. 16-D del Reglamento Hipotecario) de que «el derecho de superficie se puede también hacer a título oneroso o gratuito» (pág. 59), pierde indudablemente resonancia y trascendencia al prescindir del estado de doctrina anterior a la reforma sobre la esencialidad o no esencialidad del pago del canon. Por lo demás, el honrado empeño de Gullón por eludir *la paja*, por presentar en su escueta desnudez los problemas suscitados, tiene el inconveniente de exponerle a prescindir, en su preocupado afán de omitir lo accesorio, de algún aspecto que pudiera, sin embargo, haber sido interesante: por mi parte, encuentro a falta de este orden de cosas una previa y precisa delimitación del alcance y ámbito de aplicación de la Ley del Suelo frente al Reglamento Hipotecario: las diferencias de regulación sucesivamente señaladas en la monografía obtendrían así más luz y claridad: tal sucede, por ejemplo, con la prohibición establecida en la Ley del Suelo y silenciada en el Reglamento Hipotecario, de que el superficiario enajene su derecho sin autorización del propietario del suelo, y salvo pacto en contrario, en tanto no hubiese edificado en la mitad, por lo menos, de lo convenido: pues bien, como de pasada, dice el autor: «no se puede sostener la aplicación subsidiaria del precepto de la Ley del Suelo en el ámbito de la superficie constituida para fines distintos de los señalados en ésta» (pág. 104). Afirmación que juzgo interesantísima pero que aparece así desplazada y desdibujada, pues su trascendencia excede al problema concreto al que Gullón alude.

En fin, que hay trabajos que aparentan más de lo que en realidad son y otros que aparentan menos, que esconden o disimulan su importancia y mérito: no dudo en afirmar que el de Gullón es de estos últimos.

En la misma línea de apreciaciones es de alabar la sobriedad con que usa de las citas y referencias bibliográficas; hoy, que en ocasiones se tiende a abusar del aparato bibliográfico y a impresionar con desbordante erudición, choca la austeridad con que en este libro ha sido empleada: el autor hace las citas y referencias que juzga necesarias y ninguna más.

Para terminar esta noticia y con objeto de dar una impresión objetiva

y conjunta de la obra, voy a transcribir el Sumario de la misma, suficientemente indicario, por lo demás, de su importancia:

CAPÍTULO I.—1. Premisas.—2. Definición de la superficie.—3. ¿Superficie o propiedad reparada?—4. La superficie y su relación con la accesión.—5. Naturaleza de la superficie.—6. La propiedad reparada.—CAPÍTULO II.—1. Capacidad para la concesión superficiaria.—2. Modos de constitución de la superficie.—3. La forma de constitución.—CAPÍTULO III.—1. Derechos del superficiario: A) La utilización del suelo; B) Derechos de disposición sobre la superficie; C) Gravamen de la superficie.—2. Los derechos de tanteo y retracto en la superficie.—3. Obligaciones del superficiario.—CAPÍTULO IV.—1. Extinción de la superficie: A) Causas y efectos generales; B) Efectos respecto a derechos reales.—2. Los arrendamientos concertados por el superficiario.

FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA
Profesor adjunto de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza.

HERNÁNDEZ-GIL, Antonio: «Derecho de obligaciones», tomo I (La obligación y su estructura. Doctrina general de las fuentes de las obligaciones. Cumplimiento. Pago de las deudas de dinero. Problemas de fluctuación y estabilización monetaria). Madrid, 1960; 466 págs.

Con razón ha podido decirse que si el Derecho civil es entre todas las ramas del Derecho la más jurídica, la teoría de las obligaciones es la más jurídica de las partes del Derecho civil. De ahí su interés, por ser su estudio una excelente escuela de razonamiento y de dialéctica y, a la vez, su dificultad, dado el grado de abstracción que tal estudio comporta. En este *Derecho de obligaciones*, fruto de varios años fecundos de magisterio universitario y de brillante ejercicio profesional, Hernández-Gil se enfrenta con aquella dificultad y la resuelve ofreciéndonos un libro de extraordinario interés.

Para el estudio del *concepto* y de la *estructura* de la obligación, toma Hernández-Gil como punto de partida el examen a fondo de la distinción entre los derechos reales y los de obligaciones. Consciente de que esta cuestión no tiene un alcance exclusivamente teórico, incluye sendos epígrafes en los que se atiende al modo de reflejarse la distinción en el ordenamiento jurídico español y a las dificultades que ofrece en su aplicación práctica.

Hecha esta delimitación de campos, procede a una nueva delimitación para fijar el concepto de la obligación jurídica, no en contraposición sino en conexión con los conceptos de obligación moral y de obligación social. Situada la obligación en la categoría, técnicamente más amplia, del deber jurídico, surge la diferenciación entre el deber jurídico general, los deberes jurídicos particulares y las «obligaciones» en su significado específico. El Derecho de obligaciones es el resultado de la agrupación y, al mismo tiempo, de la independización (dentro de la esencial unidad sistemática) de ciertas categorías de deberes jurídicos.

La idea de «deber» es, pues, esencial para el concepto de la obligación. Pero si la obligación es esencialmente deber, ello no significa que lo sea única y exclusivamente. En aras de una concepción integradora de la obligación, se afirma que al deber de prestación figura asociada la responsabilidad, constituida por el conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor (en cuanto ha asumido un deber) y que tiende a dotar de efectividad al derecho del acreedor. Identificar la responsabilidad con una indemnización pecuniaria es empequeñecer el concepto de la obligación y dejar sin explicación una importante serie de efectos; la responsabilidad no es una fase de la obligación en la que solamente se penetra a través del incumplimiento, sino que refleja la total sanción que incorpora el ordenamiento jurídico al deber asumido.

Tras una breve referencia a los sujetos de la obligación (determinación, supuestos de pluralidad) se entra en el estudio de la prestación como objeto de la obligación. En la caracterización de la prestación cooperan dos factores: un factor constante, que es el comportamiento del deudor, y un factor variable y que, por tanto, puede no concurrir: las cosas. La prestación, que siempre es una conducta, puede estar o no referida a las cosas; cuando lo está, las cosas se incorporan al objeto. No es posible eliminar radicalmente a las cosas al considerar el objeto de la obligación; es más, en las prestaciones de dar, las cosas llegan a tener jurídicamente más relevancia que el comportamiento, y su naturaleza se proyecta sobre la obligación misma, dando lugar a distinciones como las que existen entre las obligaciones específicas y las genéricas, entre las divisibles y las indivisibles, etc.

Se examinan los requisitos de la prestación (posibilidad, licitud, determinabilidad) y, con especial detenimiento, el problema de la patrimonialidad de la prestación. Hernández-Gil no vacila en admitir la posibilidad de que una prestación no susceptible de valoración económica o patrimonial integre el objeto de las obligaciones y produzca consecuencias jurídicas. El Derecho tutela intereses extrapatrimoniales; lo mismo ha de afirmarse del Derecho civil y, en particular, del Derecho de obligaciones. Ciertamente este último es eminentemente patrimonial, pero los intereses económicos aparecen a veces vinculados a otros que no lo son, e incluso pueden presentarse en ocasiones intereses no propiamente económicos como objeto de la relación jurídica obligacional. «Precisamente la superación del plano del interés económico marca una directriz en la evolución del Derecho civil». Si se propugna la procedencia de la indemnización del daño moral (prestación desprovista originariamente de valor patrimonial) resulta inconsecuente sostener que la patrimonialidad es un requisito de la prestación. Por otra parte, la validez de los conceptos jurídicos se comprueba en razón de los efectos, y lo cierto es que la prestación desprovista de valor patrimonial despliega consecuencias jurídicas.

En función de la naturaleza de la prestación, se estudian detenidamente las obligaciones genéricas, las alternativas y las indivisibles. Cierra esta primera parte de la obra un interesante capítulo dedicado a las obligaciones dinerarias y a las deudas de valor, en el que se resume toda la teoría

jurídica del dinero, así como los rasgos esenciales del sistema monetario español.

El título segundo del libro estudia el *nacimiento de las obligaciones*. Para clasificar las fuentes de las obligaciones y para superar los criterios exclusivamente voluntaristas o exclusivamente legalistas, el autor las enuncia y clasifica atendiendo a la medida en que se combinan la voluntad y la norma; de ello resulta la clasificación siguiente:

A) La voluntad, con la cooperación de las normas generales reconocedoras de su eficacia y con la cooperación, en su caso, de las normas tipificadoras y de las supletivas o integradoras de una voluntad no desarrollada totalmente. (Contratos típicos y atípicos; promesa unilateral.)

B) La norma imponiendo consecuencias jurídicas estructuradas como obligaciones, sobre la base de un presupuesto de voluntad. (Contratos de contenido forzoso; actos ilícitos que engendran responsabilidad civil; gestión de negocios sin mandato.)

C) La norma imponiendo consecuencias jurídicas estructuradas como obligaciones, sin subordinación a un presupuesto de voluntad. (Responsabilidad objetiva; enriquecimiento injusto; contratos impuestos.)

Al *cumplimiento de las obligaciones* se dedica todo el título tercero, iniciado con una referencia a los problemas terminológicos y sistemáticos que plantea la utilización de las expresiones «cumplimiento», «pago» y «extinción». A lo largo de los capítulos que integran este título se estudian: el concepto y la naturaleza del cumplimiento; la legitimación activa y pasiva; la capacidad para el cumplimiento y el poder de disposición; los requisitos del cumplimiento (identidad, integridad, indivisibilidad); el pago de las deudas de dinero y el principio del nominalismo, con sus medidas correctoras: los medios de pago de las deudas de dinero; la imputación de pagos; el lugar y el tiempo del cumplimiento. Destaca en esta parte de la obra el estudio de los problemas de fluctuación y estabilización monetaria, a través del examen de los medios de corrección y moderación del nominalismo en el plano de la legislación, en el de la previsión contractual (cláusulas de estabilización) y en el de la interpretación progresiva y en función de las circunstancias que la jurisprudencia ha dado a algunas normas rectoras del Derecho de obligaciones.

La obra se presenta casi totalmente desprovista de citas y notas bibliográficas. Ello no significa menosprecio a las posiciones doctrinales mantenidas en torno a los problemas que aborda, puesto que en lo fundamental tales posiciones están recogidas y analizadas a fondo. De lo que se ha prescindido es del recuento minucioso de opiniones que, tantas veces, solamente sirve para desorientar al lector llegando a lo sumo a crear conciencia de los problemas pero sin aportar apenas nada en el plano de las soluciones. Hernández-Gil no ha rehuído ninguno de los problemas que le han salido al paso; ante cada uno de ellos ha sabido encontrar una solución, que podrá ser admitida o discutida pero que siempre traduce un criterio definido.

Otro acierto digno de ser destacado es la inclusión en el libro de un detallado índice alfabético de materias, complemento desusado en la mayoría de nuestros tratados o manuales y que, sin embargo, cumple una

función práctica estimabilísima cuando libros de esta índole han de ser utilizados como obras de consulta. Hay también índices de los artículos de los Códigos y Leyes citados en el texto, así como de las sentencias del Tribunal Supremo, resoluciones de la Dirección General de los Registros y de los dictámenes del Consejo de Estado.

Con pretensiones de sinceridad y de autenticidad, el autor ha escrito un libro verdaderamente original por su sistemática, por su método, por su mismo estilo. Sin afanes revolucionarios, ha encontrado el punto de equilibrio entre lo tradicional y lo nuevo y ha sabido acomodar, dentro de un sistema cuyas líneas fundamentales siguen siendo las que trazó el Derecho romano, toda una trama de instituciones y de técnicas creadas por el imperativo de las modernas formas del tráfico jurídico y por el ambiente económico y social que lo condiciona. El resultado—el feliz resultado— es un Derecho de obligaciones «a escala actual», un libro que se sitúa, desde el momento mismo de su publicación, en la primera línea de nuestra literatura jurídica contemporánea. Hemos de hacer votos para que en fecha próxima podamos contar con los restantes tomos de esta interesantísima obra.

J. FERRANDIS VILELLA

LANGLE, Emilio: «Manual de Derecho Mercantil español». III. Obligaciones comerciales. Doctrina general de las obligaciones mercantiles y de sus fuentes, especialmente del contrato. Contratos de comercio en particular. Barcelona. 1959. Editorial Bosch. Un volumen de 651 págs.

El profesor Langle da a la publicidad el tercer tomo de su Manual de Derecho mercantil español que, como los anteriores, supone una obra fundamental y completa. Fundamental, porque en ella se tratan con minuciosidad objetiva las cuestiones más esenciales y no se olvidan las más adyacentes; completa, porque en ella aparecen aunadas la teoría y la práctica, la visión de la literatura jurídica nacional y extranjera, así como el derecho positivo, la legislación especial y las sentencias del Tribunal Supremo.

La obra está dedicada, en particular, a las obligaciones comerciales. En primer lugar, se expone la doctrina general de las obligaciones mercantiles y de sus fuentes. Se trata ampliamente la teoría general del contrato mercantil, sus requisitos, sus efectos y la extinción.

La segunda parte de la obra trata las especies de contratos comerciales. Después de establecer las clases de contratos mercantiles (criterios clásicos de la doctrina española, distinciones conforme al Derecho positivo español y clasificaciones más modernas), se estudian las distintas figuras contractuales en particular: la compraventa y la permuta, las compraventas especiales, las operaciones bursátiles, el contrato de edición (con especial referencia a la cinematografía), el contrato de hospedaje, la comisión, el préstamo, el contrato de cuenta en participación, el depósito, la fianza, la prenda, la hipoteca, la cuenta corriente, el negocio bancario, estudiándose

ios órganos (Bancos) y contratos bancarios, el transporte terrestre (en general y de cosas y de personas y especiales), el seguro en general, las clases de seguros (con especial referencia al de daños, en general, y al de daños, en particular) los seguros personales, el reaseguro y la materia referente al Consorcio de compensación de Seguros.

J. H. C.

«Legislación del Registro Civil». Madrid, 1959. Editorial Revista «Pretor». Un volumen de 363 págs.

La Editorial de la Revista «Pretor» publica el texto de la ley de 8 de junio de 1957, concordada y anotada con comentarios y bibliografía. A pesar de que se hace esta primera edición, aún sin conocer el texto del Reglamento, su utilidad es manifiesta, pues con ello consigue su difusión y conocimiento al mismo tiempo que une los antecedentes históricos de cada precepto y la literatura jurídica formada en torno a ellos.

Este volumen ofrece, además, una introducción donde se da a conocer los ponentes que intervinieron en la elaboración de esta ley y se recoge íntegramente el discurso que el Ministro de Justicia pronunció en la Sesión de Cortes del día 28 de mayo de 1957.

Se añaden al texto de la Ley una tabla de concordancias entre la Ley y el Reglamento; las disposiciones complementarias (aranceles, impuesto del timbre, registro consular y aranceles); un índice alfabético y un anexo de modelos oficiales sobre libros e impresos [libro de nacimientos, de matrimonio, de defunciones; apertura y cierre de libros; declaración de nacimiento, matrimonio canónico (aviso y acta); declaración de defunción; parte facultativo de defunción; parte de alumbramiento de criaturas abortivas; acta de declaración de aborto; expediente para la obtención de fe de vida; fe de vida y estado; certificación en extracto de acta de nacimiento, matrimonio y defunción; certificación literal de actas; modelos de partes comunicando matrimonio o defunción para la nota en la inscripción de nacimiento y modelos no impresos.]

El volumen, en formato de bolsillo, resulta de cómodo y útil manejo.

J. H. C.

MILANI, Francesco: «Consorzi reali in agricoltura. Parte Generale». A. Giuffrè, Milano, 1959; 196 págs.

El propósito de Francesco Milani, docente de Derecho agrario en la Universidad de Modena, es muy concreto: estudiar uno de los tipos de consorcio, el consorcio real en agricultura, definido como asociación voluntaria o coactiva de propietarios que, mediante aportaciones, se proponen actuar un interés común, mejorando sus fundos. Pero los resultados, evidentes a lo largo de la monografía, han sido mucho más vastos, en cuanto enfrentándose

con muchos de los grandes temas del derecho ha llegado a resultados que interesan a la teoría general del derecho y que deberán ser tomados en consideración, en lo sucesivo, por estudiosos de cuestiones aparentemente sin conexión con la tratada en la obra que nos ocupa.

El autor ha utilizado ampliamente los resultados de la doctrina en campos muy dispares, y, muy especialmente del derecho de asociaciones en sentido amplio. No ha querido aislarse en los terrenos acotados por una especialización restrictiva, con lo que el trabajo se ha beneficiado de una mayor amplitud de visión y de una mayor utilización de medios instrumentales. Una manifestación más de la corriente que merece la más absoluta aprobación favorable a la utilización de la dogmática elaborada en campos muy diversos o puesta al servicio de temas nuevos o necesitados de un nuevo examen.

La exposición es siempre clara, las opiniones van acompañadas de sólido apoyo argumental y toda la obra ofrece el interés de ser la primera exposición general sobre una cuestión que además de su indiscutible interés dogmático está llamada a tener abundantes repercusiones prácticas.

Presentado, justamente, el consorcio real en agricultura como una asociación de propietarios, cuyo objeto es la ejecución y conservación de obras comunes que aportan utilidad a los fundos, y sólo a través de éstos a las personas de los propietarios, se analizan en el capítulo primero los posibles elementos personales integrantes del consorcio (propietario, enfiteuta, usufructuario, así como las personas jurídicas, privadas y públicas), la constitución del mismo (por contrato o por acto colectivo), de la que derivan obligaciones que, transmitiéndose con el fundo, son calificadas de *propter rem*. Las posibles relaciones de carácter real son calificadas de aspecto secundario de la institución.

Partiendo de la base de que el consorcio tiene capacidad de adquirir y poseer un propio patrimonio, se estudia en capítulo segundo la composición del mismo, formado, principalmente, por las aportaciones de los asociados y que se presentan, a la vez como obligaciones *propter rem* y privilegios sobre el fundo, y por otras eventuales aportaciones de bienes, servicios y créditos.

Todo ello lleva lógicamente al análisis del funcionamiento del consorcio, que presupone, a su vez, la existencia de órganos capaces de manifestar la voluntad del ente y de actuar un interés calificado de superior, necesario y existente, con independencia del origen, voluntario o coactivo, de la asociación. Es interesante observar cómo tal voluntad superior está subordinada a la voluntad del Estado, que se manifiesta, sobre todo, en el estado inicial, a través de una providencia constitutiva, generalmente emanada a instancia de parte y durante la vida del consorcio, mediante formas de descentramiento y de control. En el examen del funcionamiento de la asamblea, de las facultades del presidente y de los administradores, de los liquidadores en caso de extinción, es ampliamente utilizada por analogía la doctrina elaborada en materia de asociaciones y de sociedades, y de la doctrina administrativa en aquellos puntos en que la presencia de la Administración se manifiesta más clara.

Dotados los consorcios de personalidad jurídica, en general, pueden ser titulares de todos los derechos que aquéllas pueden adquirir, tales como derecho al nombre, al domicilio, etc. Otros derechos, los denominados dere-

chos debilitados, son propios exclusivamente de los consorcios de derecho público.

Entre las obligaciones de los consorcios se estudian las nacidas de actos del funcionario o dependiente, o de contrato con particulares, y en especial de los derivados de los servicios públicos que les son propios.

Junto a los derechos y obligaciones del consorcio están los de los asociados, determinados por el propio acuerdo o contrato de consorcio, que el autor clasifica y analiza en sus diversas manifestaciones.

Cierra la obra un capítulo, el quinto, destinado a la clasificación de los consorcios desde diversos puntos de vista, en función de los diversos elementos utilizables.

E. VERDERA

NAPOLETANO, Vincenzo: «Dizionario bibliografico delle riviste giuridiche italiane su leggi vigenti. Prima appendice aggiornata a tutto il 1956». Milano, 1957, 456 págs.; «1957», Milano, 1958, 452 págs.; «1958», Milano, 1959, 815 págs.

En este mismo Anuario, 10 (1957), 542, nos ocupábamos del primer volumen de este utilísimo compendio bibliográfico. Ahora, a pocos años de distancia, satisface poder comprobar el espíritu de continuidad que anima al autor y a sus colaboradores, y las mejoras sucesivas introducidas en la obra. Es frecuente que obras de este tipo, por la misma dificultad inherente a su realización, queden «estancadas» perdiendo con ello buena parte de su indudable utilidad. Como en el presente caso no ocurre así, y a un año de distancia aproximadamente se pone a disposición del lector toda la bibliografía italiana publicada en revistas jurídicas en el año anterior, es justo el resaltarlo así.

Entre las innovaciones contenidas en los apéndices hasta ahora publicados, debe notarse: que al título de la revista se añade su dirección, que a partir del apéndice correspondiente al año 1957 se incluye un sumario analítico de los artículos más importantes, que también, desde la misma fecha, se han incluido los trabajos publicados en los «Annali Universitari», «Studi» y «Scritti».

Digamos, por último, que la obra ha merecido el «Premio di Cultura della Presidenza del Consiglio», y que entre los colaboradores se citan los nombres de Riccardo Chieppa, Alberto de Roberto y Mario d'Ovidio.

Si se persiste en el esfuerzo de continuidad, auguramos a la obra de Napoletano un halagüeño éxito en Italia y fuera de Italia.

Gabriel GARCÍA CANTERO

PROVINCIALI, R.: «Tratado de Derecho de quiebra». III tomo. Traducción española de LUPO CANALETA y ROMERO DE TEJADA, con adiciones de Derecho español de JOSÉ A. RAMÍREZ. Tomo tercero. Barcelona 1959. Editorial AHR. Un volumen de 699 págs.

Ha constituido un acierto el editar, en castellano, la obra de Provinciali para añadirle las notas de Derecho español por el ilustre Letrado José

A. Ramírez. Ciertamente que nuestra doctrina no ha desarrollado con la atención que merece esta materia concreta, quizá, porque nuestro comercio e industria en esta primera mitad del siglo xx habían quedado rezagados. Ello iba a repercutir en los problemas cotidianos y en las esferas académicas. Tal abandono de la materia de quiebras era, en cierto modo, lógico y marchaba a la par de los acontecimientos.

Muy distinto es el horizonte actual y la marcha ascendente que ha emprendido la vida mercantil e industrial española. Ya se siente la necesidad de una postura propia y la estructuración legal y jurisprudencial, conforme a los nuevos tiempos; no bastan ni son suficientes las meras teorías importadas; ellas pueden servir de pauta, y de ejemplo también, así como de término de comparación, para ver lo mucho que aún nos falta por hacer; pero jamás para una mera repetición. El mundo consuetudinario del comercio tiene matices que repercuten muy acusadamente en el procedimiento de la quiebra.

Esta obra de Provinciali, con su nuevo sentido sobre la procesalidad de la quiebra, nos mueve a una serie de meditaciones, de las cuales, parte de ellas, Ramírez ha sabido hacerse eco para nuestro derecho positivo.

En este volumen tercero se exponen los modos de poner fin a la quiebra, el concordato de quiebra, sus varias clases, las partes en el procedimiento de concordato, los actos del procedimiento, la consulta de los acreedores, la aprobación del concordato, la decisión, los efectos y ejecución del concordato y el sistema de las impugnaciones. Se trata, además, la reapertura de la quiebra, la rehabilitación civil, la quiebra de las sociedades y el procedimiento sumario de quiebra. El capítulo tercero está dedicado al concordato preventivo, donde se estudian las nociones generales, la admisión al procedimiento, los efectos de la apertura del procedimiento, la consulta a los acreedores, el juicio y la sentencia para concesión del concordato y a los efectos, ejecución, resolución y anulación de la quiebra consecutiva. El capítulo cuarto trata de la administración controlada, donde se exponen sus nociones generales, el procedimiento y sus efectos y el fin y conversión del procedimiento. El capítulo quinto se refiere a la liquidación coactiva administrativa y el capítulo sexto encierra el Derecho penal concursal. El capítulo séptimo abarca el concordato extrajudicial y el octavo el Derecho de quiebra internacional.

Este tercer volumen proporciona un buen instrumento de trabajo y una guía orientadora para el futuro.

J. H. C.

ROCA SASTRE, Ramón María, «Suplemento al Derecho Hipotecario». (Quinta edición). Barcelona, 1960. Casa Editorial Bosch. Un volumen de 208 págs.

La conocida y clásica obra de Roca Sastre sobre el Derecho Hipotecario viene a ser enriquecida con este «Suplemento», que trata de adaptarla y añadir las reformas que al Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 se han introducido por el Decreto de 17 de marzo de 1959.

Con la maestría y rigor que caracterizan a este autor, va exponiendo las reformas de Derecho positivo, sus antecedentes legislativos, la opinión doctrinal y las decisiones judiciales que las consideraron. De este modo se tiene una visión completa, teórica y práctica, que hacen de este «Suplemento» un instrumento útil y fértil para el trabajo de interpretación y aplicación de las normas establecidas.

El autor ha seguido un criterio propio para distribuir y sistematizar su obra: sigue el orden de sus cuatro tomos, haciendo referencia a la página en que debe intercalarse el nuevo comentario o texto.

Además, un anexo final hace referencia a las nuevas situaciones establecidas por la ley de concentración parcelaria, las unidades mínimas de cultivo y la Ley sobre Régimen del suelo y Ordenación urbana de 12 de mayo de 1956, y las principales normas de la misma que guardan relación con el Notariado y el Registro de la Propiedad, para concluir con la permuta forzosa de fincas rústicas.

J. H. C.

SANTAMARIA Y SANTAMARIA: «Comentarios al Código civil». Tomo I (artículos 1 a 1.087). Madrid, 1958 y tomo II (arts. 1.088 a Disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón). Madrid, 1958. Editorial Revista de Derecho Privado. Dos volúmenes de XVII + 1.031 y de 1.265 págs. respectivamente.

Se persigue el realizar una obra orientada hacia la práctica profesional, donde las diversas personas y autoridades que intervienen en la realización de la justicia (Letrados, Tribunales o Jueces), tengan reunido el material que estiman fundamental para poder enjuiciar un conflicto de interés.

A tal fin, se ha sintetizado un plan de la obra, distribuida de la siguiente forma: el primer lugar, se expone una relación de las ediciones de las obras o manuales de Derecho civil fundamentales de la doctrina española y también de la doctrina extranjera, pero que están traducidos al español y tienen anotaciones de utilidad para nuestro Derecho positivo, y que sirven para abreviar las otras, refiriéndose a las ediciones aquí recogidas y señaladas. En segundo lugar, la obra contiene unas claves sinópticas al frente de cada capítulo o sección del Código con objeto de recoger el contenido de materias, pues se prefiere agrupar los artículos según las instituciones que encierran y no presentar un comentario separado. De este modo quedan transcritos los artículos correspondientes a una determinada materia y después le sigue un comentario bajo la rúbrica y número de cada artículo, pero dentro de ella sistematizándose las cuestiones tratadas por dicho precepto positivo.

El comentario de esta obra es muy sucinto, casi abreviado, y a sus títulos se le ha añadido, a pie de página, una escueta nota bibliográfica que reúne las aportaciones de la doctrina española, pero no de un modo exhaustivo. También vienen recogidas, dentro del comentario, las opiniones expuestas en los manuales de más uso en nuestra doctrina, intercalándose, extractadas, las sentencias de nuestro Tribunal Supremo.

De este modo, la obra resulta útil para una primera visión y enfoque de las cuestiones, encontrándose un material que posteriormente será necesario ampliar para llegar a un conocimiento más profundo de las instituciones tratadas; representa un esfuerzo de poner al día los materiales existentes para la aplicación del Código civil, tiene un objetivo ambicioso, que para conseguirlo precisa de labor de equipo, pues, de lo contrario, el resultado puede adolecer de grandes e involuntarias lagunas.

J. H. C.

VANHAECKE, Michel, «Les groupes de sociétés. Paris, 1959. Editorial Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de III : 520 páginas.

Esta obra, que es producto de una tesis doctoral, tiene el acierto de saber recoger y sistematizar la serie de cuestiones que la problemática actual plantea respecto a las uniones de empresas y sociedades, para dominar un sector determinado del mercado. El problema preocupa tanto a los mercantilistas, ajenos a defender los márgenes de competencia y de subsistencia de todas las empresas comerciales, como a los civilistas, quienes deben vigilar la licitud y finalidad de las mismas al montarse su estructura sobre una institución tan elaborada por ellos como es la de la persona jurídica. El encubrimiento y las manipulaciones que pueden operarse a través de su arquitectura formal es tarea que ha de poner en claro y en vías de justicia al civilista, como más genuino representante y defensor de los valores de la personalidad humana.

Esta obra, pues, viene a ponerse en la línea de los otros autores, como la de Serick, en Alemania, que trata de sacar del fondo complejo del armazón estructural de los entes que enlazándose y multiplicándose al exterior, en realidad obedecen y funcionan con un único y excluyente cometido. La unión de sociedades es uno de los últimos eslabones del liberalismo económico en su mimetismo con las creaciones de la estructura del Estado contemporáneo, con una diferencia bien sobresaliente: que mientras en el Estado se abstractaliza en una burocracia impersonal, en estas últimas se personifica en el capitán de empresa, quien subordina toda la estructura del complejo social a unos propios intereses dadas las necesidades financieras, las exigencias fiscales o la mayor maniobra posible en el desarrollo de la misma. De ahí la aparición de las sociedades de control, madres, y la aparición de las filiales, subordinadas o adheridas.

Los problemas que plantea la unión de empresas y sociedades, tanto desde el punto de vista de su finalidad, como del de relación y comportamiento, interesa hoy día tanto al mercantilista como al civilista para revelar los márgenes de posibilidades y de libertad que ellas implican. La creación de una personalidad jurídica independiente, en función de una finalidad

social trascendente, puede ser útil y beneficiosa en el comercio jurídico de las personas; también puede conducir a los más graves abusos. Vanhaecke ha tratado de revelar la mayor cantidad posible de facetas en que puede encontrarse la unión de sociedades. Como muestra ofrece no sólo la instrumentalidad conceptual que provoca esta especial situación, sino también que expone con riqueza de datos la línea doctrinal y jurisprudencial surgida al efecto. Quizá sea la nota más sobresaliente de esta obra, la faceta práctica por la que la encauza, también, creemos nosotros, dado el empirismo y la realidad con que aparece en nuestro tiempo la unión de empresas, además de la lozana juventud del joven doctor que la crea. La obtención de síntesis y de conclusiones, la teorización de una materia tan compleja, requiere no sólo el ardor, la acometividad y la inteligencia que este autor demuestra, sino también una madura experiencia. Para decir la última palabra, para poder enjuiciar esta filigrana, que es obra de grandes capitanes de empresa, es necesaria e imprescindible una vivida experiencia en el foro y en la ciencia. Pero la faceta instrumental que esta obra nos presta basta por sí sola para entrar de lleno, con calidad y garantía, dentro del fino y sutil laberinto del fenómeno de la unión de empresas.

Dos puntos que el civilista podrá considerar hondamente son: el que afecta a la personalidad moral en que se arquitectura y la nacionalidad a que se acogen cuando trascienden del territorio nacional en que operan. Dos puntos en que las nuevas relaciones y situaciones han permitido a los Tribunales «descorrer el velo» de sus misterios, la «aparición social» y la «realidad vital» que contienen, y considerar el nuevo contenido del «domicilio», de la «residencia» y de la «nacionalidad enemiga», como consecuencia de la guerra total bélica y económica entre los propios intereses y empresas.

El tener, o el llegar a conseguir, un recto criterio, una discriminación justa de los valores objetivos y subjetivos que esta institución encierra, la obra de Vanhaecke es un instrumento que nos pone en el camino para obtener la conciencia cierta. Obra de análisis y expositiva, ofrece los materiales que puede llevar a un conocimiento profundo de la materia.

JOSÉ BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y
Carlos MELON INFANTE.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BARTOLE, Sergio: *La riforma dell'ordinamento delle Facoltà di Giurisprudenza*, RDDC, año V, núm. 3, marzo-junio 1959; 2.ª parte, págs. 285-287..

Aspectos de la proyectada reforma de los estudios de Derecho en Italia y crítica de los mismos.

BOVE, Lucio: *Il diritto romano in una recente inchiesta*, DG, año 74, número 3, marzo, 1959; págs. 161-169.

Consideraciones en torno al valor metodológico y significado actual de la enseñanza del Derecho romano sobre formulaciones hechas a consecuencia de la encuesta abierta por la revista «Labeo».

EBERS, Godehard: *Die «demokratische Gesetzlichkeit» in Mitteldeutschland*, ROW, año I, cuaderno 1, marzo 1957; págs. 17-27.

Visión de conjunto e introductiva de los distintos aspectos en que plasma la «legalidad democrática» de Alemania oriental: esencia del Derecho, poder legislativo y ejecutivo, administración de justicia y «orientación» de la jurisprudencia, Derecho penal, Derecho patrimonial y económico y Derecho de familia. Tras un somero examen de los puntos indicados concluye el autor que la «legalidad democrática» es la legalidad de un Estado de policía, el instrumento del poder para el cumplimiento de sus fines políticos.

FROSINI, Vittorio: *La libertà umana e il valore del Diritto*, RDDC, año V, núm. 4, julio-agosto 1959; págs. 455-458.

Un ejemplo de la crisis y de la tensión entre la libertad y los valores de la conciencia contemporánea lo da la consideración de la relación que hoy se ha venido a establecer entre el sentido de la libertad y el significado del Derecho.

GALGANO, Francesco: *Autonomia privata, creazione del Diritto e concetto di politica*. RDDC, año V, núm. 3, marzo-junio 1959; págs. 331-338.

Replanteamiento de la relación entre Derecho y Política, arrancando de las afirmaciones, que el autor recoge, de que todos los hombres son legisladores, en cuanto que todo hombre, al ser un ente activo, contribuye a modificar el ambiente social en que se desenvuelve, o sea, a establecer normas y reglas de vida y de conducta.

MARSH, S.: *Rule of Law und Rechtsstaat*, ROW, año I, cuaderno 1, marzo 1957; págs. 11-17.

Diferencias entre la concepción inglesa y continental de la «Rule of Law». Visión del Estado de Derecho por los juristas del Common Law. Recíproca interconexión de la «Rule of Law» y del Estado de Derecho continental.

SCHLICHT, Götz: *Die Rechtsentwicklung in der SBZ*. ROW, año II, cuaderno 3, marzo 1958; págs. 104-107; cuaderno 4, julio 1958, págs. 152-156.

Reseña informativa de disposiciones dictadas en la zona soviética de Alemania en los diversos ámbitos jurídicos.

SCHULZ, Werner: *Chronik der Rechtsentwicklung im Ostblock*, ROW, año I, cuaderno 1, marzo 1957; págs. 28-36.

Evolución del Derecho en la bloque oriental: desde la muerte de Stalin hasta 1956 y desde este año. Examen de los distintos países y de los distintos ámbitos jurídicos. A veces puede creerse en cambios aparentes, pero en el fondo nada cambia: ausencia de garantías contra la arbitrariedad.

SCHULZ, Werner (y otros): *Chronik der Rechtsentwicklung im Ostblock*, ROW, año II, cuaderno 3, mayo 1958; págs. 100-104; cuaderno 4, julio 1958; páginas 146-152.

Evolución del Derecho en el bloque oriental. Diversos países y diversos ámbitos. Reseña informativa de disposiciones.

ROSENIAHL, Walter: *Zivil-und strafrechtliche Probleme zwischen Sowjetzone und Bundesrepublik*, ROW, año I, cuaderno 1, marzo 1957; págs. 3-11.

Problemas generales, en el ámbito civil y penal, que plantean a los juristas de la República Federal las injerencias y conexiones de la legali-

dad democrática» de la zona oriental. No cabe afirmar simplemente, como a veces se ha pretendido, que debe negarse el reconocimiento y eficacia de las decisiones de los Tribunales de la «zona» por el hecho de que sus jueces no reúnen los requisitos que se les exigen en el párrafo de la Ley de organización de la jurisdicción de la República Federal.

TORRENTE, Andrea: *Panorama di giurisprudenza della cassazione*. RDDC, año V, núm. 4, julio-agosto 1959; 2.^a parte, págs. 340-351.

Jurisprudencia de casación italiana correspondiente al primer cuatrimestre de 1959 en diversas materias: constitucionalidad de las leyes; personas y familia; derechos reales; sucesiones; obligaciones; responsabilidad civil; trabajo; sociedades; derecho de la navegación; proceso; quiebra.

ZELLWEGER, Eduard: *Dictatur des Proletariats und Unionsgesetzgebung in der UdSSR*, ROW, año II, cuaderno 3, marzo 1958; págs. 96-100.

Consideraciones en torno a la forma de legislar en la U. R. S. S.: órganos legislativos; dictadura del proletariado; dirección u orientación del partido; práctica de la legislación; anarquía de las fuentes.

2. Derecho de la persona.

Di SABAIO, Franco: *Unità e pluralità di negozi*, RDDC, año V, núm. 4, julio-agosto 1959; págs. 412-438.

El autor, con el subtítulo de «Contribución a la doctrina de la unión de negocios», estudia el fenómeno de los negocios unidos y de los negocios que, no obstante su aparente unión, permanecen independientes. Se fija especialmente en la naturaleza de la unión y en las consecuencias que puede tener para los negocios en sí. Ello presupone, de un lado, una pluralidad de negocios y, de otro, que esta pluralidad produzca en efecto consecuencias jurídicas.

MIELE, Mario: *Publicità in Italia di matrimoni di italiani all'estero*, RDMSP, año I, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 705-713.

Notas prácticas con las que el autor pretende orientar algunas cuestiones en relación con el estudio sistemático de la publicidad en Italia de matrimonios entre italianos (o entre italiano y extranjero) celebrados en el extranjero. Se distingue entre matrimonio civil y matrimonio confesional.

PALMIERI, Luigi: *Provvedimenti urgenti e temporanei, sia civili che amministrativi, a favore di minori; ed organi competenti*, RDMSP, año I, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 575-582.

Medidas urgentes y posición del ministerio público en la legislación italiana en el ámbito civil y administrativo en relación con la protección de los menores. Distinción entre supuestos de protección propiamente dichos y supuestos cuyo origen radica en una conducta del menor que viola la ley penal.

PALMIERI, Luigi: *Il cognome agli affiliati, figli naturali riconosciuti da un solo genitore*. RDMSP, año II, núm. 5, septiembre-octubre 1959; páginas 465-499.

Supuestos concretos de sustitución y aposición de apellidos como consecuencia de la afiliación de un menor que ya estaba reconocido por uno de sus progenitores. Posibles repercusiones de la Ley de 31-X-1955 en las normas del Código italiano con referencia a la regulación del nombre (apellido). El autor distingue según la condición de varón o mujer del afiliante y del reconociente.

PIOLETTI, Ugo: *Sul delitto di alterazione di stato commesso mediante falsità, nel Diritto vigente en el Progetto di modificazioni al Codice Penale*, RDMSP, año I núm. 2, marzo-abril 1958; págs. 180-201.

Calificación jurídica del delito constituido por el hecho de manifestar al oficial del estado civil que el hijo nacido de mujer casada, como consecuencia de relaciones adulterinas, es hijo de un célibe y de una mujer que no quiere ser designada. Consideración del caso en el Derecho italiano vigente. Proyectos de reforma. Aspectos civiles.

SACCO, Rodolfo: *La presunzione di buona fede*. RDDC, año V, núm. 3 mayo-junio 1959; págs. 250-288.

Comenzado el amplio estudio en un número anterior de la misma revista, en éste se refiere el autor a la presunción de buena fe en la exégesis de las fuentes (presunción de buena fe en los distintos ámbitos del Derecho de los que llama resultados de su investigación: naturaleza constitutivo de la fe y hechos concomitantes, el criterio del *favor legis* y las principales lagunas legales).

SCHATZEL, Walter: *Die Rechtsstellung ausländischer Flüchtlinge in der Bundesrepublik Deutschland*, ROW, año II, cuaderno 4, julio 1958; páginas 138-141.

Aspectos diversos de la situación jurídica, en el territorio de la República Federal, de los huérfanos y refugiados extranjeros. Siendo muy graves los problemas jurídicos del fenómeno no son, sin embargo, los peores de resolver.

3. Derechos reales.

ADRIANA, D'Antonio: *Limitazioni legali della proprietà*, RDDC, año V, número 3, marzo-junio 1959; 2.ª parte, págs. 193-253.

Reseña de jurisprudencia italiana en materia de limitaciones legales de la propiedad, correspondiente al período 1946-1957: construcción, limitaciones legales propiamente dichas, distancias, luces y vistas, relaciones de vecindad e inmisiones. Breve comentario, indicación sistemática y referencias doctrinales en torno a los fallos recogidos.

FRANK, Adolf: *Kein Gutglaubensschutz nach dem Gleichberechtigungsgesetz?* NJW, año XII, cuaderno 4 1959; págs. 135-137.

En los nuevos §§ 1.305-1.309 del BGB (L. y de equiparación) se impone a los cónyuges ciertas limitaciones en la disposición de su patrimonio, sin que para nada se haya pensado en la protección a los terceros de buena fe. Se ha exagerado la consigna «el interés y protección del matrimonio es preferente a la protección del tráfico».

GROSSO, Giuseppe: *Forma e contenuto nella teoria romana dell'usufrutto*, RDDC, año V, núm. 3, marzo-junio 1959; págs. 245-249.

En la base de la elaboración que los romanos hicieron del usufructo existe un dualismo entre el esquema formal constructivo del distinto *ius* sobre la cosa, que comprime a la propiedad, y el contenido empírico concreto de este derecho, en su significado y valor económico representativo de un algo que se sustrae a la propiedad y al propietario para atribuirlo a un tercero.

MONTEL, Alberto: *Appunti in tema di soggetti del rapporto possessorio*, DG, año LXXIV, núm. 2, febrero 1959; págs. 82-84.

La persona jurídica posee por medio de sus órganos, y en la relación con su posesión plantea el autor estos dos problemas: a) ¿La posesión de la persona jurídica es una posesión directa o por medio de representante? b) ¿La capacidad para poseer es la misma que para adquirir la posesión? A lo primero contesta que es una posesión directa. A lo segundo cree el autor que es preciso hacer distinciones según los casos. Termina con unas notas en torno a la posesión de los entes de hecho.

4. Obligaciones y contratos.

ARAGONA, Filoreto: *In tema di diffida ad adempire*, DG, año LXXIV, núm. 7, julio 1959; págs. 441-450.

Según el artículo 1.454 del Código civil italiano la parte que no cumpia un contrato puede ser intimada por la otra con un escrito para que cum-

pla en un término adecuado, apercibida de que de no hacerlo transcurrido el término, el contrato se entenderá resuelto sin más. Estudio del problema: es la llamada *diffida ad adempere* o intimación de cumplimiento. Naturaleza, revocabilidad, negociabilidad.

BETTERMANN, K. A.: *Der Ausschluss der Mieterhöhung nach § 19 Abs. 1 BMG*, MDR, año XIII, cuaderno 2, febrero 1959; págs. 17-78.

Cuestión puramente práctica para el Derecho alemán: exclusión de las elevaciones de renta según la Ley federal de arrendamientos, y relación de la norma con los principios del BGB.

BÖHMER, Emil: *Zur Auslegung des § 840, Abs. 3 BGB*, MDR, año XII, cuaderno 9, septiembre 1958; pág. 653.

El § 840, III, del BGB determina que cuando, junto al que ha de responder de un daño, conforme a los §§ 833 a 838, exista un tercero responsable, en la relación recíproca entre ellos, sólo el tercero está obligado. Alcance práctico y supuestos de aplicación del precepto: a) ¿Se aplicará sólo a los casos en que el responsable lo sea en base a los párrafos que se indican? b) ¿Se aplicará también cuando el responsable lo sea en virtud de una obligación legal?

BÖHMER, Emil: *Zum Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB*, MDR, año XII, cuaderno 10, octubre 1958; págs. 745-746.

El § 381, párrafo 1.º, inciso 2.º, permite que se libere de la obligación de indemnizar quien había de responder por los daños causados por un «ayudante» suyo en la ejecución de un asunto, si el responsable observó las precauciones necesarias o si el daño se hubiera causado igual de haberlas observado. Prueba de esta exoneración de responsabilidad.

BÖHMER, Emil: *Normale und ungewöhnliche Gefahren bei Gefälligkeitsfahrten*, MDR, año XII, cuaderno 12, diciembre 1958; pág. 896.

Delimitación de los riesgos normales y extraordinarios a efectos de responsabilidad del titular de un vehículo frente a sus ocupantes ocasionales en el transporte «de gracia» o «cortesía». No responde de aquéllos; sí de éstos.

BÖHMER, Emil: *Zur Frage der Beweislast bei nicht aufgeklärten Eisenbahnunfällen*, MDR, año XIII, cuaderno 2, febrero 1959; págs. 82-84.

La norma según la cual cuando en la explotación de un ferrocarril resulta muerte o lesión corporal de alguien la empresa ha de indemnizar, a no ser que pruebe que la desgracia se debió a caso fortuito o a culpa

de la víctima, es justa y equitativa. La dificultad de la prueba indicada dará, sin embargo, lugar a indemnizaciones indebidas. Notas sobre la carga de la prueba en estos casos. Comentario de la jurisprudencia.

BÖHMER, Emil: «*Gefahrengemeinschaft*» von Grundstücksnachbarn—eine Fehlkonstruktion, MDR, año XIII, cuaderno 4, abril 1959; págs. 261-262.

El principio general que inspira la legislación alemana en materia de actos indemnizables es el de que sólo se responde por actos ilícitos en los que haya culpa propia, no de otra persona. Para alterar esta regla y conseguir aplicar el § 278 del BGB (responsabilidad del deudor por culpa de las personas de que se sirve para el cumplimiento) algunos Tribunales tratan de construir, de forma artificial e inadmisibles, una relación obligatoria previa entre el que sufre un daño y la persona contra quien acciona. Así se ha hecho en este caso: un vecino sufre daños por la caída de una chimenea de la casa contigua; para poder exigir indemnización del dueño de ésta, en lugar de hacerlo del instalador, se entendió que entre ambos vecinos había una relación obligatoria derivada de la vecindad. El BGH rechazó este enfoque.

BORSELLI, Edgardo: *Sulla condizione giuridica degli italiani in Francia in materia di locazioni*, DG, año LXXIV, núm. 1, enero 1959; págs. 10-12.

Consideración histórica y actual de la situación jurídica de los italianos en Francia en materia arrendaticia, en comentario a una monografía de Barda y Pratis sobre el tema (París, 1958). Fases de la cuestión.

BRANCA, Giuseppe: *Affitto d'azienda e locazione di quota condominiale*, RDDC, año V, núm. 4, julio-agosto 1959; 2.ª parte, págs. 366-372.

Arrendándose las cuotas ideales de un inmueble, separadamente por cada condueño, si al vencimiento del término sólo algunos renuevan el arrendamiento, el condómino disidente puede accionar contra el arrendatario, que continúa en la detentación de todo el bien para obtener el abandono de su cuota. En ocasiones tal acción puede comportar la invalidez del arrendamiento parcialmente renovado, cuando no pueda dissociarse el goce de la cosa entre el condómino disidente y el arrendatario. Es sentencia de casación de 15 de octubre de 1958, que el autor comenta.

ESSER, Josef: *Abschluss des Streites um den Ersatz des sog. «merkantilen Minderwertes» bei Unfallwagen?*, MDR, año XII, cuaderno 10, octubre 1958; págs. 726-728.

¿Puede el dueño de un vehículo accidentado, después de la reparación de éste, exigir del dañador una indemnización por el «menor valor mercantil» del mismo, a pesar de la reparación? No hay unanimidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia alemana respecto a la solución del pro-

tema: examen de las distintas posiciones al respecto. Se ceba de menos una decisión jurisprudencial decisiva, pues la Sentencia del BGH de 29 de abril de 1958, que el autor analiza, se enfrenta con cuestiones marginales.

FUNTER, Geog: *Klageantrag und Urteil bei Wandelung und Minderung*, MDR, año XII, cuaderno 9, septiembre 1958; págs. 648-650.

Las dificultades en torno al contexto de la demanda y la sentencia en materia *actio redhibitoria* y *actio quanti minoris* derivan de lo discutible de la naturaleza de estas acciones. Indicación de la teoría de la «constitución» y de la teoría «del contrato». Con una y otra cree el autor que se puede sin más y directamente exigir la restitución o la reducción de la prestación.

GENTZMANN, Carl: *Devisenrechtliche Fragen im Interzonalenverkehr*, ROW, año II, cuaderno 3, marzo 1958; págs. 110-113.

Cuestiones de tráfico interzonal de divisas, derivadas del pago de créditos dinerarios de un alemán occidental contra otro oriental. Han de satisfacerse a través de alguna institución de crédito de la zona para su ingreso es una nueva cuenta a nombre del receptor.

GLASER, Hugo: *Architekt und Bauherr*, MDR, año XII, cuaderno 9, septiembre 1958; págs. 637-640.

Posición jurídica del arquitecto en la legislación alemana: naturaleza del contrato que celebra, remuneración, responsabilidad, derechos de autor, extinción de la relación contractual (denuncia, muerte). Normalmente se estará ante un contrato de servicios o de obra.

GUARINO, Antonio: *«Lascia o raddoppia?» in Tribunale*, DG, año LXXIII, número 10-11, octubre-noviembre 1958; págs. 738-739.

En contra de las opiniones doctrinales, los Tribunales italianos no aciertan a calificar la exacta naturaleza de la relación surgida entre los concursantes y la televisión en los concursos «Doble o nada». La jurisprudencia no encaja la figura ni en el juego ni en la apuesta.

HAUCK, Karl: *Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu den wichtigsten Fragen der sozialen Sicherung der SBZ-Flüchtlinge in der Bundesrepublik und Berlin*, ROW, año II, cuaderno 4, julio 1958; páginas 141-146.

Orientaciones y directrices fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal social federal en materia de seguridad social de los refugiados procedentes de la zona soviética.

KALLFELZ, W.: *Zur Frage: Schmerzensgeld als Kapital oder Rente?*, MDR, año XIII, cuaderno 3, marzo 1959; págs. 176-177.

En caso de lesión corporal o en la salud o en los casos de privación de libertad, el § 847 BGB concede una indemnización en dinero también por los daños que no tengan carácter patrimonial. Silencia la norma si la indemnización se pagará en forma de renta o en concepto de capital. Doctrinalmente suele entenderse que en forma de renta. En general se adapta mejor al tipo de indemnización de que suele tratarse. Supuestos en que sería preferible el capital.

LOJACONO, Vincenzo: *Appunti sulla liceità delle mediazione matrimoniale*, RDMS, año II, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; págs. 595-620.

Una circular de 21 de noviembre de 1952 negó en Italia autorización a las agencias que pretendían dedicarse a la mediación matrimonial, por considerar ilícita e inmoral dicha actividad. No se comparte por el autor este punto de vista. Estudia los antecedentes y se refiere después al mecanismo y especialidades de este tipo de mediación.

MANGINI, Vitto: *Contrato di edizione*, RDDC, año V, núm. 4, julio-agosto 1959; 2.ª parte, págs. 352-365.

El contrato de edición, en algunos de sus aspectos concretos, visto por la jurisprudencia italiana reciente: noción, venta, objeto y contenido, conclusión, obra por crear, autor, editor, obras colectivas, incumplimiento, ejecución coactiva, etc.

MÜLLER, H., LOBBELL, K.: *Nochmals: Grenzen des Rücktrittsrechts beim Abzahlungskauf*, MDR, año XIII, cuaderno 1, enero 1959; págs. 3-5.

En un anterior trabajo, Rosseburg (MDR, 1958, 558) entendió que el vendedor a plazos que antes de ejercitar su derecho de resolución por incumplimiento de la otra parte, intentaba hacerla cumplir, perdía con ello el derecho de resolución indicado. Basaba su postura en que también este derecho debía ejercitarse dentro de los postulados de la buena fe, y en que el ejercicio anterior de la acción de cumplimiento hacía suponer el no ejercicio de la resolución. Los autores comentan críticamente esta postura.

NASO, Emilio: *Momento iniziale del termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno causato da seduzione mediante promessa di matrimonio non mantenuta*, RPMS, año I, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 569-574.

Se discute desde qué momento debe correr la prescripción de la acción de resarcimiento de daños causados por seducción en base a promesa de

matrimonio no cumplida; desde que la seducida tiene certeza de que ni se cumplirá la promesa o desde que tuvo lugar la *traditio corporis*. Crítica de la jurisprudencia que opta por la primera solución. Argumentación jurídica y razones morales y prácticas.

RAZZA, Leo: *Contributo alla teoria degli obblighi dell'imprenditore*, DG, año LXXIII, núm. 10-11, octubre-noviembre 1958; págs. 721-737.

Especial consideración de las recíprocas interferencias entre derecho subjetivo y deber jurídico en la medida que interesen, a fin de lograr una definición de las obligaciones del empresario en función del artículo 2.087 del Código civil italiano, analizando su naturaleza, contenido y eficacia. Determina la norma la obligatoriedad de adoptar, el empresario, las medidas adecuadas a la naturaleza del trabajo, a fin de que el trabajador lo preste teniendo tutelada su integridad física y su personalidad moral.

REINIKÉ, G. y D.: *Zur Aufrechnung mit und gegen Schadensforderungen*, NJW, año XII, cuaderno 9, 1959, págs. 361-366.

Tomando por base un reciente supuesto resuelto por el Tribunal Supremo de Alemania (Occidental) se estudia el problema de la compensación de un crédito de una suma con una pretensión de indemnización (u otros créditos de valor). Por su objeto son créditos de distinta naturaleza en el sentido del § 387 del BGB, que sólo mediante la declaración de compensación se hacen de naturaleza semejante. La relación de cobertura es decisiva en el momento de la declaración. No retroactividad.

ROQUETTE, Hermann: *Mieterhöhungen bei Werkförderungsverträgen*, MDR, año XII, cuaderno 12, diciembre 1958; págs. 885-887.

En el supuesto de que una empresa subvencione a un constructor el costo de las viviendas para su empleados suelen adoptarse en los contratos disposiciones sobre el precio que el constructor cobrará al alquilarlas a los empleados de la empresa. Eficacia de estas cláusulas y posibilidad de aumento de las rentas en semejantes casos.

SAMSON, Benvenuto: *Das neue Vertragsgesetz der SBZ und das BGB*, ROW año II, cuaderno 3, mayo 1958; págs. 93-96.

En la Zona soviética de Alemania (SZB = Sowjetbesatzungszone) se ha dictado la Ley de 11-XI-1957, llamada «Ley sobre el sistema contractual en la economía socialista». Es fácil comprender sus radicales diferencias con el BGB; la ley supone un paso más, y éste decisivo, en las diferencias jurídicas entre ambas Alemanias. Se acentúa la orientación socialista de la Ordenanza de 1951. Aspectos fundamentales de la nueva reglamentación.

SCOTTI, Antonio: *Natura e disciplina del sequestro previsto dall' a 2905*, 2.ª. C. c., DG, año LXXIII, núm. 8-9, agosto-septiembre 1958; págs. 537-551.

El artículo 2.905 del Código italiano permite al acreedor solicitar el secuestro «conservativo» de los bienes del deudor, incluso con relación a terceros adquirentes, con tal que haya sido accionada la ineficacia de la enajenación. Entiende el autor que el secuestro en cuestión es, a pesar de su nombre, un secuestro judicial y no conservativo. Previamente se han indicado sus diferencias.

TRIONI, Guido: *Matrimonio e licenziamento*, RDMSF, año I, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 757-780.

Aspectos jurídicos del despido por matrimonio de las trabajadoras a la luz de los principios de igualdad de sexos en la Constitución italiana y a la luz de la legislación vigente. El despido en cuestión, a fin de no tener que cumplir los deberes del empresario hacia la madre y la gestante, no debe considerarse como un caso de fraude a la ley que los impone (26 agosto 1950). Consideración del problema en base a los preceptos del Código civil: ilicitud del motivo de despido. Efectos.

WEIMAR, W.: *Greift die Gefährdungshaftung Platz, wenn aus der Eisenbahn oder Kraftfahrzeug Flaschen hinausgeworfen werden?*, MDR, año XII, cuaderno 10, octubre 1958, pág. 746.

Breves notas en la que se pretende fundamentar la responsabilidad por riesgo en los casos de daños causados por botellas arrojadas desde ferrocarriles o automóviles.

WEIMAR, W.: *Gilt der Rechtsgedanke des § 328 BGB auch bei culpa in contrahendo?*, MDR, año XIII, cuaderno 4, abril 1959; pág. 266.

Dándose determinadas circunstancias cabe aplicar los principios que gobiernan el contrato con prestación a tercero al ámbito de la culpa *in contrahendo*. El tercero en determinados casos puede dirigirse contra el precontratante. Ejemplos ilustrativos.

5. Derecho de familia.

ADA BENEDETTO, María: *Il regime patrimoniale tra coniugi negli stati italiani preunitari*, RDMSF, año II, núm. 1. Enero-febrero 1959; páginas 75-89.

En los Estados italianos anteriores a la Unificación predominan dos regímenes matrimoniales: el sistema dotal y el sistema de comunidad. Aquél el más difundido; éste el más interesante por sus desenvolvimientos y aplicaciones concretas.

ADAMI, Vincenzo: *La nullità del riconoscimento di figlio naturale*, RDMSP, año II, núm. 5, septiembre-octubre 1959, págs. 500-513.

El reconocimiento de filiación natural en casos prohibidos por la ley es nulo; son razones de orden público las que hacen que la invalidez se produzca *ope legis* y que no dé lugar a ningún *status*. Partiendo de este presupuesto examina el autor, con referencia al Derecho italiano, la forma de hacerse valer la nulidad: clase y naturaleza de la acción; problemas de legitimación.

ADAMI, Vincenzo: *La dispensa super rato ed il riconoscimento della prole adulterina*, RDMSP, año II, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 161-168.

La legislación concordada italiana concede efectos civiles a la dispensa por matrimonio rato y no consumado otorgada por el Pontífice (c. 1.119). No se dice cuáles sean los efectos de esa dispensa, que disuelve el vínculo *ex nunc*. A pesar de ello entiende el autor que la calificación de adulterinos de los hijos nacidos constante matrimonio, debe mantenerse. Carácter excepcional de los supuestos de reconocimiento de éstos admitidos por la ley italiana (art. 252 C. c.).

ADAMI, Vincenzo: *Il disconoscimento e la presunzione di paternità*, RDMSP, año II, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; págs. 621-637.

Comiéndase con una referencia a la acción de desconocimiento de la paternidad de la cual es presupuesto la legitimidad del hijo, derivada del acta de nacimiento. Se alude luego a los posibles argumentos pretendidos para reducir el campo de aplicación de la acción, llegándose a la conclusión de que la presunción de paternidad es siempre operante, sin que la falta de límites del artículo 231 del Código civil (salvo el art. 252) se encuentre desmentida por otras disposiciones.

AGUZZOLI SARGENTI, Olga: *I rapporti patrimoniali fra coniugi nelle relazioni al convegno della unione giuriste italiane*, RDMSP, año II, núm. 1, enero-febrero 1959, págs. 3-8.

Para la adaptación del derecho de familia italiano a la Constitución (igualdad de derechos de ambos sexos), la Unión de Juristas italianos propone: supresión del régimen dotal, mejoramiento de la reglamentación del patrimonio familiar, extensión de la comunidad tácita familiar en la hacienda agrícola a la empresa comercial y a la hacienda artesana.

BARBERO, Domenico: *La cessazione dell' ufficio del tutore provvisorio*, RDMSP, año II, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 153-160.

Notas al artículo 422 del Código civil italiano, que determina que, al rechazarse la petición de inhabilitación o de interdicción, el tutor o el cura-

dor provisional cesará en su función a no ser que la sentencia disponga lo contrario (hasta adquirir fuerza de cosa juzgada). Aplicación o inaplicación del precepto a los casos en que se declare la incompetencia del juzgador.

B. SCOTTIN, Giuseppe: *L'efficacia internazionale dell'atto di matrimonio*, RDMSP, año I, núm. 1, enero-febrero 1958; págs. 10-22.

Establecido como premisa que el acto de matrimonio tiene la estructura de un «accertamento» constitutivo (mediante el cual el oficial público, constatada la existencia de los extremos queridos por la ley, hace surgir el estado conyugal de las contrayentes) se subraya la tesis de que la formación del *status* es efecto de un acto del poder público y por ello tiene, en sí y por sí, un valor circunscrito al ordenamiento del que deriva. Las consecuencias prácticas de esta tesis no se actúan por razones de conveniencia internacional.

BISCOTTINI, Giuseppe: *Ancora sul matrimonio celebrato all'estero*, RDMSP, año II, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; págs. 587-594.

Cuando un *status* es producido por efecto de un acto jurídico extranjero se hace necesario un procedimiento destinado a atribuir valor a aquél. A este sistema, que es la regla general, se contraponen el caso del matrimonio, que es la excepción: en este caso el acto extranjero creador del *status conyugale* del ciudadano tiene relieve inmediato en el Ordenamiento nacional. En semejante caso, el oficial del estado civil no hace sino atender a la documentación necesaria a los fines del ordenamiento interno; para ello practica la transcripción. Defensa de este enfoque, dado por el autor.

CONSOLI, Antonino: *La simulazione assoluta nell'ordinamento matrimoniale italiano*, RDMSP, año I, núm. 1 enero-febrero 1958; págs. 23-69.

Uno de los problemas más apasionadamente discutidos es el relativo a la simulación del matrimonio en el Derecho italiano. El tema se desdobra en dos: determinación de si es posible simular el matrimonio y normas relativas al matrimonio simulado, si es que se admite. Se examinan las tesis que atribuyen relevancia a la simulación y las que la niegan, mostrándose el autor partidario de que la simulación, como defecto de voluntad, debe conducir a la nulidad del matrimonio, centrandó el problema en el hecho de que la declaración de voluntad matrimonial puede ser radicalmente limitada por las contradicciones de la contrayente. La afirmación sólo se refiere a la simulación absoluta.

CHIARA, Antonio: *L'impotenza coeundi: suo valore nel determinismo del concepimento*, RDMSP, año I, núm. 2, marzo-abril 1958; págs. 241-243.

Entre los factores psico-somáticos que participan en la infertilidad humana ocupa posición destacada la impotencia coeundi. Esta circunstancia

cia, en base a recientes estudios, permite aclarar el determinismo de la fecundación en presencia de un cónyuge afectado de esa impotencia.

FUNAIOLI, Gian Battista: *La fortunosa sorte di una riforma contro la qualifica «figli di ignoti»*. RDMSP, año II, núm. 5, septiembre-octubre 1959; páginas 457-466.

La ley italiana de 31 de octubre de 1955, después de una larga gestación, ha establecido que en las actas del estado civil se omita toda indicación a la paternidad o maternidad para dar realidad, en relación con los hijos no nacidos de matrimonio, al principio constitucional que atribuye a todos los ciudadanos igual dignidad social.

GIACCHI Orio: *Sulla esclusione della indisolubilità nel matrimonio canonico*, RDMSP, año I, núm. 1, enero-febrero 1958; págs. 1-9.

Comentario crítico a la reiterada jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos según la cual «intentio deserendi post aliquod tempus coniugem non opponitur bono sacramenti» ya que la «vitae communio pertinet ad integritatem, non ad substantiam matrimonii». La exclusión de la indisolubilidad tiene por característica la de no admitir distinciones entre «intentio contra ius» e «intentio contra exercitium iuris». A juicio del autor cuando el nubente haya «excluido la perpetuidad de la conveniencia ha excluido con ello la perpetuidad del vínculo».

GIORGIANI, Michele: *I rapporti patrimoniali tra coniugi nella legislazione francese*, RDMSP, año II, núm. 1, enero-febrero 1959; págs. 9-22.

La base del régimen de bienes en el matrimonio es todavía en Francia el sistema del Código de 1804 con algunas reformas posteriores (en especial, 1947). Libertad de elección de alguno de los sistemas convencionales: separación, comunidad, dote. En defecto de pacto, el régimen de comunidad legal de muebles y adquisiciones. En las proyectadas reformas se prevé una comunidad de adquisiciones como régimen legal, dejando una enorme libertad de iniciativa a los cónyuges y llegando, incluso, a autorizar la derogación de los derechos del marido como jefe de la comunidad.

GRASS, Lucio: *Volontá matrimoniale, autonomia della volontà degli effetti civili, o presunzione della volontà degli effetti civili?*, RDMSP, año II, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 169-192.

El problema del valor que ha de darse al acto de voluntad de los esposos por el cual dan vida a un matrimonio canónico con efectos civiles es designado hoy como «Autonomía de la voluntad de los efectos civiles»; el presupuesto negocial del procedimiento de transcripción es doble: el negocial canónico por una parte, y, por otra, el negocial que tiene por fin los efectos civiles del matrimonio canónico. Consideración de este segundo negocio.

INSTITUT FÜR OSTRECHT (Munich): *Rechtlinie zur Ehescheidungspraxis in Bulgarien*, ROW, año II, cuaderno 3, marzo 1958; págs. 120-122.

Directrices del Tribunal Supremo búlgaro sobre la forma de entender y aplicar la legislación del país sobre el divorcio.

LOJACONO, Vincenzo: *Lo scioglimento del matrimonio per divorzio e l'art. 252 C. c.*, RDMSP, año I, núm. 2, marzo-abril, págs. 202-240.

El artículo 252, párrafo 2.º, del Código civil italiano permite que el hijo adulterino sea reconocido por aquel de los progenitores que, al tiempo de la concepción, estuviera casado, con tal que el matrimonio se haya disuelto por efecto de la muerte del otro cónyuge. En solución de un caso reciente se ha permitido que la disposición indicada se aplique también cuando el matrimonio esté disuelto por divorcio. Examen crítico de esta postura.

LOJACONO, Vincenzo: *Riconoscimento di prole adulterina e controllo governativo*, RDMSP, año I, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 714-746.

Amplia exégesis al artículo 252, III, del Código civil italiano, que determina que habiendo hijos legítimos o legitimados, o descendientes de éstos, el reconocimiento de prole adulterina no tiene efecto sino desde el día en que se admitió con decreto real (hoy presidencial) previo informe del Consejo de Estado.

LOJACONO, Vincenzo: *Interese pubblico ed interese privato nella filiazione illegittima*, RDMSP, año II, núm. 3-4, mayo-agosto 1959; págs. 286-302.

A propósito del Proyecto de Ley contra la fecundación artificial presentado a la Cámara italiana, hace el autor unas consideraciones sobre la posición del ministerio público en cuanto a la impugnación del reconocimiento de la filiación adulterina en los casos no previstos por la ley. Protección y delimitación del interés público y privado.

MAESTRI, Rosalba: *Sui i principi ispiratori della giurisprudenza rotale circa la simulazione parziale nel matrimonio*, RDMSP, año I, núm. 3-4, mayo-agosto 1958; págs. 417-437.

La legitimidad y fecundidad de la distinción tradicional entre derecho y ejercicio del derecho, entre obligación y cumplimiento de ella, en la aplicación del canon 1.086 es admitida y reiterada por la jurisprudencia de la Rota. A fin de decidir la validez o nulidad del matrimonio, hay que distinguir según que los contrayentes hayan o no excluido, al contraerlo, los derechos u obligaciones que nacen del contrato de matrimonio respecto al «bonum proles» y al «bonum fidei» o simplemente el cumplimiento de los mismos.

Indicación de fallos inspirados en el principio anterior.

MENCONI, Luigi: *I rapporti patrimoniali tra coniugi nella legislazione germanica*, RDMSF, año II, núm. 1, enero-febrero 1959; págs. 23-48.

De los tres países que pertenecen a la esfera cultural germánica, Austria adopta como sistema legal de bienes en el matrimonio; Suiza la unión de bienes o comunidad de administración por el marido; igual Alemania antes de la ley de equiparación. Después de ésta, la «comunidad de ganancia» o «comunidad de aumento». Referencia especial a este sistema, que en realidad es una separación de bienes con nivelación de ganancia.

MONTELLI, Alberto: *Piccolo divorzio o grande separazione*, DG, año LXXIV, núm. 4, abril 1959; págs. 258-259.

A obviar algunas de las dificultades derivadas de la indisolubilidad del vínculo podría tender el atribuir a la separación conyugal más eficacia de la que hoy tiene en la legislación italiana.

MORELLI, Gerardo: *Matrimonio e divorzio nella chiesa d'Inghilterra*, RDMSF, año II, núm. 3-4, mayo-agosto 1959; págs. 323-328.

Amplio estudio sobre las normas y la práctica de la Iglesia de Inglaterra en torno al matrimonio y al divorcio. Fuentes, doctrina, relación con la legislación estatal. Conferencias Lambeth, propuestas de reforma. Se aprecia, a través de una consulta de las fuentes, una falta de unanimidad en relación con el problema de la disolubilidad o indisolubilidad del vínculo.

MOSCHEL, Werner: *La posizione giuridica della moglie secondo la nuova legge tedesca; la parità dei diritti del coniugi*, RDMSF, año II, núm. 3-4, mayo-agosto 1959; págs. 318-322.

Breves notas en torno a los aspectos esenciales de la Ley alemana de 18 de junio de 1957 sobre equiparación jurídica de varón y mujer en el ámbito del Derecho civil. Referencia casi exclusiva al aspecto patrimonial del matrimonio.

NATOLI, Ugo: *I rapporti patrimoniali tra coniugi nella legislazione russa e slava*, RDMSF, año II, número 4, enero-febrero 1959; págs. 49-66.

Como punto de partida no hay que olvidar la «igualdad jurídica de los cónyuges». Se comienza en general por un régimen de separación que posteriormente ha evolucionado en este sentido: a) separación en cuanto a los bienes que pertenecían a los cónyuges antes del matrimonio; b) comunidad de los adquiridos después de contraído.

NUVOLONE, Pietro: *Adulterio e fecondazione artificiale*, RDMSF, año II, núm. 3-4, mayo-agosto 1959; págs. 281-285.

En dos recientes sentencias italianas se han mantenido tesis contrapuestas: en una se afirma que la fecondación artificial no entraña adul-

terio; en la otra, lo contrario. A la luz del Derecho italiano entiende el autor más correcta la primera: la fecundación artificial no constituye un supuesto de delito de adulterio.

PALMIERI, Luigi: *Competenza all'adozione di provvedimenti nell'interesse della prole, in pendenza od a seguito di procedura di separazione personale coniugale*, RDMSP, año I, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; páginas 747-756

Supuestos diversos en torno a las medidas a adoptar en interés de la prole cuando pende un procedimiento de separación o a consecuencia del mismo. Competencia según los casos.

PALMIERI, Luigi: *Studi in tema di affiliazione*, RDMSP, año II, núm. 3-4, mayo-agosto 1959; págs. 303-317.

Dos cuestiones concretas en relación con la «afiliación» (creación de un vínculo de filiación con relación a los menores recogidos en establecimientos de asistencia) son estudiadas en el presente trabajo: asentimiento del cónyuge de quien pretende afiliar a un menor y revocación de la afiliación.

PETRONCELLI, Mario: *Ancora sui limiti alla impugnativa della trascrizione del matrimonio religioso*, RDMSP, año I, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 561-568.

En relación con una reciente sentencia de 1 de marzo de 1958 (Tribunal de Nápoles) se enfrenta el autor con la cuestión de la validez o invalidez de la transcripción del matrimonio religioso contraído por personas entre las que existía el impedimento de crimen. Alcance del artículo 12 de la Ley italiana de 24 de mayo de 1929 relativo a casos en que no cabe la transcripción.

SCHWARZENBERG, Claudio: *I rapporti patrimoniale fra coniugi nel Diritto inglese*, RDMSP, año II, núm. 6, noviembre-diciembre 1959, págs. 638-679.

Evolución, tendencias y estado actual de Derecho inglés en materia de régimen matrimonial de bienes. Los principios dominantes son: a) separación de bienes; b) separación de responsabilidad; c) igualdad de capacidad.

THEBAU, Erwin: *Zum neuen ehelichen Güterrecht, insbesondere zu den Beschränkungen des § 1.365 BGB n F*, MDR, año XIII, cuaderno 2, febrero 1959; págs. 79-82.

El nuevo § 1.305 del BGB, relativo al régimen legal de bienes de «comunidad de ganancia» introducido por la Ley de equiparación, prohíbe a cada cónyuge disponer de su patrimonio «como un todo» sin asentimiento

del otro cónyuge. Problemas que la norma plantea en sí misma y en relación con las disposiciones de transición.

TIEDAU, ERWIL: *Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln*, MDR, año XIII, cuaderno 4, abril 1959; págs. 253-258.

Repercusiones del nuevo régimen legal de bienes en el mecanismo y funcionamiento de las normas sobre contrato de sociedad. Consideración especial de la forma en que los nuevos §§ 1.365 y 1.378 BGB pueden afectar no sólo al otro cónyuge cosocio, sino también a la sociedad misma, y con ello a los demás socios: influjo de la prohibición de cada cónyuge de disponer en bloque de su patrimonio, participación de la sociedad en la computación y ejercicio de la pretensión de nivelación.

TORRENTE, Andrea: *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto anglosassone*, RDMSF, año II, núm. 1, enero-febrero 1959; págs. 67-74.

En Inglaterra, después de la Ley de 1882, que modifica por completo el sistema del Common Law, los cónyuges viven en un sistema de separación absoluta de bienes con las atenuaciones derivadas de la vida en común. En Estados Unidos se observan hoy dos sistemas: a) los Estados que siguen el ejemplo inglés: separación; b) los que se inspiran en la legislación española, francesa o mexicana: comunidad.

WENGLER, Wilhelm: *Zur Adoption deutscher Kinder durch amerikanischen Staatsangehörige*, NSW, año XII, cuaderno 4, 1959; págs. 127-130.

Apostillas a las afirmaciones de Bruhl (NJW, 1958, 1381) en torno a algunos problemas derivados de la adopción de niños alemanes por ciudadanos americanos. Aspectos prácticos de la cuestión y problemas de colisión insuficientemente tratados.

6. Derecho de sucesiones.

DONAU, Helmut: *Verjährungsunterbrechung bei Vor- und Nacherbschaft*, MDR, año XII, cuaderno 10, octubre 1958; págs. 735-736.

Insiste el autor en su postura, según la que al producirse la sucesión sucesiva (la sucesión fideicomisaria, en nuestra terminología) no comienza un nuevo plazo de prescripción para la pretensión de legítima. Se fija ahora en especial en el modo por el que el legítimo podría defenderse de la prescripción, si no quiere hacer valer su pretensión contra el heredero previo.

RAZZA, LEO: *Appunti in tema di revocazione delle disposizioni testamentarie*, DG, año LXXIV, núm. 5-6, mayo-junio 1959; págs. 321-328.

La revocabilidad del testamento es una consecuencia de la libertad testamentaria y deriva asimismo del carácter del negocio (acto de última voluntad). El autor enlaza la figura con el *ius poenitendi* del testador. Naturaleza discutida, formas, supuestos concretos de revocación, efectos, revocación de la revocación.

II. DERECHO HIPOTECARIO

HOCHE, Ulrich; GÖHLER, Die Wirkung der Löschungsvormerkung, NJW, año XXII, cuaderno 10, 1959; págs. 413-417.

Notas separadas de los autores sobre la eficacia de la anotación preventiva para la cancelación de una hipoteca, a la que se halla obligado cuando se unan en una misma persona hipoteca y propiedad (§ 1.179 BGB). Apostillas a Würbelauer (NJW, 1958, 1705).

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

SCHNITLER: *Teilkündigung eines Handelsvertretervertrages?*, MDR, año XIII, cuaderno 3, marzo 1959; págs. 170-171.

Crítica de una sentencia alemana en la que se consideró admisible la denuncia parcial de un contrato de representación mercantil en cuanto al radio de acción de la actuación del representante. No se considera convincente la fundamentación del fallo, debido a que no puede considerarse como argumento el hecho de que desde un punto de vista conceptual no esté excluida, como principio, la denuncia parcial.

2. Comerciantes y sociedades.

ECKARDT: *Vorstand und Aufsichtsrat nach dem Referententwurf eines Aktiengesetzes*, NJW, año XI, cuaderno 48, 1958; págs. 1945-1950.

Está elaborado por el Ministerio de Justicia Federal un proyecto para la reforma en Alemania de la legislación sobre sociedades por acciones. En las presentes notas, comparándolas con la reglamentación vigente, se examinan las disposiciones del proyecto en lo concerniente a la junta directiva y al consejo de vigilancia o inspección. En la proyectada reforma se debilitan los poderes de la directiva en beneficio de la junta general y del consejo de vigilancia. Le continúa correspondiendo la dirección de la sociedad.

ECKARDT: *Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, NJW, año XII, cuadreno 1-2, 1959; págs. 9-14.

Examen de los preceptos relativos a la junta general en la proyectada reforma alemana de la reglamentación de las sociedades por acciones: misión de la junta y cometidos, convocatoria de la misma. Actuación. Comparación con la reglamentación de la Ley actual sobre la materia.

JÖLLERER, Georg: *Rechnungslegung im Konzern nach dem Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, NJW, año XII, cuaderno 7, 1959; págs. 270-276.

Normas sobre las cuentas y balances de los «Konzern» (concentración y sindicación de empresas) en la proyectada reforma de la legislación alemana sobre sociedades por acciones. Breves y previas indicaciones históricas.

FORMIGGINI, Aldo: *Sul lavoro «anche manuale» del titolare di un'impresa artigiana*, RDDC, año V, núm. 4, julio-agosto 1959; 2.ª parte, págs. 373-381.

De acuerdo con la Ley de 25 de julio de 1950 es empresa artesana la empresa organizada con trabajo propio, no sólo directivo, sino incluso ejecutivo, del empresario (Tribunal de Turín. Sentencia 12 julio 1958). Se trataba de decidir si un ingeniero podía ser considerado empresa artesana. Se optó por la afirmativa, ya que no es requisito el «trabajo manual» de empresario artesano.

GEARINO, Antonio: *Immutabilità della struttura sociale cooperativa?*, DG, año LXXIV, núm. 5-6, marzo-junio 1959; págs. 329-331.

En una reciente sentencia acoge la Corte de Casación italiana la tesis de la intransformabilidad de las cooperativas en sociedades lucrativas y viceversa. Consideración crítica de los argumentos del fallo.

KROPFF: *Konzernrechtliche Vorschriften im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, NJW, año XII, cuaderno 5, 1959; págs. 173-178.

Diferencias y analogías entre la actual Ley alemana sobre sociedades por acciones y la proyectada reforma, en materia de disposiciones sobre concentración de empresas o sindicación de las mismas. Crítica de la posición del legislador y de la del proyecto.

OPPO, Giorgio: *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, RDDC, año V, núm. 4, julio-agosto 1959; págs. 369-411.

La disputa en torno a los caracteres y a la naturaleza jurídica de la sociedad cooperativa se desenvuelve en el terreno de la referencia legal a la mutualidad (art. 2.511, C. c. italiano). Reconsideración de todos los

puntos de vista por el autor. Especialmente se toma como punto de partida la posición de Verrucoli, que ve la esencia del fenómeno en la trabazón funcional entre la sociedad cooperativa y en un determinado sector económico o en la activación de la categoría en un determinado sector económico. Crítica. El carácter abierto como nota esencial, la transformabilidad, la relación mutualística. Mutualidades de consorcios. La cooperativa como «sociedad».

WINKLER, Eberhard: § 64 Abs. 1 GmbH als Schutzgesetz für die Gesellschafts-gläubiger, MDR, año XII, cuaderno 12, diciembre 1958; págs. 887-889.

El § 823, II, BGB, impone obligación de indemnizar a quien infringe una ley destinada a la protección de otras personas. En este sentido el § 64, I, de la Ley alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada de 20 de abril de 1892 (referente a la apertura de concurso en el caso de insolvencia de la sociedad) es una norma de protección a los acreedores ex § 823 BGB. Consideraciones en torno a qué acreedores pueden valerse de dicha norma.

3. Cosas mercantiles.

MONTEL, Alberto: *Ancora in tema di usucapione dei titoli di credito*, DG, año LXXIII, núm. 10-11, octubre-noviembre 1958; págs. 739-742.

Ante las tesis en contrario insiste el autor en su punto de vista, según el cual los títulos valores son susceptibles de adquirirse por usucapión. Examen y breve crítica de los argumentos en sentido contrario.

MONTEL, Alberto: *Ancora in tema di possesso e di usucapione di titoli nominativi*, DG, año LXXIV, núm. 4, abril 1959; págs. 257-258.

Apostillas a Valente (vid. en esta sección) sobre la forma de manifestarse la posesión en los títulos valores, y tomando por base una reciente decisión según la cual la posesión *ad usucapionem* de los títulos no tiene lugar sino cuando el poseedor esté calificado *ad legitimacionem* en forma legal. Crítica a esta afirmación.

PELLIZI, Giovanni L.: *Sequestro giudiziario di titoli di credito e mancanza di causa nel ritascio*, RDCC, año V, núm. 3, marzo-junio 1959; 2.^a parte, páginas 278-284.

Comentario crítico favorable a la posición de la jurisprudencia según la cual es admisible el secuestro judicial de un título valor, reclamado por el emiteente al tenedor del mismo a quien se había entregado sin causa. Tal secuestro, no obstante, es ineficaz frente a tercer adquirente de buena fe (Tribunal de Verona, sentencia 27 julio 1958).

VALENTE, Giamfanco: *A proposito di usucapione dei titoli di credito*, DG, año LXXIV, núm. 2, febrero 1959; págs. 81-82.

En base a disposiciones tomadas de la vigente legislación italiana, el autor sostiene la usucapibilidad de los títulos valores. A su juicio, en el Derecho positivo hay normas que presuponen esta solución y que carecerían de significado de no entenderlo así.

4. Obligaciones y contratos.

CLAUS, Karl: *Zur Systematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, MDR, año XII, cuaderno 3, marzo 1959; págs. 165-170.

Considérase erróneo el tratar unitariamente las condiciones generales de la contratación, ya que existen diversos grupos de ellas que deben separarse; las habituales o usuales en los negocios, las aprobadas por la autoridad y las privilegiadas legalmente. Los problemas a considerar en ellas son nacimiento y validez. Aplicación en el caso concreto y configuración de las mismas.

GOLTERMANN: *Kann der Versicherer gegen den Versicherungsnehmer bei groben Verschulden seines Kraftfahrers Rückgriff nehmen?*, MDR, año XII, cuaderno 10, octubre 1958; págs. 746-747.

Tomando por base un caso recientemente discutido en Alemania, se ofrecen unas sugerencias sobre la posibilidad o no de que el asegurador ejercite una acción de regreso contra el tomador del seguro en caso de culpa grave de un conductor a su servicio.

PROTO PISANI, Nicola: *Appunti sulla natura e sui limiti del segreto bancario*, DG, año LXXIV, núm. 4, abril 1959, págs. 241-250.

El secreto bancario es una institución de difíciles contornos a falta de normas que lo disciplinen. Entiéndese por el autor que el secreto bancario recibido en la práctica por un uso normativo *secundum legem* no rige siempre y no es oponible a todos. En cuanto a su naturaleza, ésta tiene su origen en el uso.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

ARGYRIADIS, Alkis: *Das Problem der Zeitcharter*, MDR, año XII, cuaderno 10, octubre 1958; págs. 728-731.

Es discutida la naturaleza del llamado en la práctica jurídica alemana contrato de «Zeitcharter», figura intermedia entre el fletamento y el arrendamiento de buque. Indicadas sus variedades, el autor entiende que tal contrato no es un arrendamiento unido a un suministro de servicios, ni una combinación de fletamento-arrendo-suministro de servicios, sino un contrato de fletamento puro, en el sentido del § 550 HGB.

EWALD: *Das inkonexe Pfandrecht des Speditors*, MDR, año XII, cuaderno 1, enero 1959; págs. 1-2.

Comentario a la reciente jurisprudencia alemana que niega el derecho de prenda «inconexa» al expedidor de mercancías, sobre éstas cuando no pertenecen a quien encarga su expedición.

REICH, Werner: *Besitz und Eigentum an versenkten Schiffen*, MDR, año XII, cuaderno 12, diciembre 1958; págs. 890-892.

Apostillas a unas notas de Ewald (MRD, 1957, 134) en torno a los problemas de posesión y propiedad sobre los buques de guerra alemanes hundidos durante el conflicto mundial. El autor, reconociendo que en determinados casos los buques son en efecto cosas que no están en posesión de nadie, entiende que esta afirmación no puede tener el alcance de un principio general.

6. Derecho de quiebra.

FAVERO, Gianantonio: *L'istituto degli alimenti al fallito*, RDMSP, año II, número 2, marzo-abril 1959; págs. 193-222.

Indicados los posibles precedentes históricos del mismo, ofrece el autor un comentario exegético-dogmático del artículo 47 de la Ley italiana sobre quiebras, que preceptúa la concesión al quebrado de un subsidio a título de alimentos para él y su familia cuando le falten los medios precisos de subsistencia. Construcción dogmática de la institución, naturaleza de la pretensión del quebrado, etc.

GALGANO, Francesco: *L'iniziativa del debitore nell fallimento delle società personali*, RDDC, año V, núm. 3, marzo-junio 1959; págs. 289-330.

La legislación italiana, al no resolver expresamente la cuestión, plantea el problema de determinar a quién corresponde tomar la iniciativa para promover la quiebra de una sociedad cuando ésta caiga en insolvencia. En ello radica un interés tanto del deudor insolvente cuanto del socio ilimitadamente responsable en la sociedad insolvente. Consideración histórica y actual del problema.

GALGANO, Francesco: *Note sull'organizzazione collegiale dei creditori concorsuali*, RDDC, año V, núm. 3, marzo-junio 1959; 2.ª parte, págs. 254-277.

El artículo 178 de la Ley de quiebras italiana determina que la propuesta de «acordato preventivo» debe ser aprobada por mayoría de número de los acreedores votantes que representen dos tercios de la totalidad de los créditos. Comentario a una sentencia de 1956 en la que se determina la eficacia de las adhesiones por carta según el momento de su llegada.

Tomando por base el fallo, el autor hace una exégesis de las normas sobre deliberación del concordato, y de las que regulan, en general, la deliberación de los acreedores concursales.

IV. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

ANSELMI BLAAS, Vittorio: *Alcune considerazioni sul problema delle questioni di stato matrimoniale pregiudiziali al processo penale*, RDMSP, año I, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 583-591.

Dificultades prácticas en la aplicación del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal italiano, que dispone la remisión al juez competente de todas aquellas cuestiones prejudiciales que afecten al estado de las personas. Como tal a los fines de la materia a tratar, considera el autor el estado matrimonial y estado de paternidad filiación.

ERASIELLO, Teodoro: *Difetto di giurisdizione della magistratura ordinaria*, RDMSP, año I, núm. 2, marzo-abril 1958; págs. 169-179.

Notas en torno al proceso contra monseñor Fiordelli, en las que se entiende que el Tribunal de Florencia debió *prima facie* declararse privado de jurisdicción.

DIORSI, Luigi: *Conestuale e reciproca notificazione di due atti introduttivi, l'uno un possessorio, l'altro un petitorio*, DG, año LXXIV, núm. 5-6, marzo-junio 1959; págs. 331-332.

Crítica a la posición jurisprudencial que entiende que concurriendo la notificación de dos actos, uno posesorio y otro petitorio, es preciso acudir a un criterio de subsidiariedad.

GIACCHI, Orio: *Sovranità della Chiesa nel proprio ordine e limiti della giurisdizione statale*, RDMSP, año I, núm. 3-4, marzo-agosto 1958, págs. 361-338.

Nuevas consideraciones sobre el caso del obispo de Prato. Entiende el autor que para el correcto enfoque de la cuestión ha de partirse de estos dos principios: a) La Iglesia es libre en el ejercicio de su jurisdicción. b) Es reconocida como independiente y soberana en el propio orden.

JEMOLO, A. C.: *Capisaldi intorno ai rapporti tra stato e chiesa circa la potestà di magistero*, RDMSP, año I, núm. 3-4, mayo-agosto 1958; páginas 353-360.

Con motivo del episodio del obispo de Prato, que tanta polémica ha levantado en Italia, hace el autor unas consideraciones en torno a las

relaciones entre Iglesia y Estado en lo relativo a la potestad del magisterio. Este poder eclesiástico ¿tiene límites en el Derecho estatal? ¿Puede el juez decidir que el órgano eclesiástico se ha excedido en el magisterio, injuriando u ofendiendo?

LÜBROW: *Zinsen als Haupt-oder Nebenforderung im Sinne des § ZPO*, NJW, año XI, cuaderno 50, 1958; págs. 2041-2044.

En la determinación de la cuantía litigiosa, según la Ordenanza procesal civil alemana, no se toman en cuenta los frutos, provechos, intereses y costas cuando se hagan valer como créditos accesorios. Determinación del concepto de estos créditos accesorios y su contraposición a los principales.

MATTERA, Angelo: *Estinzione del processo e decadenza*, DG, año LXXIV, núm. 7, julio 1959; págs. 452-459.

Exposición crítica de las diversas construcciones en torno a los efectos de la extinción del proceso sobre la caducidad.

MOSETTO, Franco: *Osservazioni in tema di pluralità di gravami e di unità del procedimento d'impugnazione*, RDDC, año V, núm. 4, julio-agosto 1959; págs. 439-454.

Estudia el autor, sobre la base del artículo 333 del Código italiano de procedimiento civil, el problema de las impugnaciones sucesivas a la primera que se ha dirigido contra una sentencia, y la posibilidad de utilizar impugnaciones postvenientes no formuladas en vía incidental.

PISANI, Mario: *Intorno alla prova come argomentazione retórica*, RDDC, año V, núm. 4, julio-agosto 1959; págs. 458-465.

Notas en torno a la estructura y esencia de la prueba en el proceso, a la vez que valoración crítica de la reciente concepción según la que la prueba debe configurarse como una argumentación retórica.

3. Procesos especiales.

BORSELLI, Edgardo: *La realizzazione coattiva dei diritti nel pensiero di Ugo Rocco*, DG, año LXXIII, núm. 8-9, agosto-septiembre 1958; páginas 552-557.

A propósito de la aparición del volumen IV del «Trattato di Diritto processuale» de Ugo Rocco, dedicado al proceso ejecutivo, se destaca la posición del mismo que, en el examen de la materia, sigue el método de considerar el fenómeno procesal de ejecución en su aspecto externo, fijándose en los hechos y actos en su progresivo y cronológico acontecer.

BOSCH, F. W.: *Der gesetzliche Vertreter des minderjährigen ehelichen Kindes in dessen Unterhaltsprozess*, NJW, año XI, cuaderno 48, 1958; páginas 1954-1956.

El nuevo § 1.629 del BGB concede a cada uno de los padres la facultad de interponer contra el otro pretensiones alimenticias del hijo, cuando vivan separados. De esta norma, en contra de lo que cree Prahl (NJW, 1928, 1.715), no cabe deducir una facultad de representación.

CRISCI, Nicola: *La sospensione dell'esecuzione della sentenze di sfratto in materia di contratti agrari*, DG, año LXXIV, núm. 1, enero 1959; páginas 9-10.

Una ley italiana de 11 de julio de 1952 dice, en su artículo 3, que en materia de contratos agrarios, la ejecución de la sentencia de desahucio relativa a un determinado año agrario queda en suspenso hasta la terminación del año agrario sucesivo. Aspectos de competencia en la materia y con relación a la inaplicabilidad de la disposición.

FURNER, Georg: *Welchen Einfluss hat die Aufhebung einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung auf bereits eingeleitete, aber noch nicht beendete Zwangsvollstreckungsmassnahmen?*, MDR, año XIII, cuaderno 1, enero 1959; págs. 5-8.

Invalidez de sentencia no firme, por vía de procedimiento regular o de procedimiento provisional, e influencia de dicha invalidez, según los casos, en las medidas de ejecución forzosa no terminadas, pero sí iniciadas.

KANDLER, Egon: *Das Verhältnis des Prioritätsgrundsatzes zum § 850 d ZPO*, NJW, año XI, cuaderno 50, 1958; págs. 2048-2051

Supuestos concretos y diversos en torno a la embargabilidad de determinados ingresos de trabajo a causa de pretensiones de alimentos, en la legislación alemana (reforma de 1953). Rango de las pretensiones.

LENTI, Giulio: *L'ordine pubblico interno ed internazionale in tema di esecutorietà di sentenze estere matrimoniali*, RDMSP, año I, núm. 3-4, mayo-agosto 1958; págs. 389-416.

Los legisladores siempre han procurado adecuar la reglamentación del matrimonio a la ética del pueblo y al mismo tiempo salvaguardar las deformaciones que la institución pudiera sufrir al insertarse en el ordenamiento interno normas extranjeras. Consideración de la ejecutoriedad de sentencias en esta materia: doctrinas, orden público, posición de la jurisprudencia.

SCHUMANN, Alfred: *Zum Streiwert in Ehesachen*, MDR, año XII, cuaderno 10, octubre 1938; págs. 736-738.

Determinar la cuantía litigiosa en las cuestiones matrimoniales ha sido siempre problema debatido. Aspectos del mismo según la antigua y la nueva reglamentación alemana sobre costas.

SENOFONTE, Pellegrino: *Sul reglìme probatorio nel giudizio di disconoscimento della paternità ex a 235 n. 3 C. c., DG*, año LXXIV, núm. 1, enero 1959; págs. 1-8.

El número 3 del artículo 235 del Código civil italiano permite al marido desconocer la paternidad si en el tiempo de la concepción del nacido (del día 300 al 180 previos al nacimiento) vivía separado legalmente de la mujer, aunque fuera en virtud de una providencia temporal del magistrado. El problema suscitado es de si el marido debe probar que con la providencia concurre la efectiva separación, o si basta aquélla para que se presuma ésta. El autor opta por la primera postura (igual que Cicu). El problema se discutió mucho bajo el viejo Código de 1865.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- 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 del Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Annales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Ilustre 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 México.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona)
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York)
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (México).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).

- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (I ordres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 IF = 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 öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = 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 Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 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 (Caracas).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista da 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).
 RGJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit français et étranger (Paris).
 RIID = 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 Rechtsvergleichung und inter-
zonale Rechtsprobleme (Berlín).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista de Diritto Processuale (Padua).
RPII = 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 (Millán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencias y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

I SENTENCIAS COMENTADAS

Embargo del derecho arrendaticio y vicisitudes del arrendamiento

(Sentencia de 27 de enero de 1960)

1. *El pleito y sus antecedentes.*—El día 1 de febrero de 1949, en autos ejecutivos que seguía el acreedor señor V. contra su deudor señor B., fueron embargados un establecimiento de Café-Bar que el deudor venía explotando en la planta baja de determinada casa, y un negocio de fonda, que tenía en los pisos altos, con todos los muebles, enseres y efectos inherentes a esos negocios, incluido el derecho de traspaso del local. Días más tarde, surgieron nuevas ejecuciones, y los mismos bienes fueron embargados por los señores L. y C. Seguido el primer juicio ejecutivo por todos sus tramites, el día 3 de mayo de 1949, fueron los bienes sacados a pública subasta y adjudicados al mejor postor, que pagó por ellos el precio del remate.

El anterior día 29 de abril se había dictado sentencia, que quedó firme, en juicio de desahucio instado por falta de pago por las arrendadoras de los locales, decretándose en la sentencia el lanzamiento del arrendatario.

Las propietarias de los locales iniciaron un juicio declarativo de mayor cuantía contra el arrendatario, los tres acreedores ejecutantes y el adjudicatario de los bienes subastados, suplicando se declarase que el demandado señor B. no ostentaba derecho alguno sobre el inmueble de las demandantes, lo que impedía que se efectuara, judicial o extrajudicialmente, la cesión de los locales por el señor B. o en su nombre, por lo que debían tenerse por excluidos de la subasta celebrada, cuya nulidad en cuanto a este extremo se solicitaba.

Comparecido el adjudicatario contestó a la demanda y solicitó se le absolviera de la misma, por ser nula e ineficaz la sentencia de desahucio para excluir de la subasta celebrada el derecho de traspaso de los locales y se declarase que en la subasta se encontraba bien incluido el derecho de traspaso de los locales citados, por haberse trabado el embargo con anterioridad al juicio de desahucio, y que, por tanto, la sentencia en él recaída era ineficaz y de efectos nulos con respecto a los embargantes y al posible adjudicatario, declarando expresamente la ineficacia y nulidad del juicio de desahucio y de la sentencia en él recaída a dichos efectos. Pretensiones parecidas mantuvieron los acreedores ejecutantes. En cambio, el arrendatario no compareció en el procedimiento que se tramitó con la rebeldía del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en todas su partes la demanda y desestimó las reconvencciones formuladas por los demandados.

La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juzgado, desestimó la demanda, y, estimando en parte la reconvencción, declaró: 1.º Que estaba in.

cluido en el embargo practicado el derecho de traspaso del negocio, teniendo plena eficacia la sentencia de remate y la subasta, así como la aprobación del remate a favor del adjudicatario; y 2.º Que la sentencia dictada en el juicio de desahucio no afectaba a los derechos de los demandados.

2. *La Sentencia del Tribunal Supremo.*—El Tribunal Supremo da lugar al recurso, casa la sentencia recurrida y, en su lugar, dicta otra confirmando la que había dictado el Juez de Primera Instancia.

Dice así el Tribunal Supremo:

1.º La enajenación voluntaria o forzosa del valor económico que supone todo establecimiento mercantil o industrial instalado en el local arrendado, como bien incorporado al patrimonio del dueño del negocio, y que con la denominación de traspaso regula la L. A. U. de 31 de diciembre de 1946, aplicable, no puede concebirse sin la vigencia del arrendamiento del local en que él se asiente, ya que es la cesión del uso y disfrute de éste lo que en esencia constituye el traspaso, que quedaría convertido en mera entelequia—en el sentido vulgar de la palabra— y sin posible efectividad ni trascendencia jurídica, si se admitiere realizado en fecha en la que, por haberse resuelto el arrendamiento, con el que es consustancial, se encontraba extinguido el uso y disfrute de los locales, como en el caso discutido acontece, sin que a esta extinción sea obstáculo la preexistencia de un embargo anterior, mera traba de los derechos susceptibles de valoración económica pertenecientes al patrimonio del embargado, sin mayor alcance que el de sustraerlos de su disposición y sujetarlos al cumplimiento de sus obligaciones, pero sin coartar, ni privar a terceros, como son los propietarios de los locales arrendados, del ejercicio de los suyos, ni supeditarlos al cumplimiento de extrañas y desconocidas obligaciones que para nada les afectan, a cuyo resultado se llegaría, estabilizando una relación arrendaticia a pretexto de haberse embargado un posible derecho de traspaso, impidiendo la resolución por falta de pago, con olvido y elusión de la esencial obligación impuesta a todo arrendatario.

2.º Admitida por la Sala sentenciadora la eficacia de un traspaso, verificado cuando se hallaba resuelto por sentencia firme el contrato de arrendamiento, por conceder al embargo de aquel posible derecho un rango del que carece, ya que la prioridad en el tiempo sólo puede conjugarse cuando en la colisión pervive el derecho, mas no cuando, como en el caso ocurre, el que se dice embargado carece de realidad, por haberse extinguido legítimamente el arrendamiento que su existencia requiere, es obvio por consiguiente que, al no haberlo reconocido así la sentencia de instancia, ha infringido el artículo 149 de la L. A. U. citada, de cuya infracción se acusa en el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, en cuanto estima la posibilidad de traspasar, no obstante, la resolución del arrendamiento, por sentencia firme dictada en procedimiento de desahucio por falta de pago, por lo que debe ser estimado dicho motivo, sin que se precise examinar separadamente los demás formulados, que reiteran, desde distinto punto de vista, el tema traído a la casación y que ha sido enjuiciado.

COMENTARIO

Estamos frente a una decisión jurisprudencial—esta que contiene la Sentencia de 27 de enero de 1960—que puede poseer una gran resonancia práctica, en cuanto resuelve una aguda colisión de intereses, sumamente frecuente, casi diríamos típica. El problema, que se ha debatido, podría plantearse así: ¿qué repercusión tiene en la relación arrendaticia el embargo realizado por los acreedores del arrendatario de un local de negocio?, y, al revés: ¿qué repercusión producen en el derecho de los acreedores embargantes las vicisitudes de la relación arrendaticia? El tema, situado en la confluencia de dos notables intereses económicos de nuestro tráfico jurídico—crédito, establecimiento mercantil—, merece alguna somera meditación. Hay, decimos, en el caso debatido una colisión de intereses, que son perfectamente legítimos en principio, y merecedores ambos de la protección y de la tutela jurídica. De una parte, el interés del propietario arrendador que se centra en poder dar por resuelto o por extinguido el arrendamiento que grava una parte de su propiedad, revalorizándola de este modo y haciendo posible la obtención de un mayor rendimiento económico; de otra parte, el interés de los acreedores del arrendatario que han embargado el derecho arrendaticio sobre el local de negocio, que consiste en mantener vivo este derecho, con el fin de poder realizarlo y cobrar con las sumas obtenidas el importe de sus créditos.

El Tribunal Supremo ha resuelto el conflicto prefiriendo el interés del arrendador. El embargo no priva al arrendador de sus facultades para modificar o extinguir el arrendamiento, ni limita en manera alguna el ejercicio de estas facultades. Por ello, si el arrendador, ejercitando estas facultades, obtiene la extinción del arrendamiento, el embargo deviene ineficaz. Quizá pueda decirse que de esta manera se facilita el éxito de una confabulación entre arrendador y arrendatario dirigida a burlar los derechos de los acreedores embargantes, pero, aunque esto fuera así, sería también cierto que, al hacer prevalecer el interés de los acreedores, se haría posible el éxito de una confabulación de signo contrario del arrendatario con sus acreedores, ciertos o simulados, dirigida a burlar los derechos del arrendador. Para sentar un principio orientador o una regla general no puede atenderse exclusivamente al temor de un resultado patológico. Una regla debe aparecer en armonía con los principios generales del sistema, sin perjuicio de establecer después la serie de medidas que sean necesarias para la protección frente a las confabulaciones o fraudes.

El problema que esta sentencia nos ofrece tiene una hondura mucho mayor de lo que un análisis superficial puede sugerir, no sólo por encontrarse en un agudo cruce de intereses, sino también por hallarse en un punto—embargo del derecho arrendaticio—falto de una clara reglamentación legal. Por ello, acaso convenga proceder en el comentario con un cierto orden y algún detenimiento.

I. *Embargabilidad del derecho arrendaticio.*—En la doctrina española el problema del embargo del derecho arrendaticio ha suscitado, en los últimos años, alguna polémica que ha sido ciertamente fructífera desde

algún punto de vista (1). Los autores enfrentados con el problema limitaron su indagación a la viabilidad de esta forma de embargo, a su posibilidad dentro de nuestro actual sistema de derecho positivo: si es posible que sean embargados los derechos que el arrendatario ostenta sobre el local de negocio. El problema ha nacido de unas circunstancias económicas y jurídicas muy especiales (la escasez de locales; la facultad, concedida por la legislación especial al arrendatario, de enajenar su derecho; el alto precio que han alcanzado en traspaso los locales de negocio, etc.). De estas circunstancias nace el embargo del derecho arrendaticio. Si el arrendatario puede obtener un valor patrimonial enajenando voluntariamente su derecho, no debe existir ningún inconveniente para que sus acreedores perciban el importe de sus créditos mediante la enajenación forzosa de este derecho, que, en definitiva, es un elemento de su patrimonio, sujeto como todos a la responsabilidad universal ordenada por el artículo 1.911 del Código civil (2). Frente a ello se opusieron únicamente inconvenientes de tipo dogmático: que el llamado «derecho de traspaso» no es un verdadero derecho subjetivo, sino una simple expectativa que, en cualquier caso, correspondería privativamente al arrendatario, sin que nadie pueda obligarle a ejercerla (3). A ello se añadió una dificultad de orden práctico: aunque se subastase y adjudicase el derecho, no podría darse posesión al adjudicatario, pues para lanzar al inquilino, que continúa poseyendo, no existe otra vía que el ejercicio de desahucio, para el cual no estarían legitimados ni el adjudicatario ni los acreedores (4).

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se decidió resueltamente por la viabilidad de este embargo, que las necesi-

(1) Ver PRIETO CASTRO, *Embargo del derecho de traspaso*, «Rev. Der. Procesal», 1949, págs. 203 y sigs., y *De nuevo sobre el embargo del derecho de traspaso*, en la misma Revista, 1950, págs. 74 y sigs. RODRÍGUEZ SOLANO, *El embargo del derecho de traspaso*, «Rev. Der. Proc.», 1949, pág. 447 y sigs.; FINECH, *El embargo del derecho de traspaso de local de negocio*, «Rev. Der. Proc.», 1949, págs. 661 y sigs.; ÉSPUNY GÓMEZ, *Más sobre el embargo del derecho de traspaso*, «Rev. Der. Proc.», 1950, págs. 475 y sigs.; IGLESIAS CUBRIA, *La embargabilidad del traspaso*, «Información Jurídica», 1950, págs. 217 y sigs.; LEYVA SUÁREZ, *El embargo del derecho de traspaso*, «Rev. de la R. Acad. de Jur.», 5, 1952, págs. 55 y sigs.; PERE RALUY, *Embargo y adjudicación del derecho de arriendo de local de negocio*, «Rev. Gral. de Der.», 1953, pág. 496; CARRERAS, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, págs. 86, 168, 169, 174 y sigs. También CAPÓN REY, *El llamado derecho de traspaso y su embargo*, «Rev. Der. Notarial», 12, 1956, pág. 295.

(2) Cfr. CARRERAS, *Ob. cit.*, pág. 168: «El juez podrá realizar sobre el patrimonio del ejecutado todos los actos que éste debería llevar a cabo y de los que podría obtener medios de poner término a un desequilibrio patrimonial causado por un incumplimiento de su deber y, por tanto, si el ejecutor no halla otros bienes que deba realizar antes o los realizados no son suficientes, y el ejecutado es arrendatario de un local de negocio, no hay duda de que ejercitando como sustituto el llamado derecho de traspaso puede llevar a cabo éste a título oneroso con plena eficacia y con el subsiguiente lanzamiento del ejecutado y entrega al adjudicatario del local.»

(3) PRIETO CASTRO, *Op. y loc. cit.*, págs. 203 y sigs., y págs. 74 y sigs.; LEYVA SUÁREZ, *Loc. cit.*, págs. 55 y sigs.

(4) RODRÍGUEZ SOLANO, *Op. y loc. cit.*, págs. 447.

dades prácticas reclamaban imperiosamente (5). Un bien patrimonial y enajenable puede ser embargado y subastado (6). La única dificultad, superada en la práctica, estriba en cumplir en la enajenación forzosa las mismas limitaciones a que la ley somete a la enajenación voluntaria (notificación al arrendador, ejercicio por éste de su facultad de recuperar los bienes, etc.) (7). Esta dirección triunfó definitivamente al redactarse la Ley de Arrendamientos Urbanos de 28 de diciembre de 1955, que admite en el artículo 32 la posibilidad de someter a ejecución los derechos del arrendatario sobre el local de negocio arrendado (8).

Continúa subsistiendo una dificultad que es en parte terminológica y en parte de concepto. Se habla de embargo del «derecho de traspaso». Es cierto que la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuya terminología no ha brillado nunca por su precisión (8 bis), menciona en ocasiones este «derecho de traspaso» (cfr. arts. 5, 2; art. 30, etc.), pero no es menos cierto que con ello no alude a un derecho subjetivo distinto del poder del arrendatario sobre la cosa arrendada. El llamado «derecho de traspaso» es simplemente la facultad de disponer del derecho arrendaticio o de enajenarlo (facultad de traspasar) (9). Ahora bien, si el llamado «derecho de traspaso» es una simple facultad del arrendatario, parece claro que no se podrá embargar ni ejecutar separadamente del derecho arrendaticio, al cual sirve y con el cual se encuentra unido. Que el objeto del embargo es el derecho arrendaticio, lo pone de manifiesto la propia Ley cuando señala que lo

(5) Ver entre las Sentencias del Tribunal Supremo, especialmente las de 20 de diciembre de 1952 y 18 de junio de 1953. Ver estado de la jurisprudencia sobre el tema en CAPÓN REY, *Loc. cit.*, págs. 295 y sigs.

(6) Ya FENECII recordó que así venía admitido en los artículos 88 y 89 del Estatuto de Recaudación.

(7) Cfr. especialmente la ya citada Sentencia de 18 de junio de 1953: «Exigida por el artículo 45 la fijación de un precio cierto por el traspaso y toda vez que en la vía de apremio la certeza del precio no se determina por la tasación, sino por la mejor postura ofrecida en la subasta, para cumplir dichos requisitos (los a) y b) deben cumplirse consignando lo necesario en los edictos y escritura pública otorgada por el traspaso) debe notificarse al arrendador, por su derecho de tanteo y retracto o de participación en el precio, la resolución de sacar a pública subasta el traspaso y la mejor postura ofrecida en ella, con suspensión del remate para dar lugar al ejercicio de uno y otro de tales derechos por el arrendador que, verificada la subasta y sin haber ejercitado el arrendador su derecho de tanteo, es obligado para cumplir los requisitos señalados en las letras e) y f), otorgar la escritura por el arrendatario o por el juez de oficio y la consiguiente notificación al arrendador dentro de los ocho días siguientes al otorgamiento.»

(8) El artículo 33 de la L. A. U. dice que «en caso de ejecución judicial o administrativa, se notificará de oficio al arrendador la mejor postura ofrecida en la subasta o, en su caso, la cantidad por la que el ejecutante pretende la adjudicación. La aprobación del remate o de la adjudicación quedará en suspenso hasta que transcurra el plazo señalado para el ejercicio del derecho de tanteo.»

(8 bis) Cfr. PÉREZ SERRANO, *La LAU ante la gramática*, en AN. DER. CIV., 1956, pág. 1067 y sigs.

(9) Sobre el tema, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *La facultad de disposición*, AN. DER. CIV., 1950, págs. 1025 y sigs.

que se entrega al rematante o adjudicatario son los locales (art. 33, 3.º) En adjudicatario se convierte en nuevo arrendatario de los locales.

A esta conclusión—embargo del derecho arrendaticio, y no embargo del «derecho de traspaso»—había llegado ya la doctrina anterior (10). Por esto, no deja de ser sorprendente la confusión que se observa en la sentencia comentada, donde se habla de «un valor económico... que con la denominación de traspaso regula la L. A. U.» y donde se dice que «es la cesión del uso y disfrute de este (del local), lo que en esencia constituye el traspaso». La confusión no tenía trascendencia en orden a la decisión del litigio, pero hubiera sido deseable una mayor precisión; traspaso no son los derechos del arrendatario en cuanto susceptibles de valoración económica—valor en venta del arrendamiento—, sino simplemente la facultad de disponer del arrendamiento. Debe hablarse, pues, de embargo y ejecución del derecho arrendaticio.

El derecho arrendaticio sobre un local de negocio puede ser embargado aisladamente o como elemento patrimonial de una empresa mercantil, al ser trabada ésta, bien se configure tal embargo como embargo de la empresa o como embargo del establecimiento mercantil, que, en definitiva, es lo que se había hecho caso del pleito. De embargo y ejecución sobre un establecimiento mercantil, como unidad orgánica, tampoco habla nuestra Ley de Procedimientos, lo que constituye una de sus más graves lagunas en materia de procedimientos de ejecución, si bien no quepa duda en la actualidad sobre su viabilidad (11).

Ahora bien, una vez enfrentados con la figura del embargo del derecho arrendaticio tendremos que estudiar antes que nada sus consecuencias. Para la sentencia recurrida este embargo es «mera traba de los derechos susceptibles de valoración económica, sin mayor alcance que el de sustraerlos de su disposición y sujetarlos al cumplimiento de sus obligaciones». Del párrafo transcrito parece deducirse que las consecuencias del embargo del derecho arrendaticio, como, en general, las de todo embargo, son fundamentalmente dos: la privación del poder de disposición por parte del titular del derecho embargado y la sujeción de los bienes al cumplimiento de las obligaciones.

¿Queda el arrendatario privado de su poder de disposición sobre el derecho arrendaticio en virtud del embargo? Esta consecuencia parece que no puede sostenerse con carácter general en materia de embargo. La enajenación realizada por él deudor embargado es ilícita y el deudor asume una especial responsabilidad, pero es, en principio, válida; el derecho embargado se transmite y el que contrató con el deudor lo adquiere (12). Así parece deducirse de la mecánica de las anotaciones preventivas, cuyo efecto sustancial es hacer pasar la cosa o el derecho embargado al adquirente

(10) Cfr. PERE RALUY, *Op. y loc. cit.*, pág. 497.

(11) Sobre el tema, ver CARRERAS, *Op. cit.*, pág. 156 y 503. Ha estudiado profundamente el tema adyacente de la pignorabilidad de la empresa y del establecimiento mercantil, VALLET DE GOYTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951 y *Pignus tabernae*, en AN. DER. CIV., VI, 4, 1953, pág. 783.

(12) Cfr. GÓMEZ, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, págs. 451 y sigs.

con la carga del embargo (cfr. art. 42, 2 y 4, de la L. H.) y del hecho de que el único medio hábil para impugnar la transmisión del bien embargado sea la rescisión por fraude de acreedores, que, en este caso, goza de la presunción establecida en el artículo 1.297 del Código civil.

El efecto primordial del embargo es la sujeción de los bienes al cumplimiento de las obligaciones. Se trata, en definitiva, de una concreción de la responsabilidad por deudas que, en abstracto, recae sobre todo el patrimonio. De sujeción se habla aquí en el mismo sentido en que este término se emplea en materia de derechos reales de garantía. El embargo supone una afección real de los bienes a las resultas del procedimiento de ejecución, hasta el punto de que una parte importante de la doctrina lo configura como un derecho real de origen y naturaleza procesal (13). No es el momento de entrar en este problema, pero lo que está, desde luego, fuera de toda duda es el entronque y estrecho parentesco entre ambas figuras (*pignus iudiciale*).

Lo importante, sin embargo, en orden a nuestro tema, no es saber cómo funciona el embargo en la relación existente entre el acreedor embargante y deudor embargado, sino saber cómo funciona en relación con los terceros. Del texto de la sentencia comentada parece deducirse que el embargo, en cuanto «mera traba», no puede impedir, ni coartar a los terceros el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, nosotros sabemos ya que el adquirente de un bien embargado, tercero frente al embargo, queda sometido a la acción rescisoria, sobre todo, si conocía aquella circunstancia; que, cuando se embarga un derecho de crédito, el deudor del deudor embargado queda obligado a hacer el pago en una determinada forma (art. 1.165, 1.196, 1.196, 5.º del C. c.); que, finalmente, los terceros a quienes pertenece el bien embargado, pueden oponerse al embargo, mediante la llamada tercería de dominio (E. C. 1.532 y sigs.); todo lo cual demuestra que el embargo proyecta una determinada eficacia en relación con los terceros, es decir, fuera de las relaciones entre acreedor ejecutante y deudor ejecutado. Ha sido, hasta el momento, insuficientemente estudiada toda esta problemática que plantea el embargo de un derecho que forma parte del contenido de una relación jurídica vigente entre el deudor embargado y un tercero, insuficiencia que cabría relacionar con el carácter borroso y desdibujado que posee el embargo de derechos. No es este el momento de adentrarse en tan espinosa cuestión, pero sí de contemplar someramente una de sus particulares aplicaciones: el embargo de los derechos del arrendatario, que forman parte de una relación jurídica que existe entre el embargado y un

(13) «No es erróneo, en este sentido hablar del embargo como de un verdadero derecho real. Las dos características fundamentales de los derechos reales: recaer inmediatamente sobre una cosa y poderse hacer valer frente a todos se dan, indiscutiblemente, en el embargo. El bien embargado responde de las resultas del proceso de modo cierto, cualquiera que sea su poseedor. Esto explica cómo se conceden por el embargo las dos facultades esenciales del derecho real: el *ius persecuendi*, que autoriza a hacerse con el bien, aunque su titular haya variado con posterioridad al embargo mismo, y el *ius prioritatis*, que garantiza al primer embargante en el tiempo la preferencia jurídica en la satisfacción de su derecho» (GUASP, *Op. cit.*, pág. 452).

tercero, lo cual nos lleva al problema central de la sentencia comentada que es, sustancialmente, la repercusión de las vicisitudes del arrendamiento en el embargo del derecho arrendaticio.

II. *Las vicisitudes del arrendamiento y su repercusión sobre el embargo del derecho arrendaticio.*—Con arreglo a la sentencia comentada, la relación de arrendamiento no se «estabiliza», no queda paralizada o inmovilizada por el hecho de haberse embargado los derechos del arrendatario. La relación de arrendamiento puede, durante la pendencia del embargo, quedar modificada o extinguida. Y esta modificación o extinción repercute en el embargo que queda, de esta manera también, modificado o extinguido (14). Ocurre así en virtud del fenómeno de conexión entre ambas situaciones jurídicas—arrendamiento y embargo—y de la subordinación de la segunda a la primera.

Ahora bien, convendría distinguir, dentro de estas vicisitudes modificativas o extintivas, aquellas que se producen por ejercicio unilateral de una facultad del arrendador o del arrendatario y aquellas que se producen en virtud de un negocio jurídico celebrado entre ambos. Es claro—y tiene razón en este sentido la sentencia comentada— que el embargo del derecho del arrendatario no limita, coarta, ni priva al arrendador de sus facultades de modificación o de extinción del vínculo contractual (15). Es claro también que el arrendatario no podrá ejercitar eficazmente de una manera unilateral una facultad de modificación o de extinción de su derecho que resulte perjudicial para los acreedores embargantes (16). Los convenios modificativos o extintivos del arrendamiento, celebrados por el arrendador y el arrendatario, hay que estimarlos en principio válidos, salvo si en ellos ha existido fraude de acreedores, caso en el cual podrán, por esta causa, ser impugnados.

La sentencia recurrida parece, pues, correcta, en cuanto establece que el embargo del derecho del arrendatario no impide, por lo general, un libre desarrollo de la relación arrendaticia. Sin embargo, esta doctrina, clara y justa, tiene que ser, a nuestro juicio, equilibrada, concediendo o reconociendo al acreedor embargante una serie de medidas de protección tendentes a conseguir la efectividad de su embargo. Es este un punto que no ha dilucida la sentencia comentada y que no obstante convendrá analizar, si quiera sea someramente.

III. *La efectividad del embargo y el poder del acreedor embargante.*—¿Cuáles pueden ser estas medidas de protección de los derechos del acree-

(14) CARRERAS (*Op. cit.*, pág. 169, nota) señala que «cabe que una vez embargado el derecho de arrendamiento y antes de llevarse a cabo el tras-paso forzoso, desaparezca el bien objeto del embargo, por resolverse el contrato de arrendamiento o producirse un desahucio por falta de pago; pero tampoco afecta al embargo, sino a la realización forzosa, que habrá devenido imposible, como es imposible la venta en pública subasta de un bien mueble embargado que haya sido destruído por un incendio o cuya propiedad haya sido reconocida a un tercero en la correspondiente tercería de dominio».

(15) Por ejemplo: acciones resolutorias, de elevación de rentas, etc.

(16) Cfr. art. 4.º del Código civil como renuncia parcial o total de un derecho en perjuicio de tercero.

dor embargante frente a las modificaciones o extinciones que sufre la relación arrendaticia a virtud del ejercicio unilateral por el arrendador de sus facultades o a virtud de convenios celebrados por arrendador y arrendatario?

1.º En el caso del pleito—ejercicio por el arrendador de su acción de desahucio por falta de pago de renta—los acreedores embargantes pudieron enervar la acción, pagando las rentas debidas, pago este que puede hacer en todo caso una persona distinta del deudor (17), para lo cual existirá únicamente la dificultad material de conocer la existencia del procedimiento de desahucio, pero no existe ninguna dificultad de tipo jurídico.

2.º Frente a las confabulaciones, actos o negocios realizados por el arrendatario, por sí o en connivencia con el arrendador, en fraude y perjuicio de los derechos de los acreedores, el único camino que parece viable es la acción de impugnación por fraude (art. 1.291 y sigs. del C. c.).

3.º Frente al ejercicio por el arrendador de acciones que pongan en peligro la integridad o la efectividad del derecho de los arrendatarios y consiguientemente, también del derecho de los acreedores, no parece que exista inconveniente en que éstos asuman la defensa de este derecho, mediante acción subrogatoria, siempre que se den los presupuestos establecidos en el artículo 1.111 del Código civil.

4.º Si lo embargado ha sido la empresa o el establecimiento mercantil, la mejor medida que los acreedores podrán adoptar para defensa de su derecho, sería obtener la administración judicial del establecimiento, ejerciendo de esta manera el más riguroso control sobre todos los elementos patrimoniales que lo forman (art. 1.450 de la L. E. C.).

5.º En el apartado d) del artículo 68 de la Ley de 16 de diciembre de 1944 se admite la posibilidad de tomar en el Registro de Hipoteca Mobiliaria anotación preventiva de los mandamientos judiciales de embargo sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario, entre los cuales se encuentra el derecho de arrendamiento sobre el local (art. 20). Sin embargo, esta anotación preventiva, aunque de la Ley no se deduzca claramente, parece concebida, como, en general, toda la publicidad registral, como medida de protección frente a los terceros adquirentes de los bienes, sin que afecte por ello al arrendador de los locales.

La similitud entre el embargo (*pignus giudiciale*) y la hipoteca podría hacer pensar en una aplicación analógica de las normas de protección del acreedor hipotecario frente al arrendador, cuando el embargo o la hipoteca han sido notificados a éste (arts. 30, 31, 32 de la L. H. M.). Sin embargo, dicha aplicación analógica no parece viable, a menos que las medidas allí establecidas respondan a los principios generales sobre protección del derecho de crédito.

LUIS Díez-PICAZO

(17) Cfr. art. 1.158 del Código civil; también art. 147 LAU, que admite que el pago de las rentas lo haga el demandado u otra persona en su nombre, aunque obre sin su consentimiento.

II. SENTENCIAS

A cargo de Luis DIEZ-PICAZO, Gabriel GARCIA CANTERO, Justo GOMEZ YSABEL, Antonio del HOYO, Domingo IRURZUN, Antonio MORO, José M.º PEÑA, José PERE RALUY y C. UTRERA RAVASSA, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. PRINCIPIOS DE DERECHO: *Es un principio de derecho sancionado por la jurisprudencia el de que «nemo dat quod non habet».*

RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE NORMAS DEL C. C. SOBRE INSPECCIÓN PERSONAL DEL JUEZ: *Los dos artículos del C. c. sobre inspección personal del Juez, no son preceptos de inexcusable inobservancia sobre la fuerza probatoria que encierran.* [S. 7 de enero de 1960; no ha lugar.]

NOTA: En realidad lo que parece haberse querido decir en la segunda de las anteriores máximas, es que no cabe invocar los artículos de referencia para contradecir la tesis fáctica sustentada por el órgano «a quo», con base en el conjunto de las pruebas.

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: (Véase Sentencia de 30 de enero de 1960, V, 2.)

2 bis. PRINCIPIO DE NEGACIÓN: *Aun cuando pueden los tribunales basar sus resoluciones en fundamentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, esta facultad no les autoriza para dictar los fallos apoyándose en hechos que no han sido objeto de alegación y prueba.*

INCONGRUENCIA: *Hay incongruencia cuando reclamando una cantidad basándose en la existencia de un arrendamiento de servicios, se concede, pero diciendo que se trata de donación remuneratoria; pues aunque esté permitido que la fundamentación jurídica de los fallos sea distinta de la preconizada por las partes, ello sólo es posible cuando ello no implique una modificación o desfiguración de la causa de pedir.* [S. 11 de diciembre de 1959; ha lugar.]

3. RENUNCIA DE DERECHOS: *Aunque hubieran confesado las partes que no hicieron reclamación u oposición a los actos realizados por sus contrarios, ello no puede estimarse como renuncia de su derecho, la cual siempre debe ser expresa o tan clara que no deje lugar a dudas.*

ACTOS PROPIOS: *La pasividad y silencio de los recurridos ante los actos jurídicos llevados a cabo por personas de quienes no traen causa no pueden*

considerarse como actos eficaces legalmente que les ligen y susceptibles de ser calificados como vinculantes para aquéllos a quienes se imputan, ya que para ello los actos propios eficaces han de ser expresivos del consentimiento con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho y de significación y eficacia jurídicas contrarias a la acción intentada. [S. 24 de febrero de 1960; no ha lugar.]

4. PRODIGALIDAD: MUJER CASADA: *El organismo tutelar del que dimana el acuerdo combativo, se ha extinguido antes de tomado sin necesidad de declaración judicial, por haberse casado bajo el régimen de gananciales la incapacitada, después de declarada su prodigalidad y antes de tomarse tal acuerdo. [S. 19 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

Comentarios.

A) HECHOS: Una mujer soltera es declarada pródiga. Posteriormente se casa. Una vez casada el Consejo de Familia autoriza la enajenación de un inmueble de su propiedad. Se impugna el acuerdo del Consejo de Familia. En primera instancia se declara válido. La Audiencia y el Tribunal Supremo sientan la doctrina anteriormente señalada.

B) De la doctrina que sienta esta sentencia, se deduce:

1.º Que la mujer casada bajo el régimen de gananciales no puede ser declarada pródiga.

2.º Que el matrimonio de la mujer bajo tal régimen es causa de cesación de la prodigalidad, y por consiguiente de la tutela y Consejo de Familia.

3.º Que cesa la prodigalidad y organismo tutelar sin necesidad de declaración judicial.

Sienta la sentencia que comentamos sin dar razones, por cierto, criterio totalmente diferente a la de 25 de marzo de 1942, en la que se dice que «es indiferente que la dilapidación se revele por modo directo, a través de gastos excesivos o inútiles, o indirectamente, a través de una desordenada e irregular administración, por lo cual cabe que sea sometida a interdicción la mujer, aun cuando por estar sujeta a la autoridad marital carezca de la libre disposición de lo suyo».

Nos parece más acertada la sentencia de 1942. Efectivamente, si bien la licencia del marido serán una traba para sus actos de disposición, esta licencia no la requiere—según la doctrina dominante—para los actos de administración de los parafernales, y la disposición puede manifestarse por una desordenada administración.

4 bis. CAPACIDAD PROCESAL: SENILIDAD: *El estado de debilidad senil del actor que le produce periodos más o menos prolongados de amnesias parciales con posibilidad de recuperación mediante el tratamiento impuesto, no justifican, de modo evidente, la existencia en el sujeto de un desequilibrio en sus facultades psíquicas que le incapacite para regir su persona y bienes.*

por lo que halládose el actor en el pleno ejercicio de los derechos civiles para comparecer en juicio, su capacidad está legitimada. [S. 10 de marzo de 1960; no ha lugar.]

5. PERSONA JURÍDICA: UNIONES SIN PERSONALIDAD: CAPACIDAD PROCESAL Y LEGITIMACIÓN: *Aunque los demandantes constituyeran una agrupación, al no tener ésta personalidad jurídica, es correcta la demanda interpuesta por sus componentes y debe casarse la sentencia que la desestimó por entender que la acción debió ser ejercitada por la Agrupación y no, como lo fué por los catorce demandantes.* [S. 8 de febrero de 1960; no ha lugar.]

Durante el tiempo que duró la intervención estatal del comercio de patatas funcionó, en la provincia de Guipúzcoa, una llamada «Agrupación de Almacenistas de Patatas de Guipúzcoa», a la cual pertenecían todos los litigantes. Esta Agrupación, no constituida de una manera formal y, por tanto, carente de personalidad jurídica, tenía como cometido recibir de los organismos estatales los cupos de patata asignados a la Provincia, distribuirlos entre los agrupados y pagarlos con sus fondos. Aun sin llevar una contabilidad mercantil regularizada, se limitaba a mantener situaciones de cuenta corriente con sus miembros, poseyendo, además, unas oficinas que funcionaban en San Sebastián.

La Agrupación envió al demandado, uno de sus miembros, un extracto de cuenta con el saldo en su contra de trescientas mil pesetas, que aquél no aceptó, promoviéndose la demanda por los catorce almacenistas agrupados. El demandado, al oponerse formuló reconvencción solicitando una rendición de cuentas y el abono del saldo restante.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y acogió la reconvencción.

La Audiencia acogió la excepción de falta de acción por entender que debió demandar la Agrupación como tal y no los agrupados, desestimando la demanda y la reconvencción.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia. En la segunda sentencia desestima totalmente la demanda y condena a los demandantes a rendir al demandado cuenta justificada de su gestión.

Dice así, el Tribunal Supremo:

«Las uniones de personas sin formar entidad independiente reconocida por el ordenamiento jurídico, no reguladas en forma directa y explícita por el nuestro, son objeto de atención por parte de la doctrina científica procesalista en el sentido de estimarlas con personalidad para actuar en la vida de los negocios, en virtud del consentimiento tácito de los componentes creándose así una sociedad de mero hecho, diferenciada de las individualidades sumadas o agregadas por vínculos de cohesión para concretos fines que pretenden alcanzar, cuya entrada en la relación procesal en concepto de partes, muy discutida por cierto, tiene que apoyarse, en defecto de normas *ad hoc*, en los principios sobre la comunidad, cuando no sobre el mandato indirecto o acerca de la gestión de negocios y, en último

término, se acude también para vitalizarlas a los acuerdos internos de los propios asociados exteriorizados en forma patente y conocida por terceros; con paladina acogida en las legislaciones alemana e italiana, al configurarlas, dentro de ciertas condiciones, como asociaciones con capacidad jurídica y aptas, por consiguiente, para accionar y excepcionar dentro del proceso, sin acudir a la ayuda de categorías similares o afines que acaso pueden no resultar exhaustivas para la completa regulación del tema controvertido.»

«En el primer recurso interpuesto por la parte demandante que, constituida por una pluralidad de sujetos, ostenta en la litis unidad de actividad y dirección procesal, se impugna la aludida sentencia en el primero de los motivos, incardinado en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., atribuyéndole violación, por no aplicación, de los artículos 1.709, 1.710, 1.727 y 1.728 del Código civil y doctrina de las sentencias de 28 de abril de 1906, 13 de marzo de 1913 y 6 de abril de 1934, argumentándose que la Agrupación no constituyó una sociedad y sólo existió por imposición del Poder Público la designación de unos representantes, que en nombre de todos ejecutaban las gestiones indispensables para la obtención de cupos y envíos de la mercancía, sin capital social, no constitución de una personalidad jurídica distinta de los almacenistas, de cuyos hechos se deduce la existencia de un mandato que el demandado ratificó con sus actos y se aprovechó de los beneficios de su gestión, motivo que debe estimarse, porque de los hechos mutuamente aceptados en la fase expositiva del proceso se desprende con claridad que la estructura de la agrupación de almacenistas de patatas de Guipúzcoa envolvía, no la de un ente social, como sostiene con error la sentencia aquí impugnada, sino relaciones de mandato indirecto o simplemente económico para obtener, pagar y distribuir los cupos de la mercancía intervenida en la época de su funcionamiento, muy lejos del ánimo específico de un lucro específico por el resultado de su actividad, según se refiere (sic) en el artículo 1.709 del Código civil, que la Sala de instancia no tuvo presente lo mismo que sus concordantes sobre la obligación de cuentas invocados en el motivo.»

5. CONTRATO CELEBRADO A NOMBRE DE OTRO SIN REPRESENTACIÓN: *Art. 1.259, II.* (Ver S. 5-XII-59, V, 4.)

5. bis LEGITIMACIÓN PASIVA: PLURALIDAD DE TITULARES: *Al pedirse en la demanda la expresa declaración de la existencia de una sociedad mercantil irregular constituida en documento privado, con la consiguiente elevación a escritura pública, entre otros particulares que pueden afectar a todas las personas que en dicho negocio intervinieron en concepto de partes y como socios, resulta incuestionable en derecho que la omisión de alguna de ellas impide por sí sola conocer de los problemas traídos al pleito, con evidente falta de la regular formación de la relación jurídica procesal, que ha de ser del mismo tenor para todos, pues en otro caso los no demandados serían virtualmente condenados sin ser oídos o sin posibilidad de audiencia bilateral, principio rector de cualquier proceso contencioso, que*

implica, en el presente caso, la necesidad de un litis consorcio pasivo o cualificado, desconocido por la Sala sentenciadora, a pesar de ser denunciado por la parte demandada y que, incluso de oficio debía ser estimado, dado que los Tribunales tienen el deber de examinar los presupuestos materiales de las acciones ejercitadas ante ellos. [S. 31 de marzo de 1960; ha lugar.]

6. DECLARACIONES DE VOLUNTAD: INTERPRETACIÓN: *La interpretación de las declaraciones de voluntad corresponden al Tribunal de instancia, y su criterio debe ser respetado mientras no resulte arbitrario o en pugna con el texto interpretado. [S. 12 de febrero de 1960; desestimatoria.]*

7. ERROR SUSTANCIAL: PERMUTA: *El error sobre la extensión de las fincas permutadas y, por tanto, sobre su equivalencia es causa de nulidad del contrato. [S. 5 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

8. SIMULACIÓN ABSOLUTA: EFECTOS: *La simulación absoluta reduce el negocio afecto de ese vicio a una mera apariencia, le priva de todos sus efectos y obsta a las posibilidades de confirmación.*

SIMULACIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS LEGATARIOS: *La tienen los legatarios que por su condición de terceros ya impugnan los actos del heredero, del que en realidad son acreedores como los del testador a quien suceden a título particular. [S. 11 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

9. CAUSAS Y MOTIVOS: DIFERENCIA: *Es evidente la diferencia que existe entre la causa y los motivos, pues aquella es la razón esencial del contrato y éstos son razones particulares de un contratante que no afectan al otro, y, por tanto, no impiden la existencia de una verdadera causa distinta, a no ser que se hubiera subordinado el cumplimiento de los motivos como condición para la eficacia del contrato.*

MOTIVO: DESTINO DEL PRECIO: CANCELACIÓN DE CARGAS: LEY DE DESBLOQUEO: *El móvil subjetivo que tuvo el vendedor al celebrar el contrato de compraventa, de cancelar con el precio determinadas cargas, no vinculaba al comprador por no tener carácter de condición contractual, y por ello, a no obligarse para nada el comprador en cuanto al destino del precio, no tenía por qué estar a las consecuencias que provocó la Ley de Desbloqueo al hacer revivir la hipoteca que sobre las fincas pesaba.*

TRADICIÓN INSTRUMENTAL: POSESIÓN DE UN TERCERO: *Aunque el otorgamiento de la escritura de compraventa de inmuebles presume que se opera la tradición, ello no ocurre ante la realidad del hecho de hallarse poseídos aquéllos por un tercero.*

DOBLE VENTA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.473: MALA FE DEL SEGUNDO COMPRADOR QUE INSCRIBIÓ: *El artículo 1.473 siempre ha de ser entendido sobre la base de la buena fe que se prescribe en su párrafo primero, por lo que,*

apreciado que el segundo comprador que inscribió su título, adquirió las fincas con carencia de buena fe, conociendo la venta anterior, ha de resolverse la doble venta con aplicación del párrafo tercero del propio precepto; que atribuye la propiedad a quien de buena fe sea sea primero en la posesión.

BUENA FE HIPOTECARIA: CONCEPTO Y EXTENSIÓN: *Para ser amparado por la buena fe pública registral es precisa la concurrencia de todos los requisitos que el precepto contiene, y entre ellos el de haber procedido de buena fe, entendida en el sentido de desconocer el adquirente la existencia de una posible inexactitud registral, y extendida incluso a no omitir circunstancia ni diligencia alguna para el logro de averiguar si existe o no vicios en la titularidad del transferente.*

OBSERVACIONES: Aunque acaso esta sentencia que resuelve dos recursos de casación mereciese un comentario más extenso, nos limitaremos a indicar que su concepto de la buena fe hipotecaria, rigurosísimo, no parece pueda ser aceptado. Véase por todos, en la dictrina, Roca Sastre. (Derecho hipotecario, 5.^a edición, Barna. 1954, Tomo I; págs. 510 y sgs., en especial 526 y 539).

10. CARGA DE PRUEBA: *Reconocida una deuda por el sujeto pasivo del crédito, que a la vez alega su extinción por pago, este hecho ha de probarlo plenamente para alcanzar la liberación en sentencia, prueba cuya apreciación es privativa del Tribunal «a quo», salvo su evidente error, denunciable sólo por la vía del núm. 7.º del artículo 1.692 L. E. C. [S. 7 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

11. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: IMPUGNACIÓN: *Contra la conjunta apreciación de la prueba no puede oponerse el resultado de una sola de las pruebas practicadas. [S. 30 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

OBSERVACIONES: En los Estatutos de una Comunidad de Propietarios, estatutos que se inscribieron en el Registro de la Propiedad, se contenía un artículo en el que se establecía que «los locales comerciales no se podrían arrendar, ocupar o transpasar para industria o comercio de los que ya existan con anterioridad en la misma casa». Surgido el litigio entre los propietarios de uno de los locales destinados a comercio y el arrendatario de otro, el único problema de fondo era el de si en el citado artículo se establecía un derecho de tipo personal, si surtía efectos frente a terceros y si procedía o no la cancelación de la inscripción registral. Lamentablemente este problema no se suscitó ni debatió en la instancia, apareciendo tan sólo en el recurso de casación, por lo que el Tribunal Supremo no pudo ocuparse de él, como cuestión nueva que era.

12. CONFESIÓN JUDICIAL: APRECIACIÓN DE ESTA PRUEBA: *La confesión en juicio es sólo uno de los medios de prueba admitidos por la ley, que no puede, por lo general, apreciarse aisladamente y sin que su fuerza probatoria sea superior a la de los demás elementos ofrecidos en el juicio. [S. 10 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

13. PRUEBA: VALOR DE LA CONFESIÓN EN JUICIO: *La confesión no es un elemento de prueba superior a los demás y debe ser apreciada en combinación con todos los propuestos.*

JUICIO DE DESAHUCIO: COMPETENCIA: *La acción de desahucio referente a un arrendamiento de industria, es de competencia de los Juzgados de 1.^a Instancia.* [S. 31 de marzo de 1960; no ha lugar.]

14. CONFESIÓN: *No puede admitirse que la confesión haga prueba contra un colitigante en el pleito.* [S. 12 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

15. VALOR DEL DOCUMENTO NOTARIAL: *Mientras no se le impugne de falsedad, el documento notarial subsiste en la esfera de la verdad y legítima para el tráfico de lo convenido, dentro de la legalidad, bajo la garantía de la buena fe pública.*

DECLARACIÓN DE VOLUNTAD: *En general, prevalece la voluntad real sobre la declarada, con excepción de los casos de protección al tercero, por lo que no es posible hacer prevalecer a los términos claros y categóricos del documento notarial una posible convención particular anterior.*

RETRACTO DE COLINDANTES: *Al otorgarse dos escrituras de compraventa con fines de inmatriculación en el Registro de la Propiedad, puede el titular de la finca colindante ejercitar el retracto.* [S. 1 de diciembre de 1959; ha lugar.]

16. PRUEBA: TESTIGOS: ERROR DE DERECHO: *Como quiera que sólo las no concretadas reglas de la sana crítica son las que regulan la apreciación de dicha prueba testifical, no hay una norma valorativa que pueda entenderse infringida a efectos del posible acogimiento del alegado error de derecho.*

RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: INCUMPLIMIENTO: *No basta la sola manifestación o creencia de una de las partes de que el contrario faltó a sus obligaciones, para que pueda darse por resuelto un contrato, sino que, surgida contienda sobre ello, ha de estarse a la decisión judicial, siendo de la exclusiva competencia del tribunal «a quo» la declaración sobre quien ha incumplido el contrato.* [S. 9 de marzo de 1960; no ha lugar.]

17. PRUEBA TESTIFICAL: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: *Debe rechazarse el motivo del recurso en que se ataca la prueba testifical como ineficaz frente a la documental pública (máxime en un juicio por simulación), pues sobre ser dicha prueba testifical de la discrecional apreciación del Tribunal «a quo», no es cauce adecuado para su posible impugnación el del número primero que aquí se utiliza sino el del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos.* [S. 21 de marzo de 1960; no ha lugar.]

18. PRUEBA DE PRESUNCIONES: ARTÍCULO 1.253 DEL CÓDIGO CIVIL: ENLACE PRECISO Y DIRECTO: *Entre los hechos probados y que hacen relación a la pérdida*

total del patrimonio del vendedor, el precio irrisorio de la venta, el no pago del precio, parentesco entre el vendedor y sus hijos los compradores, la resistencia opuesta por el Consejo de Familia del menor impugnante, del que formaban parte dos de los compradores, a conceder la autorización para entablar juicio en esclarecimiento de todos estos hechos, y el dado por probado por el Tribunal sentenciador de que la intención de los compradores fue privar al citado menor, hoy demandante, de la herencia de su abuelo el vendedor, existe el enlace preciso y directo que el artículo 1.253 del Código civil establece. [S. 7 de abril de 1960; no ha lugar.]

19. SIMULACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA: PRESUNCIONES: Admitidas como premisas ciertas de hecho que la supuesta vendedora gozaba de desahogada posición económica por las rentas que disfrutaba y cuenta corriente a su nombre en establecimiento bancario, y que el titulado acreedor, por el contrario, aparece con créditos en contra, lo que se corrobora en la prueba de confesión, todo ello sirve para deducir, previa valoración armónica de las pruebas, la conclusión lógica y racional de simulación del reconocimiento de deuda a que con acierto llega la Sala de instancia.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA SIMULADO Y DONACIÓN: La deuda reconocida no puede servir de donación por no resultar probada su existencia en la forma exigida por el artículo 633 del Código civil, ni constar que fuera aceptada, requisito éste que es esencial, según el artículo 630 del mismo ordenamiento. [S. 30 de abril de 1960; no ha lugar.]

20. COSA JUZGADA: No cabe oponer con éxito la excepción de cosa juzgada si en la sentencia dictada en el primer proceso se otorgó al actor el derecho de retorno y en el segundo juicio se pide la condena del arrendador a realizar las obras necesarias para que los locales recuperados sirvan a su primitivo destino. [S. 17 de marzo de 1960; no ha lugar.]

21. CADUCIDAD: La caducidad como medio extintivo de los derechos y acciones se produce en el transcurso del plazo prefijado y se caracteriza porque entra en función automáticamente por ministerio de la Ley, independientemente de los sujetos del derecho afectado. No puede rehabilitarse nuevo plazo por condescendencia de la contraparte. [S. 23 de enero de 1960; ha lugar.]

II. Derechos reales

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA; DECLARACIÓN DE PROPIEDAD; LEGITIMACIÓN ACTIVA RESPECTO A UNA COMUNIDAD: La actuación de un solo comunero en relación con los asuntos comunes, únicamente la autoriza la jurisprudencia de modo excepcional, es decir, cuando lo sea en beneficio de la comunidad.

ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR HEREDERO: No puede alegarse la falta de tradición para la transmisión del dominio a un heredero, pues conforme al artículo 440 del Código civil la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero desde el momento de la muerte del causante.

RESERVAS EN SENTENCIAS: *La salvedad «sin perjuicio del derecho de otros tenedores participantes», constituye una simple reserva que no otorga ni quita derecho alguno y, por ello, según la jurisprudencia no es susceptible de casación.*

CUESTIÓN NUEVA: *Si una cuestión es nueva en el recurso, es causa de inadmisión, y si en su día no se tuvo en cuenta al decidir el recurso es causa de desestimación. [S. 13 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

2. ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO O DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS: ARTÍCULO 38, 2.º DE LA LEY HIPOTECARIA: *La petición de declaración de la subsistencia del derecho de hipoteca no contradice al dominio inmatriculado sin carga ni gravamen, porque la hipoteca es posterior a la inscripción dominical sin cargas; por tanto, no es procedente solicitar cancelación alguna. Por el contrario, si alguien debía pedir la cancelación era el dueño respecto de la inscripción de hipoteca, pues se oponía a la existencia de este derecho real.*

ANOTACIONES PRACTICADAS EN VIRTUD DE MANDAMIENTO JUDICIAL: SU CANCELACION: *Aunque el artículo 38 de la Ley Hipotecaria dispone que las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria, ello es sin perjuicio del principio general de caducidad que para las anotaciones establece el artículo 86 «cualesquiera que sea su origen», y así lo confirma el artículo 174 del Reglamento Hipotecario, «in fine». [S. 28 de enero de 1960; no ha lugar.]*

3. DERECHOS DE ACESIÓN Y RETENCIÓN: *Los derechos de acesión y retención otorgados a determinados poseedores por el C. c. no pueden tomarse en consideración en el juicio de desahucio, por no poder plantearse en ellos cuestiones sustraídas al ámbito que les es propio, como juicios que son, de carácter posesorio, encaminados a la reintegración de la posesión de hecho en que se encuentra el arrendatario. [S. 5 de marzo de 1960; ha lugar.]*

4. TRADICIÓN INSTRUMENTAL: POSESIÓN POR UN TERCERO. (Véase S. 30 de enero de 1960, I, 9.)

5. TRADICIÓN «FICTA» Y POSESIÓN: ART. 1.462, pfo. II DEL C. c.: *La tradición «ficta» debe ceder ante la posesión de la cosa. [S. 17 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

En esta Sentencia el T. S. ratifica el criterio sostenido en otras muchas de que para la escritura equivalga a la entrega (1.462. II del C. c.) es preciso que el transmitente posea real y efectivamente la cosa. Si la posee otro, la escritura no equivale a la entrega, no entra en juego la tradición instrumental.

6. PROPIEDAD DE CASAS POR PISOS: VARIACIÓN NO ESENCIAL DE LA ESTRUCTURA: *No se ha variado esencialmente la estructura de la fachada, pues tanto las barandillas, como las piedras base de los antepechos no formaban parte inte-*

grante del muro delantero, sino que eran rigurosamente distintas y meramente adosadas.

PROPIEDAD DE CASAS POR PISOS: APLICABILIDAD DE LOS PRECEPTOS DE LA COMUNIDAD ORDINARIA: *Los preceptos de la comunidad ordinaria solo pueden aplicarse como supletorios del 396 del Código civil, cuando no pugnen con el carácter anómalo de la comunidad que envuelve la propiedad horizontal, institución «sui generis», que existe «per se» y con configuración especial.*

PROPIEDAD DE CASAS POR PISOS: *Aunque puedan completarse las normas de la propiedad de casas por pisos acudiendo a reglas de otras instituciones, y especialmente de la comunidad, sólo será mientras no pugne con su especial naturaleza y finalidad.*

PROPIEDAD DE CASAS POR PISOS: NATURALEZA JURÍDICA: *No es una comunidad en cuanto existen elementos privativos de los varios propietarios, ni la servidumbre sirve para explicar la situación de todas las cosas comunes, sino determinadas relaciones que se dan únicamente entre los propietarios de dos o más pisos, pero que no afectan a todos ellos. [S. 18 de mayo de 1960; no ha lugar.]*

7. EDIFICIO POSEIDO EN PROINDIVISIÓN: FACULTADES DE LOS COMUNEROS: *Cada condueño de un edificio puede disponer de su cuota abstracta en la comunidad, pero no referida a una porción concreta de la casa o sea un piso.*

DERECHO DE RETRACTO: *Cuando los condueños de un inmueble se venden mutuamente cuotas indivisas, relativas a determinados pisos, no han hecho otra cosa que dividir materialmente el edificio, transformando en propiedad horizontal una comunidad ordinaria. En consecuencia, procede el derecho de retracto. [S. 23 de noviembre de 1959; ha lugar.]*

8. TERCERÍA DE DOMINIO: *Como quiera que la tercería de dominio equivale a la acción reivindicatoria, el primero de los requisitos exigibles para su éxito es la justificación del dominio de los bienes de que se trate. No es suficientes a este respecto el acreditar la condición de simple arrendatario del local sobre el que se interpone dicha tercería. [S. 10 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

9. TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITOS: *Es imposible que prospere la tercería de dominio si no se acreditan los tres requisitos que integran la acción reivindicatoria, el primero de los cuales es el derecho de propiedad a favor del reclamante.*

USURPACIÓN ORDINARIA: BUENA FE: *No cabe admitir buena fe en personas que alegan la total propiedad en bienes que ellas mismas adjudicaron por mitad a otra persona. [S. 3 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

10. TERCERÍA DE DOMINIO: PRUEBA DEL DOMINIO DEL TERCERISTA SOBRE LOS BIENES EMBARGADOS: *Unos documentos de carácter administrativo acerca de la instalación de una industria, no acreditan que la maquinaria fuera propiedad del solicitante de su establecimiento. Y negado que los bienes embargados*

sean propiedad del tercerista, la acción reivindicatoria que es en la que está implicada la tercería de dominio, es improcedente. [S. 31 de marzo de 1960; no ha lugar.]

11. TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: NATURALEZA DEL PROCESO: (Véase S. de 19 de abril de 1960, III, 29.)

12. DESLINDE DE FINCAS RÚSTICAS: *La medida superficial es sólo un dato secundario de identificación, pues conocida la naturaleza y situación de una finca rústica, bastan los linderos como únicos datos indispensables para efectuar el deslinde* [S. 3 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

13. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE PATENTES DE INVENCIÓN: APORTACIÓN DEL EXPEDIENTE REGISTRAL: *No cabe discutir ni resolver la nulidad propuesta por vía de reconvención, si no se han aportado los expedientes de las patentes impugnadas en esa forma, no siendo suficientes unas fotocopias de la solicitud que los inicia.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: NULIDAD DE PATENTES: FALTA DE NOVEDAD: *La base para acordar la nulidad no está sólo en la prioridad de registro, sino que tiene que ir unida a la similitud entre las dos patentes que se enfrentan, porque únicamente su identidad es la que despoja de novedad a la registrada posteriormente.* [S. 27 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

14. PROPIEDAD INDUSTRIAL: NULIDAD DE PATENTES: JURISDICCión COMPETENTE. *La jurisdicción civil es competente para conocer las acciones de nulidad de una patente de invención por falta de novedad.* [S. 17 de febrero de 1960; ha lugar.]

15. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MODELOS DE UTILIDAD: CADUCIDAD POR NO USO: *Probado que no ha habido, durante el período de tiempo que se señala, industrialización directa o indirecta del modelo, está bien declarada la caducidad del mismo.* [S. 20 de febrero de 1960; no ha lugar.]

16. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES DE INTRODUCCIÓN: NULIDAD POR FALTA DE NOVEDAD: *Es nula la patente de introducción, cuando el invento era con anterioridad conocido y explotado en España.* [S. 13 de febrero de 1960; no ha lugar.]

17. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MODELOS DE UTILIDAD: CONOCIMIENTO GENERAL: *Es nulo un modelo de utilidad cuando su objeto es generalmente conocido y practicado.* [S. 20 de febrero de 1960; no ha lugar.]

18. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS DE COMERCIO: PRIORIDAD EN EL USO DE UNA MARCA NO REGISTRADA: CARÁCTER EXHAUSTIVO DE LAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD DEL REGISTRO: *El artículo 124 del Estatuto contiene un «numerus clausus» de causas de inadmisibilidad del registro de marcas, por lo que*

no puede pedirse la nulidad con base en el uso anterior de una marca idéntica no registrada.

PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS: NOMBRE COMERCIAL: RÓTULO EN ESTABLECIMIENTO: NULIDAD: *No puede el demandante pedir la nulidad de los concedidos al demandado, sin tener previamente registrados los suyos.*

MARCAS: IDENTIDAD: *Hay diferencia entre las marcas, cuando la del demandante es únicamente un rectángulo con su apellido y en la del demandado tal apellido está colocado en la estela de una flecha luminosa que atraviesa el mapa de España.*

NOMBRE COMERCIAL Y RÓTULO DE ESTABLECIMIENTO: IDENTIDAD: *No existe tampoco, si los del demandado consignan sólo su apellido y el demandante antepone su apellido la expresión «Centro de Recaderos». [S. 18 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

19. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MODELOS DE UTILIDAD: ANULACIÓN DE SU REGISTRO: *El registro en el de la Propiedad Industrial que el vigente Estatuto concede a los modelos de utilidad, no puede anularse sino cuando «se justifique» por quien lo pretende, no ser cierta la manifestación que su hubiere hecho en la solicitud inicial cuya falta de veracidad habrá de ser probada, demostrándose que lo que como modelo de utilidad fué inscrito, carece de las cualidades esenciales exigidas en la Ley para ser conceptuado así. [S. 31 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

20. POSEEDOR DE MALA FE: GASTOS ÚTILES: *Los gastos útiles no son reintegrables al poseedor de mala fe.*

DETERIORO POR CULPA O NEGLIGENCIA: *El poseedor de mala fe responde de la desaparición de una plantación de árboles frutales por omitir en su conservación la diligencia debida. [S. 4 de marzo de 1960; ha lugar.]*

21. PRECARIO: CARACTERES: *Gratuidad y cesión voluntaria del dueño caracterizan el precario según la jurisprudencia.*

CASACIÓN: CUESTIÓN DE HECHO: *La única cuestión discutida, si las demandas ocupaban las habitaciones en precario o en virtud de un contrato de arrendamiento, es una cuestión estrictamente de hecho, porque en este caso no se trata de calificar en derecho unos actos o documentos, sino de determinar la existencia o no existencia de tal convenio de arrendamiento. [S. 21 de enero de 1960; no ha lugar.]*

22. PRECARIO: *Cualquiera que sea el concepto de precario, rijase en Navarra por el Derecho romano como supletorio de primer grado o rijase por la doctrina de la jurisprudencia, no hay en el caso del litigio precarista, porque no puede decirse que carezca de título quien posee en virtud de un contrato de arrendamiento que celebró como arrendador el propietario ins-*

crifo de la cosa, antes de que su derecho fuese anulado en virtud de un pleito en el cual no fué parte el arrendatario.

DESAHUCIO POR PRECARIO: *En consecuencia, la sentencia dictada en juicio de desahucio por precario dando lugar al desalojo, debe ser casada por desconocer el valor y efecto del contrato de arrendamiento legitimador de la posesión del demandado, mientras no sea anulado, ya que la seguridad jurídica requiere reconocer valor a los derechos aparentes de buena fe y mientras esa apariencia no sea descubierta, frente a quien desconociéndola contrató en la creencia de que lo hacía a cubierto de todo riesgo.*

DESAHUCIO POR PRECARIO: COSTAS: *Es doctrina última de esta Sala que en esta clase de juicios tramitados como incidentes no es preceptiva la imposición de costas siguiendo la regla general de la apreciación del juzgador.* [S. 11 de febrero de 1960; ha lugar.]

23. **PRECARIO: EXTINCIÓN DE ARRENDAMIENTO:** *Hay que dar por existente el invocado arrendamiento de local de negocio por el hecho de que al fallecimiento de la propietaria-arrendadora, la heredaron por mitad y proindiviso dos hermanos, uno de ellos el arrendatario del local, con lo que se extinguió todo posible arriendo en la mitad perteneciente al mismo, y sin que esté acreditada la realidad del arriendo que se dice celebrado entre dos hermanos que viven juntos y que disfrutaron en común de la cosa cuya propiedad les pertenece por mitad y en proindiviso.*

DERECHO DE TRASPASO: SU EMBARGO: RECONOCIMIENTO DEL ARRENDAMIENTO: *Aunque el actor embargase y consiguiese la adjudicación del derecho de traspaso del local de negocio, ello no implica—contra lo que entienden los recurrentes—, que reconociera su condición de arrendatario del local, pues sobrevinidos embargo y adjudicación en fecha en que el arrendatario era ya propietario del local—aunque fuera por mitad y proindiviso—, uno y otro no podían referirse, sino al derecho del dueño a traspasar su comercio y el local en que éste está instalado, lo cual excluye toda idea del arrendamiento y de posible reconocimiento de éste.* [S. 20 de abril de 1960; no ha lugar.]

24. **PRECARIO: DERECHOS DEL «PRECARIO DANS»:** *El que permite el uso de una cosa, puede darlo por terminado cuando el goce de la misma se realice sin satisfacer precio alguno y es por otro disfrutada sin título eficaz para retenerla.*

ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO: REQUISITOS: *Se dan los supuestos exigidos para que tenga lugar la acción promovida cuando el piso se disfruta sin pago de renta, es poseído realmente por el que demanda a título de dueño y los demandados fueron requeridos con un mes de antelación para que lo desocupen.*

JUICIO DE DESAHUCIO POR PRECARIO Y JUICIO ORDINARIO: *Si bien no es posible la discusión de cuestiones propias de un juicio declarativo en el*

ámbito del de desahucio, por ser éste un procedimiento sumario, ha de tenerse presente que el invocar unas relaciones jurídicas—familiares en este caso—, para remitirse al juicio ordinario, tanto valdría como dejar a la voluntad del demandado la controversia iniciada en el desahucio.

JUICIO DE DESAHUCIO POR PRECARIO ENTRE UN PADRE Y SUS HIJOS: ABUSO DE DERECHO: *Admitido por los demandados que su padre les ha querido proporcionar, comprándosele, otro piso que ellos rehusaron, lo que jué origen de que se instase este procedimiento, no encuentra en los hechos discutidos el debido asiento la figura jurídica del abuso de derecho, cuya alegación ya por sí envuelve un principio de reconocimiento de la acción ejercitada. [S. 20 de abril de 1960; no ha lugar.]*

25. DESAHUCIO POR PRECARIO: REQUISITOS DE LA ACCIÓN: *La acción de desahucio por precario requiere un título en derecho que faculte al demandante para poseer la cosa, conjugado con la actuación posesoria de hecho por el demandado sin garantía jurídica que la abone para seguir manteniéndola después del previo requerimiento al desalojo.*

DESAHUCIO POR PRECARIO: TÍTULOS DEL ACTOR: TRADICIÓN INSTRUMENTAL: *Habiéndola adquirido por título de compraventa en escritura pública, tiene la parte demandante la posesión de la finca para ejercitar la acción de desahucio frente a la demanda que la ocupa sin pagar merced alguna, ni ostentar título que legitime su situación posesoria.*

DESAHUCIO POR PRECARIO: TÍTULO ANULABLE DEL ACTOR: *Las posibles causas de anulabilidad del título invocado por el actor, mientras permanezcan meramente indicadas por la demandada, no pueden producir la eficacia de enervar la acción y remitir por ello a su titular al juicio ordinario. [S. 4 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

26. SERVIDUMBRE PERSONAL A FAVOR DE VECINOS DE UN PUEBLO: CONDOMINIO: SUPERFICIE: *Determinadas servidumbres personales, cuando son muy extensos los derechos concedidos a los titulares, pueden confundirse con el derecho real de superficie y hasta con el condominio.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: VECINOS: ALCALDE: *La representación de los municipios corresponde, según la Ley de Régimen Local a los Ayuntamientos y a la Corporación en pleno, cuando se trata de cuestiones propias de la Corporación municipal; pero cuando la acción se dirige contra los vecinos de un pueblo como titulares de una servidumbre personal estará legitimado pasivamente el Alcalde, en nombre de los citados vecinos.*

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA: *Sólo es precisa la previa reclamación administrativa cuando se discutan derechos propios del Municipio, pero no cuando la demanda se dirige contra todos los vecinos y sólo son demandados los Ayuntamientos como representantes de los mismos.*

BIENES COMUNALES: *Lo son aquellos cuyo aprovechamiento corresponde a vecinos y el dominio pertenece al Municipio.*

REDENCIÓN DE SERVIDUMBRES: ARTS. 603 Y 604 C. c.: *En la expresión del artículo 604 del C. c. «y demás productos de los montes de propiedad particular» pueden comprender los gravámenes de casa, barbecho y siembra, dadas las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales contrarias a la desmembración del dominio.*

CONDOMINIO: *El condominio precisa la participación de los comuneros en toda y cada una de las partes del todo a que afecta la comunidad, en participación fija y determinada, pero indivisa. [S. 12 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

27. SERVIDUMBRE DE PASO O ACUEDUCTO SUBTERRÁNEO: INSCRIPCIÓN LIBRE DE CARGAS: FALTA DE SIGNO APARENTE: *No puede hacerse valer frente al adquirente una servidumbre no aparente cuando se compró la finca libre de cargas y así se inscribió en el Registro de la Propiedad.*

DICTÁMENES DE PERITOS: *No pueden ser base de casación ya que su análisis, calificación y apreciación corresponde a la facultad exclusiva del tribunal sentenciador. [S. 12 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

28. SERVIDUMBRE DE PASO: SUBSISTENCIA: *No puede considerarse inexistente la servidumbre constituida con arreglo al art. 541 del C. c. cuando convenido que se extinguiría haciéndose constar que para que cesara se construiría una pared, el dueño del predio sirviente no hizo uso de su derecho y continuó el ejercicio continuo y pacífico de la servidumbre hasta la iniciación del pleito. [S. 21 de enero de 1960; no ha lugar.]*

29. USUFRUCTO DE MONTES: CORTA DE ÁRBOLES ABUSIVA: CATALUÑA: *Por Derecho Romano, aplicable al no haber disposiciones especiales en el privativo de Cataluña, se considera abusiva la corta de un alcornocal hecha por la usufructaria.*

USOS GENERALES: CATALUÑA: *No se puede tener en cuenta los usos generales de Cataluña que se invocan, pues no está acreditada su realidad.*

APLICABILIDAD DEL ART. 485 DEL C. C. EN CATALUÑA: *No es aplicable por estar regulada allí la materia por el Derecho Romano supletorio. [S. 24 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

30. FE PÚBLICA: BUENA FE: *Para que el adquirente se encuentre amparado por la fe pública es preciso que desconozca que en el título que ostenta el transmitente existe una causa de nulidad o de rescisión que no consta en el Registro, requisito de la buena fe que rige principalmente el art. 34 de la L. H.*

FE PÚBLICA: BUENA FE: *La apreciación de si existe o no buena fe, como cuestión de hecho, esta atribuida a los tribunales de instancia, y sólo puede ser impugnada como error de hecho o de derecho por la vía del núm. 7.º del art. 1.692 LEC.*

ARTÍCULO 1.248 DEL C. C.: *Dado su carácter admonitivo y no preceptivo, no es susceptible de ser base para el recurso de casación, salvo muy calificados y excepcionales casos. [S. 17 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

31. BUENA FE HIPOTECARIA: CONCEPTO Y EXTENSIÓN: (Véase S. 30 de enero de 1960, I, 9.)

32. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: (Véase S. 19 de abril de 1960, III, 29.)

III. Derecho de obligaciones.

1. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS: PRUEBA DEL DAÑO: HECHOS EVIDENTEMENTE PRODUCTORES DE DAÑO: *La constante jurisprudencia, conforme a la cual el incumplimiento de un contrato no implica por sí solo la existencia de perjuicios al efecto de relevar de la prueba de los mismos, no es de aplicación tan absoluta que en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes se produzca necesaria y fatalmente la existencia de un daño emergente, sea necesario probar su realidad.*

RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS: DAÑO EMERGENTE: PARALIZACIÓN DE UNA FÁBRICA: *La paralización, durante varios meses, de una fábrica debida a la falta de reparación de una turbina, recabada insistentemente por la actora antes de que se rompiese, es indiscutible que produjo un daño emergente que no necesita prueba concreta de su existencia.*

RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LUCRO CESANTE: *Para que la ganancia dejada de percibir pueda ser estimada, es necesario que se encuentre plenamente acreditada y probada.*

COSA JUZGADA: CASACIÓN: *No puede fundarse en ella el recurso cuando no ha sido alegada en el pleito.*

COSA JUZGADA: DIVERSIDAD DE ACCIONES: *No existe cosa juzgada cuando las decisiones judiciales y arbitrales han recaído sobre hechos diversos, ocurridos en momentos diferentes, si bien en relación con un mismo contrato. [S. 2 de abril de 1960; ha lugar.]*

La Sentencia de la Audiencia había recogido íntegramente la pretensión indemnizatoria del demandante. El Tribunal Supremo casa la sentencia, entendiéndolo que, si bien el daño emergente se deriva necesariamente de los hechos, no ocurre lo mismo con el lucro causante, por lo cual accede solamente a la indemnización del lucro cesante.

En cuanto a la cosa juzgada, entiende el Tribunal Supremo que no hay identidad de litigios entre los promovidos en relación con unos hechos ocurridos en 1940 (disminución de la altura del salto de agua y desperfectos de la turbina) y los acaecidos en 1950 (rotura de la turbina y paralización de la fábrica), aunque ambos pleitos surgieran como consecuencia de un mismo contrato.

2. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: DAÑOS Y PERJUICIOS: *Presupuesto de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato es la existencia real de los mismos, y cuando se trata de ganancias dejadas de percibir se exige que no sean dudosas ni contingentes, siendo la apreciación del Tribunal de instancia impugnabile al amparo del número 7.º del artículo 1.º92 LEC.* [S. 6 de mayo de 1960; no ha lugar.]

Una empresa circense contrata el transporte de su material por ferrocarril, a porte debido, y de acuerdo con una tarifa especial aplicable a estas empresas. Al hacerse cargo de las cosas transportadas en el punto de destino, la RENFE exigió el abono de la tarifa general, alegando la existencia de error, pues las tarifas especiales no pueden aplicarse a los transportes a porte debido. La empresa circense obtiene judicialmente la devolución de las cosas transportadas con aplicación de la tarifa especial contratada, pero recurre contra la sentencia de la Audiencia que le niega la indemnización de los perjuicios. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso por falta de prueba.

3. NOVACIÓN MODIFICATIVA: *La subsistencia de la obligación principal, en cuanto permanecen el objeto y demás estipulaciones, salvo la alteración de ciertas condiciones como son la renta, tiempo y persona a que hay que pagar, entraña novación modificativa o imperfecta. No obsta a tal conclusión el que las partes no manifiesten expresamente su voluntad de novar, si su intención se releva de manera inequívoca, por ejemplo, por la expedición de recibos de los que se infiere la alteración del régimen contractual.* [S. 23 de marzo de 1960; no ha lugar.]

4. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: NOVACIÓN: *No puede considerarse que quede novado o modificado un contrato por la correspondencia cruzada entre los contratantes cuando de dicha correspondencia no resulta ningún acuerdo de voluntades.*

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: RESOLUCIÓN: *Cuando de un contrato derivan obligaciones recíprocas, procede liberar al obligado de las que privativamente le pertenecen, si la parte contraria ha dejado incumplidas las suyas.*

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *La falta de pago de una cantidad adeudada tiene que estimarse siempre perjuicio para la otra parte.* [S. 21 de enero de 1960; ha lugar.]

5. NOVACIÓN: *No hay novación por el hecho de que en la escritura de compraventa se haga figurar un precio notablemente inferior al convenido en el documento privado, cuando la pretendida novación está en pugna con la categórica voluntad de las partes y consta que la diferencia de precio corresponde y coincide con una cesión de crédito contra un tercero que el comprador hizo al vendedor para pago parcial de dicho precio en el periodo comprendido entre la firma de uno y otro documento.* [S. 14 de mayo de 1960; no ha lugar.]

6. PLAZO: PACTADO EN BENEFICIO EXCLUSIVO DEL DEUDOR: *El plazo concedido en exclusivo beneficio del deudor no encierra pacto contra ley preceptiva sino que, al contrario, está claramente autorizado por el artículo 1.127 del Código civil, aplicable al caso por su generalidad en la materia de obligaciones.* [S. 10 de marzo de 1960; no ha lugar.]

7. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: ARTÍCULO 1.281, PFO. II: *Para que prevalezca sobre las palabras la intención de los contratantes, se exige que sea común y resulte evidente.* [S. 10 de diciembre de 1959; ha lugar.]

8. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS: *No ha habido la infracción que por los recurrentes se señala al quedar justificado que la resolución del contrato no obedece, como se sostiene, a un acto unilateral y arbitrario del actor, sino que es consecuencia de la vulneración por parte de los recurrentes de aquellas obligaciones contraídas.* [S. 7 de abril de 1960; no ha lugar.]

«CONSIDERANDO que si bien es sabido que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede, por decisión expresa de la Ley, dejarse al arbitrio de una de las partes dada la concordada voluntad de lo que en ellos intervienen, y resulta asimismo conocido el principio legal de que incumbe la carga material de la prueba al que reclama el cumplimiento de cualquier obligación, estos preceptos entrañan grave dificultad cuando se trata de acreditar la infracción de aquellas convenciones relacionadas con la vida íntima y privada que envuelven falta absoluta o relativa en los deberes que se deben prestar, dificultad que radica en la cláusula B), contenida en la escritura de 26 de junio de 1951, referida al compromiso que adquirirían (los compradores de un inmueble) de «vivir en la casa y compañía del vendedor y de cuidarle y atenderle, prestándole todos los cuidados y servicios de índole doméstico que precisara en salud o enfermedad con el celo y atención debidos».

9. COMPRAVENTA EN CATALUÑA: LESIÓN ENORME: CONTRATO ALEATORIO: *Si bien la enumeración que hace el Código civil de los contratos aleatorios no debe ser considerada como limitativa, pues existen otros contratos de suerte no comprendidos en ella, no puede considerarse como aleatoria la compraventa de la nuda propiedad.*

COMPRAVENTA: DONACIÓN ENCUBIERTA: FORMA DE LA DACIÓN: *Si el contrato no vale como compraventa, no puede alegarse que valga como donación encubierta, pues no consta la aceptación auténtica de la donación por los donatarios que exige el 633 del C. c., pues en el contrato de compraventa sólo*

aceptan ésta y la escritura cumple los requisitos de este contrato, pero no los de la donación.

SIMULACIÓN ART. 1.276 DEL C. C.: *El art. 1.276 del C. c. no tiene un carácter de generalidad que permita admitir la simulación como normal, cuando las partes puedan adoptar la forma contractual que la ley previene para el contrato que se pretende.*

DONACIÓN ONEROSA: DONACIÓN MIXTA: COMPRAVENTA AMISTOSA: *En la donación onerosa está comprendida como una de sus modalidades, lo que la técnica alemana y la doctrina patria denominan donación mixta, como es la venta de una cosa por menos de su valor hecha con el carácter de semi-donación, y la llamada compraventa amistosa.*

DONACIÓN ONEROSA: CARGAS: *El 633 del C. c. en su párrafo primero impone implícitamente, si la donación fuera onerosa, que se exprese el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *El no expresar el concepto en el que se estima cometida la infracción de un precepto legal es causa de inadmisión.*

PRUEBA PERICIAL: CASACIÓN: *No puede ser base de casación la apreciación hecha por el Tribunal de instancia de la prueba pericial que le está plenamente sometida. [S. 19 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

NOTA: Es de destacar la doctrina que sienta esta sentencia en cuanto a la forma de la donación. Reiterando fallos anteriores entiende que si el contrato reviste la forma externa de compraventa no puede valer como donación, pues no cumple el requisito de forma del artículo 633 del Código civil, la aceptación por el donatario. (J. M. P.)

10. COMPRAVENTA: INCUMPLIMIENTO: MENOR CABIDA DE LA FINCA: *Cuando por el resultado de la prueba se llega a la conclusión de que la extensión consignada en el contrato sólo era un arrastre de documentos anteriores sin otra finalidad que la de historiar el tracto, pero intrascendente para la determinación de lo vendido, cuya realidad, claramente diferenciada, era perfectamente conocida por el comprador, no puede éste ampararse en el defecto de cabida. [S. 21 de mayo de 1960; no ha lugar.]*

11. DOBLE VENTA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.573: MALA FE DEL SEGUNDO COMPRADOR QUE INSCRIBIÓ: (Véase S. 30 de enero 1960, I, 9.)

12. RETRACTO: CONSUMACIÓN DE LA VENTA: *Habiéndose perfeccionado el contrato de compraventa al convenirse en la cosa y en el precio y habiéndose entregado la posesión de la finca a los compradores quedó verificada la transmisión, sin que a ello obste que la consumación no se realizase de modo pleno por la simple circunstancia de quedar aplazado el pago del precio. [S. 1 de abril de 1960; no ha lugar.]*

13. ACCIÓN DE RETRACTO: NACIMIENTO: *La acción de retracto, por ser de naturaleza real, no nace hasta que el adquirente de la cosa entre en su posesión por tradición real o simbólica, pues hasta entonces no se lesiona en realidad el preferente derecho del retrayente.*

RETRACTO DE COMUNEROS: «DIES A QUO» PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO EN CASO DE ENAJENACIÓN POR SUBASTA: *El acto de la subasta puede señalar el momento de perfección del contrato pero no determina el nacimiento de la acción solo posible cuando la venta se consuma, y por ello el cómputo de los nueve días se hace a partir del momento en que mediante el otorgamiento de la escritura se operó la tradición simbólica de la finca transmitida. [S. 1 de abril de 1960; no ha lugar.]*

14. RETRACTO DE COMUNEROS: TÍTULO: *La eficiencia o fuerza del título no puede examinarse más que en relación con el retracto, por lo que no puede entrar y discutirse la validez, nulidad o anulabilidad del título dentro del procedimiento especial del retracto.*

PLAZO: SU CÓMPUTO: *No cabe computar en los nueve días al de la fecha de la subasta, según se deduce del artículo 1.524 y del sistema de nuestro procedimiento judicial plasmado en el art. 303 de la LEC. [S. 29 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

15. RETRACTO DE COMUNEROS: OFRECIMIENTO DE FIANZA: *Cuando las cantidades que en su día han de abonarse no son conocidas ni pueden ser determinadas de antemano por el retrayente, la garantía ofrecida por modo subsidiario necesita ser precisada y determinada por la autoridad judicial, así en su clase como en su cuantía, puesto que sólo de ese modo puede cursarse la demanda bajo «su responsabilidad»; como indica el artículo 1.621 de la LEC. Por ello es acertada la resolución judicial que, sobre esta base, y con oportuna mención de los obstáculos que pueden impedir la constitución de la fianza en el plazo de nueve días, reconoce la procedencia de dar curso a la demanda y tiene por cumplido, en la forma en que lo fué, el requisito de la consignación y el ofrecimiento de la fianza, dejando a la discusión ulterior, pero dentro del proceso ya y no como trámite previo e inexcusable de la admisión, los trámites para la debida constitución de la garantía en cuanto sea suficiente para asegurar las eventuales responsabilidades del retrayente. [S. 1 de abril de 1960; no ha lugar.]*

16. RETRACTO DE COLINDANTES: CONOCIMIENTO DE LAS CONDICIONES: *El requisito de que el contrayente conozca todas las condiciones del retracto para que empiece a contarse el plazo del ejercicio de la acción, está fijado exclusivamente en beneficio del actor, y si éste se da por suficientemente enterado para ejercitar su derecho de las condiciones de la venta que le interesa con saber únicamente su precio, como ha hecho el recurrente al promover el juicio sólo con este dato, no hay que esperar a que tenga un conocimiento más completo de aquellas circunstancias para empezar a contar el plazo, pues implícitamente ya se ha sometido a todas las demás.*

RETRACTO DE COLINDANTES: REQUISITOS: *Todos los requisitos del artículo 1:618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil han de estar totalmente cumplidos antes de transcurrido el plazo de caducidad de nueve días, y éste no puede empezar a contarse desde el acto conciliatorio, como pretende el recurso, sino desde el conocimiento de la venta.* [S. 18 de marzo de 1960; no ha lugar.]

17. RETRACTO DE COLINDANTES: NATURALEZA DE LA FINCA: *Es doctrina consagrada que las fincas radicadas en el perímetro del casco de los pueblos, como los huertos y jardines anejos a las casas, aunque en ellas se cultiven plantas útiles, no son de naturaleza rústica.* [S. 7 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

18. RETRACTO DE COLINDANTES: ABONO DE GASTOS: *Dada la mala fe del adquirente del predio sobre el que se construyó un chalet, no procede el reembolso de los gastos de construcción.*

MALA FE: *La hay cuando después de la citación para la celebración del acto de conciliación, se solicita por el retraído la licencia para construir, autorización de la Fiscalía de la Vivienda y comienzo de construcción, en vez de paralizar la obra, cuando su dominio sobre el terreno era inseguro por depender del resultado del litigio.* [S. 5 de diciembre de 1959; ha lugar.]

19. DONACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE DEUDA SIMULADO: (Véase S. 30 de abril de 1950, I, 19.)

20. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NATURALEZA DEL CONTRATO: SOMETIMIENTO A LA LEY ESPECIAL: *El contrato por el cual una de las partes cede a otra en arrendamiento un local de negocio con patios, en donde el arrendatario puede edificar hasta una determinada altura—cinco metros—, revirtiendo las obras realizadas al propietario al término del contrato, no es un arrendamiento de tipo superficiario o atípico sometido a las leyes comunes, sino un propio y puro arrendamiento que se ha de regir por la Ley Especial.*

DERECHO DE SUPERFICIE: *Al no ser lo arrendado un solar, falta la base—Digesto, Libro 43, Título 18, fragmento 2—para la existencia de un derecho de superficie, ya que, por otra parte, las reformas realizadas no suponen más que la adecuación del local a las exigencias del negocio (dancing).*

DERECHO TRANSITORIO: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: *El arrendatario que tuviera antes de la vigencia de la L. A. U. de 1946 reconocido este derecho por escrito, podrá realizarlo, sin someterse a las normas especiales Capítulo IV Disposición octava.* [S. 24 de octubre de 1959; no ha lugar.]

21. CONTRATO DE OBRAS: OBRAS FUERA DE PRESUPUESTO: *Carece de derecho el contratista a obrar las obras ejecutadas fuera de presupuesto cuando no se ha probado la autorización de la otra parte a las obras de ampliación.*

PRUEBA: *No son documentos auténticos en casación los que no prueban por sí mismos —sin necesidad de deducciones, analogías, interpretaciones o hipótesis— la equivocación evidente en que haya incurrido el juzgador de instancia. [S. 18 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

22. CONTRATO DE «PRESTACIÓN DE JORNALES» NATURALEZA CIVIL: *Es de naturaleza civil y no laboral, el contrato, por virtud del cual, una de las partes se compromete a poner a disposición de la entidad demandada un número determinado de unidades de trabajo por un tanto alzado, fijo e invariable, por cada unidad, siendo uno de los fines del contrato desviar hacia el contratista el aspecto social del negocio en la relación económica con los obreros.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *No hay enriquecimiento injusto cuando existe causa.*

PAGO POR UN TERCERO: *El artículo 1.158 del Código civil sólo regula las obligaciones contractuales, es decir, entre personas que no están ligadas entre sí por vínculo convencional y en que el pago por otro tiene su origen en la voluntad unilateral de una persona. [S. 7 de abril de 1960; no ha lugar.]*

Interesante figura de contrato atípico, de indudable naturaleza civil y de carácter aleatorio, que al parecer es muy usado. Es un vínculo civil superpuesto a una relación laboral con la finalidad evidente de eludir uno de los contrastes toda obligación de esta última naturaleza. Debe excluirse que se trate de un arrendamiento de servicios; más bien es un arrendamiento de obra consistente en proporcionar «unidades de trabajo»; pero entonces la diferenciación con el contrato de trabajo no deja de ofrecer dificultades.

En el presente caso el contratista reclama a la RENFE el importe de de los jornales abonados por él en concepto de días festivos, no estimándose tal reclamación por haberse convenido un tanto alzado por unidad de trabajo.

Desbordando el aspecto civil, parece obligado señalar que el obrero —cuya actividad es, en definitiva, el objeto del contrato civil— aparece aquí en especial situación de desamparo, ya que, de una parte, carece de toda vinculación legal con el dueño de la obra, y, de otra, el contratista cifra su ganancia en la diferencia entre lo que percibe por unidad de trabajo y lo que por todos los conceptos debe abonar a los obreros. (G. G. C.)

23. ARRENDAMIENTO DE APROVECHAMIENTOS DE PASTOS Y CAZA: RÉGIMEN APLICABLE: *Si en el contrato se limita el aprovechamiento, por el arrendatario, de los pastos, a una temporada, si casi todas las cláusulas se dedican a regular el aprovechamiento de caza y si se pacta el precio en dinero, sin realizar la conversión a la especie de trigo, es evidente que el arrendamiento de pastos es el secundario y el de caza el esencial y tipificador del contrato único, que por ello no se rige por la legislación especial de arrendamientos rústicos.*

BIENES PARAFERNALES: REPRESENTACIÓN LEGAL DEL MARIDO: *Es eficaz el requerimiento o notificación resolutoria de contrato de arrendamiento de bien parafernial realizado por el marido, como representante legal y mandatario verbal de la mujer.*

MANDATO VERBAL: *Está admitido el mandato verbal cuando el mandante ratifica expresamente los actos del mandatario. [S. 31 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

NOTA: La última de las máximas reseñadas puede suscitar equívocos; en rigor, en nuestro derecho, el mandato puede darse aun de palabra (artículo 1.710 del C. c.) y será ineficaz sin necesidad de ratificación en tanto se pruebe su existencia; el art. 1.280 del C. c. establece requisitos especiales de forma para cierta clase de poderes, pero no cabe desorbitar el alcance de dicha norma. (J. P. R.)

24. ACCIÓN DE NULIDAD DE PRÉSTAMO USURARIO: PRESCRIPCIÓN: *La alegada inaplicación del artículo 1.301 del Código civil, fundada en que el momento en que ha de contarse la prescripción de nulidad es el de la mayor edad del accionante, pues, hasta entonces, según el artículo 1.969 del mismo Código, no pudo ejercitarla, choca con el artículo 155 del propio Cuerpo legal, que reconoce únicamente a los padres, respecto de sus hijos no emancipados, el derecho y el deber de representarles en el ejercicio de todas las acciones que puede redundar en su provecho, salvo casos excepcionales completamente alejados del de autos. [S. 25 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

25. MANDATO: RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO QUE ACTÚA EN NOMBRE PROPIO: *Cuando el mandatario que contrata en su propio nombre, el tercero con quien contrata tiene acción contra él para exigir el cumplimiento del contrato.*

CONTRATO DE OBRAS Y SERVICIOS: OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO: ACTOS PROPIOS: *Hecha por el demandado una oferta de pago de cantidad a cuenta hasta que examinara las facturas, no puede negarse más tarde a pagar el precio de los servicios que se le habían prestado. [S. 17 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

El demandado contrató con la sociedad actora, unas obras de reparación de dos barcos pesqueros, silenciando que no eran de su propiedad, sino de sus hermanos, de quienes era apoderado. El actor le pasó las correspondientes facturas, contestando el demandado con una oferta de pago a cuenta y reservándose el derecho de impugnarlas. No fué aceptada esta oferta y se promovió el pleito reclamándose el importe de la obra. El demandada opuso su cualidad de mandatario y la falta de realización de la obra convenida.

Estimada la demanda en ambas instancias, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso:

CONSIDERANDO: Que desintegrado el concepto del Código civil francés sobre el mandato en dos figuras autónomas, la interna de gestión—mandato—y la externa de representación directa—poder—, pueden darse los

siguientes supuestos: Primero. El complejo mandato y poder unidos, aunque instituciones independientes, conexas en su nacimiento e interferidas en sus efectos. Segundo. El simple poder sin mandato, esto es, la representación directa, principalmente voluntaria, que no obedece a un mandato en sus relaciones internas, entre *dominus* y *Procurator*; y tercero, el simple mandato sin poder, mandato puro, exento en absoluto de representación directa, privado de todo actuar en nombre del mandante, reducido el mandatario a obrar exclusivamente en su propio nombre, si bien, por cuenta y encargo de sus mandantes.

CONSIDERANDO: Que en el mandato sin poder, el titular único de las relaciones jurídicas de los actos realizados con los terceros es el mandatarario, gravitando sobre su patrimonio las obligaciones contraídas, así como forman parte del mismo los derechos adquiridos, aunque esa titularidad sea necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante, que queda extraño a esas relaciones jurídicas.

CONSIDERANDO: Que nuestro Código civil admite el mandato puro en los apartados primero y tercero del artículo 1.717, conteniendo el primer apartado una *denegatori*, digo *denegatio actionis* entre tercero y *dóminus*, esto es, las acciones derivadas de la relación—aquí excluida—de representación directa, afirmando sustancialmente, que cuando el mandatario actúa en su propio nombre—y no en el del mandante— no hay *contemplatio domini*, y por consiguiente, se excluyen la representación directa y sus efectos, las acciones entre tercero y mandante, aclarando el legislador en el apartado tercero la vigencia de las acciones directa y contraria en las relaciones jurídicas entre mandante y mandatario, porque si bien excluye la representación—el poder—, no anula el mandato, ni, por consiguiente, sus dos acciones típicas.

CONSIDERANDO: Que por excepción no cabe titularidad del mandatario cuando las cosas sean propias del mandante (art. 1.717, apartado segundo, inciso último), por tratarse de un caso de representación directa, de *contemplatio domini ex revel ex facti circumstantus* o de poder por apariencia.

CONSIDERANDO: Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 5 de julio de 1946, el artículo 1.717 del Código civil, a la vez que consagra el mandato simple o representación indirecta, destacando los efectos de tal forma de actuar por cuenta de otro, y en nombre propio es indudable que el apartado segundo de su párrafo segundo establece una clara excepción a virtud de la cual, cuando las cosas pertenecen al mandante, las consecuencias jurídicas de lo hecho por el mandatario afectan directamente a aquél, surtiendo iguales efectos que la verdadera representación, pues de lo contrario no sería posible la venta de cosas del mandante sin representación inmediata o una previa transmisión al mandatario.

CONSIDERANDO: Que esto sentado, resulta inexcusable la desestimación de los dos primeros motivos del recurso, que amparados ambos en el

número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 1.717 y 1.727 del Código civil, pues declarado por el Tribunal *a quo*, en su primer Considerando, que aun cuando documentalmente aparece en autos que los barcos por cuyas obras se reclama son o eran en propiedad de los hermanos del actor, éste tiene de ellos un poder amplio y que «al controlar los servicios por cuyo pago se le demanda, silenció tal cualidad, hasta el punto que en carta por él suscrita y reconocida expresamente se abraza la cualidad de propietario de dichos barcos, pero aunque así fuera, sólo por el hecho de silenciar que aquéllos pertenecían a sus hermanos obraría como un mandatario no representativo», y habiendo quedado firmes en casación tales declaraciones por no haberse intentado siquiera impugnarse por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, como error de hecho o de derecho, ni por el cauce del número 1.º, como infracción de normas hermeneúticas con la cita de los artículo 1.281 y siguientes del Código civil, la Sala ha hecho acertada aplicación del artículo 1.717 por ser el demandado recurrente un mandatario *proprio nomini* de sus hermanos y no conocer la Sociedad actora recurrida que a éstos perteneciera la propiedad de los barcos, sobre cuyas obras se reclama, por lo que no siendo notoria, tampoco cabe la excepción a la titularidad de obligaciones del mandatario, ni como consecuencia la aplicación del artículo 1.727, por partir de una petición de principio, al hacer supuesto de la cuestión, ya que dicho precepto sólo es aplicable tratándose de mandato representativo.

CONSIDERANDO: Que la misma suerte han de correr los dos últimos motivos del recurso, porque declarado por la Sala sentenciadora en el segundo Considerando, que el demandado contrató la ejecución de ciertas obras en los barcos que se citan en autos, otras que encajan de modo preciso en la figura de arrendamiento de servicios a que hace referencia el artículo 1.588 del Código civil, apareciendo probado el pacto de realizar los pagos por las obras efectuadas o, cuando menos, novado, si así se pactó primitivamente, puesto que por los propios actos del demandado y reconocimiento de ellos, hace una oferta de entrega de trescientas mil pesetas a cuenta hasta que examinara las facturas, y no combatidas en debida forma esas afirmaciones de hecho ni la calificación jurídica de las relaciones que unían a las partes, no pueden prosperar las alegadas infracciones de los artículos 1.599 del Código civil, procediendo en consecuencia la desestimación total del recurso.

26. JUEGO Y APUESTA: RIFA AUTORIZADA: CAMBIO DE LA FECHA DEL SORTEO: *El cambio de la fecha de un sorteo, realizado con autorización administrativa, es válido y produce su efecto entre los participantes en la rifa.* [S. 17 de marzo de 1960; ha lugar.]

Una asociación benéfica celebró, con autorización administrativa, una rifa pública, expidiendo cincuenta y dos mil boletos al precio de seis pesetas cada uno y ofreciendo como premio la propiedad de un piso que había de adjudicarse al poseedor del boleto cuyo número coincidiese con el primer premio de la Lotería Nacional de 25 de noviembre de 1953.

Una resolución ministerial de 17 de noviembre, a la que se dió publicidad en el *Boletín Oficial del Estado*, en los periódicos *Informaciones y Madrid* y en las emisiones radiofónicas de Radio Nacional y de Radio Madrid, autorizó a la Asociación para alterar la fecha del sorteo. Señalando la del 15 de enero del siguiente año.

Don Luis, poseedor de un boleto, cuyo número coincidía con el del primer premio de la Lotería Nacional de 25 de noviembre, demandó a la Asociación, a fin de que hiciera efectivo el premio prometido. El Juzgado desestimó la demanda, pero, en cambio, la Audiencia la estimó en todas sus partes.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto por la Asociación, casa y anula la sentencia de la Audiencia y, en su lugar, dicta otra confirmando la del Juez de Primera Instancia.

1.º «El contrato base del pleito—dice el Tribunal Supremo— en que se ha interpuesto el presente recurso de casación, es en su esencia un convenio de rifa pública que reviste la forma de un contrato de adhesión, el cual, por estar los de esa clase prohibidos en España sin autorización administrativa, no se perfecciona sólo por el mero consentimiento de quien rifa con quien toma los billetes para ello, pues necesita, además, esa autorización administrativa, sin la cual no pueden celebrarse, por disposición expresa del artículo 1.º de la Ley de 16 de julio de 1949, lo que tiene como consecuencia que toda alteración válida que sobrevenga en cualquiera de esos dos elementos integrantes—las voluntades de las partes y la autorización administrativa—antes de la consumación de ese negocio jurídico repercute directamente en él, pudiendo modificar sus condiciones y llegar hasta hacer imposible su consumación, y esto es lo que ha ocurrido en el caso de autos, en el que hay que estar a la fecha del sorteo que, en definitiva, por orden de 17 de noviembre de 1953, fijó la Administración, hecho que no puede reputarse voluntario de la entidad que organizó la rifa, aunque ella lo propusiera, porque su fuerza proviene, no de la voluntad de ésta, sino de la autoridad administrativa, que, además, pudo hacerlo sin excitación de nadie, y por tanto tienen que atenerse a esta fecha del sorteo de la Lotería Nacional de 15 de enero de 1954, definitivamente señalado, lo mismo los interesados en la rifa que el jugador para resolver la contienda judicial, máxime tratándose de una circunstancia que no atañe a la esencia del negocio, que es el azar, el cual no puede ser influido por ese cambio y en el que la circunstancia de retraso de dos meses no tiene importancia, y con desconocer todo esto el demandante y la Sala sentenciadora vienen a atribuir efecto a una rifa que no estaba autorizada de acuerdo con el sorteo de la Lotería de 25 de noviembre de 1953.»

2.º «No se opone a la licitud de la repetida orden de 17 de noviembre de 1953 el artículo 5.º de la Instrucción de 27 de julio de 1949 que dispone que no puede alterarse la fecha de las rifas que figuran en los billetes y papeletas, en primer término, porque esa limitación se refiere únicamente

a las alteraciones que arbitrariamente tratasen de hacer por sí los rifadores como lo demuestra que en otras varias ocasiones ha autorizado la Administración esos cambios, como consta al folio 29 vuelto del apuntamiento y, además porque el traslado de fecha está autorizado por la mencionada orden, a la que hay que reconocer pleno valor y eficacia, según constante jurisprudencia para los contratos, en Sentencias de 16 de marzo de 1957 y 29 de febrero de 1960, mientras no haya declaración expresa en contra de ella, y tal declaración no se pide en este procedimiento, ni es el apropiado para intentarlo.»

3.ª «Aun en la hipótesis de que pudiera en derecho ser protestada esa alteración en fecha por la Orden de 17 de noviembre de 1953, tal cambio fué consentido por el actor, pues a pesar de la publicidad en periódico oficial y diarios y por radiodifusión que se le dió, no reclamó contra ella hasta después del sorteo de lotería de 25 de noviembre de 1953, en que lo hizo porque en él había salido preñado su número, y fué entonces, cuando aprovechándose de esa circunstancia quiso burlar la situación, aleatoria y reclamó contra el cambio de fecha ante el Ministerio de Hacienda, pero sin entablar ulteriores recursos contra la denegación por ésta de su petición.»

4.ª «La sentencia recurrida razona su fallo en su Considerando 4.ª en que el contrato civil que implica la rifa no puede estar supeditado a la resolución administrativa de cambio de sorteo de la lotería a que había de sujetarse esa rifa. Y con ello se pone en abierta contradicción con lo sentado en el primer Considerando de esta sentencia, en el que expresa la importancia decisiva que la autorización administrativa tiene para la existencia de los contratos sobre materias que no son de libre contratación, como la jurisprudencia ha declarado en repetidos casos.»

5.ª «También se funda el Tribunal *a quo* en la diferencia entre el valor de la finca rifada y el de las papeletas vendidas, y que el piso quedó después del sorteo de 15 de enero de 1954 a favor de la entidad que lo sorteó, pero esto último es un efecto natural del azar si no se expenden todos los billetes de la rifa, y aquella diferencia de valor es precisamente el móvil que da lugar a todas las rifas de carácter benéfico.»

6.ª «Por lo expuesto, son evidentes las infracciones en que ha incidido la sentencia recurrida, acusadas en los motivos primero y segundo del recurso, por lo que procede su casación, y es innecesario entrar a examinar los otros tres motivos, ya que tienden al mismo fin que los anteriores, alegando idénticos razonamientos sobre la misma cuestión.»

OBSERVACIONES: Difícilmente podrá presentarse un supuesto más académico que el que ha decidido esta sentencia del Tribunal Supremo y, sin embargo, más lleno de problemas jurídicos de gran hondura y complejidad. Tiene, por ello, esta sentencia un decidido interés y conviene detenerse a reflexionar sobre ella, siquiera sea brevemente.

a) El primer problema que el pleito nos sugiere es el relativo al papel y a la función que desempeña la autorización administrativa en los contratos puramente privados. Para la sentencia comentada estos contratos constan de dos «elementos integrantes» (la voluntad de las partes y la

autorización administrativa), de tal manera que ambos son «requisitos de perfección del contrato». Esto significaría que un contrato sin autorización administrativa, sería un negocio incompleto, es decir, aún no celebrado, aún no perfeccionando, lo cual repercutiría directamente en su eficacia. Sin embargo, parece que la autorización administrativa no es, en nuestro caso, un elemento del contrato, de cada contrato, sino un presupuesto que debe haber cumplido uno de los contratantes, antes de empezar a contratar. La falta de autorización no atañe entonces a la eficacia del negocio, de cada negocio, sino que supone una irregularidad cometida en las relaciones entre una de las partes y la Administración, que acarrearía su propia sanción: consideración del hecho como infracción de contrabando y defraudación, artículo 7 de la Ley de 16 de julio de 1949. Es decir, que son cosas perfectamente escindibles el contrato privado y la autorización administrativa.

b) Con todo, parece muy difícil sostener que una de las partes puede modificar unilateralmente los términos de un contrato, aunque esta unilateral modificación cuente con el asenso administrativo. La cosa sería discutible tratándose de modificaciones impuestas por la Administración, pero es absolutamente clara, cuando la administración se ha limitado a autorizar la modificación. En este sentido se comprende mal la afirmación del Tribunal Supremo al referirse a esta modificación como un «hecho que no puede reputarse voluntario de la entidad que organizó la rifa, aunque ella lo propusiera».

El argumento, también utilizado en la sentencia, de que podía autorizarse el cambio de fecha de la rifa, «porque en otras varias ocasiones ha autorizado la Administración esos cambios», no es sólido; el haber hecho las cosas mal muchas veces no puede llevar a la conclusión de que el mal por reiterado se convierta en criterio de bondad; tanto más si se tiene en cuenta que el artículo 5.º de la Orden de 27 de julio de 1949 dice textualmente que «la celebración de las rifas se efectuará precisamente en la fecha que determinen los billetes o papeletas, sin que pueda alterarse la misma bajo ningún pretexto».

c) Finalmente, decir que «un retraso de dos meses no tiene importancia» y que la esencia del negocio, que es el azar, no quedaba influida por el cambio, pues azar habría cualquiera que fuera la fecha del sorteo, no parece una razón estimable, sobre todo si nos lleva a la conclusión de que los contratantes pueden modificar unilateralmente todas aquellas circunstancias que no atañen a la esencia del negocio. En este caso, el cambio de fecha para el demandante fué decisivo, porque no fué sólo un mero cambio de fecha, sino una alteración del criterio de determinabilidad del jugador premiado.

d) En conclusión, habría que afirmar que son cosas distintas el contrato administrativamente autorizado y la persona administrativamente autorizada para celebrar un determinado tipo de contratos; que en ambos casos, la autorización administrativa no es un elemento del contrato; que los contratos no pueden modificarse por voluntad de uno solo de los contratantes, aunque recaiga una autorización administrativa; que el contrato de juego es un cambio esencial la alteración del criterio de determinabilidad del jugador premiado (L. D. P.).

27. ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD DEL LAUDO: *En un recurso como el presente no cabe discutir el contenido del contrato preliminar de arbitraje que figura estipulado en la escritura de constitución de una compañía.*

ARBITRAJE DE DERECHO Y DE EQUIDAD: SENTIDO DE UN CONTRATO PRELIMINAR: *El pacto de que las cuestiones fueran «sometidas» a composición amigable, con arreglo a derecho, no implica que deban ser «resueltas» con arreglo a derecho, ni implica, por tanto, un arbitraje de derecho.*

ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD: *No puede en este recurso atacarse la eficacia de la formalización judicial del compromiso.*

ARBITRAJE: EXTENSIÓN DEL PODER DE LOS ÁRBITROS: INTERPRETACIÓN: *Acordado que los árbitros resolvieran la liquidación de una Sociedad y todas las incidencias que afectan a la misma, no se extramilitan los árbitros al hacer entre los socios la distribución de los bienes resultantes de la liquidación.* [S. 1 de febrero de 1960.]

28. CONCURSO DE ACREEDORES: CALIFICACIÓN: CARGA DE LA PRUEBA: *La exposición de la Sindicatura y el dictamen fiscal constituyen una verdadera demanda en la pieza de calificación que, negada por el concursado, debe ser probada y documentada para que pueda prosperar la declaración de culpabilidad.* [S. 3 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

29. PRELACIÓN DE CRÉDITOS: CRÉDITOS LÍQUIDOS: *El artículo 638 de la Ley de Régimen Local exige para la preferencia la esencial circunstancia de hallarse «liquidados» los créditos en la concurrencia con otros acreedores, dato que de ningún modo existe por la mera constancia de unas actuaciones sumariales no terminadas por sentencias de grado de firmeza.*

TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: NATURALEZA DEL PROCESO: *La naturaleza de los procesos sobre tercerías de mejor derecho supone, por definición, la necesaria comparación de los títulos invocados en el período expositivo del juicio para determinar, en consecuencia, cuál de ellos es el preferente en orden al cobro de la cantidad obtenida de la venta de los bienes embargados a un deudor común.*

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: *La anotación registral de embargo solo otorga tal preferencia sobre los bienes anotados en cuanto a los que tengan con el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad.* [S. 19 de abril de 1960; no ha lugar.]

IV. Arrendamiento de cosas.

1. DESAHUCIO DEL ARRENDATARIO POR COMPRA DE LA FINCA: INDEMNIZACIÓN *El desahucio del arrendatario por el comprador de la finca puede promoverse sin necesidad de preaviso y no se halla condicionado a su ejercicio en determinado plazo. El arrendatario desahuciado puede exigir daños y perjuicios del vendedor, no del adquirente.*

JUICIO DE DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN: *El adquirente por escritura pública, aún no inscrita en el Registro, debe reputarse, salvo prueba en contrario, poseedor, y por tanto, legitimado para la acción de desahucio.* [S. 30 de marzo de 1960; ha lugar en parte.]

NOTA: Téngase en cuenta que esta sentencia se refiere a arriendos regidos por el llamado Derecho común, en los que aún subsiste el principio *Kauf bricht Miete* la venta rompe el arrendamiento — inspirador de la *lex emptori*.

2. ARRENDAMIENTO: CONCEPTO: NULIDAD: *El que un contrato de arrenda-*

miento no se acomode al concepto legal —por pactarse duración indefinida— no entraña la nulidad del mismo.

FORMA DEL ARRENDAMIENTO: *La falta de otorgamiento en escritura pública de un contrato, de duración superior a seis años, no entraña la nulidad del mismo.*

RENUNCIA A ACCIONES DE DESAHUCIO: *No puede decirse que quede al arbitrio del arrendatario el cumplimiento del contrato, por virtud de una cláusula en que se estipuló que ni la arrendadora ni sus herederos podrían desahuciar al arrendatario más que por falta de pago del alquiler, porque el pago de éste no queda a la voluntad del arrendatario. [S. 29 de abril de 1960; no ha lugar.]*

3. ARRENDAMIENTOS COMPLEJOS: *Debe estimarse como complejo un contrato de arrendamiento por el que el arrendatario se halla obligado al pago de un canon equivalente a un porcentaje de la recaudación del negocio instalado en el local, con señalamiento de una cuota mínima, y al pago de los suministros de gas, agua y electricidad, y además el arrendador se obliga a realizar mejoras en el local arrendado para que pueda elevarse la categoría del hotel radicado en el mismo.*

JUICIO DE DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS: *Son cuestiones complejas que impiden abordar el fondo del desahucio, las relativas al impago por el arrendatario de recibos de suministros, si éstos deben ser objeto de previa liquidación, por corresponder su pago, sólo en parte, al arrendatario y las referentes al incumplimiento por el arrendador de la obligación asumida de realizar ciertas mejoras. [S. 6 de abril de 1960; ha lugar.]*

4. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA DE HOSPEDAJE: *Lo que caracteriza a éste no es la mera cesión de una edificación o parte de ella para que el concesionario la destine a cualquiera de los usos de que sea susceptible, sino el acogimiento en un local de personas para que, precisa y exclusivamente, se alojen y vivan en él, prestándoles al mismo tiempo los servicios de asistencia y de limpieza adecuados para el posible alojamiento. [S. 8 de enero de 1960; ha lugar.]*

Si los arrendadores no tenían montada allí industria alguna, es obvio que no podían transmitirla en arrendamiento, aunque sí dar, que es lo que hicieron, esa finca para que en ella ampliara el arrendatario, según el contrato, «su actual negocio de pensión de hospedaje, que posee en la calle de José Antonio de B., titulada pensión «La Mayor», para lo cual le hacen los propietarios las obras necesarias para el cambio de destino del local, conforme a lo convenido.

Esto constituye claramente el arriendo de un local de negocio para la instalación en él por el arrendatario de su propia industria o negocio.

5. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACION: *El arrendamiento lo es de industria cuando en el contrato, además de un local, se comprende y entrega una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio en el mismo de una actividad industrial determinada, aunque se halle inactiva y pendiente*

de que el arrendatario la ponga en funcionamiento con los elementos que se le entreguen, sin que la sustitución o adición de algunos, por razón de utilidad o conveniencia, pueda modificar la calificación del vínculo jurídico.

EMPRESA: La aptitud especial de los elementos reunidos y organizados en unidad de empresa para producir rendimientos o lucros, es lo que transforma la mera reunión de cosas y valores en una entidad económica superior susceptible de ser término objetivo de diversos contratos, como realidad concreta en la vida de los negocios.

INTERPRETACIÓN: La interpretación de los negocios jurídicos compete a los Tribunales de instancia, y su criterio debe prevalecer en casación, mientras no resulte violento o arbitrario, o fuera de toda exégesis racional de las cláusulas contractuales.

PRUEBA: VALORACIÓN: PRESUNCIONES: El derecho moderno está basado en el principio de la libertad de la apreciación de la prueba por los Tribunales, salvo en los contados casos en los cuales el legislador impone su criterio valorativo. Por esto, si se impugna en casación una sentencia por error al apreciar la prueba, precisa la parte recurrente, al denunciar el error de derecho, expresar la norma o normas que establecen imperativos de prueba legal de indeclinable observancia, no teniendo tal carácter el artículo 1.253 del Código civil. [S. 8 de febrero de 1960; desestimatoria.]

7. DE TEMPORADA: INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO: El concepto de temporada no debe circunscribirse al período de tiempo coincidente con las estaciones del año o climatológicas, sino que debe referirse a aquellos períodos de tiempo que se considerarán formando un conjunto o durante los cuales se efectúa frecuentemente una cosa.

DE TEMPORADA: IMPUGNACIÓN DE LA CALIFICACIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA: La declaración del Tribunal de instancia de que se trata de un arrendamiento de temporada, es una cuestión de hecho, que sólo puede impugnarse acreditando la inexactitud de las circunstancias que el fallo tuvo en cuenta para hacerla. [S. 28 de enero de 1960; no ha lugar.]

NOTA: La calificación del contrato y tal es la declaración de que un arriendo es de temporada, es una cuestión de derecho siquiera sea de hecho la determinación de los presupuestos fácticos de la calificación. (J. P. R.)

8. ARRENDAMIENTO DE SOLAR Y ALMACÉN: El hecho de que en un solar de 2.706 metros cuadrados de superficie, la parte destinada a almacén ocupe 306 metros, obliga a considerar el arriendo como de solar.

SOLAR: A efecto de lo dispuesto en la legislación de solares se considera como solar no sólo al que no esté edificado, sino al que contiene edificaciones no habitables.

HABITABILIDAD: La habitabilidad de un local hay que referirla no al momento de la demanda, sino a la fecha de celebración del contrato.

VALOR DE LA CONFESIÓN JUDICIAL: *La pueba de confesión no envuelve una garantía especial, ni fuerza superior, cuando su apreciación tiene lugar en combinación con las demás.*

VALOR DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL: *La inspección judicial no tiene un valor especial, al ser libre la estimación de la misma.* [S. 16 de febrero de 1960; no ha lugar.]

9. VIVIENDA DE ODONTÓLOGO: *El ejercicio por el inquilino de una profesión colegiada, por la que satisfaga contribución, no hace variar el carácter de vivienda del local arrendado para tal fin, como tampoco se lo hace perder el que, durante más o menos tiempo, haya estado ausente de ella dicho inquilino.*

AUTORIZACION PARA SUBARRENDAR: CONDICIONES ESTIPULADAS: INCUMPLIMIENTO: *La autorización concedida por la arrendadora a la viuda del inquilino, después del fallecimiento de éste, para subarrendar el piso, y el aumento de renta convenido entre ambas, implican el reconocimiento de la continuación del arrendamiento, sin que el incumplimiento de cualquier condición convenida para dicha continuación sea causa bastante para la resolución del contrato.* [S. 8 de febrero de 1960; desestimatoria.]

10. LOCAL DE NEGOCIO: HABITABILIDAD: ALMACÉN: *Si el objeto del arrendamiento es un terreno en el que hay una nave, sólidamente edificada, con muros de 40 centímetros de espesor, columnas centrales de ladrillo y techumbre de viguería de madera y el local se alquila para almacén afecto a la industria de la sociedad arrendataria, la calificación del arriendo es de almacén asimilado a local de negocio.* [S. 2 de abril de 1960; no ha lugar.]

11. LOCAL DE NEGOCIO: HABITABILIDAD: *El arriendo de local de negocio ha de recaer sobre edificación habitable. La habitabilidad ha de referirse al tiempo de celebración del contrato.* [S. 29 de febrero de 1960; no ha lugar.]

12. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: COMPETENCIA: *El tema de si lo consignado en el documento es un contrato único, complejo y atípico o si es típico, simple y puro de arrendamiento de edificio urbano, al que se ha agregado otro, asimismo puro, de ejecución de obra o de empresa, con pago aplazado, o dos igualmente simples de obra y de préstamo o anticipo del precio de las mismas por el arrendatario de ésta y de aquél; y la cuestión de si, por estar ruinosos dos de los tres edificios que constituyen el objeto único de arrendamiento de cosa, ha de reputarse de solar y no de edificaciones, son problemas de interpretación de documento que debe resolverse dando preferencia a la elaborada por el Juzgado, en tanto que el recurrente no prueba que es ilógica o irracional.*

SOLAR: CONSTRUCCIÓN RUINOSA: *La construcción ruinosa no deja de ser construcción, ni llega a ser edificación derruida, y menos una mera superficie de terreno desprovista de tales inmuebles.* [S. 12 de febrero de 1960; desestimatoria.]

13. RESOLUCIÓN: DERECHO TRANSITORIO: *La norma general de derecho transitorio que proclama la irretroactividad de las variaciones introducidas por la vigente LAU en materia de resolución del contrato de arrendamiento, no es aplicable a los supuestos regidos por normas especiales de derecho intertemporal como la relativa a la denegación de prórroga por no uso. [S. 19 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

14. ANALOGÍA: LOCAL DE NEGOCIO: *La aplicación de la analogía que la jurisprudencia ha considerado siempre con criterio restrictivo, requiere que la materia objeto de la cuestión debatida no aparezca expresamente regulada por una norma determinada.*

LOCAL DE NEGOCIO: ANALOGÍA: APLICACIÓN DEL ART. 27 LEY DEROGADA: *No cabe aplicar el art. 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por analogía, a los locales de negocio, cuando esta situación es privativa de las viviendas,*

LOCAL DE NEGOCIO: CONVIVENCIA: *Son muy diferentes las características del local de negocio y de la vivienda; en éstas cabe la convivencia del inquilino con otras personas, a diferencia del local de negocio en que no es posible admitirlo, por ser su destino primordial el ejercicio de una actividad industrial, comercial o de enseñanza, por lo que no puede darse analogía entre ellos. [S. 8 de febrero de 1960; desestimatoria.]*

NOTA: El recurrente pretendía que el objeto del contrato no era un local de negocio, sino mixto, de negocio y vivienda, y que la cesión se había producido en la vivienda. Al no estar regulada esta cuestión en la Ley, debía, en su opinión, aplicarse el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos derogada, en virtud de la remisión a la analogía contenida en el artículo 13 de la misma Ley.

Cabe observar que la razón—una de ellas—en que se apoya el fallo, no parece exacta. La presunción de que si el legislador hubiera querido aplicar el artículo 27 lo hubiera dicho, como hizo con los artículos que expresamente cita. Pero, hay que tener en cuenta que estos artículos, por el hecho de que son citados expresamente, se aplicarán no por analogía, sino por expresa y directa remisión del legislador. La analogía queda fuera, en otro campo de acción, en el caso de que no haya precepto aplicable, directa ni indirectamente. Alrededor de este supuesto básico girarán los requisitos exigidos para la aplicación de la analogía.

La razón fundamental del fallo estriba en la negativa a aceptar el contrato como constitutivo de arrendamiento mixto. Al calificarlo de local de negocio, evidentemente, ya no hay posibilidad de analogía, porque no hay falta de norma aplicable al caso.

15. GRANDE Y PEQUEÑA EMPRESA: *La LAU ha introducido en la legislación española una distinción, admitida en legislaciones extranjeras, entre grande y pequeña empresa y comercio, distinción con relieve en orden a la calificación del contrato de arrendamiento.*

CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *La calificación de un contrato no depende de la denominación dada al mismo por las partes, sino de la naturaleza de las prestaciones y de su verdadero contenido.*

PEQUEÑA INDUSTRIA DE HOSPEDAJE: *Si el inquilino tiene su hogar familiar en el piso arrendado, en el que se halla autorizado administrativamente para recibir hasta tres huéspedes, si no paga contribución y los servicios del hospedaje se prestan por el inquilino y sus familiares, el arriendo no es del local de negocio, sino de vivienda en que se ejerce pequeña industria doméstica, sin que obste a ello, el que en el contrato se indique que el objeto del arriendo es el hospedaje.* [S. 18 de mayo de 1960; no ha lugar.]

16. QUEBRANTAMIENTO DE FORMALIDADES: BASTANTEO: *La declaración que en la demanda autorizada por la firma del Letrado y la del Procurador, se hace de hallarse debidamente bastanteada la escritura de mandato que se acompaña, suple los defectos de falta de individualización del pleito y de omisión de la firma del Letrado que el poder del Procurador presenta.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: SUBSANACIÓN DE LA FALTA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.696 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *Para que proceda el recurso de casación por quebrantamiento de forma es preciso que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en la que se cometió, y, si hubiera ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda, según ordena el artículo 1.696 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aplicable como supletorio, en virtud de lo prevenido en el artículo 150 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE PRUEBA. PROCEDIMIENTO PARA LA SUBSANACIÓN: *Denega la prueba documental, la subsanación de la supuesta falta exigía la utilización del recurso de reposición, y si el Juez no lo hubiera estimado, la reproducción de la petición en la segunda instancia, siendo improcedente, a los efectos de subsanación, la interposición del recurso de apelación.*

TÉRMINO EXTRAORDINARIO DE PRUEBA: REQUISITOS: *La parte que lo solicita tiene la obligación de precisar sobre qué hechos ha de versar la prueba, a fin de determinar si tales hechos habían ocurrido en la Península, que es donde se intentaba hacer aquélla.*

PRÓRROGA DEL CONTRATO: EXTRANJEROS: *No puede el extranjero pretender la prórroga del contrato de arrendamiento, en los mismos términos que los españoles, fundándose en el hecho de haberse celebrado su contrato bajo el régimen de la Ley derogada, pues, si bien con arreglo a ésta era preciso reconocerle el derecho a la prórroga, ésta no podía alcanzar a mayor tiempo que el de duración del contrato, y como antes de que aquélla terminase se cambió el estado legislativo, es procedente la aplicación de la nueva Ley. El principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, establecido en el artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos derogada, ha sido sustituido por el de reciprocidad, en virtud del artículo 7 de la Ley vigente. Reciprocidad que impone probar a quien la alega.* [S. 29 de enero de 1960; desestimatoria.]

Nota: Dice el primer Considerando, respecto del bastanteo: «...En el presente caso, al escrito de demanda se acompañó la hoja de bastanteo especial para cada asunto, exigida por acuerdo del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife con el sello de la Tesorería de dicha Corporación, y aunque en dicha hoja no se individualiza el asunto a que el poder se refiere ya que sólo (se emplea) la fórmula «juicio sobre resolución de contrato de arrendamientos», habiéndose omitido también la firma del Letrado, en la demanda autorizada por tal firma así como con la de Procurador, se hace la declaración de hallarse bastanteadá debidamente la escritura de mandato que se acompaña, declaración que debe estimarse suficiente para suplir los enunciados defectos, así el que se refiere a la falta de individualización del pleito como el relativo a la omisión de la firma del Letrado, sin que a ello se oponga la doctrina de este Tribunal relativa a la necesidad de bastantear el poder para actuar en la segunda instancia, cuando la fórmula empleada se refiere solamente a la primera y tal defecto no se ha subsanado dentro del improrrogable término otorgado por la Ley..., porque ello implica la falta absoluta del poder para seguir tal trámite, circunstancia que no concurre en el caso debatido en el que, por las consideraciones expuestas, tal falta no puede apreciarse...»

17. **ARRENDAMIENTO PACTADO POR USUFRUCTUARIO:** *El artículo 483 del Código civil no fué derogado por la legislación excepcional de arrendamientos urbanos inmediatamente anterior a la ley vigente, en contraste con la disciplina actual que establece como causa de resolución del contrato la extinción del usufructuario cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad (artículo 114, apartado 12).* [S. 9 de abril de 1960; no ha lugar.]

18. **EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO:** LAU DE 1946: *Bajo la vigencia de la LAU de 1946, el contrato de arriendo otorgado por el usufructuario se extingüía a la muerte de éste.*

LAU: **DERECHO TRANSITORIO:** *Si el arrendador, con anterioridad a la vigencia de la actual LAU manifestó al arrendatario su voluntad de dar por resuelto el contrato de arrendamiento por fallecimiento del anterior arrendador usufructuario de la finca, es aplicable a la resolución la LAU de 1946 vigente al tiempo de la manifestación.* [S. 19 de abril de 1960; no ha lugar.]

19. **REDUCCIÓN DE RENTAS AL TIPO FISCAL: IRRENUNCIABILIDAD:** *La norma sobre la reducción de la renta arrendaticia al tipo que sirve de base fiscal, está dictada en defensa del interés público. Todo pacto contra la misma ha de reputarse ilegal. No cabe la renuncia expresa o tácita al derecho a la reducción.* [S. 22 de febrero de 1960; no ha lugar.]

20. **ACTOS PROPIOS: REVISIÓN DE RENTA ARRENDATICIA:** *No viola el principio jurídico de que nadie puede ir contra sus propios actos, la sentencia que en un proceso de impugnación de la cuantía de la renta revisada por la Junta de Estimación, fija una merced arrendaticia superior a la solicitada a dicha Junta por el propio arrendador, ya que la revisión acordada por la Junta no es una instancia preliminar a la deducida ante los Tribunales.*

JUNTAS DE ESTIMACIÓN: ALCANCE DE SUS RESOLUCIONES: *La merced fijada por la Junta de Estimación, por su carácter extrajurisdiccional, no pasa de la categoría de un intento de mediación, sin adquirir la fuerza propia de la cosa juzgada, mientras las partes no acten, en su total contenido, la decisión.*

LITIS PENDENCIA: *Sólo cabe proponer con éxito esta excepción, cuando, en juicio de igual naturaleza, está conociendo otro Tribunal, de modo que pudiera correrse el riesgo de resoluciones dispares de imposible ejecución coincidente.* [S. 30 de abril de 1960; no ha lugar.]

NOTA: Algo más que un intento de mediación es la decisión de la Junta de estimación, pues no hay que olvidar que sus decisiones son ejecutorias y vinculan a las partes contractuales en tanto no recaiga sentencia firme en proceso contencioso promovido en impugnación de tal decisión. De las dos primeras máximas jurisprudenciales se infiere la subestimación, en la sentencia en cuestión, del valor de las resoluciones de las Juntas, en contraste con el criterio que parecía deducirse de la sentencia también del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1959, de criterio bastante limitativo en cuanto al ámbito del proceso de impugnación.

En cuanto a que no se haya violado el principio de respeto a los propios actos no parece muy claro, a tenor de los antecedentes del caso que son los siguientes: en 1947 y al amparo de la DT 19 de la primera LAU se solicitó la constitución de Junta de estimación para la revisión de la merced arrendaticia, solicitándose por el arrendador, la elevación de la misma a la cifra de 7.000 pesetas al mes; debido a diversas vicisitudes procesales la Junta no dictó su resolución hasta el año 1955, señalando como cuantía de la renta la de 4.500 pesetas al mes. Deducido por la parte arrendadora proceso de impugnación de la resolución de la Junta se pidió, en la demanda se fijará como cuantía de la renta la cifra de 14.000 pesetas mensuales, es decir, doble de lo solicitado a la propia Junta. El Juzgado de Primera Instancia dió lugar a la demanda, señalando como renta la de 7.000 pesetas al mes, pero la Audiencia y el Tribunal Supremo elevaron dicha suma a la cifra de 8.079,75 pesetas. Si se tiene en cuenta que, en definitiva, el proceso de impugnación del acuerdo de la Junta deber tener un ámbito lógicamente delimitado por la actuación de ésta, en relación con las propuestas iniciales de las partes contratantes, no parece que haya quedado muy bien parado el principio de respeto a los actos propios, con una solución en la que, sin duda, habrá pesado el tiempo transcurrido desde el planteamiento de la revisión en 1947, circunstancia ésta que, sin embargo, en buenos principios no pudo ser tomada en consideración.

21. LEY DEROGADA: NEGATIVA A PAGAR LA ELEVACIÓN LEGÍTIMA DE LA RENTA: REHABILITACIÓN DE PLENA VIGENCIA: *La posibilidad de «rehabilitación de plena vigencia» del contrato, evitando el lanzamiento, establecido en el artículo 161 de la Ley derogada, dentro del procedimiento de resolución por falta de pago la renta, o de las cantidades asimiladas a ella, está concedido con carácter exclusivo para el caso previsto, sin que, por ello sea admisible en casos de resolución por causa distinta, como es la prevenida en el art. 131 de la Ley citada, por rechazar el arrendatario la elevación legítima de la renta.*

REHABILITACIÓN EN PLENA VIGENCIA: REQUISITOS: *Uno de ellos es el de ejercitarla en el mismo juicio, como diligencia del mismo o de la ejecución de la resolución correspondiente, y no promoviendo juicio distinto, con la con-*

fusión a que da lugar esa dualidad de procesos dividiendo entre los dos las diligencias que deben practicarse en el mismo, y prueba en el segundo de lo que debió probarse en el primero. [S. 8 de febrero de 1960; desestimatoria.]

22. RETRACTO: FINALIDAD: INTERPRETACIÓN: Dada la finalidad protectora de la Ley, tendante a facilitar a los inquilinos el acceso a la propiedad de la vivienda, las normas que regulan el derecho de retracto deben interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo.

UNIDAD DE FINCA: La existencia en la pared de fondo de la nave de unas puertas que comunican aquella con el jardín de la casa y a través de ésta con el exterior, no puede justificar por sí sola la unidad de la finca, sobre todo si se tiene en cuenta que tal comunicación quedó subordinada a la voluntad del propietario, quien, al haberse reservado en el contrato de arrendamiento la facultad de tapiar dichas puertas, reveló su voluntad de dotar de independencia a los dos inmuebles.

UNIDAD DE FINCA: La circunstancia de que la finca figure con un solo líquido imponible cuando antes figuraba con dos, uno el correspondiente a nave y otro a la casa, no tiene relevancia bastante para afirmar la unidad de la finca a los efectos de negar la acción ejercitada, porque tal unidad tributaria puede obedecer a conveniencias de la administración y también del propietario, en cuanto simplifica para él el cumplimiento de sus deberes fiscales. [S. 26 de marzo de 1960; no ha lugar.]

23. RETRACTO: ARRENDATARIO ÚNICO Y PLURALIDAD DE SUBARRENDATARIOS: En este supuesto no puede ejercitar el arrendatario el derecho de retracto, porque al no ocupar íntegramente la vivienda, demuestra que no le es necesaria. [S. 30 de noviembre de 1960; ha lugar.]

24. LEGISLACIÓN VIGENTE: DERECHO TRANSITORIO: NACIMIENTO DE LOS DERECHOS: El nacimiento del derecho es aquel momento en que éste adquiere una existencia concreta por concurrir todos los supuestos a los cuales el ordenamiento jurídico lo condiciona, y la adquisición del derecho es el fenómeno que se produce a virtud de la unión del derecho al sujeto que de él va a ser titular.

El derecho de retracto nació el día 30 de diciembre de 1955 en que se hizo la transmisión, porque concurrían entonces todos los requisitos necesarios, y en su virtud, el derecho nacido estaba sometido a la Ley especial de 1946 a la sazón vigente, y al no entenderlo así la sentencia recurrida, procede dar lugar al recurso.

LEGISLACIÓN DEROGADA: PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RETRACTO: Conforme al artículo 64 de la LAU de 1946, mientras no se notifique la enajenación al inquilino por conducto notarial, y se subsane el defecto de que adolece por su falta la inscripción registral, no se computarán los plazos establecidos para ejercitar el retracto. [S. 11 de mayo de 1960; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: La Sentencia del Tribunal Supremo no da lugar al recurso de injusticia notoria, no obstante haber declarado fundado uno de sus motivos en su Considerando segundo, a causa de que «por sí mismo no constituye más que un presupuesto para determinar si con arreglo a dicha legislación proceden o no los restantes motivos del recurso, sin más transcendencia».

25. DERECHO DE RETRACTO: OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR LA TRANSMISIÓN: *El criterio de la Ley derogada ha sido ratificado en la vigente que establece expresamente, con disposiciones que proveen al mismo fin y por las mismas razones, en el párrafo 2.º de su artículo 48, la obligación del adquirente de hacer «en todo caso» al inquilino o arrendatario «la notificación fehaciente» de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión* [S. 18 de marzo de 1960; no ha lugar.]

26. RETRACTO: SOLAR CON RESTO DE EDIFICACIÓN HABITABLE: *El hecho ineludible de ser un solar con un resto de edificación habitable lo arrendado y vendido, patencia la improcedencia de la acción de retracto, acertadamente denegada por la sentencia recurrida con correcta interpretación de los artículos uno, cuarenta y siete, cuarenta y ocho y novata y uno de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.* [S. 24 de febrero de 1960; no ha lugar.]

27. RETRACTO: LEGISLACIÓN DEROGADA: *Vendido el resto de la casa a quien ya había comprado antes el piso que ocupaba la inquilino, no nace ningún derecho de tanteo y retracto para los demás inquilinos y arrendatarios de la misma finca, pues los artículos 63 y 64 de la Ley anterior de Arrendamientos Urbanos son para el caso de venta «por pisos», es decir, descompuesta la finca en los que tuviera, lo que no hizo la vendedora en el caso de autos, en el cual vendió un piso a su propia inquilina y después a la misma la totalidad de la finca menos dicho piso.*

VENTA DE PISOS POR PLANTAS O AGRUPADOS A OTROS: ARTÍCULO 47 DE LA LEY VIGENTE: *De darse al concepto de agrupación de pisos (recogido en la vigente Ley) el sentido que pretende el recurso, habría que llegar a la conclusión, legalmente absurda, de que cuando se vende una finca totalmente, se vende por pisos agrupados unos a otros.* [S. 20 de febrero de 1960; ha lugar.]

28. IMPUGNACIÓN DE VENTA DE UN PISO: LEGITIMACIÓN PASIVA: MARIDO APODERADO DE SU MUJER: *Demandado un marido «en nombre y como apoderado» de su mujer, el cual con el mismo carácter, con poder de su esposa, habían notificado la venta del piso, y siendo el marido el representante de su mujer, no hay defecto en la demanda, ni falta de personalidad en la parte demandada en la forma en que lo fué.*

Hecho el emplazamiento en la persona del marido especialmente apoderado, el cual había de dar cuenta del negocio a su mujer, son ambos cónyuges los que deben decidir la forma de personarse en el proceso, si la mujer con licencia o asistencia del marido, o éste en su representación legal. [S. 23 de marzo de 1960; no ha lugar.]

29. ACCIÓN IMPUGNATORIA DE LA TRANSMISIÓN: *No puede admitirse que las dos parcelas, anterior y posterior a la edificación y que con ella integran la finca, pierdan por esto la condición de terrenos a los efectos de la aplicación del artículo 53 de la Ley, que sólo exige que los terrenos que forman parte de la finca transmitida, como sucede en el caso que se debate, tengan mayor valor que el que realmente corresponda a lo edificado.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE DERECHO: *Los errores de derecho que en la apreciación de las pruebas puedan cometerse, no pueden ampararse en la causal cuarta del artículo 136 de la Ley, que sólo comprende los errores de hecho, sino en la tercera. [S. 20 de abril de 1960; no ha lugar.]*

30. DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO: VENTA DE FINCA MENOS PISO VENDIDO ANTES AL INQUILINO: *No procede el tanteo y retracto porque el artículo 64 de la LAU de 1946 sólo lo otorgaba en el caso de venta por pisos o, en último caso, por plantas agrupadas. [S. 3 de noviembre de 1959; ha lugar.]*

31. DERECHO DE RETRACTO: PLAZO: DENEGACIÓN DE PRÉSTAMO POR EL INSTITUTO DE CRÉDITO DE RECONSTRUCCIÓN NACIONAL: *La denegación del préstamo por no reunir el solicitante los requisitos exigidos en el art. 5 de la Ley de 15 de julio de 1952, impide recogerse a los beneficios de dicha Ley, y en consecuencia, en lugar de la prórroga de cuatro meses, se contará el plazo para ejercer el retracto, con arreglo a la LAU y a partir de la fecha de notificación de la negativa del préstamo. [S. 8 de septiembre de 1959; no ha lugar.]*

32. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR HABER ARRENDADO ANTES DEL AÑO EL LOCAL RETRAÍDO: *La sentencia que declara la resolución del arrendamiento afecta al arrendatario, aun cuando no hubiere sido demandado. [S. 2 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

I. Traspasado un local de negocio, el propietario ejercita el derecho de retracto y antes del año arrienda a un tercero. El adquirente del traspaso pide la resolución del arrendamiento, por incumplimiento de lo establecido en el artículo 34 de la LAU.

II. Se mantiene idéntica doctrina que en el supuesto de subarriendo o cesión in consentida, en donde no es preciso demandar al subarrendatario o cesionario.

33. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: NÚMERO DE TRANSMISIONES: *El derecho a la subrogación en el arriendo de local de negocio motivado por fallecimiento del arrendatario, lo reconoce la LAU únicamente en favor del heredero de aquél; de ser otro el pensamiento del legislador y de haber querido extender tal derecho a los herederos del subrogado, en sucesión indefinida, era natural que lo hubiera dicho así de manera categórica.*

NATURALEZA Y DURACIÓN DEL DERECHO ARRENDATICIO: *El arrendamiento es un derecho de carácter personal y ha de tener una duración determinada.*

Toda interpretación de los preceptos de la LAU que conduzca al desconocimiento o negación de tales principios debe ser rechazada. La sucesión indefinida del contrato de arriendo en favor de todos los causahabientes del subrogado en el primer contrato, implicaría la negación del carácter personal del arrendamiento, convirtiendo a éste en un derecho de naturaleza real y haciendo perpetuo lo que por su naturaleza es limitado en cuanto al tiempo de su duración, sin que fuera posible la liberación de tal carga mediante el ejercicio del derecho de tanteo o retracto que tratándose de otras cargas perpetuas admiten las Leyes. [S. 9 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

NOTA: Véase el comentario que en relación a esta sentencia se hizo en las observaciones a la de 19 de noviembre de 1959 publicadas en este mismo número, hay que insistir en la crítica de una doctrina jurisprudencial, ya reiterada y abiertamente opuesta a la letra y al espíritu de la LAU. Resulta realmente sorprendente la referencia de la sentencia de 9 de diciembre de 1959 a la imposibilidad en que se hallaría el arrendador de liberarse de tal carga perpetua mediante el ejercicio de los derechos de tanteo o retracto que tratándose de otras cargas perpetuas admiten las leyes; suponiendo que al nablar de cargas perpetuas se refiera a la más típica de ellas, el censo, se advierte que los derechos de adquisición preferente operan en los supuestos de enajenación a título oneroso y no en las transmisiones por causa de muerte, es decir, igual, precisamente que ocurre en materia de transmisión de derecho arrendaticio *inter vivos* en la que opera el derecho de adquisición preferente del arrendador; cierto es, que no existe un derecho de adquisición preferente de este en la transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio, pero cierto es, también, que no existe semejante derecho respecto a la transmisión *mortis causa* de las cargas reales en favor de los gravados con las mismas.

34. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL HECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: NÚMERO DE TRANSMISIONES: *Con arreglo a la LAU de 1946 y a la vigente, el derecho sucesorio en el arriendo de local de negocio, beneficia sólo al heredero del primitivo arrendatario y no se extiende a los herederos de aquél, en sucesión indefinida.*

DERECHO INTERIEMPORAL: *Los efectos del fallecimiento del arrendatario de local de negocio en orden a la sucesión o extinción del derecho arrendaticio se rigen por la Ley vigente al tiempo del fallecimiento.*

RETROACTIVIDAD DE LA LAU: *El principio de retroactividad de la LAU, no obsta a que los derechos y obligaciones nacidos bajo el imperio de la Ley precedente puedan y deban ser regulados por ésta, siquiera el ejercicio de las correspondientes acciones haya de acomodarse a las disposiciones procesales de la nueva Ley. [S. 6 de mayo de 1960; ha lugar.]*

NOTA: Se trata ya de la tercera sentencia en la que afirma la doctrina de la unicidad de transmisiones con arreglo a la Ley vigente; me remito a anteriores críticas a la misma, haciendo notar que si bien de hecho parece formada ya una doctrina uniforme, en el plano del derecho, la jurisprudencia, por reiterada que sea, no puede prevalecer frente a una clara norma legal y el artículo 60 de la LAU, tanto en su párrafo primero, como en el tercero, es de claridad manifiesta.

35. EL CÓDIGO CIVIL, COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN DE LA LAU: *Para determinar si el derecho de sustitución en la relación arrendaticia del local de negocio, alcanza sólo al heredero del arrendatario o se extiende a transmisiones posteriores, derivadas de la muerte del ocupante por sucesión, hay que acudir, en la función interpretativa, al Código civil.*

NÚMERO DE TRANSMISIONES «MORTIS CAUSA» DEL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: *El derecho arrendaticio es de naturaleza temporal y personal y como la LAU habla de la sustitución por muerte del arrendatario y no de la del subrogado, no puede darse al arrendamiento una duración indefinida, convirtiendo al propietario arrendador en titular de un dominio directo.* [S. 20 de febrero de 1960; ha lugar.]

NOTA: Contra el criterio del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia territorial, el Tribunal Supremo ha insistido en la doctrina iniciada en 9 de diciembre de 1959. A los argumentos en extremos inconsistentes esgrimidos en tal ocasión y que ya he rebatido en anteriores notas—a dicha sentencia y a otra de 19 de noviembre de 1959—, se agregan, ahora, otros no más consistentes. Si el artículo 60 de la LAU habla simplemente de que al arrendatario le sucede en *todos sus derechos y obligaciones* su heredero y—obsérvese que en este artículo se habla simplemente del arrendatario, no del inquilino titular del contrato de arrendamiento, como en el artículo 28, o del inquilino que hubiere celebrado el contrato como en el 24—, es evidente que idéntico derecho al del arrendatario originario, tendrá el heredero de este puesto que le ha sustituido en *todos sus derechos*, entre los que, indudablemente, se halla el de transmitir *mortis causa* su titularidad arrendaticia. Es decir, que aun prescindiendo del tercer párrafo del artículo 60 la doctrina del Tribunal Supremo resulta en absoluto inadmisibles.

Desafortunada es, también, la tentativa hecha en uno de los Considerandos de la sentencia de anular el valor interpretativo del tercer párrafo del artículo 60, insistiendo en los antiguos argumentos y en el de una distinción entre la *sustitución* y la *transmisión* de la condición de arrendatario, que no resiste la más somera crítica. En cuanto a la opinión de que la transmisibilidad indefinida del derecho arrendaticio de local de negocio convertiría al propietario arrendador en titular de un dominio directo sobre ser absolutamente inexacto, pues queda aún un ancho foso entre el censo y el arrendamiento, no constituye en absoluto argumento en favor de la tesis del Tribunal Supremo, pues el legislador puede acuñar las relaciones jurídicas en la forma que estime más conveniente a las exigencias de la realidad social y del bien común.

36. ARRENDAMIENTO: SUCESIÓN: *El contrato de arrendamiento genera, en principio, un derecho de índole personal que se extingue con la muerte del arrendatario.*

TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: *No es preciso que el subrogado, para ser tenido como tal, demuestre su condición de adjudicatario del derecho arrendaticio, testamentario o parlicional, puesto que la subrogación es un derecho que la ley concede a los herederos por su condición de tales y que, según el artículo 73 de la LAU de 1946, nacia por el solo hecho de la muerte del titular.*

REQUISITOS DE LA TRANSMISIÓN: *No negándose la condición de heredero, de quien invoca la subrogación, y habiéndose notificado ésta, como exigía la*

doctrina jurisprudencial, no puede exigir el arrendador otros requisitos que la Ley no impone, puesto que la renuncia o el ejercicio de los posibles derechos de los demás coherederos, es cuestión privada de los mismos, que no incumbe al arrendador. [S. 29 de abril de 1960; no ha lugar.]

NOTA: Extraña es la referencia en la tercera máxima a la supuesta exigencia de la notificación de la subrogación operada en favor del heredero del arrendatario de local de negocio. Ningún precepto de la LAU de 1946 ni de la vigente exige tal notificación a diferencia de lo que ocurre en la Ley actual con la transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio de vivienda.

37. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: PRESUNCIÓN: *El hecho de que la actora, con su marido y ocho hijos habiten en una casa compuesta por dos dormitorios, bodega, cocina y desván, basta para apreciar la suficiente capacidad de la vivienda para albergar dicha familia.*

SELECCIÓN: ALMACÉN: LAU DE 1946: *Un local destinado a almacén, aunque carezca de instalaciones convenientes, resulta habitable, sobre todo, para quien actualmente habita en peores condiciones y debe ser antepuesto en el orden de selección, a las viviendas. [S. 14 de noviembre de 1959; ha lugar.]*

NOTA: Alterado el régimen legal de los almacenes, en la LAU de 1955 se omite en el artículo 64 de ésta, toda referencia a los almacenes, al tratar del orden de selección; las consecuencias jurídicas de la alteración son las siguientes: si se trata de almacenes que merezcan la conceptualización de locales de negocio, con arreglo al artículo 5 de la LAU, no podrán ser tenidos en cuenta en la selección de viviendas—salvo cuando entre en juego la disposición transitoria 10 de la LAU—; en otro caso, la solución dependerá del régimen jurídico que se atribuya al almacén ya que, si conforme a la opinión más común, el arriendo de almacén que no quepa conceptualizar asimilado al local de negocio, se halla sustraído al ámbito de la LAU, no podrá tenerse en cuenta el almacén a efectos de la selección—sin perjuicio de que la disponibilidad del mismo por parte del arrendador, al no gozar el arrendatario del beneficio de prórroga forzosa, impida denegar la prórroga a los arrendatarios protegidos si el almacén fuera suficiente para cubrir la necesidad —y si, por el contrario, se entiende que el almacén particular— no vinculado a una empresa mercantil o industrial—debe ser asimilado a vivienda, deberá contarse con el efecto de la selección, anteponiéndolo al arriendo de vivienda *stricto sensu*.

38. POR DERRIBO: DERECHO DE RETORNO: *La suscripción del documento de retorno es obligación de los arrendatarios que deseen volver al inmueble tras la reedificación del mismo. [S. 1 de febrero de 1960; no ha lugar]*

39. DERECHO DE RETORNO: LEGISLACIÓN DEROGADA: *El artículo 105 de la Ley derogada preveía una doble condición respecto a la comunicación que el inquilino que pretendiera volver al inmueble reedificado debía hacer al arrendador: la comunicación del domicilio para oír las notificaciones debía hacerse, en cuanto a la forma, por escrito certificado, y en cuanto al tiempo, al desalojar el local o vivienda.*

DERECHO DE RETORNO: TIEMPO DE LA COMUNICACIÓN: *Desprendiéndose de la propia redacción del precepto contenido en el artículo 105 de la ley deroga-*

yada, que es físicamente imposible exigir la simultaneidad del desalojo y la emisión certificada del escrito de comunicación de domicilio, hay que interpretar que el certificado del escrito debía hacerse sin más dilación que la racionalmente exigida por la necesidad de que el propietario pudiera comunicarle cualquier decisión relacionada con el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones. [S. 20 de abril de 1960; no ha lugar.]

40. NO USO: *Procede la denegación de prórroga por no uso, si se cierra el local, sin que obste a ello la utilización eventual del mismo a iniciativa del arrendatario, para raras entrevistas con algún cliente. [S. 27 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

41. NO USO: UTILIZACIÓN DE LOCAL PARA FINES AUXILIARES: *Es causa de denegación de prórroga el cierre del local aunque el mismo se destine a otros fines auxiliares, como los de custodia, depósito o almacenaje. [S. 22 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

42. NO USO DE PARTE DE LA COSA ARRENDADA: *No es causa de denegación de prórroga el que el arrendatario deje de utilizar uno de los dos locales arrendados en un solo contrato, si sigue haciendo uso del otro y proyecta, además, instalaciones o mejoras en el local transitoriamente no utilizado. [S. 26 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

48. NO USO: CIERRE DE LOCAL: *La causa tercera de denegación de prórroga presupone, en las viviendas, la desocupación, y en los de local de negocio, el cierre; basta que estos permanezcan cerrados sin que obste a la denegación que en el interior de los mismos, con acceso eventual por entrada excusada, tengan lugar actividades cualesquiera. [S. 13 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

49. NO USO: JUSTA CAUSA: *La mala gestión, por el arrendatario o sus dependientes, del negocio establecido en el local que haya dado lugar al descrédito del mismo con pérdida total o parcial de la clientela no es justa causa del cierre. [S. 2 de abril de 1960; no ha lugar.]*

50. NO USO: JUSTA CAUSA DE CIERRE: *Constituye justa causa del cierre del local por el tiempo que prudencialmente sea necesario al arrendatario del local de negocio para arreglar su situación en la empresa en que trabaja y cesar en el servicio de la misma sin sufrir perjuicio en los derechos laborales adquiridos en ella. [S. 9 de marzo de 1960; ha lugar.]*

51. ALMACENES: *El arrendamiento de depósitos o almacenes no se halla equiparado por la Ley, sino asimilado, al de local de negocio.*

No uso: La tercera causa de denegación de prórroga se basa, en relación al arrendamiento de local de negocio, no en la desocupación del local, sino en su cierre, concepto contrario al de establecimiento abierto. El cierre o

incomunicación con el público es compatible con cualquier otra actividad que en el local tenga lugar. [S. 20 de febrero de 1960; no ha lugar.]

52. *TENENCIA DE OTRA VIVIENDA: ESTADO ARRENDATARIO: Si ante la ley locativa el Estado arrendatario tiene las mismas obligaciones y derechos que cualquier particular, a diferencia de éste, es notorio que no puede adquirir o construir edificios sin adscribirlos a predeterminados fines, ni utilizar los que edifique en fines diferentes a los que responda su adquisición o erección. Declarar la aptitud de los locales para la debida prestación de los servicios públicos, es cuestión de hecho, y no jurídica, privativa de la Administración, encargada de su gestión.*

TENENCIA DE OTRA VIVIENDA: PRUEBA: La aportación de la prueba de que el inquilino ha dispuesto de una vivienda apta, y de características análogas a la que viene disputando, incumbe suministrarla al actor arrendador. [S. 6 de febrero de 1960; desestimatoria.]

53. *TRANSMISIÓN DE USO: Existe un acto transmisivo del uso en el hecho de que el local arrendado para almacén, lo usan para guardar sus automóviles, a guisa de garaje, con el consentimiento del arrendatario, personas que no tienen este carácter, aunque por ello no paguen renta.*

PRESUNCIONES: Probada la ocupación ilícita del local arrendado por parte que no es arrendataria, puede y debe presumirse lógicamente el paso de uso de un patrimonio, el del arrendatario contratante, a otro, el del ocupante no arrendatario.

NOTA: Se alegó también en el pleito que, incluso admitiendo la existencia del subarriendo o cesión, no procedería la resolución, ya que los hechos que la motivan, introducción en el local de los automóviles, son muy anteriores al año 1957, en el que se interpone la demanda, habiendo así transcurrido el plazo de quince años que señala el artículo 1.964 del Código civil para el ejercicio de la acción. Sin que en contra de esto se pueda decir, dice el recurrente, que «la guarda de determinados coches que se encontraban en el local en fecha determinada, hubiérase iniciado en el año 1957, ya que el hecho concreto de la guarda de los mismos habría de entenderse concatenado con la actividad normal de guarda a que venía destinado el local desde preteritas fechas, en cuyo dilatado plazo de tiempo es lógico que siguieran sucediéndose mutaciones en los titulares de los coches y cambiaran éstos». Para el recurrente, pues, el plazo de ejercicio de la acción comienza en el momento en que se guardó el primer coche. Entonces comienza la actividad de custodiar coches, en la que se empleó el local. El Tribunal Supremo no extra propiamente en el examen de esta argumentación, limitándose a afirmar, junto a la irrelevancia de la calificación en subarriendo o cesión, que tampoco se ha infringido el artículo 1.964 del Código civil, «puesto que la ocupación por personas extrañas al contrato... se inició dos meses antes» de la interposición de la demanda.

54. *OCUPACIÓN POR TERCERO: Estando el local arrendado ocupado por persona ajena al inquilino, usándolo en actividades propias y en su beneficio, procede la resolución del contrato, en virtud de lo dispuesto en el número 2.º del artículo 114 de la Ley, sin que sea preciso, por no constituir obstáculo,*

el título por el que lo disfruta, si es cesión o subarriendo, si es total o parcial, si absoluta o compartida, gratuita u onerosa, porque basta la introducción de tercera persona, usándolo en su nombre y provecho, para que proceda la resolución. [S. 18 de diciembre de 1959; desestimatoria.]

55. OCUPACIÓN INCONSENTIDA: *La ocupación total, parcial o conjunta, de un local de negocio en el que no cabe la convivencia familiar, por una persona no arrendataria, con consentimiento del arrendatario, es una transferencia que, no consentida por el arrendador, ni amparada en el artículo 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, es causa de resolución del contrato de arrendamiento. [S. 23 de marzo de 1960; estimatoria.]*

NOTA: El hijo del arrendatario del local de negocio con vivienda dado para exposición y venta de muebles, se inscribió en el Colegio de Agentes Comerciales, e instaló en el local arrendado al padre su propio despacho, y el depósito de los artículos de pasta y marfil que, como de su exclusiva y excluyente propiedad, dió de alta en la sección de arbitrios municipales, por lo que no puede ser cierta la afirmación que todas las actividades desarrolladas en el local arrendado, se efectúan por el supuesto cedente, ya que algunas, las de agente de comercio y depositario de las indicadas mercancías, no las puede desenvolver nadie más que su hijo, que no es arrendatario.

56. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: ABUSO DE DERECHO: *El abuso de derecho como causa de desestimación de las preensiones de las partes, ha sido reconocido por el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, como antes lo había sido por otras disposiciones dictadas sobre la materia de arrendamientos urbanos y también con carácter general por la doctrina de esta Sala, quien estableció las condiciones que habían de concurrir para su estimación, incluyendo dentro de su ámbito toda clase de móviles ilegítimos que pudieran determinar la conducta del titular del derecho, bien consistieran en la intención de dañar o en una utilización anormal del derecho, no adecuada a su verdadero espíritu y finalidad.*

ABUSO DE DERECHO: *No se da el abuso de derecho, ya que no consta probado que la autorización para la ocupación del local por un tercero se diera, no ya en la forma escrita exigida por la Ley, sino tampoco en forma verbal; sin que existan, por otra parte, motivos ilegítimos en el demandante en el ejercicio de su acción. [S. 9 de marzo de 1960; desestimatoria.]*

57. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: *La ocupación de un local de negocio arrendado por una Sociedad que no intervino en la perfección del contrato generador de la relación arrendaticia en litigio, concertado por una persona individual no dueña del negocio en él explotado, es base suficiente para la presunción de un subarriendo inconscntido causa de la resolución del contrato. [S. 11 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

58. OCUPACIÓN POR TERCERO: *No lo acredita ni pueden acreditarlo las dos certificaciones del padrón municipal de vecinos según las cuales el domicilio de la arrendataria es distinto del de su hijo, ni la certificación del padrón municipal de industrias, ni la de la inspección de sanidad municipal que*

cuida de hacer constar que no se cultiva champignon en el local de negocio arrendado, ni, por último, un informe pericial de albañiles. [S. 2 de abril de 1960; no ha lugar.]

59. **POR SUBARRIENDO: VALOR DE LA SENTENCIA: MOMENTO DE SU EFICACIA:** *La resolución de un contrato, cuando no se efectúa por la concurrencia en ella o para ella, de las voluntades de los contratantes, sólo puede decretarla el Juez a instancia de uno de ellos. Y al hacerlo no declara o pone de manifiesto un derecho discutido, pero ya existente, sino que decreta la ruptura del vínculo jurídico que relacionaba a los contratantes entre sí, con eficacia desde el momento en que se dictó la sentencia que lo dispone.*

RETRACTO ARRENDATICIO URBANO Y RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR SUBARRIENDO: *La demandante era inquilina en la fecha del doce de junio de 1958 y estaba legitimada activamente para ejercitar la acción de retracto, pues la sentencia que estimó la resolución del contrato de arrendamiento por causa de subarriendo, no se dictó hasta día veintiocho del mismo mes y año. [S. 24 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

60. **SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRESUNCIONES:** *No infringe el artículo 1.253 del Código civil la sentencia que infiere la transmisión del uso del local arrendado, basado en el hecho de que en la cosa locada se hallen instalados el teléfono y las oficinas en las cuales aparecen domiciliados, a efectos de seguro social y de las elecciones sindicales, además del arrendatario, otras dos personas, como dependientes los tres de una entidad no arrendataria, en el domicilio de la cual no existe espacio dedicado a oficina ni se practica ninguna gestión de las que requiere su negocio, ni a él concurren los expresados empleados, que desarrollan íntegramente dicha gestión en el local cuestionado, como lo indican los rótulos y placas fijados en él. [S. 25 de diciembre de 1959; desestimatoria.]*

NOTA: El arrendatario era agente comercial de la Sociedad en cuyo favor se declara celebrado el subarriendo. Los hechos en los que se basa la sentencia, según los reconoce el mismo arrendatario recurrente son: a) Existencia de unos rótulos, que anuncian la sociedad, en el domicilio del recurrente b) Figurar en la Guía telefónica uno de los números del recurrente a nombre de la misma entidad. c) Dos empleados de dicha sociedad figuran domiciliados en el domicilio del arrendatario, a efectos de Seguros sociales en el Instituto Nacional de Previsión, y en la Delegación Provincial de Sindicatos. d) En el domicilio social de la empresa, no existen mobiliario ni empleados de la misma ni se cobran las primas de sus asegurados, ni se solicita la prestación de sus servicios, ni el público tiene libre acceso, ni existe rótulo alguno que la anuncie (J. G. Y.).

61. **LEY 1956: SUBARRIENDO: REQUISITOS: PRESUNCIÓN:** *Para la existencia del subarriendo ha de partirse del hecho plenamente demostrado de la ocupación total o parcial, compartida o excluyente, de la cosa arrendada, por persona que no intervino en la perfección del contrato de arrendamiento, circunstancia que no se infiere del hecho inconcluyente, por equívoco y ambiguo, de que los miembros de una asociación concurren,*

como todos los demás clientes del negocio propio del arrendatario, al local en que el negocio se explota, con el cual no tienen más relación que la derivada de las consumiciones variables de cada uno, inconciliables con las notas esenciales del subarriendo: espacio determinado, precio cierto y uso subjetivamente individualizado. [S. 21 de enero de 1960; desestimatoria.]

NOTA: Se basaba la demanda en la ocupación por una peña deportiva, de parte de los locales arrendados, en los que celebraba reuniones periódicas, conferencias, etc. A pesar de la omisión de la solicitud de declaración de que tal peña constituye una asociación, no hay duda de que la sentencia sigue un criterio más riguroso en la apreciación de esta causa de resolución, pues, si bien son las notas enumeradas las constituyentes del subarriendo, numerosas sentencias del Tribunal Supremo han declarado que basta el hecho de la ocupación por un tercero, sin que se precise la prueba completa de la existencia de todos los requisitos del subarriendo, muy difícil de proporcionar, debido precisamente a la índole clandestina de su realización (J. G. Y.).

62. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRUEBAS INDIRECTAS: PRESUNCIONES: *Nabido es que, por la forma clandestina en que estos subarriendos se conciertan, de ordinario, no se puede demostrar la concurrencia de todos los requisitos esenciales de este contrato, de aquí que la jurisprudencia se haya limitado a la estimación de alguno de ellos derivados de la ocupación o introducción de una persona extraña a la relación jurídica nacida del contrato, sin que se necesite una prueba directa de tales requisitos integrantes del subarriendo, bastando que éste resulte demostrado por pruebas indirectas, incluso, por presunciones. [S. 7 de diciembre de 1960; desestimatoria.]*

Concordancias: Sentencia 19 de febrero de 1958, alude a la clandestinidad como circunstancia normal; sentencia 25 de junio de 1958, normalmente se declarará la existencia del subarriendo inconsentido por presunciones.

63. INTRODUCCIÓN DE TERCERO: *Es causa bastante para la resolución la introducción en el local de tercera persona, sin que se precise especificar el título o medio.*

INTRODUCCIÓN DE TERCERO: PRUEBA: *En los supuestos en que se han de averiguar hechos clandestinos, se han de tener en cuenta tanto la prueba del actor como la contraria, siendo útil a tal fin la actitud de esta última parte en el proceso, al dejar de justificar hechos con datos que han de obrar en su poder, y su pasividad juega una función en el proceso que ha de ser estimada; lo que no supone, en ningún modo, invertir la carga de la prueba que corresponde al demandante.*

INTRODUCCIÓN DE TERCERO: PRESUNCIÓN: *Del hecho de que el arrendatario nunca se encuentre en el local arrendado, hallándose siempre al frente del mismo una tercera persona que realiza las operaciones, sin que tenga poder para ello, y que figura inscrita como empresa en el local cuestionado, en la misma actividad o negocio que desarrollaba el arrendatario, no es contrario a la lógica ni resulta absurdo deducir que se ha producido la introducción de un tercero, permitiendo la resolución del contrato. [S. 25 de marzo de 1960; desestimatoria.]*

NOTA: El recurrente alegaba incongruencia porque, dice, el Considerando segundo aprecia el subarriendo, y la demanda se funda en traspaso. Se deniega el motivo, pues 1.º, existe congruencia entre el súplico y el fallo que pedía y concedió, respectivamente, la resolución. 2.º, el verdadero fundamento del fallo no se encuentra en que se admita el subarriendo o el traspaso, sino, simplemente, en el hecho de la introducción del tercero.

II. Es digna de alabanza la consideración que se hace respecto de la apreciación de la actitud de la parte demandada. Aunque aparece expresada como referida a la averiguación de hechos clandestinos, conecta, sin duda, como la existencia de un deber especial, en las partes contendientes, de contribuir de buena fe y sin temeridad, a la determinación de la verdad debatida. Técnicamente, puede ser sólo el resultado de la valoración conjunta de la prueba. (J. G. Y.)

64. TRASPASO ILEGAL: *La ocupación de la cosa arrendada sin consentimiento del arrendador, por quien no fué parte en el contrato es una transmisión ilegal; en tanto no se pruebe, tratándose de local de negocios, que es un traspaso con todos los requisitos legales.*

TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA: S. R. L. A S. A.: *La vigente LAU (artículo 39), sólo excluye de la consideración de traspaso, el cambio de forma impuesto por la ley, no por voluntad privada.*

DERECHO TRANSITORIO: *El Art. 140 de la Ley de S. A. de 1951 no es aplicable a las relaciones arrendaticias preexistentes al tiempo de su promulgación. [S. 2 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

65. CESIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESCRIPCIÓN: *El contrato gratuito u oneroso, concluido por el arrendatario con un tercero, sin intervención del arrendador, no puede perjudicar a éste, ni siquiera a través de una prescripción de imposible existencia.*

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES: *Las obligaciones únicamente nacen de la Ley o de la voluntad privada y nadie puede hacerse deudor o acreedor por usucapión o prescripción adquisitiva.*

CAMBIO DE FORMA SOCIAL: TRASPASO: *La Ley de Sociedades anónimas no puede prevalecer sobre las normas de la LAU sobre traspaso que son de fecha posterior. La LAU sólo estima exceptuado de los requisitos legales del traspaso el cambio de forma de una sociedad si viene impuesto por la Ley. [S. 13 de mayo de 1960; no ha lugar.]*

66. TRASPASO: CASUÍSTICA: *Convenida la fusión de dos empresas de espectáculos, con la finalidad de explotar conjuntamente los locales de las mismas, y fijada la proporción de cada una de ellas en la participación en los beneficios totales del negocio resultante, es lógico suponer que ello implica la aportación de uno de los locales, por su arrendatario, a una entidad distinta. [S. 19 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

67. TRASPASO: TRANSFERENCIA DE SOCIEDAD A SOCIO: *La transmisión del local arrendado, de la sociedad arrendataria, q una persona individual, realizada sin cumplir los requisitos legales del traspaso, ni consentimiento del arrendador, es casua de resolución.* [S. 4 de marzo de 1960; no ha lugar.]

68. CESIÓN DE ARRENDAMIENTO: CONCESIÓN A UN TERCERO DE PARTICIPACIÓN EN UN NEGOCIO: *No constituye cesión el hecho de que los cónyuges arrendatarios hagan donación a una hija de una participación en el negocio que ejercen en él, en pago de los servicios en él prestados por aquélla, ya que al interesar a la misma en el resultado de la gestión, no puede decirse que los arrendatarios cedieran su titularidad.* [S. 26 de diciembre de 1959; ha lugar.]

NOTA: Ofrece interés a efecto de la mejor comprensión de la doctrina sentada en la anterior máxima, la transcripción en lo sustancial del documento privado por el que se realizó la transferencia en cuestión; se hace constar en él: que a los cónyuges A y B pertenece el comercio de...: que viene desarrollando el negocio comercial indicado, la señorita C con el consentimiento de sus padres y que con el fin de regular los derechos y obligaciones de los dueños y representantes formalizan este contrato con las siguientes estipulaciones: 1.^a Los cónyuges A y B ceden gratuitamente a su hija C una participación en el comercio referido, por valor de 50.000 pesetas, siempre que del balance en curso de formación resulte un capital líquido de 200.000 pesetas, como mínimo; 2.^a Como la cesión se hace a título gratuito y excede de 300 ducados, para evitar la insinuación judicial, los cedentes prestan juramento asertorio; 3.^a Las utilidades o beneficios líquidos que resulten al final de cada ejercicio, se repartirán, el 75 por 100 para A y B y el 25 por 100 para C; 4.^a La señorita C regentará el comercio con amplitud de libertad para hacer compras y ventas, fijación de precios, nombramiento y despido de empleados, según lo hecho hasta la fecha, no percibiendo sueldo u honorarios por considerarse suficientemente remunerada con la participación de beneficios; 5.^a Los cónyuges A y B tendrán derecho a examinar e inspeccionar, cuando lo estimen conveniente, los libros de contabilidad reglamentarios; 6.^a La señorita C no podrá retirar su participación en el capital del comercio y estará obligada a acumular, a su 25 por 100 de participación en el capital, el beneficio que le corresponda cada año, previo descuento de los gastos particulares para su vestuario, que sufragará por sí misma; 7.^a Los señores A y B se obligan a alimentar y tener en su casa y compañía a su hija C; ... 9.^a Si la señorita C contrae matrimonio pueden ocurrir dos supuestos: a) que continúe dirigiendo el negocio de acuerdo con sus padres, en cuyo supuesto percibirá el 50 por 100 de los beneficios; y b) si no continúa al frente del negocio, podrá retirar gradualmente su capital, en cuantía y plazos tales, que no sufra quebranto el negocio ni se resienta; ... 12. Si los señores A y B intentaren verificar un traspaso del comercio, tendrá derecho preferente para quedarse con él la señorita C con rebaja del 25 por 100 de la cantidad que como precio de traspaso ofrezca el mejor postor; ... 14. Si por la mala administración del comercio no marchase bien el negocio, los señores A y B podrán dar por terminado este contrato.

Nótese que el criterio de la anterior sentencia supone una notable y acertada relajación del rigor de la doctrina que veía en todo supuesto de transferencia de un negocio radicado en el local arrendado —o de parte del mismo— un verdadero acto de cesión que, a menos de realizarse con arreglo a la LAU, constituía causa de resolución: véanse, por ejemplo, las sentencias de 17 de marzo y 7 de abril de 1956, en las que se estimó constitutivo de cesión la transmisión de una alicuota de una empresa, aunque

en los supuestos contemplados en las mismas, se trataba de una enajenación mediante precio y en el de la sentencia objeto de la presente nota, la transferencia se realizó a título de donación remuneratoria, matizada con cláusulas muy especiales. (J. P. R.)

69. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD IRREGULAR: *La constitución por el arrendatario, con un hermano, de una sociedad irregular, que explota el negocio instalado en el local arrendado, constituye una cesión del derecho arrendaticio.* [S. 16 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

70. APORTACIÓN A UNA SOCIEDAD: *La aportación del derecho arrendaticio a una sociedad de personalidad jurídica distinta de la natural al arrendatario constituye una cesión del derecho arrendaticio que, es causa de resolución del arrendamiento si se realiza sin cumplir los requisitos de la LAU.*

FORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE MERO HECHO: *El otorgamiento de la escritura de sociedad y la constitución de ésta en legal forma por parte de dos arrendatarios que al tiempo de celebrar el contrato de arrendamiento ya formaban una sociedad de hecho cuya existencia conocía el arrendador que concertó el arriendo con dichos socios, en su calidad de tales, no constituye traspaso.* [S. 10 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

71. FACULTAD DE TRASPASAR CONDICIONADA: *La facultad de traspasar otorgada por el arrendador al arrendatario, no se la concedió pura y simplemente, sino sometida a una condición cuyo incumplimiento por él con ella beneficiado impide la perfección de su ejercicio, que si se consuma será ilícito y, por ello, causa de resolución del arrendamiento.* [S. 13 de febrero de 1960; desestimatoria.]

72. EXPLOTACIÓN CONJUNTA DEL NEGOCIO POR PADRE E HIJOS: *La explotación conjunta del negocio por el padre, arrendatario, y sus hijos, quienes se reparten los beneficios, constituye una asociación, lo que supone un traspaso, siendo indeclinable consecuencia la estimación de la resolución del contrato, sin que quepa aplicar el art. 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, ya que, por su carácter excepcional, no puede extenderse, ni aun por razón de analogía, a supuestos distintos al expresamente contemplado en él.*

PRUEBA: CONFESIÓN: *La contestación dada por el confesante de que los ingresos que se obtienen en el negocio eran para él y sus dos hijos. «porque están unidos los tres», constituye plena prueba de la existencia de la asociación.* [S. 26 de febrero de 1960; desestimatoria.]

73. SEPARACIÓN DE COMUNEROS: *Al separarse uno de los comuneros del uso del local arrendado, quedando el otro en el uso de la totalidad, es evidente que hubo un traspaso de la parte indivisa correspondiente al que se separó, en favor del que continuó en el uso de todo el local; traspaso efectuado sin cumplir los requisitos necesarios para su existencia legal, por lo*

que constituye causa de resolución del arrendamiento. [S. 2 de marzo de 1960; estimatoria.]

74. PROYECTO DE TRASPASO: *El recurrente nunca adquirió el derecho de arrendamiento del local en cuestión, porque el único título en que funda esa adquisición supuesta, es el proyecto de traspaso o decisión de traspasar de los arrendatarios, por el precio convenido con el recurrente, si el traspaso llegase a efectuarse, lo que no ocurrió.*

TRASPASO: TANTEO DEL ARENDADOR: LECITIMACIÓN ACTIVA: *Cualesquiera que fueren los efectos, respecto de los arrendatarios, del incumplimiento de las condiciones de la Ley o del contrato celebrado con aquéllos por el arrendador, y los producidos por las relaciones entre los arrendatarios y el recurrente, es indudable que ni de tal contrato, ni del incumplimiento de las condiciones aludidas, ni de dichas relaciones, pudo derivarse ninguna acción a favor del recurrente para recobrar la condición de arrendatario que nunca tuvo.* [S. 15 de diciembre de 1959; desestimatoria.]

75. ADQUISICIÓN EN SUBASTA DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: *El adjudicatario en subasta de un derecho de traspaso, no puede devenir al arrendatario, si la relación locativa se ha extinguido por efecto de un desahucio ejercitado contra el arrendatario ejecutado.*

ADQUISICIÓN EN SUBASTA DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: *El arrendador puede impugnar el traspaso forzoso realizado a través de subasta judicial del derecho arrendaticio, si en la enajenación no se dió cumplimiento a los requisitos legales del traspaso.*

TRASPASO: NOTIFICACIÓN: *El edicto de subasta de un derecho de traspaso no es la notificación del proyecto de traspaso requerida por la LAU.* [S. 15 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

76. OBRAS: DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL ARRENDATARIO: *El arrendador, en virtud de las obligaciones que le impone el art. 1.554 del C. c., responde, frente al arrendatario, de los daños causados a éste por obras realizadas en el inmueble por cuenta y encargo del primero, independientemente de las relaciones y obligaciones que puedan existir entre el arrendador y los técnicos que planearon y dirigieron la construcción.*

EFFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL EN ULTERIOR PROCESO CIVIL: *La apreciación, en sentencia recaída en proceso penal anterior, de que determinado siniestro fué debido a fuerza mayor, no vincula al Tribunal civil que enjuicia las responsabilidades civiles derivadas del siniestro.* [S. 9 de febrero de 1960; no ha lugar.]

77. FACULTAD DEL ARRENDATARIO DE REALIZAR OBRAS DE REPARACIÓN: ALCANCE: *La facultad de realizar las obras de reparación ordenadas por la Autoridad competente, si el arrendador no las efectúa, o si fueren urgen-*

tes y se encaminaren a evitar daños inminentes o incomodidad grave, corresponde al arrendatario, sin tener en cuenta si dichas obras modifican o no la configuración de la cosa arrendada.

RESOLUCION POR ALTERAR LA CONFIGURACIÓN: LÍMITES: *La prohibición de realizar obras que alteren la configuración, sólo puede estimarse vigente si el arrendatario las realiza por su propia voluntad, movido por consideraciones de orden personal y por su propia conveniencia, no cuando le vienen impuestas por causas no queridas por él y se realizan para evitar se sigan produciendo daños y perjuicios de incomodidad grave.* [S. 5 de febrero de 1960; ha lugar.]

NOTA: El arrendatario había procedido a tapiar con un tabique una puerta que daba acceso al local arrendado desde el portal; en dicha puerta se había abierto un boquete que facilitó la perpetración de un robo en el local, y requerido el arrendador para que reparase la puerta, no lo efectuó, por lo que el arrendatario construyó el tabique por propia iniciativa. (J. P. R.)

78. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU 1946: OBRAS NO CONSENTIDAS: *El derribo de la mayor parte de un tabique que separaba la tienda de otro departamento, y la instalación en su lugar de una vitrina nevera, de armadura de madera y amplios cristales, varía la forma y estructura de la cosa arrendada y su aspecto peculiar, produciendo en ella un cambio esencial y sensible que es causa de resolución al no contar con permiso del dueño.* [S. 4 de marzo de 1960; no ha lugar.]

79. OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO: CONOCIMIENTO: *El conocimiento, acto de valor lógico sometido a las leyes del pensar, no es identificable con el consentimiento, acto de valor volitivo gobernado por el derecho, que, sólo en la voluntad de su autor apoya el poder vinculante que a éste le confiere.* [S. 9 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

80. CONFIGURACIÓN: *La modificación de un evacuatorio en un local no arrendado para vivienda, es obra que no puede estimarse modifique su configuración.* [S. 22 de enero de 1960; no ha lugar.]

81. CONFIGURACIÓN: *No la altera la sustitución de pavimentos, pues sólo afectan a la superficie de elementos ya existentes en el local, lo que no quiere decir que no puedan dar lugar a otras acciones distintas de la resolución.* [S. 10 de febrero de 1960; no ha lugar.]

82. CONFIGURACIÓN: *La afirmación de que las obras ejecutadas no modifican la configuración, es cuestión fáctica, ajurídica que no debe confundirse con una excepción o defensa de derecho, ni siquiera indirecta, habida cuenta que el hecho ha sido sentido como apoyo de la negativa del hecho básico de la acción ejercitada.*

PRUEBA: *La configuración de la cosa local, en cuanto concepto fáctico de valoración histórica y no jurídica, exige la afirmación de la existencia de*

hechos físicos o reales, ponderables o valorables, imposibles de alcanzar cuando se niega, sin impugnación afortunada la existencia de los últimos. [S. 2 de abril de 1960; no ha lugar.]

83. CONFIGURACIÓN: TRABAJO CARPINTERÍA: *Un tablado o entrepiso de madera, cerrado por tres de sus lados, montado o sustentado sobre varios postecillos, ligeramente empotrados en el suelo, sin que estén adheridos a las paredes ni techos, no altera la configuración del local donde se ha levantado, porque lo que el texto legal prohíbe y sanciona con la resolución del contrato, es la realización de «obras» que, gramaticalmente, se han de entender por construcción, reparación o reforma de un edificio.* [S. 5 de mayo de 1960; no ha lugar.]

84. CONFIGURACIÓN: *Para que las obras alteren las condiciones de un edificio es preciso que modifiquen la forma o estructura de la cosa arrendada, la distribución de sus distintas partes, el aspecto peculiar de la misma, o en general que produzcan un cambio esencial y sensible y no meramente accidental y de detalle; y en la instalación de las estanterías en el local de negocio arrendado no se dan las enunciadas características ya que tales elementos son necesarios para el ejercicio de la actividad mercantil a que el local se destina.* [S. 10 de marzo de 1960; no ha lugar.]

85. CONFIGURACIÓN: *No hay mutación en el local arrendado al no afectar las obras a la estructura o distribución del edificio, sino por el contrario una variación del uso en la forma arrendada, cual fué ocupar la parte inferior del hueco de una puerta por un mostrador destinado a la venta de helados, cerrando la parte superior de dicho hueco con una persiana sin que éste fuera ampliado o disminuído, ni variado las paredes, techo o suelo del local arrendado, y no puede estimarse cometida infracción, pues la obra sólo afecta a la decoración o embellecimiento del local sin que llegue a extenderse a su configuración.* [S. 22 de febrero de 1960; no ha lugar.]

86. CONFIGURACIÓN: *Al cerrar un pequeño cobertizo por un tabique vertical y dividirlo horizontalmente por medio de un entramado de madera y rollo introducidos en la pared, es indudable se afecta a la forma del local porque se ha limitado el espacio abierto y cambiado la estructura del departamento, con lo que se incide en la causa resolutoria que establece el número 7 del artículo 114 LAU sin que libere al arrendatario el que la reforma se haga en un departamento accesorio, ya que la transgresión legal se ha cometido al excederse de las facultades de uso que por el contrato adquiere* [S. 19 de febrero de 1960; no ha lugar.]

87. CONFIGURACIÓN: *El derribo de unos tabiques, el alzamiento de otros, el dotar a la finca arrendada de departamentos que antes no existían y la variación de las dimensiones de los existentes, constituye cambio de configuración.*

AUTORIZACIÓN DE OBRAS: ALCANCE: *La autorización para obras de conservación y reparación no faculta al arrendatario a alterar la configuración.*

CONSENTIMIENTO DE OBRAS POR PARTE DEL ADMINISTRADOR: *El consentimiento del arrendador para la realización, por el arrendatario, de obras que alteren la configuración, sólo puede ser suplida, por persona con facultad para ello, otorgada por el arrendador. La autorización para realizar obras que alteren la configuración no es acto de mera administración, sino de riguroso dominio. El administrador que la concede sin autorización expresa, traspasa los límites del mandato, incurre en responsabilidad y no obliga al mandante, salvo en cuanto éste lo ratifique, expresa o tácitamente.*

MANDATO: ACTOS DE DOMINIO: *El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración; para ejecutar cualquier acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso.*

OBRAS INCONSENTIDAS: DERECHO ANTERIOR A LA LAU: *Es posible efecto resolutorio de unas obras realizadas en el año 1946, se determina si se trata de arrendamiento de local de negocio, por el Decreto de 21 de noviembre de 1936, con arreglo al cual, sólo constituía causa de desahucio, la realización de obras con el arrendamiento cuando las mismas ponían en peligro a la finca. [S. 24 de marzo de 1960; ha lugar.]*

88. NEGOCIO PELIGROSO: *Constituye una industria peligrosa, la actividad de depósito y expedición de petróleo que tenía lugar en local arrendado para ultramarinos.*

La apreciación por notoriedad del carácter de peligrosa de cierta actividad no requiere prueba específica alguna y así no hay duda de que lo es, la manipulación para depositar y vender petróleo en cantidades cuyos pedidos, cumplidos por el proveedor en ciertas fechas, va desde los cien hasta los dos mil litros. [S. 18 de enero de 1960; no ha lugar.]

89. INDUSTRIA PELIGROSA: PRUEBA: *La peligrosidad es circunstancia que en cada caso incumbe determinar a los Tribunales por ser la consecuencia de un hecho o situación de hecho.*

ABUSO DE DERECHO: *No incide en abuso del derecho el que lo ejecuta y pretende su realización en defensa de un interés legalmente protegido y no obra con la sola finalidad de dañar, aunque al hacerlo valer perjudique a otra persona. [S. 9 de mayo de 1960; no ha lugar.]*

90. INCÓMODO E INSALUBRE: CUADRA: *Es notoriamente incómodo e insalubre la utilización como cuadra de la planta baja de un edificio con viviendas, para aposentar o acoger caballerías, en cuya cuadra existe estiércol que, conservando su humedad, desprende su característico e inconfundible calor y olor, que hace la atmósfera casi irrespirable. [S. 27 de abril de 1960; no ha lugar.]*

91. INCOMODIDAD E INSALUBRIDAD: INDUSTRIA MASA FRITA: *Arrendado un local con la estipulación expresa de que el arrendatario tenía que eliminar los humos de la industria, lo que denota haberse celebrado el contrato para que*

no produjera incomodidad, ya que la propia de su naturaleza tenía que quedar debidamente contrarrestada, su incumplimiento confiere al arrendador la acción de desahucio que, con anterioridad a vigencia de las leyes especiales, otorgaba el C. c. [S. 4 de marzo de 1960; no ha lugar.]

92. RENUNCIA DE DERECHOS ARRENDATICIOS: *La irrenunciabilidad de derechos, a favor del arrendatario, sólo está concedida para contratos normales y con plenitud de derechos, no cuando aparecen limitados, con condiciones tan esenciales como la relativa al plazo.*

RESOLUCIÓN POR EXPROPIACIÓN PRECEDENTE: *Si la expropiación forzosa es causa de resolución, con mayor motivo hay que autorizar la resolución del contrato de arrendamiento otorgado respecto a terrenos ya expropiados y en poder del Estado, que se arrendaron con carácter temporal y constando tal cualidad y sometiendo el arriendo a la condición resolutoria de tenerlo por vencido, tan pronto se notificase la rescisión, con un mes de antelación, para ser utilizados con la finalidad que sirvió de fundamento a la expropiación.*

DERECHO TRANSITORIO: *Practicado bajo la LAU de 1946, el acto de conciliación por el que se requirió al arrendatario el desalojo del local, dicha Ley rige el ejercicio de la correspondiente acción, aunque la demanda se haya planteado rigiendo la LAU actual.*

ACTO DE CONCILIACIÓN Y PRESENTACIÓN DE DEMANDA: *No es óbice a la viabilidad de la demanda, el que ésta se presente después de los dos meses siguientes al acto de conciliación celebrado previamente, si dicho acto no es exigido por la Ley como actuación previa al procedimiento y se realiza con la simple finalidad de notificación. [S. 7 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

NOTA: No hay que atribuir a la primera de las máximas transcritas un valor absoluto, precisando, para determinar su verdadero alcance, ponerla en relación con la segunda, en la que se dibuja el presupuesto de hecho que motiva la primera. En el caso de autos, tras la expropiación, se otorgó un contrato de arrendamiento de duración subordinada al inicio de la utilización de la cosa expropiada para los fines que motivaron tal acto administrativo y tal contrato de arrendamiento ofrecía por ello, un matiz muy particular que justifica la decisión recaída; ello no quiere decir, sin embargo, que pueda afirmarse, con carácter general, que por el hecho de que en cualquier contrato de arrendamiento se inserten cláusulas especiales respecto al plazo o se pacten especiales condiciones resolutorias, quede el arriendo excluido del ámbito tutelado por la LAU y haya de reconocerse la eficacia de tales cláusulas (J. P. R.).

93. LAU DE 1956: DESTRUCCIÓN DE LA COSA: *Es preciso determinar, en el caso de que la pérdida no sea total, cuál era el valor real de la nave arrendada en el momento del siniestro, y cuál es el importe de las obras necesarias para la reconstrucción de lo destruido, y solamente cuando este importe exceda del cincuenta por ciento de aquel valor podrá decretarse la resolución. [S. 16 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

94. RETRACTO ARRENDATICIO RÚSTICO: PREFERENCIA: *La distinción entre el arrendatario de arrendamiento protegido y el que no tiene este carácter tiene transcendencia a efectos de retracto conforme a la redacción que la Ley de 15 de julio de 1949 dió al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, pues siendo protegido el arrendamiento sobre el retracto arrendaticio sólo son preferentes el retracto del comunero de la finca arrendada que llevara en la copropiedad más de tres años y el gentilicio, mientras que si se trata de arrendamiento no protegido, también el retracto de colindantes es preferente el arrendaticio.*

RETRACTO DE COLINDANTES Y ARRENDATICIO RÚSTICO: *Contra la demanda en que se ejercitaba el retracto de colindantes el comprador se limitó a invocar la preferencia de su adquisición por su carácter de arrendatario, pero sin alegar siquiera, ni mucho menos justificar, que el arrendatario hubiera la condición de protegido, por lo cual la Sala, que se limita a admitir que el arrendamiento se celebró y desestima la acción de retracto de colindantes ejercitada, concede una preferencia que la Ley no declara, y su sentencia debe ser casada. [S. 6 de abril de 1960; ha lugar.]*

V. Derecho de Familia.

1. MATRIMONIO CIVIL CONTRAÍDO POR BAUTIZADOS AL AMPARO DE LA LEY DE 1932: FRAUDE A LA LEY CANÓNICA: *Los matrimonios civiles contraídos por bautizados al amparo de la Ley de 1932 son válidos, sin que sea relevante a efectos civiles el supuesto fraude de la legislación canónica.*

ANALOGÍA: *Es inaplicable por analogía al caso actual la disposición segunda transitoria de la Ley derogatoria de la de divorcio, porque ésta se refiere exclusivamente a casos en que los cónyuges estén divorciados, y no puede equipararse a esta situación legal la mera separación de hecho, voluntaria, sin declaración judicial. [S. 16 de mayo de 1959; ha lugar.]*

ANTECEDENTES: El año 1933, el actor contrajo matrimonio meramente civil en Zaragoza y en 1949, subsistente aquel vínculo, contrae matrimonio canónica con distinta persona previo expediente eclesiástico en el que se le aseguró que podía contraerlo; no hay descendencia de ninguno de ambos matrimonios.

En 1952 el marido insta en vía civil la nulidad de su primer vínculo, poniéndose la esposa que alega la bigamia y pide la declaración de ineficacia civil del segundo matrimonio (canónico).

En julio de 1953 el Juzgado desestima la demanda, pero interpuesta apelación, la Audiencia en sentencia de 13 de julio de 1954, revoca la precedente.

El Ministerio Fiscal, representado por don Manuel de la Plaza, interpone recurso, notable por su sólida argumentación, que es estimado por la Sala 1.^ª.

Parece ya doctrina fijada, tanto en el orden civil como en el penal, que los matrimonios civiles celebrados por católicos al amparo de la ley de 1932, son válidos y producen sus efectos. De los graves problemas que pueden plantearse, sobre todo si, como en el presente caso, se han celebrado

nuevas nupcias canónicas con distinta persona, nos hemos ocupado en este ANUARIO (1956, págs. 648 y siguientes), y en nuestro libro *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), pág. 118, número 92.

Señalemos únicamente que en este caso el Tribunal Supremo, en la segunda sentencia, se niega a declarar nulo el segundo matrimonio (canónico)—para lo cual carecía, evidentemente, de competencia—, sin que tampoco se pronuncie acerca de la no producción de efectos civiles del mismo. Esta última tiene su fundamento en el artículo 51 del Código civil. ¿Será necesario para obtenerla un nuevo juicio y una nueva sentencia? Tampoco se pronuncia acerca de la existencia de bigamia, pese a haberlo solicitado la contraparte.

La argumentación de la Audiencia Territorial, a juzgar por las referencias que se contienen en la sentencia del Tribunal Supremo, no tenía apoyo en la legislación vigente, no obstante la intención laudable que la guiaba.

El Tribunal Supremo, después de recoger en el primer considerando las razones de la Audiencia, pasa a refutarlas en los considerandos 2.º a 5.º: Al tiempo de contraerse matrimonio civil no existía en España dos ordenamientos vigentes, sino uno, pues el artículo 6.º de la Ley de 1932 derogó la legislación canónica; por otra parte, había compatibilidad entre la legislación civil y la canónica, pues ninguna prohibía el contraerlo en otra forma, y, de hecho, fueron muchos los que celebraron ambas formas de matrimonio. No hubo propiamente fraude, sino incumplimiento de la legislación canónica, que, en todo caso, no tiene influjo en la legislación civil. No existió falta de libertad, ni tampoco error que se dice padecido por el actor al creer que era válido para la Iglesia el matrimonio civil. Tampoco cabe aplicar la analogía para declarar la nulidad. (G. G. C.)

2. MATRIMONIO CIVIL: ORDEN DE 10 DE MARZO DE 1941: NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO CIVIL: *Si los contrayentes engañaron a la Autoridad que legalizó el matrimonio, demostrando falsamente que ambos eran acatólicos, siendo así que la mujer era católica, bautizada y observante de su Religión, el matrimonio es nulo por aplicación del número 4.º del artículo 101, en relación con el artículo 4.º del Código civil.*

BUENA O MALA FE: *No existiendo méritos para apreciar si hubo buena o mala fe y de qué parte estuvo una y otra, sólo cabe sostener la buena fe en ambos.* [S. 12 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

ANTECEDENTES: Muy similares a los del caso resuelto por sentencia de 21 de octubre de 1959. Se trataba del matrimonio civil, contraído en Madrid por mujer española, bautizada y practicante en la Iglesia Católica, con varón de religión judía. Se aportaron como prueba de acatolicidad de la mujer dos certificaciones, una de un Pastor protestante y otra del coadjutor de una parroquia católica —no consta si era de su propia parroquia—. El primer hijo nació a los tres meses de matrimonio, y fué circuncidado, así como el segundo, pero posteriormente la madre bautizó a ambos. La nulidad se pide por falsedad de los documentos aportados para demostrar la acatolicidad, justificándose en el pleito estar bautizada, confirmada, haber hecho la primera Comunión y practicar normalmente la Religión católica.

COMENTARIO: Esta sentencia y la de 21 de octubre de este mismo año, constituyen doctrina legal acerca de las consecuencias de la infracción del artículo 42 del Código civil. Para los matrimonios civiles, contraídos después del Decreto de 1956 y de la nueva redacción dada al artículo 42 del

Código civil, habrá que entender que son nulos cuando alguno de los contrayentes profesa la religión católica. Debe advertirse que el régimen vigente, al imponer la comunicación al Ordinario, evitará en gran parte la autorización de matrimonios civiles al amparo de certificaciones expedidas por complacencia, sin base en la realidad.

El segundo considerando reconoce la indudable vigencia de la Orden de 1941 para los matrimonios celebrados antes de su derogación, rechazando así la tesis sustentada por el Ministerio Fiscal en su recurso.

Menos convincente resulta la declaración de buena fe en la mujer, pues es evidente que los certificados se obtuvieron a sabiendas de su falsedad, y en este sentido se pronuncia la sentencia de 21 de octubre. El hecho de aportar tales certificados falsos plantea el problema de la posible comisión de un delito de falsedad (la contrayente se ratificó, además, a la presencia judicial del contenido de su solicitud, en la cual declaraba expresamente su acatolicidad). Parece que el Supremo ha tenido en cuenta el motivo de obtener un matrimonio reparador. (G. G. C.)

3. MATRIMONIO CIVIL: ORDEN DE 10 DE MARZO DE 1941: ACATOLICIDAD: *No considerando que las autoridades competentes de la Iglesia Católica hayan hecho ninguna declaración sobre la excomunión o sobre la apostasía formal de una persona bautizada, debe reputársela como católica a efectos civiles.*

NULIDAD: *Conforme al artículo 4.º del Código civil, el matrimonio entre mujer bautizada en la Iglesia Católica y varón de religión judía, es nulo con nulidad radical integrada en forma inequívoca en el artículo 42 del Código civil, e implícitamente en el artículo 101, número 4.º.*

PRUEBA DE ACATOLICIDAD: FALSEDAD: *La presentación de certificados falsos de acatolicidad da lugar a una ficción que anula el matrimonio con arreglo a la Orden de 1941.*

MALA FE: COMPENSACIÓN: *Hay mala fe en la recurrente que aportó un documento de contenido falso, y como quiera que el marido no pudo desconocer tales hechos, debe concluirse que ambos contrayentes obraron de mala fe, y que ésta se compensa.*

CUIDADO DE LOS HIJOS: *Cuando ambos padres están de mala fe, los hijos deben encomendarse al cuidado de la Junta de Protección de Menores. [S. 21 de octubre de 1959; ha lugar.]*

ANTECEDENTES: Bajo la vigencia de la Orden de 10 de marzo de 1941, contrajeron matrimonio civil en Madrid, ante el Juzgado núm. seis, una mujer española bautizada en la Iglesia Católica y un judío de nacionalidad húngara, aportándose como prueba de acatolicidad un certificado del Rector de la Iglesia Reformada Española; del matrimonio nacieron dos hijos que fueron educados en la religión israelita. La mujer solicita la nulidad del matrimonio alegando la falsedad del certificado, pues profesaba y profesa la Religión católica, viéndose precisada a presentar aquél por ser el único medio de legitimar el hijo que iba a nacer.

COMENTARIO: En esta sentencia, y en la de 12 de noviembre de 1959, se aborda por primera vez el problema de las consecuencias de la infracción del artículo 42 del Código civil, abandonándose la teoría de las causas taxativas de nulidad, y sentándose una doctrina de gran trascendencia para el futuro, pese a que el caso aquí resuelto puede considerarse bajo el

régimen de derecho transitorio al haber sido derogada la Orden de 10 de marzo de 1941.

a) La noción de acatolicidad aquí sustentada no es la canónica, pero tampoco la que establece el régimen vigente; está más cerca de aquella que de ésta.

b) Frente a tesis negativas, la sentencia reconoce la vigencia y legalidad de la Orden de 1941, si bien la nulidad del matrimonio se hace depender, no tanto de la falsedad del certificado de acatolicidad (que fue reconocido mendaz por el Pastor que lo expidió), sino de la infracción del artículo 42 del Código civil.

c) Lo fundamental de la doctrina sentada por esta sentencia consiste en la declaración de que la violación del sistema matrimonial español, estudiando la normal aplicación del matrimonio canónico, arrastra como consecuencia la nulidad del matrimonio. Tesis que puede extenderse sin dificultad a los matrimonios contraídos después del Decreto de 1956 y de la nueva redacción del artículo 42.

La sentencia apoya la nulidad conjuntamente en el artículo 4.º y en el artículo 101, núm. 4.º del Código civil, no vislumbrándose cuál de ellos considera el decisivo. De cualquier forma, esta sentencia significa un temperamento a la rígida doctrina de la taxatividad de las causas de nulidad del artículo 101 del Código civil, y coincide con la tesis sostenida por nosotros. (Cfr. GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid 1959, p. 227 y siguientes) (G. G. C.)

4. MATRIMONIO: DEBER DE CONVIVENCIA: NULIDAD DE LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL O DE HECHO: *El matrimonio impone a los cónyuges el deber ético-jurídico de convivir, y todo pacto o situación de mero hecho que vulnere este principio de vida común por ser contrario a las normas del derecho de familia puro es nulo «per se».*

DEPÓSITO DE MUJER CASADA: EXTINCIÓN: REANUDACION DE LA VIDA CONYUGAL A INSTANCIA DEL MARIDO: *La mujer casada viene obligada a reanudar la vida conyugal reintegrándose al domicilio del marido al quedar sin efecto el depósito cautelar para promover el proceso canónico de separación, sin que sea obstáculo la separación de hecho anterior de los conyuges.* [S. 20 de febrero de 1959; no ha lugar.]

Ratifica esta sentencia la doctrina tradicional que considera nulo todo acuerdo de separación amistosa, e ilegal toda situación de separación de hecho. En la nueva regulación procesal de las «medidas provisionales en relación con la mujer casada», que han sustituido al depósito, se prevé expresamente que aquellas «quedarán sin efecto cuando termine el proceso» (art. 1.893, 1.ª Lec.), disponiéndose que «el Juez acordará expresamente ... que la mujer se restituya a la vivienda común si hubiere salido de ella» (art. 1.894, Lec.).

5. BIENES GANANCIALES: PRESUNCIÓN: *Mientras no se demuestre el carácter privativo del dinero con que se adquiere una finca se presupone ganancial.* [S. 14 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

6. SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES: DISPOSICIÓN DE LOS BIENES: ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL, SEGÚN LA REDACCIÓN DE LA LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958: FINALIDAD DE ÉSTA: *La finalidad de esta Ley no fué otra que conseguir, den-*

tro de la sociedad legal de gananciales, y sin alterar sus fundamentos ni las normas por que se rige esencialmente, una mayor protección y garantía para los intereses de la mujer, requiriendo al efecto su intervención y consentimiento para que sean válidos los actos dispositivos de bienes gananciales, cuando se refieran a inmuebles o a establecimientos mercantiles pertenecientes a la misma, y que será indispensable dicho consentimiento expreso de la mujer siempre que trate de realizarse un acto de disposición «libre y voluntario» de bienes de las clases expresadas, en el que puedan existir intereses de la mujer contrapuestos a los de su marido.

RETRACTO ARRENDATICIO RÚSTICO: LEGITIMACIÓN PASIVA CUANDO SE EJERCITA RESPECTO DE BIENES GANANCIALES: *Es suficiente la representación por el marido de la sociedad de gananciales, pues pretendiéndose con la acción de retracto la transmisión de los bienes a la arrendataria, no es menos evidente que no se trata de un contrato de transmisión propiamente dicho o de una operación libre y voluntariamente planteada por el marido como representante de dicha sociedad, sino que viene impuesta por la Ley en forma obligatoria y en las condiciones que la misma establece, de las que no pueden deducirse intereses de la esposa del demandado en pugna con los de éste, ni actuación del marido que pueda perjudicar a su mujer, por lo que no es necesario el consentimiento de ésta que previene el artículo 1.413 del Código civil, en su nueva redacción. [S. 5 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

7. PARAFERNIALES: DESAHUCIO POR TRASPASO INCONSENTIDO: LEGITIMACIÓN REGISTRAL: *Inscrita la finca con carácter de parafernial, la mujer está legitimada para pedir la resolución de los contratos de arrendamiento que a la misma se refieran, siempre que lo hagan con autorización de su marido. [S. 4 de abril de 1960; no ha lugar.]*

Respecto a los bienes parafernales cabe una doble posibilidad: que el marido ejercite acciones respecto a los mismos con intervención o consentimiento de la mujer (art. 1.383 del C. c.), o que la misma mujer comparezca en juicio para litigar sobre ellos, con licencia de su marido (artículo 1.387 del C. c.); la segunda fué utilizada en el presente caso en el que, por tratarse de un contrato de arrendamiento, cuya resolución se pretendía, debe tenerse en cuenta, además, que, en principio, la administración de los parafernales corresponde a la mujer (art. 1.384 del C. c.). (G. G. C.)

8. NACIONALIDAD: ADOPCIÓN DE ESPAÑOL POR EXTRANJERO: DEPENDENCIA FAMILIAR: *La nacionalidad que tenga, u obtenga el padre, no afecta a la del hijo mayor de edad, no alterando la nacionalidad española de éste su adopción por un extranjero. [S. 6 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

NOTA: Como antecedentes cabe señalar los siguientes: En 1945 se produjo la adopción de un súbdito alemán mayor de edad, por un español; en el propio año se practicó en el Registro civil una nota haciendo constar la nacionalidad española del adoptado, que se consideraba adquirida por razón de la adopción. La Dirección General de Registros, por resolución

de 16 de enero de 1946, interesó del Ministerio Fiscal el planteamiento de demanda de nulidad del asiento registral. En septiembre de 1950, el Ministerio Fiscal promovió el correspondiente juicio en el que recayó sentencia estimatoria de la demanda de la nulidad (10 de mayo de 1954), resolución confirmada en apelación (1 de diciembre de 1954) y contra la que no ha prosperado el recurso de casación.

En la actualidad el problema del posible reflejo de la adopción en la nacionalidad, se halla resuelto implícita, pero claramente, en el Código civil, reformado por la Ley de 15 de julio de 1954. En efecto, si los extranjeros adoptados durante su menor edad por españoles pueden llegar a alcanzar la nacionalidad española por naturalización, por residencia—aunque esta se abreviada—, en virtud de lo dispuesto en el actual artículo 20 del Código civil, es evidente que la adopción por españoles de extranjeros, aun menores de edad, no atribuye a éstos la nacionalidad española.

Con arreglo a la legislación vigente, al tiempo de producirse la adopción de autos era patente que la adopción de un mayor de edad no podría determinar la adquisición por éste de la nacionalidad española; más discutible era la cuestión en relación a los extranjeros adoptados durante su menor edad, ya que la fórmula del antiguo artículo 18 del Código civil podía suscitar legítimas dudas, no siendo de extrañar que autores como TRIAS GIRÓ (*Estudios*, I, pág. 247) y RODRÍGUEZ AGUILERA (*Rev. Jur. de Marruecos*, 1951, pág. 11), influenciados por el tenor literal de dicho precepto en relación con las normas que atribuyen al padre adoptivo la patria potestad sobre el adoptado, entendieran que la adopción producía la comunicación, al adoptado menor, de la nacionalidad del adoptante, aunque la opinión dominante fué la contraria—DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, 1.ª ed., pág. 428 y doctrina de la Dirección General de los Registros y Notariado (Res. de 19 de junio de 1943 y 16 de enero de 1946)—. Como dice DE CASTRO, dado el alcance mínimo de la adopción en nuestro Derecho resultaba desorbitado proyectar su influjo, tan limitado en la órbita puramente civil, al campo de la nacionalidad.

El criterio de no atribuir a la adopción efecto en orden a la nacionalidad del adoptado (al menos efecto automático, pues en diversas legislaciones el vínculo de adopción puede facilitar la naturalización o servir de base de opción), es el de la mayoría de las legislaciones, entre las que apenas si cabe señalar como excepción la *Adoption of Children Act* inglesa. Como dato comparativo, muy sugerente al respecto, debe citarse la resolución dictada recientemente por el Tribunal Supremo filipino en el caso Ching Ling contra Galang (*Philippine Law Journal*, 1959, pág. 169), en la que, pese a que el nuevo Código civil de Filipinas, separándose del antiguo español, ha equiparado casi totalmente los hijos adoptivos a los legítimos, ha proclamado la irrelevancia de la adopción, en orden a atribuir al adoptado la nacionalidad filipina del adoptante. (J. P. R.)

9. ALIMENTOS PROVISIONALES: DEPÓSITO DE MUJER CASADA: DURACIÓN: *Concedidos los alimentos provisionales para la esposa y su hija menor de edad en el expediente de depósito de aquélla, desde su señalamiento ha existido, y continúa existiendo, la obligación de prestarlos y el derecho a percibirlos hasta su resolución en el juicio definitivo.*

ALIMENTOS DEFINITIVOS: CUANTÍA: *La cuantía de los alimentos es cuestión de puro hecho, no susceptible de casación por la vía del núm. 1.º del artículo 1.692 Lec.*

PRESCRIPCIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *La inscripción no discutida en instancia no cabe alegarla en casación. [S. 1 de abril de 1960; no ha lugar.]*

La doctrina recogida en el primer apartado debe entenderse en el sentido de que, acordada por el Tribunal eclesiástico la separación de los cónyuges, subsiste la obligación de abonar los alimentos otorgados como medida provisional, hasta tanto que no inste el juicio definitivo de alimentos. En el presente caso, el marido, banquero, compareció en el juicio de alimentos definitivos pretendiendo ser declarado pobre, y al no concedérsele la pobreza, quedó en situación de rebeldía. En casación alega la prescripción, ya que se le condenó a satisfacer pensiones atrasadas desde cinco años y un mes, pero por tratarse de una cuestión no planteada en instancia, fué desestimado el recurso.

10. ALIMENTOS PROVISIONALES: SEPARACIÓN PERSONAL POR ADULTERIO DE LA MUJER: *Carece de acción para reclamar alimentos la mujer separada por su culpa por causa de adulterio.*

EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA: *Cuando el estado de necesidad proviene de actos propios contrarios a los principios éticos que rigen la organización moral y legal de la familia, incurriéndose en falta de la que dan lugar a la desheredación, cesa la obligación de alimentos entre conyuges.* [S. 10 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

La demanda se plantea antes de entrar en vigor la nueva regulación de los alimentos entre conyuges, caso de separación. El Tribunal eclesiástico la concedió con carácter definitivo por adulterio de la esposa, quedando los hijos en poder del padre; posteriormente la mujer fué condenada dos veces en juicio criminal por adulterio. Con razón alude el Tribunal Supremo a la «reiterada deslealtad e infidelidad conyugal».

Sobre el estado de la doctrina anterior y posterior a la reforma: Cfr. GARCÍA CANTERO, *El vinculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), p. 290, núm. 59. En la presente sentencia se reitera la contenida, entre otras, en las de 13 de octubre de 1953 y 9 de febrero de 1954, que prepararon el terreno a la regulación vigente.

Notemos la incorrecta expresión del primer Considerando: «La obligación legal de alimentos entre los cónyuges admite la excepción de que uno de ellos rompa el vinculo matrimonial». (G. G. C.)

11. ALIMENTOS: OBLIGACIÓN DEL PADRE RESPECTO A HIJA LEGÍTIMA MAYOR DE EDAD: CUANTÍA: *La cuantía de los alimentos se ha fijado en proporción justa de los medios de quien los debe—médico militar retirado—y las necesidades de la alimentista—enferma, ya curada, que disfruta de un sueldo de 12.000 pesetas anuales—, no pudiéndose impugnar en casación por la vía del núm. 1.º del artículo 1.692 Lec.* [S. 18 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

Como dice BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, *La obligación legal de alimentos entre parientes* (Salamanca, 1958), p. 48, de dos formas pueden los padres subvenir a las necesidades de los hijos: mediante el cumplimiento del poder-deber de la patria potestad y mediante el cumplimiento de la estricta obligación legal de alimentos. La primera tiene lugar cuando los hijos

no están emancipados y, por estar sometidos a la patria potestad, tienen derecho a ser alimentados por sus padres viviendo en compañía, según el artículo 155; la segunda tiene lugar cuando los hijos, una vez emancipados y salidos de la patria potestad, se encuentran en un estado de necesidad, como en el supuesto de esta sentencia. El recurso de casación lo interpone la hija, porque habiendo solicitado 1.500 pesetas mensuales, sólo se le conceden 850 pesetas.

12. ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES: MUJER QUE TRABAJA: *Cesa la obligación legal del marido de prestar alimentos a su mujer, cuando ésta tiene capacidad para realizar trabajos con cuyo producto atender a sus necesidades.*

MUJER SEPARADA DE HECHO: *Carece de acción para reclamar alimentos la mujer casada que vive, de hecho y por su voluntad, fuera del domicilio conyugal sin haber solicitado su depósito ni la intervención judicial.* [S. 17 de marzo de 1960; no ha lugar.]

La alusión al depósito—hoy sustituido por las medidas provisionales en relación con la mujer casada—se explica por tratarse de un supuesto de hecho ocurrido antes de entrar en vigor la reforma de 1958

13. HIJOS NATURALES: RECONOCIMIENTO EN ACTA DE NACIMIENTO: PRETERICIÓN: *La preterición de hijos naturales legalmente reconocidos anula la institución de herederos.*

ACTAS DEL REGISTRO CIVIL: EXTENSIÓN: *No se requiere que las actas del Registro civil estén escritas de puño y letra de sus firmantes.*

FIRMA: *La firma de un documento supone el conocimiento de su contenido por el firmante y su conformidad con él, sin que haya necesidad de probar esto, salvo prueba en contrario.*

DICTAMEN DE CALÍGRAFOS: *El dictamen de calígrafos sólo acredita la identidad con otras firmas que, por la fe pública de un funcionario, constata la persona que las puso.* [S. 19 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

14. OPOSICIÓN DE INTERESES: ART. 165: (Véase S. 5 de diciembre de 1959, VI, 1.)

VI. Derecho de Sucesiones.

1. PARTICIÓN CON PRETERICIÓN DE ALGÚN HEREDERO: ARTÍCULO 1.080 DEL CÓDIGO CIVIL: *La falta de intervención de dos coherederos ausentes no puede determinar la inexistencia del contrato particional, aun cuando el 1.059 del Código civil sancione el principio de la unanimidad en su otorgamiento, ya que este artículo admite la excepción del artículo 1.080, siempre que no haya mala fe o dolo por parte de los otros interesados.*

PARTICIÓN EN LA QUE SE ADJUDICAN BIENES A UN COHEREDERO NO PRESENTE: *Tal partición tendría el carácter de «res inter alios acta», ineficaz respecto*

a él con arreglo al 1.257 del Código civil, pero sin impedirle hacer uso de la facultad que le confiere el párrafo II del mismo artículo, para aceptar, en su caso, la adjudicación hecha si la estimara favorable.

NULIDAD, INEXISTENCIA: NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL: *Es preciso la declaración judicial de nulidad o inexistencia cuando el contrato reviste una cierta apariencia de validez.*

CONTRATO CELEBRADO A NOMBRE DE OTRO SIN REPRESENTACIÓN: ARTÍCULO 1.259, II: *El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga autorización o representación legal, en cuanto puede ser ratificado por éste conforme al párrafo II del 1.259 del Código civil, hacen de tal contrato un acto, no propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una «conditio iuris» de tal modo que si la ratificación se da, se conservará como válido y eficaz desde el principio a favor y en contra de él, y si no, será nulo e ineficaz para él.*

OPOSICIÓN DE INTERESES: ARTÍCULO 165 DEL CÓDIGO CIVIL: *No hay oposición de intereses entre la madre y el hijo, cuando a aquélla le corresponde el usufructo de los bienes que adquiere el hijo, pues a mayor participación de éste, mayor sería su participación usufructuaria. [S. 5 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

2. **PARTICIÓN DE BIENES HEREDITARIOS: INVENTARIO:** *Los requisitos que el artículo 37 del C. de C. exige para el inventario son exigibles en las particiones hereditarias. [S. 19 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

3. **PARTICIÓN HEREDITARIA: OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE LA PARTICIÓN:** *La viuda es una heredera más y en virtud de esta cualidad tiene la obligación de contribuir proporcionalmente a los gastos de la partición, según el art. 1.064 del C. c.*

SUCESIÓN HEREDITARIA: LEGISLACIÓN APLICABLE: *Es la legislación nacional del causante.*

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *No va contra sus propios actos el heredero que, después de haber seguido en Méjico una declaración de herederos abintestato, sostiene la aplicación de la legislación española a toda sucesión. [S. 30 de enero de 1960; no ha lugar.]*

4. **TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO: NULIDAD RADICAL:** *Es nulo radicalmente, por ser mancomunado, el testamento ológrafo en el que marido y mujer se dejan recíprocamente los bienes, sin que pueda pretenderse la validez como testamento del marido, prescindiendo de la intervención de la mujer por no concurrir en ella los requisitos del artículo 868 del Código civil.*

TESTAMENTO MANCOMUNADO: *En el testamento mancomunado las respectivas declaraciones de voluntad se ligan de tal suerte, que lo querido y*

dispuesto por uno de los otorgantes, se halla supeditado a lo ordenado y querido por el otro, constituyendo esta concordancia en el propósito, la entraña del negocio jurídico, que no permite disociar la intervención de las partes, ni conceder virtualidad a una sola de ellas, por ser causa de cada una la de la reciproca. [S. 29 de enero de 1960; ha lugar.]

NOTA: Se trataba de un testamento ológrafo escrito por el marido y con la huella digital de la mujer, en el que se instituían, recíprocamente, herederos. El Tribunal de instancia estima que debía valer como testamento ológrafo del marido, pues reunía todos los requisitos del artículo 688 del Código civil, sin que para esta calificación, ni para su validez, influyan, ni la intervención de la mujer (pues respecto de ella no se cumplen los requisitos del 688), ni los términos en que se halla redactado.

El Tribunal Supremo en esta sentencia, dice que es nulo radicalmente, pues lo que marido y mujer se propusieron fué instituirse recíprocamente herederos, lo que en esencia no es sino un testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669 del Código civil.

5. TESTAMENTO OLÓGRAFO: CAPACIDAD DEL TESTADOR: *Para apreciar la capacidad del testador únicamente se atenderá al estado en que se halle éste al tiempo de otorgar testamento, como terminantemente prescribe el artículo 666 del C. c.*

CAPACIDAD DEL TESTADOR: *La cuestión sobre la capacidad del testador es mera cuestión de hecho sometida exclusivamente a la competencia de la Sala sentenciadora, a cuya apreciación ha de estarse.*

PARAFERNALES: *Los parafernales, aunque no haya dote, pueden coexistir con el régimen de comunidad de gananciales, teniendo entonces aquel concepto todos los privativos de la mujer.*

SOCIEDAD DE GANANCIALES: COMIENZO: *La ley la estima constituida desde el «momento» de la celebración del matrimonio.*

SOCIEDAD DE GANANCIALES: LIQUIDACIÓN: *La dote y los parafernales habrán de pagarse al mismo tiempo y con igual preferencia, y sólo cuando el caudal inventariado no bastara para pagar los bienes de la mujer y las deudas sociales habrá de estarse a lo dispuesto sobre concurrencia y prelación de créditos. [S. 19 de enero de 1960; no ha lugar.]*

6. TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: REQUISITOS: *La apreciación del inminente peligro de muerte corresponde al Tribunal de instancia, así como la de si racionalmente es o no posible la intervención de Notario, no siendo necesario que se acredite la causa que impida su concurrencia.*

TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: REQUISITOS: *La imposibilidad de que el Notario concorra para que ante él se otorgue el testamento ha de ser apreciada con criterio amplio. [S. 19 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

7. RESERVAS DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL: DERECHO DE LOS RESERVATARIOS: PRESCRIPCIÓN: *La prescripción de un derecho requiere que éste exista, y conforme a la doctrina jurisprudencial, los reservatarios sólo adquieren su derecho al tiempo de la muerte del reservista, sin perjuicio de que en vida es éste puedan pedir se adopten las medidas oportunas para garantizar su derecho expectante, pero no cabe confundir este derecho de garantía con el derecho mismo a la reserva.*

LITISCONSORCIO: *No puede privarse del ejercicio de un derecho a uno de los que lo tienen, por la ausencia de otros a quienes también asiste, siendo esta situación distinta a la de litisconsorcio pasivo necesario, pues en una reclama un derecho y en otra no se pueden soportar las consecuencias de la declaración sin haber sido oído ni vencido en juicio. [S. 26 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD IRREGULAR: PERSONALIDAD: *No puede desconocer ni negar el carácter con que se le demandó quien ha contratado directa y personalmente con la razón social demandante, sin argüir la existencia de sociedad alguna civil o mercantil. [S. 20 de mayo de 1960; desestimatoria.]*

DERECHO PROCESAL

1. ACCIONES DECLARATIVAS: *La acción por la que se pretende la declaración de un derecho necesitada de cumplimiento, desborda el alcance de las meramente declarativas.*

CUESTIONES ARRENDATICIAS: PROCEDIMIENTO: *La discusión sobre la existencia o inexistencia del contrato y de lo que ha sido objeto del mismo, debe ventilarse conforme a las leyes procesales comunes.*

SUJECCIÓN DE LOS TRIBUNALES AL DERECHO POSITIVO: *No pueden tomarse en consideración los razonamientos subjetivos del recurrente, basados en consideraciones de índole práctica, que podrían abonar un cauce procesal distinto del legalmente procedente, por pertenecer ello a un campo ajeno a la misión de los Tribunales, que han de atenerse al Derecho positivo. [S. 30 de abril de 1960; no ha lugar.]*

2. SOCIEDADES ANÓNIMAS: FACULTADES DEL CONSEJERO DELEGADO: ERROR DE HECHO: *No puede alegarse error de hecho en la apreciación de las facultades de un Consejero Delegado para obligar a la Sociedad, cuando de los documentos señalados como auténticos—estatutos y certificación del Registro—no se deducen sino en forma indeterminada, las funciones que de una manera concreta le corresponden.*

OBLIGACIONES LEGALES DE LOS COMERCIANTES: LIBROS DE COMERCIO: VALOR PROBATORIO: *Están sometidos, como los demás medios de prueba, al principio de libre apreciación conjunta de la prueba.*

OBLIGACIONES LEGALES DE LOS COMERCIANTES: LIBROS DE COMERCIO: EXHIBICIÓN: *No puede alegarse en casación, fuerza mayor para justificar la falta de presentación de los libros, cuando en la instancia se esgrimieron razones distintas.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No puede citarse como tal el que ha sido testimoniado en el apuntamiento, sobre todo cuando esta razón es imputable al recurrente.* [S. 4 de mayo de 1960; no ha lugar.]

DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: CAPACIDAD PROCESAL DEL ARRENDATARIO QUEBRADO: *Cabe dirigir la acción contra el arrendatario, por no privarle la declaración del estado de quiebra que contra él mismo se decretó de la capacidad de derecho para ser demandado en juicio, siquiera los órganos de la quiebra deberían representarle y comparecer en su nombre en dichos procesos, sobre todo una vez que ocuparon el local arrendado y tuvieron conocimiento del proceso.* [S. 27 de febrero de 1960; no ha lugar.]

2. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DECLARACIÓN DE EXTRANJERO SIN INTÉRPRETE: ANALOGÍA: *La causa del número 5.º del artículo 1.693 Lec., no es aplicable por analogía a la situación del extranjero naturalizado que en diligencias preparatorias de ejecución, reconoce la firma de un documento sin valerse de intérprete no hay indefensión cuando el juez, de propio conocimiento y por personal experiencia, afirma y razona que tal persona conocía el español, si bien ella se limita a afirmar que lo conoce imperfectamente.* [S. 22 de marzo de 1960; no ha lugar.]

En esta sentencia, de modo incidental, se dice que «parece evidente que la prevención del artículo 657 Lec. es aplicable a todas las circunstancias en que un extranjero ha de ser oído en cualquier tribunal y por cualquier concepto; recomendación de gran interés práctico cuando se multiplican extraordinariamente los casos en que los extranjeros acuden a Tribunales españoles, tanto en asuntos civiles como criminales.

3. JUICIO DE DESAHUCIO: COMPLEJIDAD DE CUESTIONES: *Procede abordar la cuestión de fondo del desahucio si no concurre complejidad de cuestiones en grado que dificulte la recta inteligencia y solución del mismo y pueden determinarse, a los solos efectos del desahucio, las condiciones que afectan al título del actor mediante el ejercicio de la función interpretativa del órgano de instancia.*

RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *La interpretación del contrato sólo puede combatirse en casación por el cauce del núm. 1 del artículo 1.692 de la L. E. C. - infracción de Ley -.* [S. 19 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

NOTA: Contiene esta sentencia una serie de interesantes referencias a diversas resoluciones del Tribunal Supremo, en que se aborda el tema de la complejidad de cuestiones en el juicio de desahucio (Ss. de 23 de marzo de 1926, 11 de marzo de 1933, 21 de junio de 1945, 13 de marzo de 1952 y 28 de marzo de 1957).

4. ARRENDAMIENTO URBANO: JUICIO DE RESOLUCIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Las relaciones jurídicas derivadas del contrato de arrendamiento y las acciones correspondientes para hacerlas efectivas, no tienen otra base que el propio contrato, y el arrendador que las ejercita no necesita para su legitimación en el proceso más que justificar tal condición y no demostrar el título dominical sobre la cosa arrendada.* [S. 15 de febrero de 1960; no ha lugar.]

5. RETRACIO: CARÁCTER DE INQUILINO: *Se desprende cuando los recibos acreditativos del pago de renta presentados aparecen extendidos a su nombre, así como del Certificado del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional que concede el préstamo y en el que figura como tal inquilino.* [S. 29 de octubre de 1959; no ha lugar.]

6. PROCESOS ARRENDATICIOS URBANOS: PAGO O CONSIGNACIÓN PARA RECURRIR: *La consignación necesaria para recurrir no está sometida a plazo alguno, bastando que se haya producido en el momento de interponer el recurso. La finalidad de la norma sobre pago o consignación, es la de evitar que el demandado pueda prolongar a su arbitrio la permanencia en la cosa arrendada sin cumplir la correspondiente prestación del pago de la renta.* [S. 27 de enero de 1960; ha lugar.]

NOTA: Confirma esta sentencia el criterio ya sustentado en otra anterior, de fecha 10 de diciembre de 1959—que también estimó el recurso—, en la que se hizo observar la disyuntiva que ofrece el artículo 148 de la L. A. U.: pago o consignación, y se dijo que la consignación sólo puede hacerse en el acto de interposición del recurso por imposibilidad material de ejecutarse en el tiempo pasado y que «la consignación es válida en el tiempo de interposición del recurso», apoyándose la tesis con razones de tipo histórico y gramatical. Estas sentencias, con su acertado criterio disipan la nebulosa que la poco afortunada redacción del artículo 148 de la L. A. U. había provocado y que dió lugar a una interpretación errónea muy difundida, como lo prueba la estimación del recurso en ambos supuestos. Ciertamente es que el precepto citado exige se «pague o consigne la renta... en el plazo y modo previstos en el contrato», pero no lo es menos que una interpretación literal del precepto conduciría al absurdo de que la simple demora en el pago haría imposible la segunda instancia en el proceso arrendaticio e impediría la interposición de los recursos de injusticia notoria y suplicación. (J. P. R.)

7. JUICIO DE DESAHUCIO: COSTAS: *Estimada la demanda, procede imponer al demandado las costas de la primera instancia por mandato expreso del artículo 1.528 de la L. E. C.* [S. 6 de febrero de 1960; segunda sentencia dictada en recurso de casación por infracción de Ley estimada por sentencia de la misma fecha.]

NOTA: En esta sentencia, referida a un desahucio, de competencia del Juzgado de 1.ª Instancia, se hace acertada aplicación del criterio del vencimiento, plasmado en el artículo 1.582 de la L. E. C., para el desahucio ante Juzgado Municipal o Comarcal, pero que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.583, 1.590 y 1.593 de la propia Ley, debe aplicarse, igualmente, a los demás juicios de desahucio previstos en la misma. No ha sido éste, sin embargo, el criterio imperante en recientes sentencias de casa-

ción, en las que se aplica el criterio de temeridad al desahucio de competencia del Juzgado de 1.ª Instancia, cuando se hubiere fundado la demanda en causa distinta de las expresadas en los artículos 1.562 y 1.560 de la L. E. C., y se hubiera formulado oposición; cierto es que el hecho de que en este último supuesto la Ley se remita al trámite de incidentes, presta algún leve apoyo al criterio diferencial en cuanto a costas respecto a los demás desahucios de competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia, pero hay que reconocer que el argumento de analogía es muy fuerte en pro de la tesis de la aplicación general del criterio del vencimiento (Vid. sentencias de 10 de enero de 1958 y 1 de julio de 1959). (J. P. R.)

III. SENTENCIAS DE SUPPLICACION.

1. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de Jose María de AMCSATEGUI y José Luis Llorente (Abogados del Estado)

1. Derecho sustantivo.

1. ARRENDAMIENTOS SUJETOS A RÉGIMEN ESPECIAL: LEY SALMÓN: *Los derechos y beneficios que para propietarios e inquilinos concede la Ley Salmon en las casas a su amparo construidas, subsisten en toda su integridad, por lo que queda insubsistente el contrato cuando el arrendatario abandona el local.* (Sentencia de 20 de enero de 1959: desestimatoria.)

2. AMBLIO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *El arrendamiento de una cochera, que reúne los caracteres de ser finca urbana y edificación habitable, cae dentro del ámbito jurídico del artículo 1.º, en relación con el 5.º, ambos de la Ley de Arrendamientos urbanos.*

UNIDAD DE CONTRATO: *Aunque el disfrute arrendaticio del local, cabina (cochera) y de la vivienda se pactasen en documentos distintos, ha de estimarse la perfección de un solo contrato en dos momentos distintos, habida cuenta de la unidad de lugar y de tiempo u ocasión, sin que aquella dualidad documental exceda de un mero accidente que no altera la unidad esencial del arriendo.* (Sentencia de 13 de febrero de 1959: estimatoria.)

3. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CRITERIO DE CALIFICACIÓN: *Para decidir la naturaleza de la locacion pueden adoptarse dos puntos de vista: el contrato y los actos de ejecución. Hay arrendamiento de local de negocio cuando se estipula en contrato se faculta a la arrendadora para destinar una de las dos habitaciones de que consta el local arrendado a industria (una tienda) y la indicada facultad es ejercitada, queda privada la locación del carácter de mero inquilinato, con las consecuencias procesales que en orden a competencia y procedimientos da lugar esta nueva calificación.* (Sentencia de 5 de enero de 1959: estimatoria.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: *Se justifica la denegación de prórroga por esta causa cuando el propietario habita con su mujer, enferma del corazón, y un hijo en un buhardilla situada en el quinto piso de un edificio sin ascensor, con cocina y tres habitaciones pequeñas y cravatario fuera de aquélla, mientras que el piso de su propiedad, que pretende habitar, está situado en un bajo y esta compuesto de varias habitaciones suficientes a las necesidades de su titular.* (Sentencia de 16 de enero de 1959: desestimatoria.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: ORDEN DE PRELACIÓN: *La familia «stricto sensu» es la comprendida por el matrimonio y los hijos, de manera que las demás personas convivientes, aunque sean familiares, no reúnen el carácter de familia a los efectos del artículo 64 de la Ley de Arrendamientos urbanos.* (Sentencia de 20 de enero de 1959: desestimatoria.)

6. CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *La consignación, mientras no sea aceptado por la persona a cuyo favor se hace, no constituye pago liberatorio.* (Sentencia de 27 de enero de 1959: desestimatoria.)

7. NOVACIÓN DE CONTRATO POR INEJECIÓN DE BASES FISCALES: *La declaración a la Hacienda de las rentas efectivamente percibidas hecha por el arrendador, aunque sea extemporánea, esto es, después de haber fenecido los plazos establecidos por las leyes fiscales, impide que prospere la pretensión de reducción de rentas deducidas con posterioridad a aquella declaración fiscal.* (Sentencia de 30 de enero de 1959: desestimatoria.)

«CONSIDERANDO: Que basta comparar la diferente redacción del artículo 133 de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1946 con el 103 de la vigente para advertir el cambio de criterio legislativo en el punto concreto que es materia de este recurso. En efecto: según el artículo 133 de la Ley anterior, la declaración del arrendador a la Hacienda había de formularse dentro de los plazos establecidos en las leyes fiscales para que produjera efectos civiles, siendo ineficaces a efectos del ajuste de la renta arrendaticia a la fiscal las declaraciones extemporáneas, según tenían resueltas numerosas sentencias del Tribunal Supremo...; en cambio, según el artículo 103 de la vigente Ley de Arrendamientos urbanos el inquilino podrá reducir la renta mientras ésta sea superior a la declarada, es decir, que la declaración fiscal puede hacerse impunemente (sic), en cualquier momento siempre que sea anterior al ejercicio del derecho por el inquilino; lo cual no carece de lógica, puesto que lo único que se persigue en la sanción es estimular al arrendatario para que colabore con la Hacienda como una especie de premio al denunciante, que ya no tiene sentido cuando el arrendador se anticipó a cumplir sus obligaciones...»

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE DESOCUPACIÓN: *Las justas causas que excluyen la antijuricidad de la desocupación de viviendas alquiladas deben apreciarse con criterio restrictivo, reduciéndolas a aquellas que sean de tal trascendencia que obliguen al inquilino a desocupar la vivienda o cerrarla incluso por algún tiempo, o aquellas otras que por ser ajenas a la voluntad del inquilino le competen a aquella desocupación* (Sentencia de 27 de enero de 1959: estimatoria.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE DESOCUPACIÓN: EXCEPCIONES: *Es justa causa para oponerse a la denegación de prórroga fundada en la no ocupación de la vivienda por más de seis meses en el transcurso de un año, la circunstancia de hallarse la inquilina en un sanatorio a causa de trastornos nerviosos que hacen aconsejable la continuación del tratamiento médico en aquel establecimiento.* (Sentencia de 5 de enero de 1959: estimatoria.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE DESOCUPACIÓN: *A efectos de enervar la denegación de prórroga por no ocupación de la vivienda durante seis meses en el curso de un año, es justa causa la constituida por los di-*

versos motivos o acaecimientos que justifican de una manera racional la ausencia superior a aquel periodo de tiempo, tales como el viaje de la arrendataria al extranjero para visitar a sus hijas y el padecimiento de una enfermedad que demoró su retorno, todo ello unido a que de los hechos probados no se desprende que la inquilina tuviera alguna vez la idea de abandonar su domicilio de Madrid. (Sentencia de 18 de febrero de 1959; desestimatoria.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE DESOCUPACIÓN: *A efectos de enervar la denegación de prórroga por no ocupación de la vivienda durante seis meses en el curso de un año, no es justa causa la circunstancia de haberse ausentado la arrendataria para marchar a América a trabajar como artista de teatro.* (Sentencia de 28 de enero de 1959: estimatoria.)

«CONSIDERANDO: Que siendo... el motivo de suplicación... la violación por errónea interpretación del número 3.º del artículo 62 de la vigente Ley de Arrendamientos urbanos..., implicando este artículo dos conceptos; uno, de hecho, y otro de derecho: el de la desocupación de la vivienda por el inquilino por más de seis meses y el de justa causa... haciendo abstracción del primero... queda únicamente reducido a determinar y apreciar si la causa de ella (la desocupación) puede estimarse, como justa causa, a los efectos del citado artículo de la Ley, que impida la resolución del arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que el reciente Decreto de 31 de octubre último..., establece las tres justas causas para dejar el inquilino de ocupar la vivienda durante seis meses en el año..., estableciendo en la tercera, la de residencia habitual del arrendatario por actividades mercantiles o labores de carácter privado en las provincias españolas y plazas de soberanía en Africa..., pero no en el extranjero...

CONSIDERANDO: Que la recurrente... como artista en cuanto a sueldos, despidos y demás incidentes de su carrera artística se halla comprendida en la jurisdicción laboral..., por analogía a lo que el Decreto mencionado dispone respecto de los obreros de no ser justa causa... más que cuando trabajen en la península y plazas de Africa, procede estimar el recurso...»

12. SUBARRIENDO: REQUISITOS: *La obligación que la Ley especial impone de entregar al subarrendatario el mobiliario adecuado y suficiente para el destino pactado, no implica que su incumplimiento vicie de nulidad o de anulabilidad el contrato, sino que únicamente da lugar a la acción por parte del subarrendatario para hacer efectiva aquella prestación.* (Sentencia de 18 de diciembre de 1958; desestimatoria.)

13. SUBARRIENDO: EFICACIA: *Aunque el número de subarrendatarios no exceda de dos, es requisito indispensable para su licitud y eficacia que se notifique de modo fehaciente al arrendador dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de su celebración, dando motivo en el caso contrario a la resolución del arriendo al amparo del número 2.º del artículo 114 de la vigente Ley de Arrendamientos urbanos.* (Sentencia de 19 de enero de 1959: desestimatoria.)

2. Derecho Procesal.

EFECTOS ECONÓMICOS DEL PROCESO: COSTAS: *El principio del vencimiento implica que deben imponerse las costas al demandado cuando se estiman en su integridad los pedimentos del actor, aunque de las varias causas de resolución alegadas se acepte una sola.* (Sentencia de 20 de enero de 1959: desestimatoria.)

2 Sentencias de suplicación de la Audiencia de Barcelona.

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: *No es posible calificar de industria doméstica, el taller en que la fundición industrial se lleva a cabo con la cooperación de terceros extraños a la familia.* [S. 9 de marzo de 1960; no ha lugar.]

2. REPARACIONES A CARGO DEL ARRENDADOR: ABUSO DE DERECHO: *Debe desestimarse, por incidir en abuso de derecho, la pretensión del arrendatario de que se condene al arrendador a la realización, en el piso arrendado, de obras cuyo importe sería de unas 14.000 pesetas, si el inquilino abona una renta mensual de 60 pesetas, ya que, no obstante la legalidad externa de la pretensión, la desproporción entre la renta y el importe de la reparación haría poco equitativo la aplicación del derecho estricto, debiendo actuar la institución del abuso del derecho para llevar la equidad al derecho ejercitado por la parte actora, cuya demanda se desestima totalmente.* [S. 27 de abril de 1960; ha lugar.]

NOTA: La doctrina del abuso del derecho ofrece indudable riesgos acertadamente puestos de manifiesto por LUQUE en «El abuso del derecho como subversión de la certidumbre de la norma jurídica» (*Revista Jurídica de Cataluña*, 1958; pág. 425); el caso enjuiciado en la sentencia a que se refiere la presente nota es un exponente de ello, ya que, si, en definitiva, el arrendatario tiene derecho a que el arrendador mantenga la cosa en estado de servir para la finalidad pactada, corriendo a cargo de éste las reparaciones necesarias al efecto y si, por otra parte, el arrendador tiene derecho, en los arriendos a que se refieren estas rentas, a exigir al inquilino el 6 por 100 del capital invertido, difícilmente se convencerá al arrendatario que ejercitó un derecho que la L. A. U. le reconoce (y cuya onerosidad, para el arrendador, queda muy atenuada por la facultad de repercusión que, sin duda, dadas las circunstancias del caso, podría ejercitar dicha parte), de la justicia de una resolución en la que se le deniega *totalmente* su pretensión. Graves, gravísimos riesgos, para la seguridad jurídica entraña la doctrina del abuso del derecho; por ello, toda cautela será poca en la apreciación del mismo. Otra reflexión sugiere la lectura de la sentencia y la consideración de las particularidades del caso, la referente a la anomalía de mantener un rígido bloqueo de rentas arrendaticias que conduce a injusticias de diverso signo, retrae los capitales de la construcción y desprestigia a un ordenamiento arrendaticio, cuya falla no se halla en el régimen de prórroga forzosa ni en todas las laudables previsiones para dar estabilidad a los arrendatarios, estabilidad que no debe menguarse, sino, por el contrario, robustecerse, si no en las normas, sobre bloqueo de rentas dentro de los límites que hay que considerar notoriamente injustos y así los considera el propio legislador (Vid. Disposición adicional 7.^a de la L. A. U.).

3. SUBARRIENDOS PRIVILEGIADOS: *Ni la LAU vigente ni la anterior tiene en cuenta, para el cómputo de subarrendatarios o convivientes al cónyuge*

NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR DE LA EXISTENCIA DE SUBARRIENDATARIOS PRIVILEGIADOS: *No es preciso que en la notificación prescrita en el art. 18 de la LAU se indique el nombre del cónyuge del subarrendatario.*

DERECHO TRANSITORIO: CONVIVENTES CON EL INQUILINO ANTERIORES A LA VIGENTE LAU: *La situación de convivencia no se altera por el nacimiento de nuevos hijos, ni por pasar a segundas nupcias la persona convivente tras enviudar.* [S. 21 de marzo de 1960; ha lugar.]

4. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO ILEGAL: *Es causa de resolución el que el inquilino, autorizado para subarrendar parcialmente, abandone la vivienda, convirtiendo el subarriendo, por presunción legal «iuris et de iure», en total.* [S. 27 de enero de 1960; no ha lugar.]

5. CESIÓN INTER VIVOS DEL DERECHO ARRENDATICIO: *Tanto la L. A. U. anterior como la vigente, atribuye la facultad de ceder «inter vivos», en favor de determinados familiares, el derecho arrendaticio, al inquilino originario, no al que lo sea por anterior subrogación.* [S. 9 de febrero de 1960; no ha lugar.]

NOTA: Esta doctrina, irrefutable en relación a la L. A. U. vigente, no lo es tanto, con referencia a la L. A. U. de 1946; adviértase el contraste entre el artículo 24 de la primera y el 34 de la segunda.

6. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: CADUCIDAD: *Para que puede iniciarse el curso del plazo de caducidad, es preciso que la cesión sea conocida por el arrendador o, al menos, que la ocupación del cesionario sea tan ostensible y manifiesta que permita presumir el conocimiento de la misma por el arrendador.* [S. 20 de junio de 1960; no ha lugar.]

7. CESIÓN «MORTIS CAUSA» DE VIVIENDA: *Es ineficaz la cesión «mortis causa» de vivienda.*

SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» EN EL ARRIENDO DE VIVIENDA: PREFERENCIA: *La preferencia de sexo sólo entra en juego en el caso de igualdad de cargas familiares. Entre dos hermanos, uno que no ha tenido trabajo fijo ni se ha hallado ocupado en ninguna empresa, ni tenido ingresos de ninguna clase y otra, con tres hijos mayores de edad que conviven con ella y que no constituyen para la misma carga familiar, sino que la ayudan económicamente, debe atribuirse la preferencia al primero, por razón de cargas familiares.* [S. 15 de febrero de 1960; no ha lugar.]

NOTA: El solo hecho de que uno de los hermanos carezca de trabajo fijo, no autoriza a admitir su preferencia sobre una hermana, aunque ésta tenga el apoyo económico de sus hijos; sólo en el supuesto de que el desempleo no fuera imputable a tal persona tendría algún apoyo la tesis de

la sentencia que en los términos generales en que aparece proferida, parece harto discutible.

8. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA» CONVIVENCIA: *No obsta a la eficacia de la subrogación, el que algún tiempo antes del fallecimiento de la inquilina, ésta con su hija —cuya subrogación se discute—, que había de cuidarla, tuviera que establecerse fuera de su domicilio, obligada por los cuidados especiales que requerían su estado de salud y por la limitación de sus movimientos incompatible con la estancia de un piso tercero situado en una casa sin ascensor.* [S. 29 de febrero de 1960; no ha lugar.]

9. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO DE VIVIENDA: CONVIVENCIA: *El plazo de convivencia exigido para la subrogación «mortis causa» debe contarse, ininterrumpidamente, a partir de la fecha de defunción del inquilino.* [S. 5 de mayo de 1960; no ha lugar.]

10. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO DE VIVIENDA: OMISIÓN DE NOTIFICACIONES: *Es causa de resolución del arriendo la omisión, por el sucesor, de la notificación de la transmisión exigida por la LAU.* [S. 3 de mayo de 1960; no ha lugar.] [S. 7 de marzo de 1960; no ha lugar.] [S. 1.º de enero de 1960; no ha lugar.]

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ESPONSALES: *No existiendo promesa de matrimonio otorgada en forma solemne, que al menos obliga, en el fuero de la conciencia, a contraer matrimonio, no cabe otorgar eficacia a la manifestación testifical ni, con base en la inexistente promesa, dar por probado el proyecto serio y propósito decidido de contraer matrimonio.* [S. de 30 de marzo de 1960; no ha lugar.]

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: EXIGENCIAS DE MORALIDAD: *Es causa de necesidad el hecho de que un matrimonio no disponga de más de un dormitorio para el mismo y una hija de ocho años.* [S. 15 de febrero de 1960; no ha lugar.]

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CASUÍSTICA: *El inquilino que sólo dispone de dos dormitorios para cinco personas, puede invocar la situación de necesidad para denegar la prórroga al subarrendatario, beneficiario de la misma.* [S. 23 de febrero de 1960; no ha lugar.]

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DE QUIEN SE VE OBLIGADO A DESALOJAR SU VIVIENDA: *Para que el obligado a desalojar su vivienda pueda ejercitar la denegación de prórroga por necesidad no es preciso que haya sido demandado, ni menos que se haya decretado judicialmente su lanzamiento.* [S. 28 de marzo de 1960; no ha lugar.]

NOTA: Se invoca en esta sentencia la del T. S. de 28 de septiembre de 1954.

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ARRENDATARIOS PRIVILEGIADOS EN CUANTO A LA SELECCIÓN: *A efectos de la selección de arrendatario, los fun-*

cionarios interinos no pueden ser asimilados a los que lo son en propiedad. [S. 9 de marzo de 1960; no ha lugar.]

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: *La selección hay que referirla, exclusivamente, a los inquilinos que ocupen viviendas similares y no a los que lo son de aquellas que carecen de las condiciones precisas para servir a las necesidades del arrendador.* [S. 3 de marzo de 1960; ha lugar.]

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CARGA DE LA PRUEBA: *Basta con que el arrendador afirme la necesidad de residir en el lugar en que radique la finca, correspondiendo al demandado destruir la presunción legal con prueba en contrario.* [S. 26 de enero de 1960; ha lugar.]

NOTA: Pese a la doctrina de esta sentencia, convendrá, en la práctica, que el arrendador suministre la prueba, siquiera sea indiciaria de la necesidad de residencia, al menos en aquellos supuestos en que la presunción legal de la necesidad se apoye, precisamente, en esa necesidad de residir (por ejemplo, en el caso del núm. 3.º del apartado 2.º del artículo 63 de la L. A. U.).

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO: *No es preciso que en el requerimiento previo denegatorio se manifieste el domicilio actual de la persona necesitada de vivienda ni el centro, en que trabaja, pues ésta es materia del juicio y no del preaviso.* [S. 31 de marzo de 1960; no ha lugar.]

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO DENEGATORIO: *Si en el requerimiento se dice que éste se dirige contra el requerido, por ser el ocupante del único piso exterior elegible, aunque se prescinda de dar detalles de las restantes viviendas, no existe defecto formal en la forma de expresar las circunstancias de selección.* [S. 21 de marzo de 1960; ha lugar.]

19 bis. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIONES JURÍDICAS Y CUESTIONES DE HECHO: *La noción de necesidad es un concepto jurídico.* [S. 22 de enero de 1960; ha lugar.]

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: *Si la tenencia de dos viviendas se remonta a fecha anterior a la de vigencia de la L. A. U. de 1955, no procede la denegación de prórroga al amparo de la causa 4.ª.* (Sentencia 24 de mayo de 1960: Ha lugar.)

NOTA: Superadas las vacilaciones iniciales se ha impuesto ya virtualmente la tesis de la irretroactividad de la causa de denegación de prórroga basada en la tenencia de dos viviendas: la D. T. 15 de la L. A. U. ha pesado, al fin, decisivamente. La sentencia de suplicación cita en apoyo de su tesis la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1958 y las de suplicación de 9 de mayo de 1958 y 4 de julio de 1959.

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: CARGA DE LA PRUEBA: *Por tratarse de un supuesto de excepción, corresponde al arrendador*

tario la prueba de que la tenencia, por el mismo, de dos viviendas se remonta a fecha anterior a la de la entrada en vigor de la LAU actual. [S. de febrero de 1960; no ha lugar.]

22. DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: QUIEBRA DEL ARRENDATARIO: *La falta de pago no puede excusarse por la insolvencia del deudor, y si la masa de la quiebra no cumple la obligación de pago, se da la causa de desahucio por impago de rentas.* [S. 21 de enero de 1960; ha lugar.]

NOTA: Esta sentencia ha sido dictada, no recurso de suplicación, sino en uno de apelación contra sentencia de primer grado dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia; se inserta, sin embargo, en este lugar, por referirse a materia arrendaticia y a un problema que ha suscitado a veces dudas (como se advierte por la estimación del recurso) y por emanar, en definitiva, del órgano a cuyo cargo se halla la resolución de los recursos de suplicación.

23. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *No altera la configuración la substitución de la tela clareada en unos listones, por material fuerte, de planchas de yeso, apoyado en un enwigado de madera, que formaba un cielo raso, con anterioridad a la modificación.* [S. 20 de marzo de 1960; no ha lugar.]

24. CONSTRUCCIÓN DE UN CIELO RASO: *La construcción de un cielo raso o falso techo, con placas de yeso y listones de madera superpuestos al techo y a 33 cms. de distancia del mismo, construcción permanente y estable, altera la configuración de la vivienda.* [S. 31 de mayo de 1960; no ha lugar.]

25. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO TÁCITO DEL ARRENDADOR: *Cabe presumir el consentimiento tácito del arrendador, del hecho de que por él se realizara la entrega de las puertas colocadas por el arrendatario al realizar las obras y de las discusiones del propio arrendador con el albañil encargado de la obra, sobre detalles de la misma.* [S. 21 de enero de 1960; no ha lugar.]

26. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *El cierre de una pequeña ventana y la construcción, en un ángulo, de un pequeño hogar, con campana para salida de humo, altera la configuración.* [S. 10 de mayo de 1960; ha lugar.]

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: PROCESOS EN QUE SE DA EL RECURSO: *No se da el recurso en los juicios de desahucio de la LEC seguidos al margen de las normas procesales de la LAU.* [S. 20 de junio de 1960; no ha lugar.]

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL MISMO: *No se da el recurso de suplicación contra infracción de normas procesales o adjetivas.* [S. 5 de febrero de 1960; no ha lugar.] *En el mismo sentido* [S. 16 de febrero, 23 de marzo, 23 de mayo y 17 de junio de 1960; no ha lugar.]

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DEFECTOS FORMALES: FALTA DE FIRMA DE LETRADO: *Debe desestimarse el recurso interpuesto sin firma de letrado.* [S. 11 de marzo de 1960; no ha lugar.]

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSTAS: *Sólo tiene cabida en suplicación el tema de las costas, si el jugador de instancia infringe la norma legal que manda imponerlas a determinado litigante, no cuando se imponen por razón de temeridad, al amparo de norma que autoriza tal criterio.* [S. 26 de abril de 1960; no ha lugar.]

NOTA: Sigue aquí la doctrina de suplicación la de casación que considera el problema de la temeridad como cuestión de hecho y reserva su apreciación a los órganos de instancia.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil. Parte VI. 1960-3-679

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la "lex loci". 1960-3-881

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

HELGUERA Y DEL PORTILLO, Pedro de la: El Estatuto personal en la compilación de Derecho Civil de Vizcaya. 1960-3-943

3. VIDA JURÍDICA

JORDANO BAREA, Juan B.: Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley. 958

4. BIBLIOGRAFÍA

5. JURISPRUDENCIA.