

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.—1958.

## IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XIII  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
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

---

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdquez. San Pedro, 32. Madrid.

# El derecho al secreto de la correspondencia epistolar

JOSE M.<sup>a</sup> CASTAN VAZQUEZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid

Diploma Superior de Derecho Comparado de la Facultad I. de Luxemburgo

SUMARIO: I. Introducción.—II. El derecho al secreto de la correspondencia epistolar.—III. Fundamento.—IV. Naturaleza.—V. Sujetos posibles.—VI. Objeto.—VII. Protección: 1. Garantía en las leyes fundamentales. 2. Protección en las leyes ordinarias: A) por vía civil. B) Por vía penal. C) Por vía disciplinaria.—VIII. Excepciones al derecho al secreto de la correspondencia epistolar: 1. Excepciones voluntarias. 2. Excepciones legales: A) Por proteger el interés a la defensa del honor. B) Por proteger el ejercicio de una potestad familiar: a) de la patria potestad; b) de la tutela; c) de relaciones análogas; d) de la potestad marital. C) Por proteger el interés al conocimiento judicial de la verdad: a) en pleito civil; b) en causa criminal. D) Por proteger un interés del Estado: a) por el valor público de la correspondencia; b) por la seguridad de los establecimientos penitenciarios; c) por la seguridad del Estado.—IX. Extinción del derecho al escrito de la correspondencia epistolar.

Al profesor F. Beissel

## I. INTRODUCCIÓN

La correspondencia es el normal vehículo de las relaciones entre ausentes. De los varios cauces que ofrece (correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, fonográfica, etc.) vamos a centrar nuestro estudio en el primero: la *correspondencia epistolar*.

Entre las modalidades que muestra, a su vez, la llamada correspondencia epistolar excluimos de nuestra atención las *tarjetas postales* (1) en las que—por ser, como señala el art. 20 del

---

(1) Se consideran *tarjetas postales* los «trozos de cartulina en forma rectangular, tanto impresas por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre como de confección particular, que se destinan a escribir correspondencia actual y personal» (BRIONES, voz *Correos*, en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix, Barcelona, t. V, 1953, pág. 802).

Reglamento de Correos «expedidas al descubierto»—difícilmente puede hablarse de secreto. Dirigimos, por el contrario, nuestro estudio hacia las *cartas*, considerando como tales, pese a la dificultad de definirías (2), aquellos «papeles escritos y ordinariamente cerrados que una persona envía a otra para comunicarle alguna cosa» (3).

Aun ateniéndose exclusivamente a la correspondencia por cartas, forzoso es, al delimitar el tema, excluir del mismo algunas variedades de aquélla. Quedan así fuera de nuestro estudio la *correspondencia oficial* (es decir, la cruzada, por razón de su cargo, entre funcionarios), que procede de un órgano público y se dirige a otro órgano público también. Y aun dentro de la *correspondencia privada*, única que estudiamos, queda fuera del trabajo la *carta anónima*, que no se cruza entre personas determinadas y no puede atribuir derechos al autor (4), y la *carta abierta*, que está destinada a la publicación. Caen, por el contrario, dentro de nuestro estudio, sin necesidad de ulteriores referencias especiales, la correspondencia *urgente*, la *certificada* y la expedida *por avión*.

Innegable es la variedad de las cuestiones jurídicas que la correspondencia epistolar puede plantear. Sabido es que las cartas son vehículo posible de manifestaciones de voluntad, de creencias o de sentimientos; que a través de ellas pueden pactarse contratos, extinguirse obligaciones, reconocerse la filiación, otorgarse testamento, perpetrarse el delito de injurias...; que pueden tener un importante contenido científico o literario; que pueden dar origen a diversos litigios entre el remitente y el destinatario y aun afectar a terceros, y que esta rica gama de cuestiones posibles interesa tanto al Derecho privado como al Derecho público. No vamos a intentar, sin embargo, abarcar aquí la totalidad de los problemas de la correspondencia epistolar, que requerirían una amplia monografía; nuestro intento, más modesto, es examinar uno

(2) Varios autores han puesto de relieve esa dificultad: RIERA así afirma que «cuando se trata de perfilar el concepto jurídico de *carta* surge alguna dificultad, ya que presenta algunos matices borrosos» (voz *Carta*, en la *Nueva Enciclopedia Jurídica* cit., t. III (1951), pág. 697 y ss.) y RAMBLA habla incluso de «la imposibilidad de una definición de la carta propiamente dicha, subordinándose el concepto postal de ésta (comunicación escrita en cualquier forma) a las tres disposiciones fiscales que regulan el servicio» (RAMBLA: *Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil*, Madrid, 1897, pág. 7). El Reglamento español de Correos ofreció un concepto de las cartas en su artículo 19, al establecer que «se considerarán como cartas los objetos cerrados cuyo contenido no se indique ni pueda conocerse, y todo escrito que, no teniendo el formato de tarjeta postal, aunque circule al descubierto, tenga el carácter de correspondencia actual, interesando su texto directa y principalmente a persona determinada y, en general, aquellas comunicaciones, sea cualquiera el procedimiento empleado para escribirlas, que impliquen una contestación, la exijan o la requieran».

(3) CASARES, voz *carta*, en el *Diccionario ideológico de la lengua española*, Gili, 1957, pág. 208.

(4) Cf. RAMBLA: *Ob. cit.*, pág. 92.

de los aspectos jurídicos de las cartas—el *derecho al secreto de la correspondencia*—ensayando una sistemática del mismo y estudiándolo con especial referencia al Derecho español.

## II. EL DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR

Acotado ya nuestro tema se hace precisa, al adentrarse en su estudio, una afirmación inicial: la existencia del derecho al secreto de la correspondencia. Existencia que, sin embargo, no es reconocida por todos los juristas.

Hay, en efecto, ante todo, autores que de modo general se niegan a admitir, entre los derechos subjetivos, la categoría de los llamados derechos de la personalidad; recordemos, en esa línea, la posición de von THUR, que—aun reconociendo que los derechos sobre la propia persona son «los bienes más preciosos de la vida humana»—entiende que sería erróneo concebir estos intereses como derechos subjetivos por el hecho de hallarse protegidos jurídicamente» (5). Hay civilistas que de modo singular rechazan el derecho al secreto de la correspondencia; entre ellos basta citar, por su autoridad, a ENNECCERUS (6) y más recientemente a NERSON (7). Y no faltan, incluso, quienes—como, en nuestra doctrina, Martín Ballester—estudiando y defendiendo los derechos de la personalidad en general, dudan, sin embargo, concretamente de la existencia del derecho al secreto (8).

Por otro lado, empero, son numerosos los autores que hablan del derecho al secreto de la correspondencia. Entre ellos se pueden señalar, en la doctrina europea, los juristas que se han ocu-

(5) «Les faltan—añade von THUR—las características que señalan la existencia de un derecho subjetivo: la posibilidad de decidir sobre el nacimiento y la extinción del derecho, su transmisibilidad y renunciabilidad» (*Parte general del Derecho civil*, trad. de Roces, Madrid, 1925, págs. 38-39.)

(6) Niega ENNECCERUS que exista «un derecho especial de la personalidad al secreto de la correspondencia»; «pero sí cabe perfectamente—añade—que se establezca un derecho de autor sobre cartas y, en ciertos casos, su publicación puede significar un daño intencional contrario a las buenas costumbres y que, en consecuencia, surja una pretensión de indemnización a tenor del parágrafo 826» (*Derecho civil. Parte general*, t. I, vol. 1, Barcelona, 1934, pág. 425).

(7) El profesor Roger NERSON, en su estudio sobre *Les droits extrafamiliaux* (th., Lyon, 1939) no concibe el secreto como un derecho, sino como una simple facultad: cree un error ver en el secreto un derecho innato bajo pretexto de que la garantía social es concedida a ciertas libertades, abusivamente llamadas derechos naturales y fundamentales (págs. 337, 338 y 384). «No serviría de nada—entiende—calificar de derechos las facultades concedidas al hombre si esta afirmación no permite unir a esos derechos prerrogativas más precisas» (pág. 340).

(8) «De derecho al secreto o al honor—afirma el profesor MARTÍN BALLESTER—ya sería más discutible hablar y sus acciones más improbables» (*La persona humana y su contorno* (conferencia), Centro de Estudios Universitarios, s. a.).

pado monográficamente de los problemas jurídicos de la correspondencia epistolar, como Ramella (9) y Geny (10), y los autores de las obras más recientes sobre Derecho civil en general, como los profesores Mazeaud (11), o sobre los derechos de la personalidad en particular, como De Cupis (12) y Martín (13).

Parece, ciertamente, que puede hablarse sin escrúpulo técnico considerable del *derecho al secreto de la correspondencia epistolar* si se recuerda la protección que en el mundo jurídico goza dicho secreto. Nadie duda del principio de la inviolabilidad de la correspondencia. Esa inviolabilidad, en los países civilizados, se proclama en normas constitucionales y se protege con preceptos penales y civiles. La intromisión en la correspondencia ajena, la sustracción de las cartas o su publicación integran conductas ilícitas que pueden originar consecuencias jurídicas de orden civil o criminal; hay, pues, un derecho que es violado por dichas conductas. No creemos que se pueda hablar de un simple *interés* al secreto de la correspondencia, ya que estando tal interés, como está, jurídicamente protegido, alcanza sin duda, con arreglo a la conocida concepción de Ihering, la categoría de derecho subjetivo.

De hecho, en los ordenamientos jurídicos se encuentran dispersas en la legislación civil, penal y administrativa numerosas normas relacionadas con el secreto de las cartas. Y la jurisprudencia se esfuerza, generalmente, por protegerlo (14). En nuestro Derecho, concretamente, la tutela al derecho al secreto de la correspondencia—y también sus limitaciones—tiene lugar a través de preceptos diversos contenidos en los Códigos civil, penal y de comercio, en las Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal, en el Fuero de los Españoles y en la reglamentación del Servicio de Correos.

El estudio jurídico del secreto ofrece hoy sin duda un considerable interés ante los asaltos que en el mundo actual sufre la intimidad de la persona. Sin embargo, si bien hay estimables estudios recientes sobre el derecho al secreto en general (15) y sobre el secreto profesional en particular (16), escasean los direc-

(9) Ob. cit. en la nota 2.

(10) François GENY: *Des droits sur les lettres missives*, R. Sirey, París, 1911, dos tomos (la materia relativa al secreto está contenida en el t. I.)

(11) Henri, Léon y Jean MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, t. I (París, 1955), Ed. Montchrestein.

(12) Adriano DE CUPIS: *I diritti della personalità*, t. I. (vol. IV, t. I del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por CICU y MESSINEO), Ed. Giuffrè, Milán, 1959.

(13) Lucien MARTIN: *Le secret de la vie privée*, en la «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 1959, pág. 227 y ss.

(14) «Los Tribunales—afirman los MAZEAUD—se aplican a hacer respetar el secreto de la correspondencia» (Ob. cit., t. I, pág. 636).

(15) Como los de DE CUPIS y MARTIN citados.

(16) Sobre el secreto profesional pueden verse el estudio de Fernando ALAMILLO: *El secreto médico profesional*, en el «Anuario de Derecho Penal», t. III, f. I (1950), págs. 75 a 80, y el citado de Lucien MARTIN, página 246 y ss.

tamente consagrados al secreto de las cartas. Y no obstante, la intervención o la divulgación de la correspondencia son de los hechos que con más frecuencia lesionan la intimidad personal (17).

### III. FUNDAMENTO DEL DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR

Diversas explicaciones han sido sugeridas en la doctrina para basar el derecho al secreto de la correspondencia: «Se trata de construir su fundamento—nota Riera—sobre la idea de un pacto presunto, de un contrato de confidencia, de una donación submodo, etc.» (18); algunas sentencias francesas lo han basado en la idea de una copropiedad entre los interesados en la correspondencia o en la de un depósito en manos del destinatario (19).

Entre las ideas apuntadas ha tenido acaso una especial difusión la del pacto presunto. Se quería explicar el deber de reserva por una convención tácita entre el remitente de la carta y el destinatario de la misma, que obligaría a este último, contractualmente, a guardar el secreto, o por una condición tácita, pero cierta, de la transmisión de la carta. Estas ideas han sido ya, sin embargo, objeto de severa crítica. Como dice Jossierand, tal explicación es puramente adivinatoria y presta al destinatario una intención que tal vez no ha sido nunca la suya (20). Y, como nota Geny, no bastaría para imponer el secreto a todos aquellos que parecen deber guardarlo (21). Por otra parte, sabido es que existe actualmente una cierta tendencia contraria en general a la presunción de convenciones tácitas. Y en el caso de la correspondencia en particular la voluntad del destinatario se desconoce: su papel en la recepción de la carta es puramente pasivo; su interés, cualquiera que sea el contenido de la carta, puede ser contrario al secreto; recibida, por ejemplo, una carta que atañe a asuntos íntimos del destinatario puede convenir a éste, más que la reserva, la publicidad de un proceso para probar un hecho o apoyar una acción.

Conviene, pues, centrar el derecho al secreto, más que en la voluntad del destinatario—desconocida—en la voluntad—presumi-

(17) MARTIN informa de que numerosos escritores de varios países se han reunido en París, bajo los auspicios de la UNESCO, durante los días 29 y 30 de septiembre de 1958, para discutir sobre el derecho al secreto de la vida privada del escritor y especialmente de lo que concierne a la publicación de su correspondencia (Ob. cit., pág. 228).

(18) RIERA: *Est. cit.*, pág. 700.

(19) Véase GENY: *Ob. cit.*, t. I, págs. 194 y 195.

(20) JOSSEIRAND: *Cours de Droit civil positif français*, t. I. R. Sirey, París, 1930, pág. 763.

(21) *Ob. cit.*, t. I, pág. 196. En definitiva, al decir de GENY, la teoría del pacto presunto es «uno de esos excesos de un dogmatismo inconsiderado que, desorbitando el principio de autonomía de la voluntad, ha terminado por hacer estallar su marco» (pág. 198).

ble—del remitente. Es el autor de la carta, en efecto, quien deja algo de su personalidad en ella (aunque puede afectar también a la del destinatario, y de aquí los derechos de éste); se puede creer que las manifestaciones que confía al papel van dirigidas exclusivamente al destinatario y no a terceros ni a la publicidad. En este sentido Fadda y Bensa afirman que la carta, como regla general, es escrita exclusivamente para el individuo, y que revelar a los demás su contenido va contra la presunta intención del autor (22); y Rosmini observa que muchas cartas, o parte de ellas, no habrían salido de la pluma del autor si éste hubiera sólo sospechado que, pronto o tarde, servirían de solaz a la crítica del público (23). Queda aparte, naturalmente, el caso de las llamadas *cartas abiertas*, que están, como dijimos, al margen de nuestro estudio.

Parece, pues, que se puede fundar el derecho al secreto de la correspondencia epistolar en el respeto a la intimidad de la persona, a su integridad moral, a la reserva (24). En ello tendremos ocasión de insistir en el apartado siguiente. Señalamos ahora solamente que estamos ante un derecho privado cuya protección, necesaria para la convivencia social (25), debe ser, al igual que la del secreto de la vida privada en general (26), otorgada eficazmente por el ordenamiento jurídico.

Conviene también recordar que se ha relacionado la protección al secreto de la correspondencia con la teoría del abuso del derecho. «Por definición misma—escribe Josseland—una carta confidencial no está destinada a ser divulgada, y haciendo conocer su contenido al público el destinatario desvía de su fin el derecho que le pertenece; hace un mal uso de él; abusa de él, a menos que pueda apelar a un interés serio y legítimo, por ejem-

(22) FADDA y BENSA: *Notas* al vol. IV del *Diritto delle Pandette*, de Windscheid, Turín, 1930, pág. 177.

(23) Cit. por FADDA y BENSA en lug. cit. en la nota anterior.

(24) A juicio de GENY «está claro que la fuente de semejante derecho queda esencialmente en la persona misma, cuyas aspiraciones profundas garantiza» (Ob. cit., t. I, pág. 231). Según MARTIN, el derecho al secreto «encuentra su fundamento mismo en la persona y asegura la protección de los más íntimos que ésta tiene: su pensamiento» (Ob. cit., pág. 250).

(25) GENY puso de relieve que el derecho al secreto, tomado en toda su plenitud, está fundado sobre consideraciones que afectan al orden público en general y responde a una necesidad profunda de la naturaleza humana, cuya satisfacción postula nuestro íntimo sentimiento de justicia, y corresponde, al mismo tiempo, a exigencias de la vida social en sus mil manifestaciones» (Ob. cit., t. I, págs. 206 y 198).

(26) En la doctrina penal española, ATAMILO ha destacado la necesidad de proteger fuertemente el derecho al mantenimiento del secreto como medio de proteger los derechos fundamentales (Ob. cit., pág. 75). En la doctrina civil francesa, MARTIN ha escrito que el secreto de la vida privada se hace sentir de día en día como una necesidad real, en reacción no tanto contra los escritores y literatos como contra algunos que hacen profesión de inmiscuirse en la vida privada de otro y publicar lo que se enteran (Ob. cit., pág. 256).

plo, su necesidad de apoyar una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de establecer la simulación de un acto. La responsabilidad de quien viola el secreto de una carta se relaciona así con la vasta teoría del abuso de los derechos y más específicamente del abuso del derecho de propiedad; el destinatario, propietario de la carta, no puede utilizarla impunemente más que por causa y en medida de un interés legítimo, cuyos límites son fijados por la naturaleza y por el destino de la correspondencia en causa» (27).

No nos parece totalmente aceptable esta idea. Sin desconocer la utilidad, en general, de la teoría del abuso del derecho, de la que tan fecundas aplicaciones se han hecho ya a puntos concretos del Derecho privado, creemos que no puede explicar la totalidad de supuestos en que se sanciona una conducta lesiva al secreto de la correspondencia. Esos supuestos, como veremos, son variados: en algunos de ellos quien atenta contra el secreto de la carta no ostentaba derecho sobre ésta (por ejemplo, un tercero o un funcionario de Correos) y difícilmente puede hablarse de abuso; y en otros, quien viola el secreto ostentaba, sí, algún derecho, que puede ser de propiedad, pero también de naturaleza distinta (derecho de autor, el remitente, y derecho de propiedad sobre la carta, el destinatario, según opinión corriente en orden a los problemas de la propiedad intelectual y material de la correspondencia).

#### IV. NATURALEZA DEL DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR

El derecho al secreto es hoy incluido por diversos autores en el cuadro de los derechos de la personalidad. Este emplazamiento, desconocido para algunos juristas del siglo pasado (28), parece tender a imponerse.

Ya Geny, observando la necesidad de reconocer el derecho al secreto de las cartas como derecho distinto y específico, y deseando incluirlo en una categoría jurídica, lo clasificó entre los derechos de la personalidad y afirmó que no es más que un aspecto del derecho a la intimidad moral, al cual no se sabría negar reconocimiento jurídico, a título de atributo necesario de la persona, en nuestras concepciones actuales; el jurista francés señalaba también, sin embargo, que el derecho al secreto de las cartas no se

(27) JOSSELAND: Ob. cit., t. I, pág. 703.

(28) Valerio CAMPOGRANDE, por ejemplo, en su obra *Los derechos sobre la persona propia* (trad. de C. Bernaldo de Quirós, Madrid, 1860) clasificaba aquéllos en derechos de la persona física y derechos de la persona en sentido moral; entre los segundos incluía los derechos al honor, al nombre, de autor y a las representaciones propias (págs. 50-51).

había desgajado todavía del derecho general de la personalidad y que el progreso de la interpretación del Derecho positivo tendería a asignarle una individualidad verdadera, a configurarlo aparte, como pasó con el derecho al nombre (29). Estos augurios de Geny parecen ser hoy ya, en cierto modo, una realidad.

En la doctrina extranjera de hoy, los profesores Mazeaud señalan como derechos de la personalidad: a) los derechos a la integridad física; b) los derechos a la integridad moral; y c) el derecho al trabajo. Entre los derechos a la integridad moral estudian, concretamente, el derecho a la imagen, el derecho a la libertad individual, la libertad de matrimonio, el derecho al honor, los sentimientos de afecto, el derecho al secreto y el derecho al nombre, y dentro del derecho al secreto sitúan en particular el secreto de la correspondencia (30).

El profesor De Cupis, finalmente, en su recentísima e importante obra ya citada acerca de los derechos de la personalidad, estudia entre éstos, como vecino del derecho al honor, el derecho a la reserva; entre las manifestaciones de este último coloca el derecho al secreto, y dentro de éste, a su vez, sitúa el derecho al secreto de la correspondencia (31).

En la doctrina española actual, Pascual Quintana, con ocasión de un estudio sobre el derecho a la imagen, afirma que «existe una gama de derechos personales, tales como los del nombre, el honor, la correspondencia epistolar, etc., que guardan íntima relación con el derecho de la propia imagen» (32). Para Quintano Ripollés, el derecho al secreto de la correspondencia constituye «un derecho individual» (33).

La jurisprudencia penal española, con ocasión de aplicar el precepto tipificador del delito de detención ilícita de correspondencia, ha considerado el secreto de la correspondencia «como uno de los derechos individuales» (34). Esta calificación, sin embargo, es, en cierto modo, equívoca, y parece preferible utilizar la expresión «derecho de la personalidad».

Consideramos, pues, el derecho al secreto de la correspondencia como un derecho subjetivo de los llamados de la personalidad. Su encaje puede estar, ciertamente, entre las manifestaciones de

(29) Véase GENY: Ob. cit., t. I, págs. 183 y ss., 225, 226, 230 y 231.

(30) Véase MAZEAUD: Ob. cit., t. I, págs. 630 a 636.

(31) DE CUPIS: Ob. cit., págs. 256 y ss.

(32) J. M. PASCUAL QUINTANA: *El derecho a la propia imagen*, en la «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núm. 17 (1949), pág. 142.

(33) A. QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentario al Código penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. II, pág. 200.

(34) Las sentencias de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1884 y 7 de enero de 1904 declaran que en aquel precepto se pena el ataque y violación de la correspondencia como uno de los derechos individuales; la segunda citada y la de 21 de diciembre de 1888 se refieren al derecho individual del secreto de inviolabilidad de la correspondencia.

ese derecho al secreto o a la reserva (35) que hoy se sitúa dentro del cuadro de derechos que protegen la integridad moral de las personas.

Conviene no confundir el derecho al secreto con otros derechos subjetivos que en relación con las cartas nacen. La correspondencia epistolar, en efecto, puede dar origen a un derecho de propiedad material de la carta atribuido al destinatario (desde el momento de recepción de aquélla, según opinión frecuente) y a un derecho intelectual de autor, reconocido por lo general al remitente si la carta ofrece valor científico o literario. Pero estos derechos son distintos del de secreto, que difiere de ellos por los sujetos y por el objeto. Por los sujetos, en cuanto los titulares del derecho al secreto no son sólo el remitente o el destinatario, sino ambos y aun los terceros. Por el objeto, en cuanto el derecho al secreto recae sobre el bien de la reserva, que, como dice De Cupis, «es en todo caso un bien estrictamente personal», a diferencia de los otros dos derechos aludidos, «los cuales tienen por objeto bienes externos a la persona (respectivamente, una cosa corporal o una cosa incorporeal)» (36). El derecho al secreto de la carta es compatible con los otros dos.

Cierto es que estas categorías de derechos de la personalidad están todavía insuficientemente perfiladas en la doctrina y que no faltan autores opuestos a ellas. Pero parece que su construcción tiende, en general, a afirmarse. Algunos de nuestros civilistas afirma así que es preciso ir creando una teoría general de estos valores morales (37). Por otra parte, a la luz de la doctrina cristiana se exige hoy el respeto de los bienes morales de la persona; una resolución aprobada en las Conversaciones Católicas Internacionales de San Sebastián afirma que «el hombre tiene derecho al respeto de la integridad y de la dignidad de la persona bajo su doble aspecto físico y moral (38).

Entre esos derechos—y aunque convenga evitar la excesiva proliferación de los mismos, que conduciría a esa «inflación de derechos» que algunos autores, entre ellos muy recientemente el

(35) DE CUPIS afirma que «el derecho al secreto es un aspecto especial del derecho a la reserva» (Ob. cit., pág. 313) y que «es una manifestación del derecho al secreto, y ciertamente de las más importantes» (pág. 327).

(36) DE CUPIS: Ob. cit., pág. 316. Pone también de relieve el profesor italiano que mientras que el derecho de autor subsiste sólo cuando contiene una obra de ingenio de valor literario o científico, el poder de consentir o no a la publicación tiene aplicación general, signo evidente de que ello es la manifestación de un otro derecho no vinculado a aquel presupuesto, que es precisamente el derecho a la reserva.

(37) MARTÍN BALLESTERO: Ob. cit., pág. 40. «Hoy es ya añado—de que se deje de hacer girar cuanto en Derecho civil se quiera proteger en torno a las ideas de propiedad y de contrato».

(38) Conversaciones Católicas Internacionales de San Sebastián, *Anteproyecto de Declaraciones de derechos y deberes de la persona humana*, Ed. Escelicer, San Sebastián, 1949, art. 7.º.

profesor Nerson, han puesto de relieve (39)—parece tener suficiente consistencia y merecer reconocimiento el derecho al secreto de la correspondencia. Su importancia no necesita ser resaltada; «El derecho al secreto de la correspondencia—escribe De Cupis—articulado con doble aspecto, público y privado, provisto de las adecuadas sanciones, reforzado con poder individual, flanqueado por el derecho a la libertad de la correspondencia, constituye una vigorosa afirmación positiva del derecho de la persona». (40).

#### V. SUJETOS POSIBLES DEL DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR

Pueden ser titulares de este derecho el remitente y el destinatario de la carta—cada uno de ellos frente al otro o frente al Estado—y los terceros. Un sujeto puede gozar a la vez este derecho y otro distinto; se puede, así, ser titular del derecho de autor y del derecho al secreto, o de éste y del derecho de propiedad sobre la carta.

Se afirma, pues, en primer lugar, el derecho al secreto que ostenta el remitente de la carta frente al destinatario de la misma. Se presume que el primero, según dijimos, ha querido confiar sus declaraciones al segundo y a nadie más. Creemos que este derecho corresponde al autor aun antes de la remisión de la carta, es decir, desde el mismo momento de escribirla, porque la presunción de reserva existe desde este momento, y sería, por tanto, un atentado al secreto la divulgación de la carta escrita y aun no remitida que se encontrase entre los papeles del autor. El derecho del remitente, por lo demás, no se extingue por el hecho de la recepción de la carta por el destinatario.

Se señala, después, el derecho del propio destinatario frente al remitente (41). Este derecho ha sido ya expresamente proclamado en la legislación italiana; la ley de propiedad intelectual de 1941 atribuye también, en efecto, una tutela al destinatario de la carta (art. 93, párr. 1.º). Se basa en que, de igual modo que el destinatario está obligado al respeto de la reserva personal en relación con el autor, así éste también está obligado al mismo res-

(39) R. NERSON: *De la protection de la personnalité en Droit privé français*, estudio presentado a las Jornadas de la Asociación Henri Capitant, en Madrid, junio 1959.

(40) *Ob. cit.*, pág. 330.

(41) GENY observa que el destinatario está frecuentemente protegido de la indiscreción por la posesión de la carta, pero puede haber casos en que no (por ejemplo, si el autor o un tercero posee copia), y en ellos el destinatario puede invocar el derecho al secreto (*Ob. cit.*, t. I, pág. 222). La jurisprudencia francesa ha protegido al destinatario, ciertamente, incluso cuando la carta está sin fraude en manos de un tercero (sentencia de 21 de julio de 1862, cit. por MARTIN: *Ob. cit.*, pág. 250).

peto frente al destinatario; este autor, a su vez, no puede proceder a la publicación o divulgación de la carta sin el consentimiento del destinatario y, aunque tenga memoria o conserve copia de lo escrito, no debe aprovecharlo para una abusiva publicación (42). Acertado parece este enfoque; la difusión del contenido de la carta podría atentar a la intimidad e integridad moral del destinatario, quien tiene también un derecho a la reserva digno de protección.

Decíamos, asimismo, que pueden actuar el derecho al secreto los dos sujetos de la correspondencia—remiteinte y destinatario—frente al Estado. Este, que debe en general respetar la esfera de la intimidad de la persona humana, podría especialmente violarla con facilidad en el caso de correspondencia familiar, que es normalmente transportada por medio de un servicio—el de Correos—del cual es gerente el propio Estado. De aquí las normas constitucionales que garantizan a los particulares la inviolabilidad de la correspondencia y los preceptos penales que castigan los atentados a ella cometidos por funcionarios de la Administración.

De igual modo que frente al Estado, el remitente y el destinatario podrán actuar su derecho al secreto de la correspondencia contra el tercero—particular—que intercepte o divulgue la carta, salvo en los casos, que luego veremos, de obrar el tercero en virtud de una potestad o interés legítimo que faculte para ello.

Afirmábamos, por último, que incluso los terceros gozan del derecho al secreto de la correspondencia (43). Las manifestaciones contenidas en una carta, sea confidencial o no (44), pueden afectar a un extraño. En la carta, por ejemplo, el remitente puede informar al destinatario acerca de la conducta de un tercero o relatar hechos deshonorosos para éste. El tercero, en este caso, aunque extraño a la relación epistolar, tiene un interés a la reserva que hay que proteger en principio; el derecho al secreto no coincide aquí en el mismo sujeto con derecho alguno de propiedad ni de autor, y el tercero podrá ejercitarlo contra quien atente a la reserva, ya sea el autor remitente de la carta, ya sea el destinatario poseedor de la misma.

Resumiendo los supuestos aludidos creemos poder afirmar que son sujetos posibles del derecho al secreto de la correspondencia epistolar: 1) el remitente frente al destinatario; 2) el des-

(42) Véase DE CURIS: *Ob. cit.*, pág. 319.

(43) Los autores franceses insisten en que hay que atribuir este derecho a toda persona cuya intimidad peligraría de lesión por la publicación de una carta, aunque fuese escrita por otro y para otro. (Véanse GENY: *Ob. cit.*, t. 1, pág. 223, y MARTIN: *Ob. cit.* pág. 250.)

(44) Según DE CURIS, el tercero es tutelado en su interés a la reserva independientemente del carácter confidencial de la carta; frente a él, extraño a la relación epistolar, es irrelevante tal carácter (*Ob. cit.* pág. 320).

tinatario frente al remitente; 3) el remitente y el destinatario frente al Estado; 4) el remitente y el destinatario frente a terceros particulares; 5) los terceros frente al autor y el destinatario.

## VI. OBJETO DEL DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR

Suele admitirse hoy que el objeto de los derechos de la personalidad, en general, es el propio cuerpo de la persona humana o de determinales bienes morales de ésta (45).

En el caso concretamente del derecho al secreto de la correspondencia epistolar el objeto es, sin duda, la reserva del contenido de la carta. «El bien jurídico tutelado—afirma De Cupis—es la reserva» (46). El derecho al secreto protege la intimidad de la persona, que es uno de sus bienes morales.

El derecho al secreto de la carta se diferencia por el objeto, según hemos tenido ya ocasión de observar, tanto del derecho de autor como del derecho de propiedad sobre aquélla. El derecho de autor del remitente recae sobre el contenido intelectual de la carta (47); el objeto es, pues, un bien inmaterial extraño a la persona. El derecho de propiedad del destinatario recae sobre la misma carta como bien mueble (48); el objeto es, pues, un bien material también extraño a la persona. El derecho al secreto recae, en cambio, sobre un bien—la reserva—de la persona misma.

Lo que ocurre es que todos estos derechos, aun teniendo objetos distintos y protegiendo intereses diferentes, *inciden* sobre un mismo punto: la carta (49). Es decir, sobre ese papel escrito que constituye una cosa corporal a la que se refieren diversos derechos.

El derecho al secreto protege contra toda violación de la reserva. Atentará, pues, contra aquel derecho, en primer lugar, la publicación no autorizada de la carta. Atentará también, como ponen de relieve Fadda y Bensa, la divulgación, aun sin publicación, del contenido de aquélla (50). Y atentará, finalmente, toda toma de

(45) Afirma RUIZ TOMÁS, siguiendo a KOHLER y CAMPOGRANDE, que el objeto de los derechos de la propia persona «está constituido en las diversas situaciones, por las facultades intelectuales, el cuerpo u otras partes o acciones de la persona» (RUIZ TOMÁS: *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*, Ed. Reus, Madrid, 1931, pág. 38).

(46) Ob. cit., pág. 313.

(47) «El contenido de la carta—escriben FADDA y BENSA—constituye el objeto del derecho del remitente» (*Notas a WINDSCHEID*, cit., t. IV, pág. 179).

(48) Cfr. RAMELLA: Ob. cit., págs. 17 a 23, y DE BENITO: *Apéndice* a la ob. cit. de RAMELLA, pág. 568.

(49) DE CUPIS nota, así, que el derecho a la reserva, aunque tenga por punto de incidencia la carta, no tiene propiamente por objeto la carta, sino la reserva en torno a aquello que, manifestado en la misma, considera la persona (Ob. cit., pág. 316).

(50) Según estos autores, es evidente que no sólo la publicación de

conocimiento del escrito llevada a cabo, sin autorización, por persona que no esté legitimamente facultada para tener acceso a la correspondencia.

El atentado al secreto puede implicar, al propio tiempo, atentado al derecho de autor: por ejemplo, si se publica sin consentimiento de éste la carta de valor literario. Pero puede lesionarse el derecho al secreto sin lastimar un derecho de autor que no existe: por ejemplo, si se publica sin consentimiento del remitente una carta que no tiene valor literario ni científico (51). Asimismo puede concurrir el atentado al secreto con un atentado a la propiedad de la carta. Así ocurrirá si se hurta la carta y se divulga su contenido. Sin embargo, todas estas violaciones son independientes y pueden existir una sin otra.

Puede coincidir, igualmente, la lesión del secreto con un delito de injurias. La publicación de una carta injuriosa, en efecto, supone de por sí un delito, que alguna vez ha sido calificado con independencia del otro delito que integra el hecho de escribirla; así, la sentencia penal española de 28 de mayo de 1889, estimó que la publicación de una carta injuriosa constituye un delito independiente del cometido primitivamente.

Algunos autores entienden que el derecho al secreto existe sólo tratándose de las cartas llamadas «confidenciales» (52). Pero otros estiman que dicho derecho existe aun respecto de las cartas que no tengan visiblemente ese carácter confidencial o privado (53). Nos parece acertado este último criterio, que conduce a una más amplia tutela de la reserva personal. No en todos los casos en que, según hemos visto, hay que reconocer un derecho al secreto, podría subordinarse éste al hecho de que la carta fuera confidencial (54). Por otra parte, es difícil establecer cuándo una carta es «confidencial», siendo la confidencialidad un concepto vago y elástico (55); no se podría, seguramente, sugerir un criterio general

la carta por la prensa, sino en general, su divulgación viola el derecho del remitente (*Notas* a WINDSCHEID, cit., t. IV, pág. 178).

(51) IBERING observaba a este respecto que no siempre la violación del secreto epistolar puede ser violación de un derecho de autor: el derecho de autor tiene por objeto escritos elaborados para su publicación; la carta está dirigida sólo al destinatario (véase FADDA y BENZA: *Notas* cit., t. IV, pág. 178).

(52) Véase JOSSEMAND: Ob. cit., t. I, pág. 763. y DE CUPIS Ob. cit., pág. 317.

(53) Véase GANGI: *Personae fisiche e persona giuridiche*, Milán, 1946, pág. 179.

(54) Así DE CUPIS observa que el criterio de la confidencialidad, relevante para la tutela de autor, no puede tener valor distintivo para la tutela del destinatario, sirviendo sólo para calificar la intención del autor frente al destinatario (Ob. cit., pág. 320).

(55) GENY hace notar que hay grados, variaciones, matices en la confidencialidad misma, y, según sea más o menos intensa, producirá consecuencias totales o atenuadas: se concibe, por ejemplo, que tal carta, que pide el secreto con relación a una persona, no lo exige con relación a otra,

y absoluto para esa calificación, que habría que relegar al juez en los casos concretos (56). Es de notar, además, que puede una carta no merecer el título de confidencial, con arreglo a los criterios ordinarios acerca de la confidencialidad, y, sin embargo, afectar a la esfera de la intimidad de una persona. El interés a la reserva que tienen ciertos sujetos, en los casos que antes estudiábamos, puede darse sin necesidad de que la carta haya tenido el carácter de confidencial.

## VII. PROTECCIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR

La tutela del secreto de la correspondencia discurre por diversos cauces jurídicos. Por otra parte, tal importancia se asigna a este derecho, que las normas programáticas o constitucionales de los Estados modernos suelen proclamar la inviolabilidad de la correspondencia. Veamos, pues, las garantías y la protección concreta que las leyes fundamentales y las ordinarias otorgan al derecho que estudiamos.

### I. *Garantía en las leyes fundamentales.*

Algunas Constituciones proclaman expresamente el respeto al secreto de la correspondencia. La italiana, así, en su artículo 15, dispone que: «La libertad y el secreto de la correspondencia y de toda otra forma de comunicación son inviolables. Su limitación puede provenir solamente de acto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas en las leyes». En Francia, por el contrario, la reciente Constitución de 5 de octubre de 1958, aunque proclama en su título 1.º algunos derechos del ciudadano, omite la afirmación de la inviolabilidad de la correspondencia.

En España, ya las Constituciones de 1869 y 1876 garantizaban la inviolabilidad (57). En la actualidad, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 afirma en su artículo 13 que «dentro del territorio nacional el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia». Este precepto parece más bien dirigirse al propio Estado, conminándole, como transportista que es de la mayor parte de la correspondencia de los españoles, a respetar y hacer respetar a sus funcionarios las cartas que se le confían. Como

---

y que ciertas correspondencias puedan ser comunicadas a la familia o a los amigos sin implicar una divulgación en justicia (Ob. cit., t. I, pág. 217).

(56) Sobre el carácter confidencial de las cartas y su valoración por el juez, véanse RAMBLA: Ob. cit., pág. 89; JOSSERAND: Ob. cit., t. I, pág. 763, y DE CURIS: Ob. cit., págs. 317 y 318.

(57) Sobre el amparo de las correspondencias postal y telegráfica de estas dos Constituciones puede verse DE BENITO: Est. cit., págs. 571 y 572.

norma fundamental que es, requiere este artículo su desarrollo en leyes ordinarias que hagan efectiva para los particulares la protección a la reserva. Veamos cuál es hoy esa protección.

## 2. Protección en las leyes ordinarias.

La protección al derecho al secreto de la correspondencia epistolar se actúa por vía civil, por vía penal y por vía disciplinaria.

### A) Por vía civil:

La doctrina actual tiende a exigir el resarcimiento de las transgresiones al secreto, como integrantes de conducta ilícita civil. «Sin el consentimiento del autor—escribe De Cupis—la publicación constituye un ilícito civil, en cuanto lesiva del derecho a la reserva» (58). Podemos añadir que no sólo la publicación, sino también la divulgación por otros medios, aunque sea limitada y aun la mera toma de conocimiento del contenido de la carta—actos todos ellos que pueden originar perjuicios morales o materiales al titular del derecho al secreto—pueden suscitar su protección en vía civil.

La jurisprudencia francesa se esfuerza en asegurar el respeto al secreto, sancionando firmemente, aun en vía civil, los atentados a éste. Así, la sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955, dictada en litigio en que se había debatido el secreto de la correspondencia telefónica (que es, como dijimos, una modalidad de la correspondencia, cuyas resoluciones resultan de gran interés para la epistolar), se inclinó decididamente a favor del secreto frente a una intromisión realizada con amparo de la policía y de la autoridad judicial (59).

En el Derecho español, la doctrina ha considerado utilizable el artículo 1.902 del Código civil, que recoge el principio de la culpa extracontractual, como cauce de protección de algunos derechos de la personalidad (60) y del derecho al secreto de la correspondencia en particular (61), estimando que, en vía civil, la tutela del derecho al secreto epistolar, y análogamente al telegráfico y al

(58) Ob. cit., pág. 317.

(59) Dió origen al asunto la actuación de un electricista que—requerido por un comisario de Policía, que obraba a su vez con mandato de un juez de instrucción—efectuó una bifurcación que permitió registrar conversaciones telefónicas privadas; la Sala de lo Civil estimó nulo el requerimiento del comisario y el mandato del juez, y declaró la responsabilidad civil del electricista.

(60) Así, el profesor BATLLE señala como aplicable el artículo 1.902 para exigir indemnización por lesión del derecho al nombre (M. BATLLE: *El derecho al nombre*, Ed. Reus, Madrid, 1931, pág. 61).

(61) Así, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, sin entrar en el problema de si hay un derecho subjetivo al secreto de la correspondencia, y a los otros derechos de la personalidad de que habla ENNECCERUS, afirman que «aparte de su protección penal, esos bienes tienen en el Derecho civil la resultante de la acción de indemnización que prevé el artículo 1.902 del Código civil» (*Notas a ENNECCERUS*, t. I, vol. 1, pág. 429).

telefónico, actuará a través del principio general de la responsabilidad por hecho ilícito establecida en el precepto citado.

El resarcimiento que se pida al amparo del art. 1.902 puede extenderse a los perjuicios morales y económicos sufridos por la violación del secreto. Al dolor moral que produce a una persona la divulgación de su correspondencia—poniendo al descubierto una zona de su intimidad—se une, a veces, una repercusión perjudicial en su patrimonio: como consecuencia, por ejemplo, de la publicidad dada a una carta que contiene un informe adverso en materia profesional a una persona, ésta puede ver reducidas o desaparecidas sus posibilidades de empleo.

Se habla, por ello, en la doctrina del *concurso de intereses* y de la protección al interés moral y al interés patrimonial indirecto (62). Y parece, ciertamente, que se puede admitir, en términos generales, el resarcimiento de estos bienes.

Conviene, sin embargo, tener cautela al apreciar aquellos intereses en los casos concretos. Como observa Ruiz Tomás, estudiando el derecho a la imagen—vecino del que aquí estudiamos, por proteger, como él, la intimidad personal—se podría llegar demasiado lejos por este camino, protegiendo reclamaciones basadas en un exceso de susceptibilidad (63). Al juez corresponderá, pues, la delicada misión de apreciar la realidad y magnitud del perjuicio sufrido por la revelación de la correspondencia epistolar.

La jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo español en aplicación del artículo 1.902 del Código civil ha venido a confirmar, en general, la admisibilidad del resarcimiento de perjuicios morales y la valoración judicial de los daños.

Así, el Supremo ha declarado que en los casos de ofensas al honor o a la vida, la valoración de los daños corresponde al juzgador, conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser suficiente causa para la denegación de la indemnización su falta de determinación pecuniaria (sent. de 24 de mayo de 1947). También ha señalado que si la fijación económica de los perjuicios no es posible practicarla, siguiendo las reglas usuales, y así sucede cuando se trata de compensar daños morales o que afectan a la pérdida de la vida o integridad corporal, ha de valorarse por el juzgador de modo discrecional y en atención a las circunstancias y necesidades del caso concreto (sents. de 24 de diciembre de 1941 y 2 de diciembre de 1946). Y, asimismo, ha afirmado reiteradamente que corresponde a la Sala sentenciadora apreciar como cuestión de hecho la existencia de los daños y perjuicios y la de su importe (sents. de 31 de mayo de 1944 y 27 de marzo de 1947, entre otras), así como la acción u omisión

(62) Véase DE CUPIS: Ob. cit., pág. 345.

(63) Véase RUIZ TOMÁS: Ob. cit., pág. 106.

que los origina; pero la valoración jurídica de esa misma acción u omisión, como constitutiva o no de culpa, es tema de derecho (sent. de 10 de julio de 1943).

La pretensión de indemnización por divulgación de correspondencia escrita, requerirá probar la relación de causalidad entre el hecho de la publicidad y los daños y perjuicios sufridos por el actor (64). La ilicitud de la divulgación quedará excluida, y, en consecuencia, no procederá condena, cuando el agente que ha atentado al secreto de la carta obraba en virtud de un derecho (65), como ocurre en los casos que señalaremos al estudiar las excepciones al derecho al secreto de la correspondencia.

#### B) *Por vía penal:*

La tutela al secreto de las cartas en esta vía tiene lugar a través de los preceptos que, en los Códigos penales, castigan como delito la detención ilícita de correspondencia o la divulgación de secretos.

En España, las Ordenanzas de Carlos IV castigaban ya severamente la violación del secreto de la correspondencia, y los Códigos penales, a partir del de 1822, han protegido también ese secreto (66).

El Código penal vigente contiene diversos preceptos relacionados con nuestra materia. El artículo 192, tipificador del delito de detención ilícita de la correspondencia, castiga al funcionario público que, sin las debidas atribuciones, detuviere cualquier clase de correspondencia privada; la penalidad se agrava si la abre o sustrajere. El precepto no es aplicable a los funcionarios de Correos, ya que éstos, según ha declarado la jurisprudencia, si retienen indebidamente la correspondencia de los particulares, no cometen este delito, sino el previsto en el artículo 364 (sentencias de 11 de diciembre de 1896 y de 7 de enero de 1900).

El aludido artículo 364 sanciona como reo de delito de infidelidad en la custodia de documentos al funcionario público que sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo. Los Tribunales aplican este artículo para la sanción de las violaciones de correspondencia realizadas por funcionarios de Correos, incluyendo entre dichos funcionarios a los carteros. El artículo 366 castiga también como autor de infidelidad al funcionario público que abriere o consintiere abrir sin la autorización competente papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada; aquí está comprendida, según alguna jurisprudencia, la apertura de cartas confiadas al correo hecha por funcionarios encargados de su

---

(64) Cfr. la sentencia de 6 de julio de 1942.

(65) Cfr. la sentencia de 13 de junio de 1942.

(66) Véase DE BENITO: Est. cit., págs. 570 y 571.

distribución (sents. de 5 de noviembre de 1894 y 20 de abril de 1924). El artículo 249, finalmente, pena como reos de desórdenes públicos a los que interceptaran la correspondencia; una sentencia de 10 de febrero de 1935 declaró que la interceptación de la correspondencia debe entenderse en el sentido de que se ejecuten actos dirigidos a impedir o interrumpir las necesarias y debidas relaciones que por dicha comunicación y correspondencia se proporcionan.

Por otro lado, el Código penal protege directamente el secreto de las cartas al castigar como reo de descubrimiento y revelación de secretos, en el artículo 497, a quien «para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas»; la pena es algo mayor si divulgare éstos. Se ha entendido que comete tal delito el que se apropie una carta cerrada confiada al correo, que encuentre en la calle, y divulgue su contenido, sea cual fuere (sent. de 10 de diciembre de 1908).

### C) *Por vía disciplinaria:*

A la protección del secreto de las cartas contribuyen algunas de las normas con que, en los diversos países, se disciplinan los servicios postales.

En España, la reglamentación del ramo de Correos ha tendido a asegurar el secreto de la correspondencia epistolar, entendiéndose que dicho secreto no sólo se refiere al contenido de la carta, sino que implica una absoluta prohibición a los empleados de facilitar noticia alguna respecto a la clase, dirección, número o cualquiera otra circunstancia exterior de los objetos que manipulan (67). En la historia del servicio de Correos se advierte siempre la preocupación de garantizar el secreto (68). La responsabilidad de los funcionarios está prevista en el artículo 18 del Reglamento, que ha preceptuado que «la Administración de Correos no asume responsabilidad alguna por la correspondencia ordinaria que se confíe para su transporte; pero la tendrán personalmente los empleados por su negligencia y los abusos que cometan».

Concretamente, el artículo 55 del Reglamento orgánico del personal de Correos de 11 de julio de 1909, incluyó entre las *faltas muy graves* de los funcionarios, «las que afectan a la inviolabilidad de la correspondencia». Y el Reglamento de sanciones para el personal de Correos, aprobado por Decreto de 11 de julio de 1932, considera como *faltas de tercer grado*, «las que, aun sin violación de los sobres o envases de la correspondencia, afecten al secreto profesional que marquen los reglamentos y demás disposiciones», y como *faltas de cuarto grado* «la violación, sus-tracción o detención arbitraria de la correspondencia».

(67) Véase DE BENITO: Est. cit., pág. 572.

(68) Véase BRIONES: Est. cit., págs. 796 y 797.

## VIII. EXCEPCIONES AL DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR

Existen casos en los que el sujeto que sería normalmente titular de un derecho al secreto, no puede ejercitar éste porque la persona que ha atentado a la reserva lo ha hecho obrando en virtud de un interés legítimo.

Alguna doctrina habla, en estos casos, de *limitaciones* al derecho al secreto de la correspondencia. Pero esa palabra, tan frecuentemente empleada en la esfera del derecho de propiedad, puede ser equívoca, y conviene no confundir, como algunos autores han confundido, la cuestión de la propiedad de la carta con la cuestión del derecho al secreto de su contenido; las limitaciones al secreto no deben considerarse, aunque algunos juristas las hayan considerado, como limitaciones al derecho de la propiedad de la carta. Preferimos, pues, hablar de *excepciones* al derecho al secreto. Si, como dicen Fadda y Bensa, en materia de correspondencia «la regla es siempre que el secreto epistolar debe ser conservado» (69), creemos que pueden configurarse, perfectamente como *excepciones* los casos en que no existe el deber de respetar el secreto.

Tales excepciones, por lo demás, son relativamente numerosas y de considerable importancia práctica, si bien por la insuficiente regulación de esta materia en las leyes positivas, es discutible la extensión de algunas de dichas excepciones e incluso la existencia de otras.

El profesor De Cupis clasifica las excepciones al derecho al secreto de la correspondencia—que él llama «limitaciones»—en voluntarias y legales. Seguiremos esa misma base e intentaremos modestamente, dentro de ella, sugerir una nueva clasificación de las legales.

1. *Excepciones voluntarias.*

La obligación de respetar el secreto de la correspondencia puede desaparecer por la voluntad del propio titular del derecho a la reserva, que renuncia a éste. Se produce esa renuncia cuando se autoriza la publicación de una carta o se consiente que alguien tenga acceso al contenido de ella.

Cierto es que la renuncia de los derechos de la personalidad ofrece algunas dificultades y que algunas veces se ha afirmado en la doctrina, entre los caracteres de aquéllos, el de irrenunciabilidad. Sin embargo, hay también autores que, aun proclamando esa nota, admiten al propio tiempo que existen «grandes excepcio-

(69) Notas cits., t. IV, pág. 178.

nes» a ella (70). Y no faltan quienes ponen de relieve que el hombre en diversos momentos de la vida, efectúa actos de disposición de sí mismo, sin que esa disponibilidad ofenda a la conciencia general (71).

Con relación, en concreto, al derecho al secreto de la correspondencia epistolar, la doctrina moderna acepta su renunciabilidad. En este sentido, De Cupis escribe que el derecho a la reserva es disponible, pudiendo sus sujetos consentir aquellos actos de divulgación que, sin el consentimiento, serían lesivos, y pudiendo consentirse también que un tercero penetre en el secreto, consentimiento que excluye las sanciones posibles (72).

El consentimiento para la divulgación de una carta puede otorgarse en la carta misma o en acto aparte, ya sea anterior o posterior al envío de aquélla. Esa autorización confiere un derecho que excluye la responsabilidad por los actos contrarios al secreto. Creemos, sin embargo, que pueden ser ilícitos algunos actos que excedan de lo consentido: por ejemplo, la publicación de la carta por un tercero a quien solamente se había autorizado a conocerla.

## 2. Excepciones legales.

El deber de respetar el secreto de la correspondencia desaparece también en ciertas situaciones en que existe un interés legítimo a conocer el contenido de unas cartas. Estas situaciones son relativamente numerosas. Sin embargo, constituyendo excepciones a un derecho de la personalidad, deben ser admitidas con cautela, absteniéndose de ampliar su número o alcance en caso de duda.

No pueden considerarse, así, legitimados para asomarse al secreto de la correspondencia, o para divulgarlo, quienes no obren al amparo de normas legales expresas o en el ejercicio de una potestad que aconseje la intervención en la correspondencia de otro. Concretamente, no están exceptuados del deber de respeto al secreto de las cartas, el amo respecto al criado y el patrono respecto al trabajador, ya que la relación de dependencia y trabajo no lo exige; ni el defensor judicial respecto al menor, ya que el nombramiento del primero, que se hace para un solo asunto, no confiere una potestad permanente sobre el segundo; ni el tutor respecto al pródigo, ya que aquél no tiene facultad alguna sobre la persona de éste, etc.

Los casos en que desaparece el deber de respetar el secreto de la correspondencia epistolar proceden de intereses legítimos

---

(70) Esa es la posición de MARTÍN BALLESTERO: Ob. cit., pág. 41.

(71) Véase RUIZ TOMÁS: Ob. cit., pág. 31.

(72) Ob. cit., pág. 330.

públicos o privados. Los estudiaremos seguidamente, ensayando una clasificación, que no pretendemos sea definitiva, de los mismos.

A) *Por proteger el interés a la defensa del honor.*

El derecho al honor se configura hoy, aunque esta concepción no sea unánimemente admitida, como uno de los derechos de la personalidad. El contenido de una carta afecta a veces al honor. La propia carta puede ser vehículo de unas injurias o contener información acerca de hechos que deshonran a una persona o que, por el contrario, dejan su honra a salvo. En todos estos casos cabe que a la persona afectada interese la divulgación de la carta, sea para que se sancione el atentado al honor perpetrado con ella, sea para combatir los hechos deshonrosos o para que se conozcan los honrosos. Puede existir, pues, colisión entre el derecho al secreto de un sujeto y el derecho al honor de otro.

En esos casos parece que el derecho al honor, que protege la dignidad de la persona, tiene preferencia. En este sentido, De Cupis señala que el interés a la defensa del honor «puede también superar, en el campo de la correspondencia epistolar, a la tutela de la reserva» (73).

La mayoría de las veces, sin embargo, lo que el interés de la defensa al honor aconsejará es la presentación de la carta en juicio. Y a ello aludiremos al estudiar las excepciones derivadas del interés del conocimiento judicial de la verdad.

B) *Por proteger el ejercicio de una potestad familiar.*

Hay casos en los que la correspondencia de una persona no debe permanecer secreta para otra persona que ejerce sobre aquélla una función de las que atribuye el Derecho de familia. Como algunos autores italianos observan, existen potestades familiares, como la patria potestad o la potestad tutelar, que entrañan, en base a su propia naturaleza y a su propio fin, un poder de vigilancia que comprende a su vez un poder de control sobre la correspondencia del sujeto subordinado (74). Junto a esos poderes constituidos por la patria potestad y la tutela debemos recoger algunas relaciones que ofrecen cierta analogía con ellos y pueden también conferir un derecho de acceso a la correspondencia de la persona sometida. En todos estos casos creemos poder afirmar que hay *excepción* al derecho al secreto de la correspondencia epistolar del sujeto protegido en beneficio del ejercicio de una función. Y con aquéllos debemos estudiar, asimismo, el de-

---

(73) Ob. cit., pág. 335.

(74) Véase CRESPI: *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952, páginas 85 a 87.

batido caso de la autoridad marital como posible causa de excepción al derecho de la mujer casada al secreto de su correspondencia.

Hay que advertir también, sin embargo, que esos poderes que atribuyen un derecho sobre la correspondencia de otra persona, tienen, a su vez, sus propios límites. Deben detenerse, por ejemplo, ante el *secreto profesional* en los casos en que éste protege a la correspondencia del hijo menor o de la mujer casada que ejercen una profesión. Y duran tan sólo, en el tiempo, mientras existe la relación de dependencia: las facultades del padre o del tutor se extinguen, así, con la mayoría del hijo o pupilo, y las facultades del marido se extinguen con la separación. La intervención de correspondencia más allá de los límites que en cada caso hay, puede entrañar un caso de abuso del derecho.

a) *De la patria potestad.*

De antiguo se viene admitiendo la facultad de los padres de intervenir la correspondencia de los hijos menores no emancipados sometidos a patria potestad. En concreto, se ha aceptado el derecho del padre y de la madre a enterarse de la correspondencia dirigida a sus hijos, interceptarla o hacérsela entregar en la Administración de Correos y aun a destruirla (75). Y se dice que estos derechos proceden de las facultades que otorga a los padres la patria potestad (76).

En el Derecho español, el Código civil no atribuye a los padres, en el título consagrado a la patria potestad, la facultad de intervenir la correspondencia de los hijos. Pero sabido es que la regulación de las relaciones personales derivadas de la patria potestad es, en dicho Código, insuficiente, existiendo efectos no previstos allí expresamente. Uno de éstos es, sin duda, el que estudiamos. Por otra parte, desde el siglo pasado se ha admitido el derecho de los padres a intervenir la correspondencia de los hijos menores no emancipados, ya que, aunque las leyes civiles no hayan reconocido expresamente esa facultad, las leyes penales han declarado, a partir del Código penal de 1822, la irresponsabilidad de los padres que se apoderasen de cartas o papeles de los hijos sometidos a la patria potestad (77). El Código penal vigente conserva esa excusa absoluta en el párrafo 3.º del artículo 497.

El derecho de los padres existirá tan sólo mientras subsista la patria potestad: se extinguirá, por tanto, con la emancipa-

(75) Véase RAMELLA: Ob. cit., pág. 57.

(76) Para RAMELLA proceden concretamente de las facultades personales de los padres; y en particular, el derecho de reclamar de la Administración de Correos la correspondencia dirigida al menor, procede del derecho de representación del padre (Ob. cit., pág. 58). Para DE CURTIS, la limitación al secreto sufrida por el hijo procede del poder de vigilancia que atribuye al padre la patria potestad (Ob. cit., pág. 336).

(77) Cfr. DE BENITO: Est. cit., pág. 583.

ción. Sin embargo, creemos que el padre podrá presentar en juicio, con posterioridad a la emancipación, cartas y papeles del hijo que prueben el cumplimiento por los padres de los deberes personales y patrimoniales que les impuso la patria potestad.

b) *De la tutela.*

De igual modo que al padre, la doctrina ha venido reconociendo al tutor la facultad de intervenir la correspondencia del pupilo. El fundamento que se asigna a este derecho es el mismo—protección o vigilancia del sujeto a tutela—que se ve en el caso de la patria potestad (78).

En el Derecho español, aunque—lo mismo que respecto a los padres—la legislación civil no confiere expresamente esta facultad a los tutores, se entiende también que la gozan al haber sido exentos de responsabilidad criminal, a partir del Código penal de 1822, en caso de apoderamiento de papeles o correspondencia del pupilo (79). La excusa absolutoria subsiste hoy en el ya citado párrafo 3.º del artículo 497 del Código penal vigente.

Hay que entender que esta excepción al derecho al secreto beneficiará al tutor del menor y al del loco (que son los que ostentan un poder de protección personal sobre el sujeto a tutela), pero no al tutor del pródigo, ya que este tutor, según dijimos, no tiene, a tenor del artículo 224 del Código civil, facultades sobre la persona del pupilo.

c) *De relaciones análogas.*

La doctrina reconoce a ciertas personas un derecho a intervenir la correspondencia de otras que están, respecto de las primeras, en una situación de protegidas, análoga, en cierto modo, a la del sometido a patria potestad o tutela.

Así, se ha afirmado que los maestros y preceptores—como encargados permanentemente y en virtud de cierto título, de la educación y vigilancia de los menores—tienen derecho, no sólo a interceptar la correspondencia dirigida o recibida por sus alumnos (remitiéndola a las personas que les dieron tal encargo), sino incluso a enterarse de su contenido (80). Parece que esta excepción al secreto de la correspondencia es, en efecto, admisible, siempre que se trate de alumnos menores no emancipados, respecto de los cuales el profesor puede considerarse (especialmente en los internados) como un representante del padre, que, aunque no ostenta la patria potestad—pues ésta corresponde sólo al padre y a la madre, y es irrenunciable—colabora en la función educativa de aquélla.

Se ha reconocido también en la doctrina, a favor de los di-

(78) Cfr. RAMELLA: Ob. cit., pág. 60, y DE CUPIS: Ob. cit. pág. 336.

(79) Cfr. DE BENITO: Est. cit., pág. 583.

(80) Véase RAMELLA: Ob. cit., pág. 61.

rectores de manicomios, la facultad de abrir, leer o interceptar la correspondencia de los alienados puestos bajo su custodia (81). En este caso puede, análogamente al anterior, afirmarse que el director del manicomio, si bien no ejerce la tutela sobre el incapacitado, colabora en la protección y vigilancia de éste.

En ambos casos, sin embargo, parece que se debe afirmar la subordinación necesaria del profesor o del facultativo al padre y al tutor, respectivamente. En los casos concretos, la conducta de aquéllos al intervenir correspondencia de la persona sujeta puede integrar—habida cuenta de las circunstancias de edad y discernimiento de ésta, órdenes recibidas, finalidad de la intervención, etcétera—un caso de abuso del derecho.

#### d) *De la potestad marital.*

Mucho se ha discutido acerca de si la autoridad marital confiera al marido el derecho a intervenir la correspondencia de la mujer. La cuestión ofrece considerable interés práctico (82). En tres posiciones creemos poder resumir las opiniones emitidas.

Una primera posición afirma radicalmente la facultad del marido de conocer las cartas que su esposa dirija a un tercero o reciba de él. Esta opinión está acorde con la antigua concepción de un amplio poder marital y tuvo acogida en la doctrina y jurisprudencia francesas, así como en diversos autores de Europa e Iberoamérica que admitían que el marido puede interceptar las cartas de la mujer, tanto las escritas como las recibidas por ella, y ordenar a la Administración de Correos que le sean remitidas (83).

Una segunda posición, mantenida también por eminentes juristas franceses, admite la facultad del marido, pero con ciertos límites. Tales límites, según exponen PLANIOL y RIPERT, son: 1.º) Que el derecho se ejerza solamente sobre las cartas que pertenezcan a la mujer según los principios que rigen la cuestión de la propiedad de las cartas; 2.º) que el marido goce el poder marital en su plenitud; 3.º) que se respete el secreto profesional, si la mujer ejerce una profesión; y 4.º) que el marido no abuse de su derecho de otro modo (84).

(81) Véase RAMBLA: Ob. cit., págs. 67 y 68.

(82) RAMBLA hace notar que dos exagerados signos de los celos y la desconfianza, por un lado, y las relaciones ilícitas por otros, que se tratan de ocultar al esposo, abren un campo práctico sumamente extenso a la cuestión de si pertenece al marido el derecho de abrir o interceptar la correspondencia dirigida a su mujer, o sí, por el contrario, ésta es libre para recibirla o contestarla (Ob. cit., pág. 63). Pero no sólo las relaciones ilícitas dan origen a conflictos; la correspondencia de la mujer sobre asuntos familiares o económicos, por ejemplo, puede afectar al marido y producirle un interés al conocimiento de las cartas.

(83) Véase RAMBLA: Ob. cit., pág. 63, y GATTI: *La potestad marital*, Montevideo, 1957, págs. 33 y 34.

(84) PLANIOL Y RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, t. II (con el concurso de ROUAST), págs. 304 y 305.

Una tercera posición, decididamente contraria a las facultades del marido en este punto, mantiene el derecho de la mujer al secreto de su correspondencia. Varios civilistas actuales están en esta línea. Así, en la doctrina europea, De Cupis estima que de la potestad marital, que no se ejercita sobre un sujeto incapaz, no deriva un poder de vigilancia sobre la correspondencia de la mujer (85). Y en la doctrina americana, Borda entiende que esta cuestión tiene hoy que resolverse en un pie de igualdad para ambos esposos (86).

Parece, pues, que la evolución doctrinal en este campo se orienta en contra de la intervención de correspondencia por el marido. También la orientación legislativa, por otra parte, puede considerarse, en conjunto, desfavorable a la intervención. De un lado, las declaraciones de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, proclamadas en diversas Constituciones, son aducibles—y de hecho han sido ya aducidas—en contra del acceso a las cartas. De otro lado, las leyes más recientes sobre derechos de la mujer son opuestas a aquella facultad del varón (87).

Sin embargo, aun los autores que entienden que la mujer conserva el derecho al secreto de su correspondencia incluso frente al marido, admiten, por otra parte, que el marido puede intervenir dicha correspondencia en caso de adulterio de la esposa; esta excepción al secreto la fundamentan no en el ejercicio de una potestad familiar, sino en una legítima defensa del marido contra el hecho ilícito de que es o va a ser víctima (88).

Cabe ya preguntarse si tiene el marido, en el Derecho español, la facultad de interceptar la correspondencia de la mujer. El profesor De Benito, en su estudio publicado en 1897 y aquí ya varias veces citado, entendía que sí, alegando que, aunque las le-

(85) Ob. cit., pág. 336.

(86) «En la época—escribe BORDA—en que la potestad marital era un principio indiscutido, se aceptaba que el esposo tenía el derecho de interceptar la correspondencia de su mujer sin admitir, desde luego, la facultad recíproca. Actualmente no se concibe que la cuestión pueda resolverse sino en un pie de igualdad para ambos. Es difícil en esta materia sentar principios absolutos y reconocer ilimitadamente o negar en forma total este derecho. La interceptación sistemática de la correspondencia importa una desconfianza injuriosa, susceptible de configurar una causa de divorcio. Pero, por otra parte, los tribunales admiten siempre, y con razón, la presentación en los juicios de divorcio de cartas enviadas por el otro cónyuge a un tercero o viceversa, de las que se desprende la existencia de relaciones íntimas o simplemente equívocas, lo cual importa un reconocimiento del derecho de interceptación» (*Tratado de Derecho civil argentino, Familia*, t. I, Buenos Aires, 1955, pág. 183).

(87) Así, la importante ley uruguaya número 10.783, de 18 de septiembre de 1946, sobre la capacidad jurídica de la mujer, robustece la situación igualitaria de los esposos en orden a la correspondencia, entendiéndose que, en determinados supuestos, la interceptación por parte del marido, o igualmente de la mujer, podrá constituir una injuria grave o el delito de la violación de la correspondencia (véase GARRI: Ob. cit., pág. 52).

(88) Cfr. DE CUPIS: Ob. cit., pág. 336.

yes civiles callaran sobre ese extremo, los Códigos penales, desde el de 1822 hasta el de 1870, declaraban la inculpabilidad de los maridos que se apoderasen de los papeles o cartas de sus mujeres, y esto aun cuando divulgaran los secretos que contengan (89). En la actualidad, sin embargo, carecemos de este argumento, toda vez que el vigente Código penal, en su artículo 497, punitivo del descubrimiento de secretos, excusa expresamente tan sólo en su párrafo 3.º a «los padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia», pero no al marido respecto a los papeles o cartas de su mujer.

Hoy, por tanto, el marido que para descubrir los secretos de su mujer se apoderare de sus papeles o cartas puede caer bajo la sanción de pena del artículo aludido, ya que su párrafo 3.º, según observa Quintano, «consigna una excusa absolutoria que, como tal, no admite extensiones» (90). Sin embargo, creemos que, en algunos casos concretos, el marido podría alegar a su favor la eximente de estado de necesidad. El número 7 del artículo 8.º del Código penal exime, en efecto, la responsabilidad criminal a «el que impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: 1.º) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2.º) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3.º) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, la obligación de sacrificarse». El marido que se apodera de papeles o cartas de su mujer lesiona acaso—aceptando las orientaciones modernas—un bien jurídico de la esposa (el derecho a la reserva) e infringe un deber propio (el de respetar el secreto de la correspondencia), pero si obró así para evitar un mal (por ejemplo, el adulterio de la mujer, o la ruina familiar, o un grave perjuicio para un tercero, o la perpetración por la mujer de un delito de injurias con la carta que va a enviar, etc.) podrá demostrar que ha sido impulsado por un estado de necesidad. Por otra parte, también puede constituir excepción al derecho al secreto de la correspondencia de la mujer, la presentación en juicio por el marido de papeles y cartas de aquélla, a que luego nos referiremos.

En el orden civil, el derecho del marido a intervenir cartas de la mujer, con la consiguiente desigualdad que entraña al no reconocerse idéntico derecho a ésta, podría tal vez apoyarse en el

(89) Est. cit., pág. 583.

(90) «Tradicionalmente—añade este autor—se incluye en la misma al marido respecto a los secretos de su mujer; pero tan vejatorio privilegio desapareció ya en el Código de 1932, como en todos los del mundo, y no ha sido restablecido» (QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios cits.*, t. II, página 372).

artículo 57 del Código civil, que atribuye al marido una función protectora.

En definitiva, creemos que corresponderá al juez, en los casos concretos que hasta él llegaren, apreciar si el marido ha obrado o no en ejercicio de un derecho. Es difícil sentar aquí una regla general. Y conviene huir de las posturas extremas, tanto de la que atribuye siempre un derecho absoluto de intervención al marido (posición disconforme con la concepción actual de los derechos de la mujer) como de la que niega toda facultad a aquél y le trata como a un extraño (posición exagerada y contraria a la autoridad marital, necesaria para la subsistencia de la familia). El derecho al secreto de la correspondencia protege la intimidad personal. Y la intimidad es un mundo sin fronteras fijas cerradas; cada persona abre, a las demás, zonas mayores o menores de su intimidad. La mujer conservará siempre derecho a la reserva de una zona de su intimidad moral; pero el marido tendrá también conocimiento de otras zonas y no puede ser considerado frente a ella como un extraño, ni su intromisión sancionada con igual rigor que la de un tercero.

C) *Por proteger el interés al conocimiento judicial de la verdad.*

Existen casos en los que el derecho al secreto de la correspondencia epistolar sufre una excepción ante la necesidad de que se esclarezca la verdad en un proceso. Las cartas, por los hechos que narren o las manifestaciones que contengan, pueden tener un gran valor probatorio que aconseje, aun a costa de menoscabar la reserva de alguien, presentarlas a juicio.

El profesor De Cupis habla del *interesses all'acertamento giudiziario de la veritat* como interés superior que justifica el sacrificio de un importante bien de la persona (91). La doctrina y la jurisprudencia observa también, empero, que sólo con autorización pueden presentarse cartas en pleitos. «Una carta confidencial—afirman los profesores Mazeaud, apoyados en una sentencia del Tribunal de Bourges de 22 de junio de 1948—no puede ser llevada a conocimiento de terceros sin asentimiento del remitente y del destinatario, aun en el curso de un proceso» (92). Se afirma, por ello, que el tercero que no está en posesión de la carta, lo único que podrá hacer es solicitar del juez una orden de exhibición de aquélla, ya que si se la apropiase con actos unilaterales incurriría en delito de sustracción de la correspondencia (93).

(91) Ob. cit., pág. 332.

(92) MAZEAUD: Ob. cit., t. I, pág. 661. La presentación de cartas en pleito—afirman en otro lugar—no es posible sin autorización del destinatario, «salvo en materia de divorcio, pues se hace aquí prevalecer los derechos del matrimonio sobre aquellos del secreto» (pág. 636).

(93) DE CUPIS: Ob. cit., pág. 334.

Algún autor, sin embargo, como Guillot, refiriéndose a las cartas presentables en juicio de divorcio, ha sostenido que, cualquiera que sea el medio de que se valga el cónyuge para obtener la carta, puede servir ésta como medio de prueba; si existe violación de correspondencia o cualquier otro delito—observa—se aplicará al que lo haya cometido la pena correspondiente, pero es absurdo agregar a esa pena la de invalidar las cartas obtenidas, porque implicaría aumentar ilegalmente la pena fijada por la ley y porque esa invalidez no podría declararse sino poniéndose en completa oposición con la realidad (94).

¿Qué posibilidades hay, en el Derecho español, de presentar cartas en un proceso? Distinguiremos según se trate de pleito civil o de causa criminal.

a) *En pleito civil.*

Las cartas en Derecho español, según ha reconocido numerosa jurisprudencia, tienen la consideración de documentos privados; pueden, por tanto, servir como medio de prueba (95). Y les será aplicable el artículo 1.228 del Código civil, que preceptúa que «los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que consta con claridad, pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen».

La Ley de Enjuiciamiento civil, al referirse a los medios de prueba, dispone que «los documentos privados y la correspondencia que obren en poder de los litigantes se presentarán originales y se unirán a los autos» (art. 602, párr. 1.º). Sin embargo, «no se obligará a los que no litiguen a la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva, salvo el derecho que asista al que los necesitare, del cual podrá usar en el juicio correspondiente» (art. 603, párr. 1.º). Veamos cómo interpretan este precepto los comentaristas de la ley procesal en las tres hipótesis que pueden presentarse:

1.ª) Si el documento o la carta está en poder de la parte que solicita su presentación. En esta hipótesis, Manresa distingue, a su vez, otras dos, según el documento sea o no de la propiedad de la parte; si lo es, se unirá original a los autos; si no lo es, hay que distinguir de nuevo, ya que si el litigante lo adquirió legalmente podrá aportarlo, pero no así si la adquisición fué ile-

(94) GUILLOT: *Comentarios del Código civil*, 2.ª ed., Montevideo, 1928, t. II, pág. 147.

(95) Admite la jurisprudencia que las cartas particulares pueden tener eficacia probatoria aunque estén firmadas únicamente por el nombre de pila, toda vez que esa es la manera corriente de firmar cuando la carta se dirige a la familia o a persona de gran intimidad o confianza, y son aptas para probar la filiación (sents. 27 de abril y 21 de noviembre de 1934).

gal (96). Para Guasp, sin embargo, la solución de esta primera hipótesis es única: la parte que dispone del documento y a quien interesa su aportación hará uso de su señorío físico sobre el objeto y los trasladará sin dificultades al órgano jurisdiccional; para ello es necesaria, pero también suficiente, la mera detentación física del documento; la disponibilidad, en este caso, se basa en un señorío de hecho y no en la titularidad de un derecho sobre el objeto probatorio que autorice a disponer de él (97).

2.<sup>a</sup>) Si el documento o la carta está en poder de la parte contraria. En esta hipótesis, la interpretación a contrario del artículo 603 demuestra, según el profesor Guasp, que se puede imponer al adversario la presentación de la carta, ya que de las palabras «no se obligará a los que no litiguen a la exhibición» se infiere que a los litigantes se les puede obligar (98).

3.<sup>a</sup>) Si el documento o la correspondencia se halla en poder de terceros. Dentro de esta hipótesis, Manresa distingue dos casos: si la correspondencia no es de la exclusiva pertenencia del tercero, el litigante podrá, si tiene derecho a aquélla, obligarle a que la exhiba; pero si la correspondencia es de propiedad exclusiva del tercero en cuyo poder está, no se le puede obligar a la exhibición (99). El profesor Guasp, a su vez, parte de otra distinción: la de que el tercero sea o no autoridad o funcionario público. Si lo es, y en concepto de tal dispone del documento, de-

(96) MANRESA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Editorial Reus, t. III, 6.<sup>a</sup> ed. (rev. por GARCÍA VALDÉS), pág. 464. Respecto a la aplicación de esta doctrina a las cartas confidenciales o privadas, estima que la cuestión está subordinada a la de la propiedad de las cartas.

(97) «Y no es—añade—que la existencia o ausencia de tal facultad jurídica de disposición carezca de repercusiones, pues quien utiliza en juicio un documento que detenta, mas del que no dispone en derecho, puede cometer un acto ilícito al que vayan ligadas sanciones civiles, penales o disciplinarias, sino que para el problema de la prueba procesal estas eventuales consecuencias son irrelevantes; el documento figurará unido a los autos (prescindiendo de la posibilidad de un ulterior desglose) y desplegará su fuerza probatoria en el ámbito que le corresponda del modo ya conocido.» Observa también que «el mismo criterio debe aplicarse a la utilización de las cartas (documentos privados) como medio de prueba» y que «prescindiendo de quien sea la persona que puede jurídicamente disponer de ellas, si el remitente o el destinatario, para el proceso civil, en el problema de la disponibilidad de la prueba, interesa un sólo de hecho el extremo de su situación física, pues si la parte que quiere utilizarlas está en poder de ellas conseguirá emplear su fuerza probatoria, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas a que su conducta dé lugar» (GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Ed. Aguilar, t. II, vol. 1.<sup>o</sup>, 2.<sup>a</sup> parte, pág. 584).

(98) Esta es, al propio tiempo, a juicio de GUASP, la solución justa y acorde con las modernas concepciones y exigencias del proceso civil; si se adoptara la contraria (de no forzar al litigante a presentar la carta que le perjudica) cabría denegar al que no tiene un documento que le interesa todo medio de obtener el instrumento de prueba, lo cual no sólo redundaría en perjuicio del particular, sino del interés público (Ob. y vol. cit., pág. 585).

(99) MANRESA: Ob. y t. cit., págs. 465 y 466.

berá presentarlo ante mandato judicial, ya que, aunque el Derecho español no lo prescribe expresamente, se deduce así de la naturaleza de la relación que liga al funcionario con el documento en tal caso; pero si el tercero no es autoridad o funcionario público y se niega a que el documento sea utilizado, el artículo 603 no permite obligarle a la exhibición; dado el conflicto entre el interés privado del litigante, que desea la presentación del documento, y el interés privado del tercero, que no quiere que sea utilizado, la ley respeta este último con sacrificio del primero (100).

El derecho al secreto de la correspondencia sufre excepción, expresamente prevista por las leyes civiles, en los casos de concurso de acreedores y quiebra. En el concurso, el artículo 1.173 de la Ley de Enjuiciamiento civil autoriza al juez para retener la correspondencia del deudor que pudiera interesar al concurso; los artículos 1.176 y 1.178 regulan la retención y apertura de la correspondencia del concursado. En la quiebra, el artículo 1.338 prevé la retención de la correspondencia del quebrado y el artículo 1.339 regula la apertura de la misma. Estos casos eran considerados por el profesor De Benito como limitaciones al derecho de propiedad de la carta (101); creemos, sin embargo, que la cuestión de la propiedad de las cartas es distinta: se trata aquí, simplemente, de que el derecho al secreto cede ante un interés al conocimiento de la verdad que se valora como superior.

b) *En causa criminal.*

El derecho personal al secreto de la correspondencia sufre también excepción, en aras del interés a la comprobación de la verdad, al ser procesado el sujeto que lo ostentaría.

El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento criminal preceptúa así que «podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia de la causa». Los artículos 580 a 588 del mismo cuerpo legal dan reglas para la detención y apertura de las cartas.

(100) *«Ex lege ferenda»*—añade, sin embargo, el profesor GUASP—y teniendo en cuenta la verdadera finalidad de la institución procesal a que antes se aludió, la solución es muy discutible. Pues lo que en realidad entra en colisión con el interés privado del tercero no es (sólo) el interés privado del litigante, sino el interés público en la justa decisión de litigio, comprometida por el desconocimiento del medio de prueba por el órgano jurisdiccional; lo que, en definitiva, sacrifica la ley es este interés público a la conveniencia particular del tercero. Está mucho más en consonancia con el carácter público de la institución del proceso el obligar al tercero a la exhibición de documentos, aun de su propiedad, en los casos en que no se siga de la presentación ningún perjuicio por aquél (Ob. y t. cit., pág. 587).

(101) Est. cit., pág. 577.

El profesor De Benito veía también aquí una «limitación de la propiedad de la correspondencia» (102). Parece más bien, no obstante, que este caso, como los antes aludidos, es independiente de la propiedad de la carta y constituye una excepción al derecho al secreto.

Es de notar que dicha excepción afecta sólo a aquellas cartas que tengan relación con el objeto del proceso; las que no lo tengan quedarán al margen de éste y seguirán amparadas por el derecho al secreto. Para ello la ley procesal penal española dispone que el juez, que abrirá por sí mismo la correspondencia del procesado, «después de leerla para sí, apartará la que haga referencia a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria» (art. 586, párr. 1.<sup>o</sup>), y que «la correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al procesado o a su representante» (art. 587, párr. 1.<sup>o</sup>). Por otra parte, el artículo 92 del Reglamento de Prisiones de 2 de febrero de 1956 preceptúa, en su párrafo 2.<sup>o</sup>, que «las cartas que expidan y reciban los procesados cuya correspondencia se haya reservado conocer el juez instructor de la causa no se someterán a la censura».

También es de notar que el derecho al secreto de la correspondencia epistolar puede extenderse, fuera del proceso, incluso a las cartas relacionadas con el objeto de éste. Así, quienes por razón de su cargo adquieren en el proceso noticia del contenido de una carta, deben respetar el secreto fuera de aquél. El artículo 368 del Código penal castiga al funcionario público que sabiendo, por razón de su cargo, los secretos de un particular los descubriere, y el artículo 361 del mismo Código sanciona al abogado o procurador que descubriere secretos de su cliente averiguados en el ejercicio de su profesión.

#### D) *Por proteger un interés del Estado.*

El derecho privado al secreto de la correspondencia puede también ceder frente a un legítimo interés estatal. Este interés puede provenir del valor histórico de unas cartas o de su peligrosidad para la seguridad del Estado o de sus establecimientos, o del valor de las manifestaciones o revelaciones contenidas en aquéllas. En estos casos la doctrina admite—aparte de la posibilidad de que el Estado se atribuya, a título originario o derivativo, la propiedad de las cartas—el predominio del interés estatal sobre esa correspondencia, que podrá, por tanto, ser divulgada por el Estado (103).

##### a) *Por el valor público de la correspondencia.*

En el Derecho español no hay precepto que, como el artículo 95 de la ley italiana de derechos de autor, prevea esa hipótesis

(102) Est. cit., pág. 580.

(103) Véase DE CUPIS: Ob. cit., pág. 331.

y la sustraiga al régimen legal general de respeto al secreto. Sin embargo, creemos que el Estado podría, por el cauce de la expropiación, hacerse con aquella correspondencia o parte de ella que ofrezca interés público. La Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 admite en su artículo 76 «la expropiación de bienes muebles e inmuebles, de valor artístico, histórico o arqueológico» (104), y la carta es un bien de naturaleza mueble que puede ofrecer valor artístico histórico. Sin embargo, se podría acaso objetar que, aun después de expropiada la carta por el Estado, podrá un particular aducir el derecho al secreto, que es cuestión distinta a la de la propiedad de la carta, para impedir su divulgación.

Sobre la correspondencia que revista un interés meramente privado creemos que el Estado no podrá alegar derechos. La simple curiosidad pública no debe ser un interés alegable frente a la propiedad y al secreto de las cartas.

b) *Por la seguridad de los Establecimientos penitenciarios.*

Una de las hipótesis que podemos agrupar entre las de interés estatal es la de la intervención de la correspondencia de los penados. En los casos de detención y apertura de cartas de éstos por los jefes de los Establecimientos penitenciarios no puede hablarse de interés al conocimiento judicial de la verdad, puesto que el proceso ha terminado, sino más bien de un interés público a la vigilancia de los penados.

La legislación penitenciaria española prevé la intervención de correspondencia de los reclusos. Así, respecto de los condenados a pena de muerte, se dispone que «el propio director intervendrá su correspondencia y cuantos encargos reciban, que serán escrupulosamente examinados antes de entregárselos al sentenciado para evitar posibles peligros» (art. 43, regla c del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956); y respecto a los penados en general, se ordena que «toda la correspondencia que los reclusos expidan la depositarán en un buzón, de donde se recogerá para su censura y curso que proceda» y que «la que para ellos se reciba se someterá también a censura antes de que les sea entregada» (art. 91, párr. 1.º del mismo Reglamento).

---

(104) El artículo 1.º de dicha Ley acepta en general «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos» como objeto de la expropiación. «La fórmula—comenta GARCÍA DE ENTERRÍA—es de la máxima amplitud. Únicamente quedan fuera de la misma los derechos personales y familiares» (*Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 51).

c) *Por la seguridad del Estado en general.*

Puede interesar a los Estados, por razones de seguridad, tomar conocimiento del contenido de una correspondencia privada. De ahí que a veces se reserven la facultad legal de suspender con carácter general el derecho al secreto de la correspondencia epistolar y que, otras, atenten en la práctica contra dicho derecho (105).

En el Derecho español actual, el artículo 35 del Fuero de los Españoles autoriza al Gobierno a suspender total o parcialmente, mediante Decreto-ley, la vigencia del artículo 13 del propio Fuero, garantizador, como vimos, del secreto de la correspondencia.

## IX. EXTINCIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR

Las causas por las que se extingue el derecho de una persona al secreto de su correspondencia pueden ser clasificadas en absolutas y relativas. Como causas absolutas de extinción, porque producen la pérdida del derecho frente a todos, puede señalarse la muerte. Como causas relativas, que producen la pérdida frente a persona u órgano determinado, podrían considerarse la renuncia voluntaria y las excepciones legales ya estudiadas, desde el momento en que se produzcan.

Con la muerte acaba el derecho al secreto de la persona. Sin embargo, hay que advertir, de un lado, que aquel derecho es susceptible de transmisión a los herederos, poniéndose así un freno a la curiosidad que podría pretender invadir lo que fué esfera de intimidad de alguien; de otro, que la propia persona puede, en vida, disponer de aquel derecho para después de su muerte (106). Y conviene no olvidar, asimismo, que pudiendo ostentar dos sujetos derecho al secreto en relación con una misma correspon-

---

(105) En España, en el siglo pasado, uno de esos atentados dió ocasión a un escrito forense de GÓMEZ DE LA SERNA, recogido en el número 1 de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia». Con fecha 7 de enero de 1853 el Ministro de la Gobernación había expedido una Real Orden dirigida al gobernador de Cádiz, ordenando que vigilara la correspondencia y que detuviera y abriera las cartas sospechosas. El motivo era un manifiesto del duque de Valencia que circulaba impreso. El gobernador aludido interceptó el día 12 siguiente una carta en la que se incluía un ejemplar del impreso citado. Con ello a la vista se formaron algunas diligencias extrajudiciales, que fueron impugnadas por don Pedro Gómez de la Serna en nombre del destinatario (véase la Sección de Tribunales en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. I (1853), páginas 426 a 431).

(106) Véanse GENY: Ob. cit., t. I, pág. 232, y DE CURIS: Ob. cit., págs. 337 a 339.

dencia, a la muerte de uno de ellos puede subsistir el derecho del otro, impidiendo la divulgación.

En el Derecho español se carece de una legislación que, como la italiana de derechos de autor, prevea las consecuencias de la muerte en esta materia. La Ley de Enjuicimiento civil, al regular los abintestatos, prevé la ocupación de la correspondencia del difunto (art. 966) y la apertura de la misma por el juez (art. 969). Si las cartas tuvieran contenido de valor científico o literario hay que tener en cuenta el art. 6.º de la Ley de Propiedad intelectual de 10 de enero de 1879, a tenor del cual «la propiedad intelectual corresponde a los autores y se transmite a sus herederos testamentarios o legítimos por el término de ochenta años»; una R. O. de 8 de agosto de 1908 precisó que no se pueden inscribir en el Registro de la Propiedad Intelectual las colecciones de cartas sin expresa autorización de los herederos de su autor.

# Introducción al estudio de los derechos reales de garantía

JOSE FERRANDIS VILELLA

Doctor en Derecho. Profesor A. de Derecho Civil en la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Fundamento de los derechos reales de garantía.—II. Antecedentes históricos.—III. Comparación con los derechos reales limitados de goce. El derecho a la realización del valor. Función de garantía y función satisfactoria.—IV. Naturaleza jurídica. Argumentos contrarios a su carácter real y a su pertenencia al Derecho material. Crítica.—V. Algunas peculiaridades de sus modos de constitución y de extinción.—VI. Sistematización de los derechos reales de garantía. Rasgos comunes y notas distintivas.

## I. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

La idea de “garantía” puede ser entendida en un significado muy amplio que enlazaría con la protección de los derechos subjetivos. Frente al desconocimiento o la lesión de un derecho, el ordenamiento jurídico predispone una serie de medios de reacción que var. desde la defensa privada hasta la defensa judicial. Pero no es este significado amplio de las garantías el que aquí nos interesa.

En otro sentido más restringido, aunque todavía no suficientemente técnico, puede entenderse la idea de garantía en conexión con la idea de responsabilidad. Este sentido derivaría del precepto contenido en el artículo 1.911 del Código civil: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.” Es decir, el patrimonio del deudor constituye la garantía general de todas las obligaciones.

Como queda apuntado, todavía no es éste el significado técnico de la garantía. Pero, sin serlo, puede servirnos como punto de partida para acercarnos al significado técnico.

En efecto, El patrimonio constituye la garantía general de todos los créditos. Pero esta garantía es insuficiente, porque el acreedor sólo puede pretender la ejecución forzosa sobre aquellos bienes que *efectivamente* formen parte del patrimonio del deudor, sin que le sea posible atacar los bienes que hayan salido de dicho patrimonio para pasar a formar parte de otro (salvo la posibilidad de revocar enajenaciones fraudulentas, por el cauce de la acción Pauliana). Situación que des-

cribe gráficamente PLANIOL diciendo: "todo lo que sale del patrimonio del deudor sale de la garantía de los acreedores".

En busca de una mayor seguridad, cabe acudir a la garantía de una tercera persona. Entonces —contrato de fianza— esta persona quedará obligada a pagar o cumplir por el deudor en caso de no hacerlo éste. Ahora bien, entre la posición del acreedor garantizado mediante fianza y la del acreedor no garantizado hay sólo una diferencia cuantitativa, pero no cualitativa. Lo que ocurre es que el fiador es también un deudor —deudor subsidiario—, puesto que también "se obliga" (art. 1.822 C. c.). Con ello tendremos dos patrimonios respondiendo de una misma obligación, pero respondiendo de la misma manera; por eso decimos que la diferencia es sólo cuantitativa. También el fiador responde con todos sus bienes, presentes y futuros, pero también esta garantía puede resultar insuficiente porque solamente podrá hacerse efectiva mientras existan bienes en el patrimonio del fiador. Podríamos trasladar a este supuesto la frase de PLANIOL y decir que todo lo que sale del patrimonio del fiador sale de la garantía del acreedor.

De ahí la necesidad de llegar a una garantía más eficaz. Para que el acreedor pueda quedar suficientemente protegido será preciso sujetar de algún modo los bienes —o alguno de los bienes— que forman parte del patrimonio del deudor, de tal manera que no puedan pasar a otro patrimonio o que, aun pasando a otro, sigan sometidos a aquella responsabilidad.

Es decir, se precisará no ya un poder general sobre el patrimonio del deudor, sino un poder concreto sobre determinados bienes, y un poder susceptible de ser ejercido frente a cualquier persona.

En resumen: se requiere una garantía con las características del derecho real (poder directo, eficacia *erga omnes*). Así se justifican las garantías reales.

Con lo cual, ya podemos anticipar una conclusión, que vamos a ver confirmada al estudiar la evolución histórica de los derechos reales de garantía. Porque toda la historia de las garantías reales *representa un esfuerzo de la técnica jurídica para, de alguna manera, dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos* (1).

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A) *Derecho romano* (2).—El Derecho romano nos ofrece una diversidad de formas de garantía real, que trataremos de reducir a un

(1) Encontramos una idea semejante en REINACHT: *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, Barcelona, 1934, págs. 105 y ss. Refiriéndose a la necesidad de contar con la conducta de otra persona al ejercitar una pretensión, observa que "en tal estado de cosas es un pensamiento ingenioso poner los derechos absolutos al servicio de las pretensiones relativas" (citado por PUTZ BRUTAU, en *Fundamentos del Derecho civil*, tomo III: *Derecho de cosas*, Barcelona, 1935, págs. 515-516, en nota).

(2) GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 6.<sup>a</sup> ed., París, 1918,

esquema. La forma más antigua es la *fiducia cum creditore contracta*.

La *fiducia* se caracteriza por la combinación de dos ingredientes:

a) La transmisión de la propiedad con fines de garantía (enajenación aseguratoria).

b) La *fiducia* propiamente dicha (convenio de fidelidad).

Mecanismo: consiste en la transmisión de la propiedad civil de una cosa del deudor, mediante las formalidades solemnes de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*. Unida a un pacto de devolución. Este pacto da lugar a una acción personal del deudor —*actio fiduciae*— dirigida a obtener la retransmisión de la cosa.

Inconvenientes: el acreedor resulta excesivamente favorecido al adquirir la propiedad de la cosa. El deudor resulta también excesivamente perjudicado porque sólo dispone de una acción personal para obtener la restitución.

Estos inconvenientes revelan, más que una imperfección técnica, uno de tantos casos en los que por huir de un peligro o de un exceso se viene a caer en el peligro o en el exceso contrario. En efecto, si bien se mira, lo que ocurre en la *fiducia* es que se invierten las posiciones de las partes, porque es el deudor quien viene a quedar en situación de acreedor insuficientemente protegido por una acción meramente personal. Queda expuesto a que el acreedor —propietario de la cosa— la enajene, sin posibilidad de dirigir su acción contra terceros, puesto que se trata de una simple acción personal.

Por otra parte, resulta evidente que la *fiducia* no podría ser concebida como un derecho real sobre cosa ajena, si se tiene en cuenta que la garantía se logra a base precisamente de una transmisión de la propiedad. Para situarnos en el terreno de los *iura in re aliena* hemos de esperar a la aparición de otra forma de garantía representada por el *pignus*.

En realidad, el nombre de *pignus* puede aplicarse en el Derecho romano a dos figuras distintas:

a) Prenda personal o posesoria.

b) Prenda sin desplazamiento de posesión.

Ciertamente, para esta última se introduce el nombre griego de hipoteca. Pero esto ocurre en la época justinianea. (El nombre de hipoteca se consagra en época justinianea, aunque se venía usando ya desde la época clásica.)

En la época clásica la distinción afecta al modo de constituirse una y otra forma de *pignus*:

a) *Datio pignoris* (prenda manual).

b) *Pignus conventus* (hipoteca).

---

págs. 779 ss.; GORLA: *Pegno e ipoteca (Garanzie reali delle obbligazioni)*, Milano, 1935, págs. 35 ss.; SERAFINI: *Instituciones de Derecho romano*, trad. esp., Barcelona, 1898, tomo I, págs. 466 ss.; STOLFI: *Diritto civile*, vol. 2.º, tercera parte: *I diritti reali di garanzia*, Torino, 1932, págs. 150 y ss., 178-181; JORS-KUNKEL: *Derecho privado romano*, trad. esp., Barcelona, 1937, págs. 219 ss.; SANTA CRUZ: *Manual elemental de Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, 1946, págs. 295 ss.

Si atendemos al contenido de uno y otro derecho, podemos calificarlos, respectivamente, como prenda posesoria y prenda sin desplazamiento de posesión. Pero si atendemos al modo de constitución, los calificaremos como:

- a) *Contrato real* de prenda, que se perfecciona mediante una *datio*.
- b) *Contrato consensual* de prenda, que se basa en un simple convenio.

*Prenda manual (pignus en sentido estricto).*— Es de origen consuetudinario; la garantía se constituye a través de la transmisión de la posesión de una cosa (3).

En principio, la prenda se concibe simplemente como rehén (medio puramente coercitivo, sin facultades de ejecución). Las facultades de ejecución solamente acompañan a la prenda cuando expresamente se hayan añadido al acto de constitución la cláusula de comiso o el "*pactum de vendendo*". Con todo, estos pactos no son exclusivos de la prenda y, por tanto, no sirven para definirla o caracterizarla; porque también pueden acompañar a la *fiducia*.

De esta manera, el esquema de las garantías reales es el siguiente:

- a) Transmisión de la propiedad (*fiducia*).
- b) Transmisión de la posesión (*datio pignoris*).

A cualquiera de estas dos formas de garantía se le puede agregar el pacto comisorio o el *pactum de vendendo*. Y, sin embargo, en cada una de ellas la agregación de estos pactos responde a una finalidad distinta:

a) *En el pignus*: si no se agrega uno de tales pactos, la prenda es un mero rehén, que puede cumplir una función de garantía, pero que no llega a desplegar función satisfactoria.

b) *En la fiducia*: los pactos de comiso y *de vendendo* no sirven para mejorar la posición del acreedor en cuanto tal, porque esas facultades ya le corresponderían dado el mecanismo de la *fiducia*, consistente en transmitir al acreedor la propiedad de la cosa; como propietario, podría vender la cosa sin ninguna limitación y sin necesidad de una especial autorización. Para lo que sirven aquellos pactos es para detener el ejercicio de la *actio fiduciae* del deudor dirigida a obtener la restitución de la cosa.

Porque aunque el deudor pagara la deuda después de la fecha de vencimiento de la obligación, podía exigir la devolución de la cosa. Por tanto, aquellos pactos —en la *fiducia*— se dirigían a eliminar una

---

(3) El *pignus* pudo funcionar en época más antigua en el terreno extrajurídico, pero, probablemente, no adquirió valor legal hasta la época en que se introdujeron los interdictos. "Era necesaria —dice GIRARD— la creación de los interdictos para que el acreedor pignoraticio tuviera la posibilidad de recobrar la cosa pignorada frente a los terceros." Es más, ni siquiera pudo funcionar con verdadera eficacia antes del establecimiento del procedimiento formulario con su mecanismo de excepciones, pues sólo a través de éstas podía el acreedor pignoraticio encontrar un medio para oponerse a la acción reivindicatoria ejercitada por el constituyente infiel a su palabra. Vid. GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 6.ª ed., París, 1918, pág. 780 y nota 1.

incertidumbre, a hacer definitiva una situación en cierto modo provisional. Y a librar el acreedor de la nota de infamia que llevaba aparejada la condena en el juicio resultante de la *actio fiduciae* (4).

Concretamente, por lo que se refiere al *pignus*, el *pactum de vendendo* se fué extendiendo considerablemente. Hasta que se llegó a imponer el criterio de considerar que en todo caso, con pacto o sin él, la prenda llevaba aparejado el derecho de vender la cosa. El *ius distrahendi* se convierte, de esta manera, en elemento natural de la prenda. Esta generalización del *ius distrahendi* es paralela a una actitud de desconfianza frente al pacto comisorio, hasta que Constantino lo declara nulo.

*Hipoteca*.—Como ya queda apuntado, podría ser caracterizada como un *pignus* sin desplazamiento de posesión. Pero esto no debe hacer pensar en un derecho de contenido menor que la prenda manual. Casi podría decirse que ni siquiera es exacto pensar en un derecho de contenido distinto.

La diferencia principal entre estos derechos radica en la forma de constitución de cada uno de ellos:

— prenda manual (*datio pignoris*): se constituye conforme a la técnica del contrato real (es decir, se perfecciona mediante la entrega de la cosa);

— hipoteca (*pignus conventus*): se constituye conforme a la técnica del contrato consensual (aunque no es, en rigor, un contrato, sino un pacto) (5).

Ahora bien, esta diferencia, basada en la distinta forma de constitución, se advierte en el momento en que la hipoteca (*pignus* convencional, sin posesión) ya se ha generalizado. No se advierte con la misma claridad en el momento en que se introduce la hipoteca; veamos por qué.

La aparición de la hipoteca en el Derecho romano se produce en un supuesto muy concreto: en el arrendamiento de fincas rústicas. También tiene origen consuetudinario. El arrendatario empeña al arren-

(4) Sobre la significación jurídica de la infamia, vid. SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp., Madrid, 1879, t. II, págs. 30 ss. (§§ LXXVIII y siguientes). Probablemente, al caer en desuso la fiducia pasaron sus efectos —en cuanto a la infamia— al *depositum* en general; Justiniano pasa en silencio la *fiduciae actio* (institución ya abandonada en su tiempo) y menciona, en cambio, la *depositi actio*, omitida en los textos antiguos relativos a las acciones infamantes. (Cfr. SAVIGNY, ob. cit., pág. 25.)

(5) La hendidura de separación entre las dos modalidades del *pignus* —dice ARIAS RAMOS— no está para los romanos en la carencia de desplazamiento de la posesión (que se podía lograr también en las otras formas de garantía real), sino en la forma del acto constitutivo. Lo que en una modalidad del *pignus* se conseguía con un juego de *traditiones* y *retrotraditiones*, llegó a lograrse *nuda conventione*. La proyección de la doctrina de la *conventio* sobre el *pignus* consistió en lograr que aquella sujeción de la cosa como garantía, que se operaba por una *traditio* en el acto constitutivo, se lograra por la sola *conventio*. La oposición no fué aquí, como en la *stipulatio*, entre *verba solemnia* y *voluntas*, sino entre *traditio* efectiva y *voluntas*. (ARIAS RAMOS: *La doctrina de la conventio y el origen de la hipoteca romana*, en Rev. de D. Privado, 313, 1943, págs. 213 ss.; v. esp., págs. 217-219).

dadór, en garantía del pago de las rentas, los instrumentos, animales, aperos de labranza, etc., introducidos por él en la finca (*invecta et illata*). Para este supuesto no sirven ni la *fiducia* ni la prenda manual, ya que el deudor no podría privarse de la propiedad ni de la posesión de bienes imprescindibles para el cultivo de la finca arrendada. De ahí que se configure una prenda sin desplazamiento de la posesión (6).

De todos modos, como queda apuntado, la diferencia en cuanto a la forma de constitución no es —en este primer momento— demasiado rotunda. Porque lo cierto es que la hipoteca, si bien no se constituye mediante una *datio* (como la prenda manual), tampoco se constituye mediante una simple convención, sino mediante la *inductio* de aquellos objetos, instrumentos, etc., en la finca (*inductio* que no deja de sugerir una analogía con la *datio*, constitutiva de la prenda manual). Así se explica que, en un primer momento, la protección dispensada al arrendador (acreedor hipotecario) se actúe en un interdicto *de retener* (el *interdictum Salvianum*).

Ahora bien, todo esto se refiere al concreto supuesto que dió lugar a la aparición de la hipoteca en el Derecho romano (*invecta et illata*) y a aquel concreto momento histórico. Después, esta forma de garantía sin desplazamiento de posesión se generaliza y se extiende a otros supuestos distintos del arrendamiento, en los que ya no hay *inductio*, sino una forma de constitución por simple convención. Incluso sirve para empeñar inmuebles.

La protección del acreedor hipotecario cambia de signo. El mismo *interdictum Salvianum* ya no se concibe como interdicto de *retener*, sino como interdicto de *adquirir* la posesión. A él se añade la *actio Serviana*, acción reipersecutoria ejercitable *erga omnes*. De manera que, aunque la hipoteca romana sea, efectivamente, un *pignus* sin posesión, lo característico de ella no es tanto esta nota relativa al contenido como la relativa a la distinta forma de constitución. Por el ejercicio de la *actio Serviana* el acreedor obtiene la posesión de la cosa, y a partir de ese momento es tratado igual que un acreedor *pignoraticio* (con prenda posesoria).

Para cerrar la parte de nuestro estudio referida al Derecho romano, podríamos hacer el resumen —o el balance— de la evolución romana de las garantías reales en la forma siguiente: coexisten tres formas de garantía real, consistentes en:

- a) la transmisión de la propiedad como garantía;
- b) la transmisión de la posesión como garantía;
- c) una forma de garantía sin transmisión de la propiedad ni de

(6) A la vista de este antecedente puede decirse que la hipoteca se inicia en el Derecho romano precisamente en su variedad de hipoteca legal y no como hipoteca voluntaria (aplicando una terminología moderna). Pero el prestigio de la doctrina de la *conventio* era tal que los juriconsultos romanos acudieron a la idea de la *fictio* de una *conventio* para justificar el nacimiento de la garantía real. Es decir, para basar la existencia de tal gravamen, la jurisprudencia romana no miró al poder de la *lex*, sino a la eficacia de la *voluntas* (presunta o ficticia). Vid. ARIAS RAMOS, en loc. cit., págs. 221-222.

la posesión. Solamente estas dos últimas formas constituyen *iura in re aliena*.

Desde nuestra mentalidad moderna, la forma más técnica parecería ser la hipoteca. Pero para la mentalidad romana no ocurre así. La hipoteca romana es muy imperfecta; la protección que se dispensa al acreedor es incompleta, dada la ausencia de un sistema de publicidad, indispensable para el buen funcionamiento de todo régimen hipotecario. Se admiten, además, las hipotecas sobre patrimonios enteros (hipotecas generales) (7).

Aunque pueda resultar paradójico, es en la *fiducia* —que desde nuestro punto de vista sería la forma de garantía más tosca— donde los romanos despliegan un mayor alarde de técnica. A nosotros nos parecería que, introducidas la prenda y la hipoteca, habría de quedar desplazada la *fiducia*, y, sin embargo, no es así. La *fiducia* no cae en desuso porque los romanos se convenzan de la superioridad técnica de la prenda y la hipoteca, sino porque caen en desuso los modos solemnes de transmisión —*mancipatio, in iure cessio*— que le servían de base (y esto no ocurre hasta los siglos IV y V).

Los romanos no abandonan, pues, la *fiducia*, sino que, conscientes de sus inconvenientes, acuden a un despliegue de técnica para remediarlos. Así, por ejemplo:

— Para remediar el perjuicio que representa para el deudor el verse privado de la propiedad de la cosa, se introduce la práctica de transmitir la propiedad reservándose el deudor la posesión.

— Esta posesión le permite recuperar la propiedad por el transcurso de un año (*usureceptio ex fiducia*) (8), lo cual representa un nuevo inconveniente para el acreedor.

— Nuevo remedio para evitar este último inconveniente: que el deudor retenga la posesión de la cosa, pero a título de arrendamiento o de precario (posesión inhábil para la *usureceptio*).

Para el jurista moderno toda esta técnica resulta un tanto desconcertante. Se pregunta: ¿no hubiera sido más práctico abandonar la *fiducia* y perfeccionar la prenda y la hipoteca? El jurista romano, o no se planteó esta cuestión o quiso resolverla en sentido favorable a la *fiducia*.

B) *Derecho Germánico (medieval)* (9).—Las garantías reales se

(7) La clandestinidad y la generalidad son los dos graves defectos de la hipoteca romana que dieron lugar a que —a diferencia de lo que ha ocurrido en las modernas garantías reales— no llegara a imponerse sobre las formas personales de garantía. Vid. GIRARDI, ob. cit., pág. 785.

(8) Véase GAYO: *Instituciones*, II, 59-60, en donde trata de la *usureceptio* al estudiar los casos en los que se puede adquirir por usucapión una cosa *auti* a sabiendas de que es ajena. Vuelve a aludir a ella en III, 201, para aclarar que en tal supuesto no se comete hurto.

(9) Véase WOLFF: *Derecho de Cosas* (en el Tratado de ENNECCERUS), trad. esp., 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1951, vol. II, págs. 172-175; PLANITZ: *Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona, 1957, págs. 175-177 y 142-148; BRUNNER-VON SCHWERIN: *Historia del Derecho germánico*, trad. esp. Barcelona, 1936, páginas 220 ss.

configuran de manera semejante a las del Derecho romano, pero con algunos matices diferenciales que conviene destacar.

Existe, en primer lugar, una forma de garantía comparable a la fiducia romana. Pero en vez de actuarse por una transmisión incondicional, la cosa se transmite bajo la condición resolutoria de que, al pagarse la deuda, la propiedad revertirá automáticamente al deudor enajenante. Es decir, no es propiamente una *fiducia* puesto que la recuperación de la cosa no depende de la fidelidad del acreedor. Es una *enajenación aseguratoria*, pero no una *fiducia*.

*Prenda* (en el sentido de prenda manual o posesoria; se la suele llamar "*Satzung* antigua"). Corresponde al *pignus* del Derecho romano. Pero cabe advertir una diferencia de matiz en el significado de la desposesión, que en el Derecho germánico se conexas con la institución de la *Gewere* corporal y representa fundamentalmente un instrumento de publicidad. Por lo demás, esta forma de garantía puede recaer indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles. Y admite dos modalidades que suelen designarse con las denominaciones de "prenda de substancia" y "prenda de disfrute" (con derecho, en esta última, a la percepción de frutos por el acreedor; la Iglesia exigiría más tarde que estos frutos se imputaran a la deuda).

Hipoteca ("*nueva Satzung*"). Aparece en el siglo XIII, especialmente en el Derecho de las ciudades y aplicada a los bienes inmuebles. Lo mismo que la hipoteca romana, no implica desplazamiento de posesión; el acreedor adquiere derecho a satisfacerse sobre la cosa hipotecada. Pero hay una diferencia fundamental respecto al régimen romano de la hipoteca: se establecen solemnidades públicas de constitución, con inscripción de la hipoteca en los registros de las ciudades, etc. Otra diferencia digna de ser destacada es la imposibilidad de constituir la sobre todo un patrimonio.

De esta manera, la aportación germánica a la evolución de los derechos reales de garantía se puede resumir en la acentuación de dos notas que, con terminología moderna, pueden ser explicadas con la idea de los principios de especialidad y publicidad.

Todavía cabe señalar otra nota. En el Derecho germánico antiguo las garantías reales están dominadas por la idea de la *responsabilidad ex re*. La garantía se concibe como un desplazamiento o como una sustitución de la responsabilidad del deudor por la "responsabilidad de la cosa". Una consecuencia de ello, que todavía hoy se advierte en las modernas legislaciones germánicas, será la atenuación de la nota de accesoria en los derechos reales de garantía (10).

#### *Resumen de la evolución histórica*

1.° Se advierte como directriz dominante la idea que apuntábamos al principio: los derechos reales de garantía representan el esfuerzo

(10) Como la nota de accesoria no es esencial en el Derecho alemán, los autores no suelen usar la nomenclatura "derechos reales de garantía" (que presupone el carácter accesorio), sino la de "derechos de realización de valor" (v. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en las notas a WOLFF, ob cit., vol. I, pág. 14).

de la técnica jurídica para, de alguna manera, atribuir eficacia absoluta a los derechos relativos.

2.º La evolución de estos derechos está presidida por una especie de "ley del menor esfuerzo" o por un principio de economía de medios jurídicos. Se trata de perfeccionar las garantías, procurando a la vez disminuir el sacrificio que su constitución representa para el deudor. Así, se pasa de la garantía basada en la transmisión de la propiedad a otra forma basada en el simple traspaso de la posesión, y de ésta a una nueva modalidad de garantía que no implica desplazamiento de la propiedad ni de la posesión.

### III. COMPARACIÓN CON LOS DERECHOS REALES LIMITADOS DE GOCE. EL DERECHO A LA REALIZACIÓN DEL VALOR. FUNCIÓN DE GARANTÍA Y FUNCIÓN SATISFACTORIA

Antes de señalar los caracteres diferenciales entre los derechos reales de garantía y los derechos reales de goce, parece conveniente hacer una referencia a la clasificación general de los derechos reales. Prescindiendo de algunas figuras dudosas o de difícil catalogación, la clasificación puede resumirse en los términos siguientes:

a) Un derecho real pleno: el derecho de propiedad. La nota de plenitud sugiere dos ideas: la propiedad resume la *totalidad* de los poderes que una persona puede ostentar sobre una cosa. Pero, además, la propiedad es plena en el sentido de *derecho que se basta a sí mismo*. Su existencia no presupone necesariamente la de otro derecho.

b) Una serie de derechos reales no plenos. Se les designa con nombres distintos, cada uno de los cuales tiene un significado propio que trataremos de resumir:

*Derechos reales sobre cosa ajena.*—Esta denominación sugiere la idea contraria a la plenitud del dominio en el sentido de derecho que se basta a sí mismo. A diferencia de lo que ocurre con el dominio, los derechos reales sobre cosa ajena presuponen otro derecho —el de propiedad— y presuponen que ese derecho pertenece a otra persona.

*Derechos reales limitados.*—También esta denominación sugiere una idea contraria a la de la plenitud del dominio en el otro sentido apuntado. Son siempre derechos de contenido menor que el derecho de propiedad.

*Derechos reales limitativos.*—Si como derechos limitados se definen por una nota de adición —adquisición de una facultad o de un poder que sin ese derecho no podría ostentarse—, como derechos limitativos se definen por una nota de sustracción: el titular de uno de estos derechos adquiere un poder que se detrae de la suma de poderes que corresponden al propietario. El propietario sigue siéndolo, pero se ve privado de alguna de las facultades inherentes a su derecho de propiedad, o se ve obligado a compartir esa facultad con otra persona.

Dentro de este grupo amplio de los *iura in re aliena*, derechos limitados o derechos limitativos, es tradicional la subdistinción de dos grupos:

- a) Derechos reales limitados de goce.  
 b) Derechos reales limitados de garantía.

Ahora bien, ¿cómo puede explicarse el derecho real de garantía en esos dos aspectos de derecho real limitado y de derecho real limitativo? Para esta explicación y para acentuar las peculiaridades de los derechos reales de garantía es para lo que acudimos a una comparación con los derechos reales limitados de goce.

Como derechos reales limitados, y tratando de explicar su contenido, se ha acudido frecuentemente a una idea económica más que jurídica. Se dice que, así como los derechos reales limitados de goce recaen sobre el *valor en uso* de las cosas, los derechos reales de garantía recaen sobre su *valor en cambio* (11).

Como derechos reales limitativos del dominio, se ha señalado que, si bien a primera vista pudiera pensarse que los derechos de garantía son menos enérgicos que los de goce (en cuanto que normalmente no autorizan a usar la cosa ni a apropiarse de sus productos), lo cierto es que son más enérgicos que aquéllos, ya que su ejercicio puede dar lugar a la destrucción del mismo derecho de propiedad al que limitan (12).

Pueden dar lugar a la destrucción del derecho de propiedad, puesto que el ejercicio de estos derechos, dada su incidencia sobre el valor en cambio de la cosa que constituye su objeto parece afectar a la facultad de disposición y hasta podría decirse que lo que ocurre es que de la disposición como facultad se pasa a la idea de la disposición como necesidad, es decir, a la necesidad de la enajenación de la cosa para que pueda hacerse efectivo aquel derecho sobre el valor en cambio.

Esta idea es la que ha querido expresarse con el término "derecho a la realización del valor". Término cuyo origen se debe a la doctrina alemana que ha introducido la expresión *Wertrecht*.

Ahora bien, esta expresión —*Wertrecht*— sólo nos suministra con claridad dos conceptos: derecho y valor. Al traducirla a un idioma latino y al tener que colocar entre esos dos sustantivos una preposición, surge la duda: ¿derecho *al* valor?, ¿derecho *sobre* el valor,

Obsérvese que esta duda no tiene un mero alcance terminológico, sino que en definitiva es la duda entre la significación de este derecho como un *ius ad rem* o como un *ius in re*.

De ahí que la misma doctrina alemana haya tenido que matizar más y haya introducido el término "derecho a la realización del valor" (13).

(11) Para la explicación de ésta y de otras notas distintivas entre los derechos reales de goce y los de garantía, v. MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed. Milano, 1951-55, vol. II, parte 2.ª, pág. 77.

(12) RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., vol. I, pág. 742. V. también WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. ital. Torino, 1930, vol. I, § 224, págs. 804-805.

(13) En la misma doctrina alemana este concepto ha recibido distintas formulaciones: derecho a la apropiación del valor (BREMER); derecho a la realización del valor (FUCHS); derecho a ingresar en el propio patrimonio el valor de la cosa mediante su realización (KÖHLER). Citados por GORLA: *Pegno e ipoteca (Garanzie reali delle obbligazioni)*. Milano, 1935, págs. 83-84.

Así, se suele acudir a términos como *Verwertungsrecht* (derecho de realización), *Sachverwertung* (realización del valor de la cosa), . . .

La idea del derecho a la realización del valor nos parece exacta como explicación del señorío que atribuye el derecho real de garantía a su titular (14). Lo que ya no parece tan exacto es que esa idea represente la *esencia* de los derechos reales de garantía. En todo caso, parece necesario un análisis más profundo del contenido de estos derechos y del mecanismo de las garantías reales. Para este análisis acudiremos nuevamente a la comparación con los derechos reales de goce.

En los derechos reales de goce, el titular adquiere en virtud de ellos un poder o un señorío que no le correspondería si no fuera titular de ese derecho. Recíprocamente, el propietario se ve privado de una facultad o forzado a tener que compartirla con otro, por obra de la constitución de aquel otro derecho, que es a la vez limitado y limitativo.

Creemos que en los derechos reales de garantía las cosas ocurren de muy distinta manera. En términos absolutos no puede afirmarse que el titular de ellos adquiriera un poder que no le correspondería si no fuera titular de ese derecho. Porque todo acreedor tiene un derecho de agresión contra el patrimonio de su deudor (art. 1.911 del C. c., como regla general, y art. 1.111 como aclaración de dicha regla). Y recíprocamente, el propietario —deudor— de la cosa empeñada no ve mermadas sus facultades sobre los bienes que integran su patrimonio por la circunstancia de que el acreedor reciba un derecho de agresión contra sus bienes, puesto que —repetimos— este derecho ya le correspondía al acreedor.

Por eso ha podido decirse que *lo que reclama satisfacción y lo que sirve de título para la ejecución no es la relación de garantía, sino la relación garantizada* (15). Es el crédito el que confiere el derecho a expropiar, como resulta del artículo 1.911.

Nuevamente hemos de acudir, como explicación del mecanismo de las garantías reales, a la idea que ya hemos apuntado repetidamente y que viene presidiendo el desarrollo de todo este estudio: el mecanismo de las garantías reales responde al esfuerzo de la técnica jurídica para, de alguna manera, dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos. Veamos de qué manera confirman esta idea las consideraciones últimamente expuestas:

El artículo 1.911 del Código civil dice: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y fu-

(14) Se trataría del derecho a obtener una cantidad de dinero, no del deudor, sino de la cosa (BARASSI). Ciertamente, también en los derechos de crédito puede el titular promover la expropiación de bienes del deudor (expropiación que es una realización del valor); pero esta facultad corresponde en los derechos de crédito a una fase subordinada y sucesiva, mientras que en los derechos reales de garantía la expropiación tiene lugar en una fase primaria, por representar el contenido mismo de estos derechos. Vid. BARASSI: *Diritti reali e possesso*. Milano, 1952, vol. I, págs. 81-82. Para la crítica al concepto “derecho a la realización del valor”, v. infra en la nota 30.

(15) BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 4.ª ed. Torino, 1955, vol. II, págs. 144-145.

turos". El artículo 1.111 aclara el alcance de esta responsabilidad: los acreedores pueden perseguir los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe. Resulta, por tanto, que los bienes del deudor constituyen el objeto de dos derechos de naturaleza distinta:

1.º Objeto de un derecho *actual* y de carácter *real* que corresponde al deudor (propietario de dichos bienes).

2.º Objeto de un derecho *eventual* y de carácter *personal* que corresponde al acreedor (para el caso de que el deudor no cumpla).

Pues bien, el efecto de las garantías reales es el de convertir ese derecho del acreedor sobre los bienes del deudor (eventual y de carácter personal) en un *derecho actual y de carácter real*.

Por obra de las garantías reales, el derecho de agresión que el acreedor tiene sobre los bienes del deudor en general, queda reforzado y mejorado en la forma siguiente:

a) El derecho de agresión sobre el patrimonio en general se concreta sobre *determinados bienes*.

b) Esta concreción permite todavía un ulterior refuerzo de la posición del acreedor, porque a su derecho de agresión se le añaden dos nuevos derechos: un derecho de *persecución* y un derecho de *preferencia* (16).

El resultado de esta mejor posición del acreedor —es decir, el resultado del derecho de garantía— consiste en ponerle a salvo de los peligros que todo derecho relativo lleva consigo. En primer lugar, porque le permite prescindir de la mediación personal del deudor para la satisfacción del crédito. El acreedor ya no se limita a esperar la prestación, sino que cuenta con la seguridad de una ejecución, que puede obtener por acto propio.

En segundo lugar, porque las facultades de persecución y de preferencia le ponen a salvo de aquel peligro de desaparición o, mejor dicho, de salida de los bienes del patrimonio del deudor. Estas facultades le permiten ejercitar su derecho *erga omnes*.

Así pues, el derecho a la realización del valor no es, propiamente, lo que constituye la *esencia* del derecho real de garantía, si por *esencia* entendemos algo que es a la vez fundamental y exclusivo de ese derecho, en el sentido de ser algo que de no existir tal derecho no se tendría. Lo que ocurre es que la expresión "derecho a la realización del valor" —expresión afortunada—, al ser acogida por la doctrina y puesta en primer plano como explicación del contenido de estos derechos, ha dejado en la penumbra a la verdadera función de las garantías reales. Esta verdadera función es la función de garantía y no la

---

(16) Persecución y preferencia no son dos derechos inseparables. Algunas garantías sólo confieren al acreedor un derecho de preferencia sin derecho de persecución. En cambio, no hay ningún caso en el que el derecho de persecución no vaya unido a un derecho de preferencia sobre el precio que se obtenga de la cosa (v. SAVATIER: *Cours de Droit Civil*, t. II, 2.ª ed. París, 1949, pág. 453).

función satisfactoria, que es la que se logra a través de la realización del valor.

Estas son las dos funciones que las garantías reales vienen a cumplir: función de garantía y función satisfactoria (17). La realización del valor pertenece más bien a esta segunda fase, es decir, a la satisfacción del crédito asegurado (18). Pero *la esencial es la función de garantía*, que se logra a través de la sujeción de una cosa al cumplimiento de la obligación. El artículo 104 de la Ley Hipotecaria, coincidente con el 1.876 del C. c., es el que mejor explica esta función (por lo que se refiere a la hipoteca): "La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone...".

Esta sujeción representa ya de por sí la fundamental función de garantía que cumplen estos derechos reales. El que, en un momento dado, pueda realizarse el valor de aquellos bienes es indudablemente una nota importante, pero corresponde a una fase ulterior y no se dirige propiamente a la función de garantía sino a la función satisfactoria.

Obsérvese, además, que la realización del valor solamente tiene lugar cuando el deudor incumple la obligación garantizada. Quizá en esto pueda apoyarse nuestro intento de definir los derechos reales de garantía, no en función de la realización del valor, sino en función de la garantía misma. Porque es indudable que el incumplimiento representa el supuesto anormal o patológico; y si esto es así, ¿por qué erigir en nota esencial la de la realización del valor, que solamente entra en juego en los supuestos anormales? (19).

La realización del valor es un remedio para el caso de incumplimiento. Pero el derecho real de garantía no se dirige a *remediar el incumplimiento*, sino a *asegurar el cumplimiento*.

---

(17) En cierto modo, se aproxima a esta matización RUBINO, al decir que en la regulación de la hipoteca la ley se inspira preferentemente unas veces en su función de derecho al valor, otras veces en la función de garantía y otras en su estructura de derecho real. La concepción del derecho al valor, rectamente entendida, no pretende agotar todos los aspectos de la hipoteca, sino que solamente se dirige a destacar su función, sin entrar en la estructura y en el contenido, es decir, en los medios que hacen posible el cumplimiento de aquella función (RUBINO: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*. Milano, 1956, págs. 6-7 y nota 5).

(18) Como observa MESSINEO, la garantía no tiene una función inmediatamente satisfactoria; hay que esperar a la ejecución forzosa para que la garantía llegue a ser actual y operante. Mientras tanto, su función consiste en establecer anticipadamente el orden según el cual cada uno de los acreedores tendrá una preferencia sobre los demás, para el caso de que se llegue a la ejecución forzosa (ob. cit., vol. II, parte 2.<sup>a</sup>, pág. 60).

(19) MESSINEO advierte que la prenda y la hipoteca cumplen una función aun antes del momento de la ejecución forzosa de la cosa que constituye su objeto. Desde un punto de vista práctico, el recibir o no una garantía real puede ser lo que determine la concesión o la negativa del futuro acreedor de lo que habrá de constituir el objeto de la relación garantizada. Y desde un punto de vista dogmático, la constitución de la garantía real implica separación de determinados bienes del patrimonio del deudor, a fin de sustraerlos a la persecución de los acreedores quirografarios (no garantizados). MESSINEO añade que, con ello, dichos bienes vienen a constituir como una especie de patrimonio separado (ob. cit., vol. II, parte 2.<sup>a</sup>, págs. 75-76).

De lo dicho hasta aquí, y de la conexión que se advierte entre el crédito y la garantía, ya se desprende uno de los caracteres de los derechos reales de garantía: la accesoriedad (20). Presuponen siempre, si no cronológicamente, sí lógicamente la existencia de un crédito al cual sirven de garantía. El artículo 1.857, 1.º, incluye esta nota entre los requisitos esenciales de los "contratos" de prenda e hipoteca, estableciendo como primer requisito el de "que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal" (véase también el art. 1.528, que, al tratar de la venta o cesión de créditos, llama "derechos accesorios" a la fianza, hipoteca, prenda y privilegio) (21).

\* \* \*

Después de estas consideraciones, ya podemos intentar explicar el contenido de los derechos reales de garantía en sus dos aspectos de derechos limitados y derechos limitativos.

Como derechos limitados, su contenido es —indudablemente— menor que el contenido del derecho de propiedad. ¿Qué derecho atribuyen al titular? No el derecho a la realización del valor, pues ese derecho ya le pertenecía, en virtud del artículo 1.911. Lo que hacen es *concretar* sobre determinados bienes ese derecho de agresión que el acreedor tiene siempre contra el patrimonio del deudor. Y, al concretarlo sobre determinados bienes, lo completan agregándole el derecho de persecución y el derecho de preferencia. *Poder directo* sobre los bienes que quedan sujetos a la garantía, en cuanto que en virtud de ella ya no es sólo la expectativa de recibir una prestación lo que el acreedor tiene, sino la seguridad de que en el patrimonio de su deudor hay determinados bienes sobre los cuales, si llega el caso, podrá *por acto propio* hacer efectivo su derecho. *Eficacia erga omnes*, en cuanto que este poder no desaparecerá ni aun en el caso de que aquellos bienes salgan del patrimonio del deudor, para pasar a formar parte del de otra persona. Es decir, *transformación de su derecho relativo en un derecho absoluto*.

(20) La accesoriedad no significa que estos derechos no tengan vida propia en sus condiciones objetivas de constitución y existencia, sino que la *función* y el *fin* de estos derechos no son independientes de la existencia de una obligación (RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., vol. I, pág. 742). Con referencia a la hipoteca, pero en términos que resultan aplicables a los derechos reales de garantía, en general, RUBINO precisa el significado de la accesoriedad diciendo que "en relación con la obligación garantizada, la hipoteca presenta una *autonomía estructural* y una *dependencia funcional*" (obra cit., página 23).

(21) La función de garantía que los derechos reales de garantía cumplen determina una accesoriedad funcional que, a nuestro modo de ver, es consustancial a tales derechos. No falta, sin embargo, en nuestra doctrina quien estime que la hipoteca no vive sometida a la obligación personal, sino que, por el contrario, es ésta la que se convierte en elemento accesorio y dependiente de aquélla. "La obligación personal se transforma en derecho real al constituirse la hipoteca, absorbida por ésta, como elemento integrante de la misma" (LACAL: *El mito de la accesoriedad de la hipoteca*", en *Rev. Derecho Privado*, 392, 1949, páginas 925-936).

Como derechos limitativos, habrá que responder a esta otra cuestión: ¿en qué medida disminuyen la plenitud del dominio? ¿Qué facultades restan al propietario?

Es más difícil responder a estas preguntas. Por de pronto, es difícil dar una respuesta uniforme, que sirva por igual para las distintas figuras. Así, por ejemplo, para las garantías que se constituyen mediante un desplazamiento posesorio, es indudable que esta privación de la posesión viene a mermar la plenitud del dominio.

A este respecto conviene hacer una advertencia. Señalamos ahora el significado de la desposesión como nota del derecho limitativo, pero no hemos señalado correlativamente la adquisición de la posesión como nota positiva, como contenido del derecho que adquiere el titular de la garantía. Si lo hacemos así es por considerar que en la prenda lo esencial no es la posesión del acreedor sino la desposesión del deudor. Nos lo confirma el artículo 1.863 del Código civil, al decir que "... se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor o a un tercero de común acuerdo".

Es decir, la posesión no forma parte necesariamente del contenido de la prenda. Lo que cuenta es la desposesión del deudor, como medio de hacer posible la facultad de persecución, que quedaría burlada si no fuera por esta precaución, tratándose como se trata de un derecho sobre bienes muebles (22). La prenda es, pues, un derecho limitativo en el sentido de que priva al propietario de la posesión de la cosa.

Ahora bien, ¿y en aquellas garantías que no implican traspaso de la posesión? ¿En qué medida limitan la plenitud del dominio?

Ciertamente, en muy escasa medida, por no decir en nada. Algún autor ha tratado de explicar la naturaleza de la prenda y de la hipoteca a base de la idea de que estos derechos originan un *vínculo de indisponibilidad* (23). Lo cual no es exacto. Las garantías reales no afectan

---

(22) HARDEL: *Etude de la notion de dessaisissement en matière de gage en droit français*. París, 1933, págs. 31 ss.

En cierto modo, esta no esencialidad del traspaso de la posesión al acreedor pignoraticio ha facilitado la concepción legislativa moderna de las formas de prenda sin desplazamiento. Puesto que lo esencial no es la posesión del acreedor, sino la desposesión del deudor, se ha podido pensar en una forma de prenda en la que la desposesión quedara sustituida por otras precauciones. Véase, por ejemplo, nuestra Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, que atribuye al dueño de los bienes pignorados (en la prenda sin desplazamiento) la consideración de *depositario* de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal (art. 59). El preámbulo de la Ley se hace cargo de la irregularidad que supone esta ficción del depósito en cosa propia y aclara que "esta figura no es propiamente un depósito, sino una especial situación del deudor, análoga en algunos puntos a la del tercero depositario, pero siempre distinta con arreglo a la naturaleza de las cosas".

(23) En este sentido, v. GORLA: *Pegno e ipoteca (Garanzie reali delle obbligazioni)*. Milano, 1935, págs. 44 ss. y 127 ss. Pero posteriormente, GORLA ha abandonado esta idea y se limita a decir que en el estado actual de los estudios históricos sobre esta materia no es fácil determinar en qué momento se produjo el paso de la garantía antigua, caracterizada por el vínculo de inalienabilidad, a la forma moderna de garantía real en la que se admite la enajenación de la cosa

a la facultad de disposición (24). El deudor —propietario— sigue teniendola, pero la garantía hace que la disposición del deudor sea inofensiva para el acreedor, porque aunque la cosa vaya a parar a otro patrimonio seguirá garantizando la obligación.

Por donde resulta que, más que limitar el derecho del propietario, a lo que afectan las garantías reales es a los derechos de los demás acreedores. El propietario no pierde el *ius disponendi*; son los demás acreedores quienes pierden el *ius distrahendi*, como consecuencia del derecho de preferencia atribuido al titular de la garantía (25).

El carácter de derechos limitativos del dominio queda, pues, bastante atenuado. Este carácter no se revela, propiamente, de manera decisiva más que en la fase de realización del valor, es decir, en relación con la función satisfactoria y no en relación con la función de garantía. En el momento de la realización del valor sí que resulta afectada la facultad de disposición del dueño de la cosa gravada, porque la ejecución forzosa implica —como apuntábamos— que de la disposición como facultad se pase a la disposición como necesidad. Pero esto no ocurre siempre, porque no siempre se llega a esa fase de realización del valor.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA. ARGUMENTOS CONTRARIOS A SU CARÁCTER REAL Y A SU PERTENENCIA AL DERECHO MATERIAL. CRÍTICA

Con lo dicho hasta aquí, queda afirmada nuestra posición en orden a la cuestión de la naturaleza jurídica de las garantías reales. Si ahora aludimos a esta cuestión y a los argumentos contrarios a la naturale-

---

gravada sin mengua de los derechos del acreedor garantizado, o en qué momento se tuvo clara conciencia de esta transformación (v. GORLA, en el *Commentario del Codice civile, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA*, libro sexto: *Tutela dei diritti*. Bologna-Roma, 1945, pág. 369. En todo el comentario a los artículos pertinentes se insiste repetidamente en la afirmación de que el tercero adquirente de cosa pignorada o hipotecada adquiere la propiedad de la misma: v. páginas 252 ss., 366 ss., etc.).

Probablemente, ha contribuido al cambio de opinión del ilustre civilista la variación que el nuevo Código civil italiano introdujo en la terminología al sustituir la expresión "tercer poseedor", utilizada en el Código de 1865, por la de "tercer adquirente" (v. págs. 370-371 de la última obra citada; v. también la nota 1 de la pág. 370, en la que paladinamente reconoce la inexactitud de su anterior opinión).

(24) Por lo que se refiere a nuestro Derecho, ese vínculo de indisponibilidad solamente se ha establecido para las modernas formas de garantía introducidas por la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. "El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor" (art. 4.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954).

(25) En algunos aspectos se revela, sin embargo, la limitación que los derechos reales de garantía imponen a las facultades del propietario de la cosa gravada. El dueño de finca hipotecada no podrá, por ejemplo, destruirla ni realizar actos de disposición que comprometan su importancia económica; así, si se trata de un bosque, no podrá talar o arrancar los árboles, o si se trata de una casa no podrá demolerla para vender los materiales procedentes del derribo, etc. (v. STOLFI, *ob. cit.*, pág. 200).

za real y material de estos derechos es para aprovechar las consecuencias que se desprenden del estudio histórico y de la argumentación desarrollada en torno a sus caracteres.

Por lo demás, es éste un punto que hemos de tratar aquí muy brevemente. Estos argumentos contrarios al carácter real de los derechos de garantía y a su pertenencia a la esfera del Derecho material se han desarrollado preferentemente en el terreno de la hipoteca y, por tanto, no tienen lugar para un adecuado tratamiento en nuestro estudio, que mantenemos en un ámbito más general, prescindiendo, por ello, del examen detallado de cada figura y limitándonos a la categoría genérica de las garantías reales. Pero —repetimos— conviene aludir aquí a estos argumentos, para contrastarlos con los resultados a que hemos llegado a través del estudio del fundamento, de la evolución histórica y de los caracteres de estos derechos.

A) Los argumentos contrarios a la naturaleza real —desarrollados preferentemente, como queda indicado, a propósito de la hipoteca— han tomado como punto de apoyo algunos preceptos en los que se alude a la posibilidad de que el acreedor reclame el pago de la deuda al tercer poseedor de la finca hipotecada (26).

En contra, nuestra doctrina más autorizada, observa que a esta posibilidad de reclamación no se contrapone nunca la afirmación de que el propietario esté obligado a pagar. No se trata, pues, del ejercicio de un derecho de crédito (27).

Por otra parte, estos argumentos, contrarios al carácter real, tampoco han sido llevados al extremo de querer fundar en ellos la tesis de un puro derecho de crédito. A lo más que se llega es a la idea de una obligación *propter rem*, es decir, a una figura dudosa o intermedia entre el derecho real y el derecho de crédito (28).

(26) Artículo 1.879 del C. c.: "El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que el último posee..."; artículo 126 de la L. H.: "... podrá el acreedor reclamar de éste (tercer poseedor) el pago de la parte de crédito asegurada con los bienes que el mismo posee..."

(27) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus notas al *Derecho de Cosas* de WOLFF, trad. esp., 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1951, vol. II, pág. 192. Añaden que, al regular los procedimientos para hacer efectiva la hipoteca, la ley no supone nunca que uno de los sujetos de la relación procesal sea el propietario, sino que habla de "juicio en que se persiguiesen bienes hipotecados" (v. art. 126 de la Ley Hipotecaria) y de que "la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados" (art. 129 de la L. H.).

Si la característica del derecho de crédito —dice ROCA SASTRE— es la idea de prestación que ha de efectuar la persona del dador y la característica del derecho real es la idea de señorío que sobre una cosa ejerce su titular, no cabe duda de que la hipoteca es un derecho real, puesto que en ella no se da dicha idea de prestación y sí la de señorío (*Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, t. IV, pág. 16).

(28) A veces se les niega el carácter de derechos reales, no por estimar que sean derechos personales, sino por entender que ni siquiera son derechos subjetivos. En este sentido, BARBERO afirma que la llamada garantía real no es un derecho real, sino una relación real sustancial cuyo contenido no es un *agere licere*, sino la vinculación de una cosa determinada a la satisfacción subsidiaria

Pero, sobre todo, parece que esta concepción personalista o, por lo menos, "anti-realista" está en contradicción con todo el sentido de la evolución histórica de los derechos de garantía y con la conclusión que se desprende de su evolución dogmática y del mismo Derecho positivo. Sentido y conclusión en los que hemos insistido, afirmando que estos derechos responden al esfuerzo de la técnica jurídica para dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos. De lo que se trata es de eliminar el riesgo que para el acreedor supone el estar a merced de una conducta —prestación— del deudor, y de sustituir la inseguridad de la prestación por la seguridad de la ejecución, mediante un poder que permita al acreedor perseguir determinados bienes (29), se encuentren dentro o fuera del patrimonio del deudor (30).

B) En cuanto a los argumentos contrarios a la pertenencia de estas garantías a la esfera del Derecho material, hay que reconocer que la misma doctrina civilista ha tenido parte de culpa por haber acentuado la idea del derecho a la realización del valor como esencia de los derechos reales de garantía.

Al cargarse el acento sobre la realización del valor se les ha suministrado a los procesalistas el argumento de que la garantía real es una nueva modalidad de la acción ejecutiva, es decir, un simple instrumento procesal (31).

De ahí que también contra esta tesis procesalista puedan ser útiles las consideraciones que hemos desarrollado al insistir en la necesidad de distinguir entre la función satisfactoria y la función de garantía y al señalar que aquélla, por más que pueda ser considerada como la función más enérgica, no puede ser considerada como la función esencial.

Ciertamente, la función satisfactoria —que se alcanza a través de

---

de un crédito (ob. cit., II, págs. 143-144). Sobre el concepto de derecho subjetivo en función de la idea del *agere licere*, v. BARBERO, ob. cit., vol. I, págs. 121-127. Para una crítica de esta idea, v. DISTASO: *Natura giuridica dell'ipoteca (Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia)*. Milano, 1953, págs. 96 ss.; v. también BARASSI: *Diritti reali e possesso*. Milano, 1952, vol. I, págs. 78-79, y *La teoria generale delle obbligazioni*, 2.<sup>a</sup> ed. Milano, 1948, vol. I, págs. 335-343.

(29) "Determinados bienes". Carácter específico del derecho real de garantía, a diferencia de la garantía genérica constituida por el patrimonio del deudor (art. 1.911 del Código civil).

(30) En el fondo de las doctrinas que niegan carácter real a los derechos de garantía late el preconcepto de que el goce es la verdadera y única expresión del derecho real. Por eso algunos de sus sustentadores llaman a la garantía "derecho a la realización del valor de la cosa". La terminología resulta criticable, pues el valor no es un bien en sí, sino un concepto de relación (la cosa en relación al dinero), una cualidad de las cosas (su permutabilidad). Vid. BARASSI: *Diritti reali...*, cit., I, págs. 80-81.

(31) CARNELUTTI: *Progetto del Codice di procedura civile*, vol. II; *Del processo di cognizione*. Padova, 1926, págs. 191 ss.; *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en los *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*. Padova, 1927, págs. 221 ss.; *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4.<sup>a</sup> ed. Roma, 1951, I, págs. 212 ss.—REDENTI: *Profili pratici di Diritto processuale civile*, Milano, 1938, págs. 88 ss.—LIEBMAN: *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, en *Riv. di Diritto Processuale Civile*, 1934, I, págs. 127 ss.—CARNACINI: *Contributo alla teoria del pignoramento*. Padova, 1936, págs. 262 ss.

la realización del valor— en cuanto que pertenece a la fase ejecutiva, puede hacer pensar que lo que el acreedor tiene no es un derecho sobre la cosa, sino una acción dirigida a obtener la ejecución y, con ella, la satisfacción del crédito.

Pero ya hemos visto que la función satisfactoria —realización del valor— no es la única función que cumple la garantía real, ni siquiera la que constituye su esencia. Contemplada la garantía en su fase ejecutiva, puede sugerir la idea de una aproximación al Derecho procesal, pero no hay que olvidar que no siempre se llega a esa fase ejecutiva y que cuando no se llega a ella no por eso deja de producir efectos la garantía real, por más que no llegue a producir sus efectos máximos (32).

De todos modos, aunque prescindieramos de la función de garantía y nos limitáramos a considerar la función satisfactoria o ejecutiva, no podría convencernos la tesis procesalista (33). No podría convencernos porque, en su misma fase ejecutiva, las garantías reales vienen a representar precisamente una excepción a las reglas del Derecho procesal. ¿En virtud de qué principio procesal puede dirigirse la acción ejecutiva contra bienes que no formen parte del patrimonio del deudor? (como sucede en el caso de que la finca hipotecada haya pasado a poder de un tercer adquirente). Respuesta: en virtud del derecho que el acreedor tiene sobre la cosa (34); es decir, en virtud de un derecho que pertenece a la esfera del Derecho material y que da lugar —como ha dicho Messineo— a una modificación en la cualidad jurídica de la cosa.

No se trata de meras situaciones procesales porque para ello tendrían que ser situaciones determinadas en el proceso y durante el pro-

(32) Las mismas razones —dice PUGLIATTI— aducidas para justificar el carácter procesal de la hipoteca o de los privilegios podrían hacer pensar que también las garantías personales (fianza, aval) tienen un contenido estrictamente procesal. En realidad, se trata de una mera apariencia: precisamente porque se trata de medios de garantía es comprensible que su eficacia se exteriorice, se haga más tangible, en el momento en que la garantía se realiza, es decir, en la ejecución forzosa. PUGLIATTI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano, 1935, págs. 380-381.

(33) En contra de la tesis procesalista, vid. COVIELLO (L): *L'ipoteca e un diritto reale?*, en *Rivista di Diritto civile*, 1936, págs. 1 ss.; FRANCESCIBELLI: *L'ipoteca come diritto reale*, en *Riv. Diritto Comm.*, 1938, I, págs. 274 ss.; PUGLIATTI, ob. cit., págs. 379 ss.; DISTASO, ob. cit., págs. 13 ss., 78 ss., etc.; MESSINEO, ob. cit., vol. II, parte 2.<sup>a</sup>, págs. 74-77; BARASSI: *Diritti reali...*, cit., I, págs. 84-86.

(34) Téngase en cuenta que la adherencia a la cosa es una de las características definidoras de la noción del derecho real, y que la misma eficacia *erga omnes* no es sino una consecuencia o una proyección exterior de dicha adherencia.

La adherencia a la cosa y la eficacia *erga omnes* (es decir, las notas peculiares del derecho real) justifican que el titular de la garantía pueda ejercitar su derecho sobre la cosa aun cuando ésta haya salido del patrimonio del deudor. DISTASO explica la naturaleza real de la hipoteca como un vínculo, que afecta a la cosa, en virtud del cual la cosa queda destinada a un futuro estado de sujeción y que da lugar a que la cosa permanezca insensiblemente a cualquier eventual alteración de su condición jurídica fundamental (ob. cit., págs. 114 ss.).

ceso. En otros términos: no se puede crear una situación procesal antes del proceso y fuera de él. Y esto es precisamente lo que ocurre con las garantías reales, que representan la creación de determinadas situaciones en el seno del Derecho material y, por tanto, *antes del proceso y fuera del proceso* (35).

Si los procesalistas llegaran a convencernos de que la acción ejecutiva es un dato suficiente para encuadrar a la prenda y a la hipoteca en el marco del Derecho procesal, quizá tuviéramos que concederles mucho más. Quizá tuviéramos que concederles que la acción confesoria y la acción reivindicatoria justifican el que se pueda arrancar de la esfera del Derecho material al derecho real de servidumbre y al mismo derecho de propiedad (36).

#### V. ALGUNAS PECULIARIDADES DE SUS MODOS DE CONSTITUCIÓN Y DE EXTINCIÓN

Tampoco, por lo que se refiere a los modos de constitución y de extinción, hemos de hacer aquí el examen detallado de ellos con relación a cada uno de los tipos concretos de derechos reales de garantía. Nos interesa solamente, dentro de la panorámica general de estos derechos, poner de relieve lo que pueda representar una peculiaridad de ellos.

*Modos de constitución.*—La cuestión que interesa destacar aquí es la relativa al papel que desempeña la ley en la constitución de las garantías reales. Y, sobre este punto, podemos señalar una nota de carácter general: la ley se revela tanto más enérgica en la constitución de derechos reales de garantía cuanto menos enérgico sea el derecho real que en su virtud se constituye.

a) Así, la ley nunca constituye directamente un derecho real de prenda. Obsérvese que el derecho real de prenda es más enérgico que el de hipoteca, en cuanto que priva al deudor-proprietario de la posesión de la cosa. Pues bien, no existen en nuestro sistema prendas legales. En algunos artículos, el Código civil confiere a determinadas personas el derecho de *retener en prenda* una cosa hasta el pago de una deuda (37). Pero, aunque se emplee esta expresión y aunque ello

(35) Puesto que la acción ejecutiva hipotecaria tiene mayor alcance y efectos más intensos que la ejecución ordinaria, ello significa que con dicha acción se hace valer, además del crédito, otro derecho sustancial (v. RUBINO, *ob. cit.*, pág. 10).

(36) Entre nosotros, CÁMARA, ha seguido, en parte, la orientación de CARNELUTTI, si bien ha llegado a una conclusión distinta. En su opinión, de la hipoteca deriva no sólo una situación jurídico-procesal, sino también una situación jurídica de derecho material. Mas tal situación no es, a juicio de este autor, una situación jurídico-real; la hipoteca no es un derecho real. (M. de la CÁMARA: *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real*, en *Rev. de Derecho Privado*, 386, 1949, págs. 377 ss. En contra, *vid.* RAMOS FOLGOS: *Defensa de la naturaleza real de la hipoteca*, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 258, 1949, págs. 681 ss.

(37) Art. 1.600: "El que ha ejecutado una obra en cosa mueble, tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague." Art. 1.730: "El mandatario

haya dado lugar a que algún sector de la doctrina apoye en estos artículos la posibilidad de un derecho legal de prenda, creemos que tal idea no puede ser admitida.

Se argumenta diciendo que el verbo "retener" no se opone a la calificación de prenda, puesto que la facultad de retener forma parte del contenido del derecho de prenda (38). Ahora bien, este argumento no parece convincente. Ciertamente que en toda prenda hay retención; pero ello no significa que toda retención obedezca a un derecho real de prenda. Por lo demás, aquellos artículos no confieren al acreedor la facultad de enajenar las cosas constituidas en garantía; ausencia, por tanto, del derecho a la realización del valor.

Una observación análoga podría hacerse a propósito del párrafo segundo del artículo 1.866 del Código civil, que reproduce la figura romana del *pignus gordiano* (39). En este precepto se autoriza al acreedor a "prorrogar la retención" de la cosa dada en prenda hasta que se le satisfaga un eventual segundo crédito contraído por el deudor con anterioridad al pago de la deuda garantizada con prenda. Entendemos que tampoco en este caso cabe hablar de un derecho real de prenda constituido por la ley, sino de un supuesto en que la ley autoriza al acreedor pignoraticio para convertir el derecho de prenda que garantizaba la primera obligación en un derecho de retención para la seguridad de la segunda deuda, retención que cumple, por tanto, una función de garantía, aun cuando no llegue a cumplir la función satisfactoria, ya que, al no tratarse de una verdadera prenda, no confiere facultades ejecutivas al acreedor retinente (40).

b) En materia de hipotecas nos encontramos con una variedad de ellas —en orden a su constitución— designada con la denominación de "hipotecas legales". Terminología consagrada por nuestra le-

---

podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos siguientes." Art. 1.780: "El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito."

(38) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus notas al *Derecho de Obligaciones*, de ENNECCERUS, trad. esp., 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1950; vol. II, pág. 304 (con referencia al artículo 1.600 del Código civil).

(39) A juicio de NARDI, en el Derecho romano el *pignus Gordiano* no funciona como una simple *retentio*, sino como un verdadero derecho de prenda. (NARDI: *Ritenzione e pegno gordiano*. Milano, 1939, págs. 85 ss.). En contra, v. JORS-KUNKEL, ob. cit., pág. 223: era sólo un derecho de retención, no un derecho de prenda estricto, pues no otorgaba al acreedor la facultad de vender.

(40) En este sentido se interpreta el párrafo segundo del artículo 1.866 del Código civil, por la sentencia de 24 de junio de 1941. Planteadas la cuestión por primera vez ante el Tribunal Supremo, la sentencia infiere la posición del Derecho español examinando los antecedentes del precepto (*Codex* de JUSTINIANO, lib. 8, tít. 27, ley única; Partida V, tít. 13, ley 22; art. 1.779 del Proyecto de 1851), atendiendo a sus concordancias con otros preceptos contenidos en legislaciones afines a la propia e inspiradas en una común tradición jurídica (como los artículos 2.082 del Código francés y 1.888 del italiano de 1865); y, sobre todo, teniendo en cuenta la sistemática del Código civil.

En el nuevo Código italiano se han eliminado las dudas a que podía dar lugar la redacción anterior, estableciéndose que "el acreedor tiene solamente el derecho de retención en garantía del nuevo crédito" (art. 2.794, párrafo segundo).

gislación, pero cuyo alcance se cuidan de precisar el Código civil —artículo 1.875— y la Ley Hipotecaria —art. 158— diciendo que las personas a cuyo favor concede la ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho (41).

Es decir, no se trata de hipotecas constituídas por la ley, sino de supuestos en los que la ley confiere a una persona el derecho a exigir la constitución de hipoteca (42). Por excepción subsisten en nuestro Derecho las hipotecas tácitas en favor del Estado, provincias y pueblos o en favor de los aseguradores. Pero con limitaciones en orden a la cuantía de la obligación garantizada, porque solamente responden del importe de dos anualidades de las contribuciones e impuestos o de las primas del seguro de dos años.

c) También en la anticresis vemos confirmada la nota que hemos apuntado: mayor energía de la ley en la constitución de garantías reales menos enérgicas. En la forma autónoma y típica de anticresis —recayente sobre inmuebles— no hay otra forma de constitución que la voluntad de las partes. En cambio, el artículo 1.868 del Código civil establece que “si la prenda produce intereses compensará al acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital”.

De esta manera se establece *ex lege* un derecho de anticresis que hay que considerar implícito en la prenda. Pero que puede ser excluido por pacto (o sea, al revés que en el Derecho romano).

d) Por último, la ley se revela más enérgica en la constitución de aquellas garantías cuyo contenido es menos enérgico, hasta el punto de que incluso puede parecer dudosa su naturaleza real, que, en todo caso, resulta atenuada. Así, en los privilegios y en el derecho de retención.

En los privilegios —mejor dicho, en los privilegios especiales, que es en los que cabe apreciar carácter real— no se necesita un título constitutivo distinto del título constitutivo del crédito. El privilegio es una preferencia que la ley otorga a determinados créditos por razón de su causa. Por tanto, el privilegio nace *ipso iure* con el crédito mismo.

En el derecho de retención es también suficiente el precepto legal porque de lo que se trata no es de imponer una desposesión y de crear con ello una situación nueva, sino de autorizar el mantenimiento o la prolongación de una situación ya existente, es decir, de autorizar al acreedor a que *retenga* la posesión que *ya tiene*. Como hemos apun-

(41) Acudiendo a la terminología consagrada por la “teoría del título y el modo”, podría explicarse esta situación diciendo que la ley suministra el título para la constitución, pero no llega a significar un modo de adquirir el derecho real en cuestión.

(42) Ello revela, por parte de la ley, una actitud de favor hacia el crédito en cuestión, actitud que se justifica en consideración a la causa del crédito o a la persona de su titular. De ahí que haya podido decirse que la *ratio* de la hipoteca legal es análoga a la del privilegio, aun cuando sea distinto el medio técnico utilizado en uno y otro caso (vid. RUBINO, ob. cit., pág. 257).

tado, aquellos casos que han querido ser explicados como prendas legales no son sino supuestos en los que la ley establece un derecho de retención. Incluso podríamos añadir algún otro supuesto en el que se autoriza al acreedor pignoraticio a seguir reteniendo la cosa dada en prenda, a pesar de haberse satisfecho la obligación garantizada, estableciendo así una nueva garantía —retención— sobre aquella cosa. El supuesto —art. 1.866, párrafo segundo— es interesante porque representa un caso en el que la ley transforma una relación jurídica de prenda en un derecho de retención.

*Modos de extinción.*—En la extinción de estos derechos cabe distinguir entre los modos extintivos propios de todos los derechos reales, los característicos de los *iura in re aliena* y los peculiares de los derechos reales de garantía. Estos últimos son los que nos interesan aquí, para completar la caracterización de estos derechos.

El carácter accesorio de las garantías reales hace que estando su razón de ser y su existencia determinadas por la existencia de un derecho de crédito, también su extinción pueda en ocasiones ser impuesta por la extinción del derecho al que sirven.

Por donde resulta que todas las causas de extinción del crédito dan lugar a la extinción de la garantía (43). Ahora bien, entre las causas extintivas del crédito nos interesa destacar una de ellas: *la confusión*. Nos interesa destacarla porque en este punto se revela una de las peculiaridades más interesantes de la extinción de los derechos reales de garantía.

La confusión tiene lugar —art. 1.192 del C. c.— cuando se reúnen en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor. Esta causa de extinción de las obligaciones tiene un paralelo en la esfera de los derechos reales y, concretamente, de los *iura in re aliena*. De la misma manera que no se puede ser deudor de sí mismo o acreedor de sí mismo, tampoco se puede ser titular de un derecho real limitado sobre una cosa propia. Los derechos reales sobre cosa ajena se extinguen en cuanto la cosa deja de ser ajena para ser propia, o en cuanto se

---

(43) El principio de accesoriedad funcionó, según parece, con menos intensidad en el Derecho romano que en el Derecho moderno. Según CARRELLI, los juristas clásicos examinaron las relaciones entre obligación principal y derecho de prenda partiendo de la fórmula *in factum* de la *actio quasi Serviana*, en la cual se enumeraban taxativamente los casos de extinción de la prenda, que eran solamente tres: a) *solutio*, o sea, cumplimiento de la obligación principal; b) *satisfactio*, es decir, sustitución de la garantía real por una garantía personal; c) mora del acreedor. Fuera de estos tres casos, cualquier otro evento que produjera la extinción de la obligación principal no desplegaría iguales efectos para la obligación accesorial, que quedaría subsistente. Sobre este sistema se construyó la doctrina clásica, afirmando enérgicamente la supervivencia del derecho de prenda en todos los casos de extinción puramente formal de la obligación principal. El Derecho justinianeo modificó la situación, aunque de manera más aparente que real, porque si bien afirmó el principio de accesoriedad funcional de la prenda, acogió al nuevo concepto de *obligatio naturalis* para admitir la supervivencia del derecho de prenda aun en aquellos casos en que la obligación civil quedaba extinguida. (Vid. CARRELLI: *Sulla accessorietà del pegno nell diritto romano*. Roma, 1934, págs. 69-70.)

adquieren o recuperan las facultades que sobre la cosa propia correspondían a otra persona.

El paralelo entre estas causas extintivas de las obligaciones y de los derechos reales limitados ha dado lugar a que frecuentemente se emplee en la doctrina la palabra confusión aplicada a esta forma de extinción de los *iura in re aliena*, para la que es, sin embargo, más correcta la expresión *consolidación*.

Pues bien, los derechos reales de garantía pueden extinguirse por confusión y por consolidación.

La extinción por confusión no es sino uno de los casos en los que la garantía se extingue por haberse extinguido la obligación garantizada. Es decir, pura consecuencia del carácter accesorio de estos derechos.

Pero la extinción por consolidación puede producirse sin ninguna dependencia respecto a la extinción del crédito garantizado, e incluso puede dar lugar a que se extinga la garantía subsistiendo la relación de crédito que ésta garantizaba. Este supuesto puede darse teniendo en cuenta que la garantía puede haber sido constituida por persona distinta del deudor y que, aun habiéndola constituido el deudor, puede ocurrir que la cosa gravada haya pasado del patrimonio del deudor al de otra persona. Si el acreedor, titular del derecho real de garantía, sucede al constituyente o al adquirente o si adquiere por cualquier otro título la cosa gravada, la consecuencia será la extinción de la garantía por consolidación, subsistiendo el crédito por no haberse producido paralelamente el supuesto de extinción por confusión.

De ahí el interés de distinguir los supuestos de extinción de los créditos por confusión y de los derechos reales sobre cosa ajena por consolidación. Y de ahí que en el terreno de las garantías reales sea especialmente clara esta distinción.

## VI. SISTEMATIZACIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA. RASGOS COMUNES Y NOTAS DISTINTIVAS

En el panorama moderno de las garantías reales se advierte el resultado de su evolución histórica y las aportaciones de la técnica jurídica impuestas por las necesidades de la práctica.

De las formas de garantía reconocidas en el Derecho romano han pasado al Derecho moderno todas excepto la *fiducia*, que ya desapareció dentro del ciclo de evolución del mismo Derecho romano.

Ahora bien, al referirnos a la *fiducia* romana ya distinguíamos en ella dos elementos: 1.º La transmisión de la propiedad en función de garantía. 2.º El convenio de fidelidad (*fiducia* propiamente dicha). El Derecho moderno conoce alguna figura en la que, sin que exista propiamente el elemento fiduciario, sí que existe el otro elemento: la propiedad cumpliendo una función de garantía. Así, por ejemplo, en las ventas a plazos es frecuente el pacto de reserva de dominio, cuya finalidad práctica es la de garantizar el completo pago del precio de venta. Si no fuera por la ausencia de elemento fiduciario podríamos decir

que aquí se da una *fiducia* al revés. Pero, de todos modos, estos supuestos quedan fuera del campo de las garantías reales, ya que no se trata de derechos reales sobre cosa ajena.

*Prenda, hipoteca y anticresis* son las figuras típicas y fundamentales de garantías reales. La última de ellas —anticresis— ya no es, como en el Derecho romano, un pacto agregado a la prenda, sino que el Código civil la reconoce y regula con sustantividad propia y referida exclusivamente a los inmuebles (arts. 1.881 y siguientes). Al lado de este derecho real de anticresis, existe una anticresis *ex lege* agregada a todo derecho real de prenda recayente sobre cosa fructífera —art. 1.868—, aunque con la posibilidad de excluirlo mediante pacto en contrario.

Por último, hay figuras, como los *privilegios especiales* y el *derecho de retención*, en las que el carácter real resulta atenuado. Con esta salvedad, es decir, como derechos de garantía con eficacia real limitada, pueden ser incluidos dentro del cuadro de los derechos reales de garantía.

El rasgo común a todas estas figuras lo constituye la función de garantía que cumplen, y que responde a aquella idea repetidamente apuntada en el breve estudio que hemos hecho en su evolución histórica, dogmática y legislativa; es decir, al esfuerzo de la técnica jurídica para dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos.

Otro rasgo común, pero ya no a todas ellas, sino a las figuras principales, lo constituye la función satisfactoria que desempeñan a través del derecho a la realización del valor. Función satisfactoria, que no es, como hemos apuntado, la definidora de las garantías reales (de ahí que pueda ser considerado como tal el derecho de retención, que no cumple dicha función), pero que tiene innegable importancia como culminación de la función de garantía.

En cuanto a las notas distintivas, la cuestión que más interés presenta y mayor actualidad conserva es la distinción entre la prenda y la hipoteca. Esta distinción ha pasado por varias etapas históricas:

a) *Derecho romano*: La distinción se funda en la diversa forma de constitución.

b) *Derecho medieval*: Por razones prácticas, al acentuarse la diferencia entre el régimen de los muebles y de los inmuebles, se adscribe la hipoteca a los inmuebles y la prenda a los muebles (44).

c) *Código civil y Ley Hipotecaria*: Hipoteca para los inmuebles (sin traspaso de posesión) y prenda para los muebles (con desposesión).

d) *Aparición de las primeras formas de garantía real sobre muebles sin desposesión*: Se las regula y denomina como "prenda". El legislador se guía por la naturaleza mueble o inmueble de la cosa y no por la nota de desplazamiento o no desplazamiento de la posesión.

e) *Ley de 16 de diciembre de 1954*: La clave de la distinción ya

---

(44) Algunas  *Coutumes*  francesas estimaron que los muebles no eran susceptibles de hipoteca, fundándose en el principio "*meubles n'ont pas de suite par hypothèque*" que, en realidad, tenía un significado distinto (v. STORER, ob. cit., pág. 183).

no es la naturaleza mueble o inmueble de la cosa, puesto que se admite la *hipoteca mobiliaria*. No lo es tampoco el traspaso de la posesión, puesto que se admite la *prenda sin desplazamiento*. ¿En dónde reside, pues, la clave de la distinción? En la diferencia entre *bienes de identificación semejante a los inmuebles* y de *identificación menos perfecta* (45).

En contraste con las dos formas fundamentales de garantía real —prenda e hipoteca—, la anticresis presenta una nota peculiar: en ella no sólo se asegura al acreedor la futura satisfacción de su crédito, sino que se pone en sus manos un medio de satisfacción inmediata, en cuanto que la anticresis le atribuye el derecho de percibir los frutos del inmueble gravado con aplicación al pago de los intereses, si se debieran, y después al pago del capital de su crédito. Esta posibilidad de satisfacción inmediata ha sugerido a algún autor la consideración de la anticresis, más que como una forma de garantía, como uno de los medios de sustituir el cumplimiento de la prestación (46). Con todo, no hay que perder de vista que ni la función de garantía ni la función satisfactoria se logran en la anticresis gravando solamente los frutos, sino que en ella se grava también —e incluso primordialmente— el inmueble (47). (Téngase en cuenta también la facultad de promover la venta del inmueble, reconocida en el párrafo segundo del artículo 1.884 del Código civil y la remisión establecida en el artículo 1.886, que claramente sitúa a la anticresis en el terreno de las garantías reales.)

Por último, los privilegios especiales y el derecho de retención se nos ofrecen —según queda indicado— como derechos de garantía con eficacia real limitada. Su constitución es obra de la ley, (aunque no quede excluída la posibilidad de una retención convencional). Y la atenuación del carácter real se manifiesta, para los primeros, en la ausencia del derecho de persecución, y en el segundo, en la ausencia del derecho a la realización del valor.

(45) Como consecuencia de la Ley de 16 de diciembre de 1954, resulta que ciertos bienes muebles son susceptibles de prenda y de hipoteca. En efecto, en dicha ley se establece que no se podrán hipotecar los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento (art. 12, párrafo final) y que no podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria (art. 55), pero no hay nada que excluya la posibilidad de constituir prenda ordinaria (con desplazamiento de posesión) sobre cualquiera de los bienes que pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria. Lo único que se excluye expresamente (en el mismo artículo 55) es la constitución de prenda ordinaria sobre bienes ya *pignorados* con arreglo a esta Ley.

(46) En tal sentido, vid. BARASSI; *Diritti reali...*, etc., cit., pág. 62, y en *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., vol. III, págs. 196-198.

(47) En la anticresis, el acreedor adquiere el disfrute de la cosa aplicando los frutos o rentas al pago de los intereses de la deuda; es decir, adquiere los frutos en funciones de pago, no en función de garantía, la cual sólo puede ser prestada por la cosa misma (SANZ FERNÁNDEZ; *El derecho de preferencia en la anticresis*, en Rev. de Derecho Privado, 313, 1943, págs. 223 ss.; v. pág. 227).

# «La renuncia a la sociedad legal de gananciales» (\*)

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

Doctor en Derecho

SUMARIO: *Introducción.*—I. *Planteamiento*: 1) Posibilidades del tema. 2) La renuncia a los gananciales. 3) La renuncia a las «consecuencias» de la sociedad de gananciales. 4) La renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales. 5) Los límites de la renuncia a la sociedad de gananciales.—II. *La renuncia en el Derecho privado*: 1) Noción previa. 2) La llamada renuncia traslativa o *in favorem*. 3) Carácter unilateral de la renuncia. 4) Régimen jurídico de la renuncia. 5) La renuncia de leyes.—III. *La naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales*: 1) Planteamiento. 2) Clasificación de las teorías propuestas por la doctrina. Consideración particular de la sociedad de gananciales como sociedad especial. 3) Teoría de la comunidad romana. 4) La sociedad de gananciales como comunidad germánica, «Zur Gesamthe Hand» 5) Teoría que considera a la sociedad de gananciales como un patrimonio de destino.—VI. *La interpretación del artículo 1.364 del Código civil*: 1) Recapitulación. 2) La interpretación de Sánchez Román de la ley 6<sup>a</sup> de las de Toro. 3) Crítica de la interpretación restrictiva de Sánchez Román. 4) Estado de la doctrina antigua en torno a la ley 6<sup>a</sup> de las de Toro. 5) Consideraciones en torno al artículo 1.364 del Código civil.—V. *La renuncia a la sociedad de gananciales*: 1) Planteamiento. 2) Crítica de la «rigidez» de la sociedad de gananciales. 3) Posibilidad de establecer constante matrimonio la renuncia del artículo 1.364 del Código civil con efecto exclusivo para después de su disolución. 4) La renuncia a la sociedad de gananciales y algunos aspectos de la *confirmatio donationis*. 5) La renuncia en supuesto análogo en el Derecho comparado. 6) Régimen de la renuncia a la sociedad de gananciales.

---

(\*) El presente trabajo ha sido realizado por su autor con la pensión de estudios concedida por el Ministerio de Educación Nacional (Comisaría de Protección Escolar) en julio de 1957 para investigación en el Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid durante los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre del citado año y bajo la dirección del Excmo. y Mago, Sr. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano, rector de la Universidad de Valladolid y catedrático de la citada disciplina.

## INTRODUCCION

El tema de la renuncia a la sociedad legal de gananciales ha sido descuidado por la doctrina española contemporánea, a pesar de que tiene profundas raíces en nuestro antiguo Derecho, si bien no sean éstas ni tan numerosas ni tan directas a sostener su endeble tronco, casi oculto en la sistemática del Código civil y enmarañado en la dicción confusa e incorrecta de alguno de sus preceptos. Y lo que es más extraño, cuando el ahondar en él podía haber ahorrado buena parte de las censuras, cada vez más numerosas, de que ha ido siendo objeto la institución de la sociedad de gananciales, sobre todo por el carácter de capitulaciones matrimoniales subsidiarias que el Código civil le ha atribuído.

Solamente en un breve artículo F. BAS y RIVAS (1) se ha enfrentado de cara con el tema, si bien con la intención, por él confesada modestamente, de su mero planteamiento. No obstante, ha tenido el mérito suficiente de abrir con ello un haz de luminosas posibilidades y proyectarle sobre el objeto de nuestro estudio; lástima que no acertemos a abordar el tema con toda la hondura que la sugestión que produce le hace merecer. Aparte de esta valiosa aportación, y entre un ambiente hostil, legal, jurisprudencial y doctrinal, sólo algunos autores, en trabajos monográficos—CASTÁN, ROCA SASTRE, LEZÓN (2)—, se han ocupado, que sepamos, de aspectos parciales del tema, o más bien de cuestiones tangenciales al mismo y con los que guarda alguna conexión. Por lo demás, en los tratados generales, como más adelante veremos, apenas se encuentran algunas alusiones o, en todo caso, el resultado de alguna fragmentaria visión del problema que más sirve de obstáculo que de otra cosa para su adecuada comprensión, y bien poco podrán apoyar los fundamentos sobre los que hemos de levantar nuestras conclusiones, que ya de antemano se nos ocultan problemáticas.

Los antecedentes a que hemos aludido en el antiguo Derecho de Castilla se agrupan en torno a la famosa Ley 6<sup>o</sup> de las de Toro y están constituidos por ella misma y la abundante doc-

(1) *La renuncia a los efectos de la sociedad legal de gananciales, a la propia sociedad y a sus consecuencias*, en «Rev. de Der. Priv.», vol. XXXII, Madrid, 1949, págs. 844 y sigs.

(2) CASTÁN: *Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos*, en «R. G. I. J.», vol. 155, Madrid, 1929, página 226 y sigs.; LEZÓN: *La renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos*, R. T. y L. U., vol. LXIII, Madrid, 1929, pág. 409 y sigs., y *Efectos de la renuncia de gananciales por los herederos de uno de los cónyuges*, en R. C. D. I., vol. V, Madrid, 1929; ROCA SASTRE: *La comunidad de gananciales; destino de sus bienes en caso de renuncia*, en R. C. D. I., vol. VI, Madrid, 1930, pág. 191 y sigs.

trina surgida en su comentario. Pero sobre ellos no pueden elevarse más que unas bases confusas, desaliñadas de toda configuración dogmática y técnica, ya que el problema está planteado y aludido de una forma embrionaria, y a esta dificultad se suman las nacidas del hecho de que nuestros tratadistas del derecho histórico, más prácticos que otra cosa, eluden o no aciertan con el tratamiento adecuado de una serie de cuestiones que afectando esencialmente a la configuración de la sociedad de gananciales marque las pautas a seguir para toda ulterior elaboración científica. No obstante, de la oscura corriente doctrinal referida, puede sacarse con criterio histórico algo que pueda ser muy aprovechable a nuestro propósito.

Y, es, fundamentalmente, que el Código civil, cambiando totalmente el sesgo trazado por el Derecho antiguo, ha venido, al menos siguiendo el rigor interpretativo dominante, a romper la continuidad histórica del carácter con que aparecía regulada la sociedad de gananciales, configurándose con ello una institución que de otro modo perdería buena parte de su rigidez.

Y esta perspectiva histórica es aún más importante, con serlo mucho, que la consideración de que en el laborioso siglo XIX los pandectistas alemanes hayan elaborado doctrinas y resucitado principios que, recibidos en nuestra patria modernamente, hayan llevado a una discusión sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales e incluso a formar en un concreto sentido una corriente dominante a la que naturalmente eran ajenos nuestros antiguos glosadores.

Porque la pauta para la solución del problema ha de hallarse en un cuidado examen de la exégesis e interpretación del Código civil. Viniendo después las consideraciones de orden institucional, más que a abordar la tesis de la posibilidad de la renuncia a la sociedad legal de gananciales, a ratificarla. Cuando en último término un breve examen de la cuestión en el Derecho comparado sirve a subrayar la anterior ratificación. Y decimos en último término, porque en este caso, junto a la conjugación de principios técnicos, pertenecientes al fondo común de los distintos derechos romano-germánicos, concurren poderosas razones de política legislativa privativas de nuestro derecho positivo. No obstante, porque creemos hemos de enfocar el problema con su criterio dogmático y, aún más, por obligadas consideraciones de método, no va a ser éste el orden riguroso que vamos a seguir; antes bien, antes de plantear el tema en sus posibilidades y hacer una referencia al marco legal en el que se encuentra oprimido, vamos a estudiarlo empezando por el análisis de lo que sea el acto abdicativo, denominado renuncia, para continuar por la especial consideración de la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales, y con este bagaje abordar el tema en el antiguo Derecho de Castilla para culminar sus posibilidades dentro del sistema del Código civil, analizando los principios en que

puede basarse, tomados de las conclusiones a que hayamos llegado en nuestra anterior investigación, de orden institucional, histórico y práctico, apoyados en la crítica al carácter con que aparece configurada la sociedad legal de gananciales y en las necesarias concordancias con los Derechos forales y extranjeros.

## I. PLANTEAMIENTO

1. POSIBILIDADES—Hay que distinguir la renuncia a la sociedad de gananciales de la mera renuncia a los gananciales obtenidos, pues el alcance de una y otra son bien diferentes.

La primera se refiere a la continuación en el régimen económico matrimonial, o al régimen mismo, establecido bien por capitulaciones matrimoniales, bien por aplicación de la norma dispositiva contenida en el artículo 1.315 del Código civil (3), que con carácter suplementario va a configurar en su defecto la voluntad de los cónyuges y a establecer, por ende, el régimen económico de la sociedad de gananciales. Se trata casi de la renuncia a una condición jurídica (complejo de situaciones más bien, que en su aspecto técnico será de precisar más adelante) que necesariamente ha de llevar aparejado un cambio o una alteración en el propio régimen matrimonial, siendo, por lo demás, un acto cuya trascendencia patrimonial es múltiple y diversa en sus efectos.

La renuncia a los gananciales no altera para nada el régimen económico del matrimonio—aparte de otra circunstancia muy importante que más adelante se pondrá de relieve—, puesto que se trata de un acto dispositivo (de abdicación de derechos en este caso), relativo a unos bienes concretos al menos en abstracto, la *causa* y con un contenido patrimonial preciso.

Esta distinción ha sido perfectamente entrevista y enunciada por nuestra doctrina contemporánea (4), pero sin que ello haya servido para arrojar más luz que la que se deriva de la distinción misma al objeto fundamental de nuestro estudio, como ya hemos indicado. Las bases, por otra parte, en las que ha de descansar esta distinción, habremos de encontrarlas en la sistemática investigación que vayamos haciendo en el transcurso de este tra-

(3) Cfr. «A falta de contrato sobre los bienes del matrimonio se entien- de este contrato bajo el régimen de gananciales».

(4) CASTRÁN: *Derecho civil común y foral*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1941, III, págs. 600-601; SÁNCHEZ ROMÁN: *Derecho civil*, Madrid, 1912, V, I, págs. 835 y sigs., y 821, nota 1; DE DIEGO: *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1920, VI, págs. 238-239; MANRESA: *Comentarios al Código civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1904, IX, págs. 545 y sigs.; MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado extensamente*, Madrid, 1904, XXII, págs. 77 y sigs., y XXI, págs. 641 y sigs.; VALVERDE: *Derecho civil español*, 4.<sup>a</sup> ed., Valladolid, 1935, IV, pág. 426; CASTÁN y PÉREZ GONZÁLEZ: *Notas al Derecho de Familia de WOLFF, en el Derecho civil de ENNECCERUS*, trad. esp., Barcelona, 1941, V, 1, págs. 461 y sigs.; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, Madrid, 1940, II-1, pág. 328.

bajo; pero si conviene adelantarla ahora, aun cuando un poco anticipadamente, para ir deslindando el campo de nuestro estudio. No obstante, ambos temas, aunque con planteamientos diversos, guardan muchos puntos de común, cuyo desentrañamiento respectivo y el poner de relieve su interdependencia aclarará puntos de vista generales y aspectos parciales que pueden sernos útiles y aprovechables ulteriormente.

Esta distinción se ha originado en torno a la exégesis del artículo 1.394 de nuestro Código civil. El cual se expresa en los siguientes términos: «La renuncia a esta sociedad—la de gananciales—no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial. Cuando la renuncia tuviere lugar por causa de separación, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se hará constar por escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el artículo 1.001.» A la vista de este precepto dice CASTÁN que «el Código incurre aquí en una evidente confusión entre la renuncia de la sociedad y la renuncia de los gananciales obtenidos, pues no cabe hablar de renuncia a la sociedad de gananciales, cuando ésta ya ha quedado extinguida por la disolución o anulación del matrimonio o por la separación de los cónyuges, conforme al art. 1.417» (5). Y con la opinión de este ilustre tratadista se muestra conforme toda la doctrina en términos generales. Y también en entender que el párrafo primero de este artículo se refiere a la renuncia a la sociedad, y el segundo a la de los gananciales (6), llegando MANRESA (7) incluso a negar, aun en este supuesto, la posibilidad de la renuncia a la sociedad de gananciales por entender que ésta estaría necesariamente limitada por el artículo 1.4439 (8), que dispone que cuando termine la separación en estos casos «volverán a regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación».

Pero todas estas afirmaciones plantean una serie de problemas que es preciso examinar. Hay inconveniente en admitir con la doctrina dominante, en primer lugar, por razón de la garantía establecida en favor de los acreedores que debe entenderse comprende toda renuncia, que el párrafo segundo del artículo 1.394, por una incorrección de dicción de éste, vaya referido únicamente a la simple renuncia a los gananciales, la cual se extiende a los supuestos de disolución normal (muerte de uno de los cónyuges) y a los restantes a que alcanza el precepto contemplado en relación con el artículo 1.417 (9). No teniendo cabida, por otra parte,

(5) *Op. y loc. cit.*, nota anterior.

(6) Véanse autores citados en nota 4.

(7) *Op. y loc. cit.*, nota 4.

(8) Cifr. Se refiere a los supuestos del art. 1.433 (interdicción, ausencia y divorcio).

(9) Cifr. Este artículo se refiere también a la nulidad del matrimonio y a los casos del artículo 1.433.

la renuncia de gananciales constante matrimonio y sin que la sociedad haya sido disuelta, como se permitía a favor de la mujer en el antiguo Derecho castellano (10). Otra cosa es que en uno y otro párrafo pueda encontrarse la distinción apuntada. Y no podemos estar de acuerdo con la afirmación que hace CASTÁN, siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN y que vuelve a reiterar PUIG PEÑA (11), abundando de la opinión general y a pesar de las vacilaciones de este último, al referirse al tema en general, de que no es posible hablar de la renuncia a la sociedad de gananciales una vez ésta haya quedado extinguida por su disolución, cuando el artículo 1.364 nos habla de que cuando la mujer o sus herederos renuncien a la sociedad de gananciales se observará el régimen dotal, lo cual demuestra que aun en el supuesto de extinción de la sociedad cabe la posibilidad de su renuncia. Y hasta el mismo MANRESA es de esta opinión cuando dice «que si la mujer y sus herederos renunciasen a dicha sociedad ésta no producirá efecto alguno y ha de aplicarse el artículo 1.364» (12). Siendo del mismo parecer MUCIUS SCAEVOVA (13) y recientemente BAS Y RIVAS (14) y GONZÁLEZ PALOMINO, quien manifiesta: «La mujer o sus herederos tienen derecho a renunciar a la sociedad de gananciales una vez disuelto el matrimonio. La parte de gananciales que hubiera correspondido a la mujer no acrece al marido ni a los suyos, porque resulta que no hay gananciales. No se trata de acrecimiento, sino de algo más grave y único: de la conversión retroactiva de la sociedad de gananciales en régimen dotal. Una efectiva alteración del régimen matrimonial *a posteriori*» (15).

Los problemas de interpretación que plantean los artículos 1.364 y 1.394 del Código civil, puestos en relación entre sí y aisladamente son muy interesantes, pero ésta es tarea que reservamos para más adelante, bastando aquí, al efectuar el planteamiento de las posibilidades del tema, anticipar que ambos preceptos no obedecen a fundamentos diferentes, sino que puestos en relación pueden prestarse una mutua luz para la indagación de la *mens legis* en uno y otro caso, y en particular para el estudio del tema que nos ocupa.

La presencia de este olvidado artículo 1.364, respecto de la consideración de la renuncia, conturba un tanto la doctrina desarrollada en torno al artículo 1.394, aun cuando esta interferencia no sea de consecuencias muy cristalinas, tanto que el propio

---

(10) Ley 6<sup>a</sup> de Toro, de acuerdo con lo establecido en las Ss. del T. S. de 18 de octubre de 1861 y 17 de noviembre de 1892, y con buena parte de la doctrina, como más adelante veremos.

(11) *Obs. y locs. cit.*

(12) *Op. y vol. cit.*, comentario al artículo 1.315, pág. 110.

(13) *Op. y vol. cit.*, pág. 641.

(14) *Op. cit.*, pág. 851.

(15) *Estudios de arte menor en Derecho sucesorio: El acrecimiento en la mejora*, en A. A. M. N., Madrid, 1946, II, pág. 558.

MUCIUS SCAEVOLE llegó a considerar a aquel precepto de nuestro Código como *algo vago y laberíntico*, pero ya iremos viendo cómo no lo es tanto. Por lo menos ya hemos llegado a la conclusión de que es posible la renuncia de la sociedad legal de gananciales una vez disuelta ésta, aunque limitada a la mujer o a los herederos de la mujer.

Por tanto, ya no se restringe la posibilidad del tema a los supuestos a los que la doctrina consideraba como únicamente aplicable la renuncia: los comprendidos para la disolución de la sociedad y contemplados en el artículo 1.433 (16), y que SÁNCHEZ ROMÁN calificaba de «*renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales*» (17) y a la que vamos a apellidar de *renuncia impropia*, regulada por el párrafo primero del artículo 1.394 del Código civil en relación con el artículo 1.433, para distinguírle de la *renuncia verdadera y propia* de la sociedad legal de gananciales, contenida en el artículo 1.364, y cuya relación con el párrafo primero del artículo 1.394 plantea un problema muy agudo y que habrá de ser considerado con la máxima ponderación. A estas formas de renuncia hay que añadir la *renuncia a los gananciales*, a la que ya hemos aludido, y de la que nos vamos a ocupar seguidamente para dejar a un lado el cuidado que un somero análisis de la misma nos puede merecer.

2. LA RENUNCIA A LOS GANANCIALES.—Con referencia al párrafo segundo del artículo 1.394 del Código civil, la doctrina considera unánimemente posible la renuncia por cualquiera de los cónyuges a las *ganancias* o beneficios obtenidos, y que el artículo 1.392 declara a su favor para la disolución del matrimonio por la sociedad de gananciales, diciendo textualmente: «Que mediante la sociedad de gananciales el marido y la mujer harán suyos, por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio», determinando los artículos 1.401 y siguientes del propio cuerpo legal qué bienes han de tener el aludido carácter de gananciales, lo que por demás no interesa ahora. No existiendo punto de apoyo legal posible para mantener después de la vigencia del Código la posibilidad de su renuncia constante matrimonio, en lo que también está de acuerdo la doctrina (18) y a lo que se oponen también los artículos 1.392 y 1.394, anteriormente citados, y, como veremos más adelante, la propia naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales (19).

(16) Cifr. Se puede instar la separación en los casos de interdicción, ausencia y divorcio.

(17) *Op. y vol. cit.*, pág. 835.

(18) Véase bibliografía citada en nota 4.

(19) En el artículo 68-4.º, apartado quinto, del Código civil en su nueva redacción, cuando se establecen las medidas que el juez podrá decretar en caso de haberse presentado demanda de nulidad o separación de matrimonio, en el lugar indicado se dispone que: «El juez, atendidas las circuns-

Esta renuncia a los gananciales es posible únicamente cuando la sociedad ya extinguida se halla en período de liquidación y supone, cuando menos en abstracto, que esta liquidación no se haya realizado y pueda realizarse, y esto ocurre *ipso iure* una vez que la sociedad legal de gananciales queda extinguida. Constante matrimonio, como queda dicho, esta renuncia es impensable, jurídicamente hablando. Porque el derecho de los cónyuges a su cuota de gananciales es únicamente concedido para cuando el matrimonio queda legalmente disuelto, porque propiamente hasta ese momento no existen ganancias, ya que éstas quedan sujetas a satisfacer las necesidades de la familia y sometidas a la gestión del marido, siendo, en definitiva, un saldo de liquidación a la disolución misma del matrimonio (arts. 1.392, 1.408 y ss. del Código civil).

Y decimos que no es preciso que la liquidación de la sociedad se haya efectuado para que sea posible su renuncia, porque la sociedad en período de liquidación subsiste, y, naturalmente, produce sus efectos aun cuando éstos sean propios de liquidación, consistentes en determinar que el activo resultante, conferido por mitad a los cónyuges o a sus herederos por disposición legal, es lo que constituyen los gananciales o cuota renunciabiles. Pues éstos, una vez adjudicados, salen de un patrimonio independiente y van a formar parte del patrimonio personal de su titular. Y, a la inversa, mientras la adjudicación no se realiza, siguen formando parte de un todo orgánico—la masa social—, cuya protección dinámica se acaba de extinguir, y guardando una cohesión cuyos

---

lencias del caso, podrá, excepcionalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.» Evidentemente que la redacción de este precepto no puede alterar la configuración jurídica de la sociedad de gananciales cuando, por otra parte, no hace más que anticipar parcialmente, por vía de protección, a la parte más débil en el matrimonio, los efectos propios de la nulidad o de la separación del matrimonio en orden al régimen de bienes. Ni supone el reconocimiento de ganancias independientes jurídicamente, aisladamente, del haber de la sociedad hasta tanto que ésta se disuelva, aparte de que esta discriminación se hace para alterar el régimen normal de la unidad de la administración tal y como se regula en el artículo 1.413, tanto en su antigua redacción como en la que le ha dado la reforma de 24 de abril de 1958. Pero aunque el legislador hubiera pretendido otra cosa no podría admitirse, pues en este punto se trata, como hemos dicho, de la configuración jurídica de la sociedad de gananciales y no ha sido el objetivo de la reforma alterar ésta, cuando decirlo debiera haberse empleado mucho más a fondo. En todo caso, la dicción del Código en su nueva redacción hubiera sido más correcta de decir: «... de los bienes gananciales o de parte de ellos», aun cuando siemtal hemos de tomarla. Sobre esto recientemente Roca JUAN: *Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial (El art. 1.413 del Código civil)*, en ADC., XII-II, págs. 481 y sigs., y en general, *Ibid.*, págs. 481 y sigs.; y DE LA CÁMARA ALVAREZ: *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en ADC., XII-II, págs. 451 y sigs.; XII-III, págs. 847 y sigs., y aún en curso de publicación al corregirse las pruebas del presente trabajo.

efectos se reflejan prácticamente en el destino que han de recibir los bienes renunciados.

Buena prueba de lo que afirmamos es que los gananciales no se confunden con la herencia del cónyuge premuerto, pues mientras no se liquida la sociedad no puede estar determinada la herencia, como reconocen la doctrina y la propia jurisprudencia (20). Ambos caudales coexisten, pero no se confunden. Y así afirma MESSINEO que «el cónyuge y los herederos del difunto persiguen cada uno la realización de la respectiva cuota todavía no liberada del conglomerado común ni realizada, y son ambos sucesores de la comunidad; por tanto, los herederos del difunto adirán separadamente el patrimonio particular de éste y el patrimonio de la comunidad» (21).

Sin tanta precisión técnica, MANRESA llega también, aunque por otros caminos, a conclusiones parecidas si no idénticas, pero de sinónimas consecuencias. «Disuelta la sociedad—dice—por muerte de uno de los cónyuges, los gananciales no forman parte de su patrimonio; lo que existe en la herencia es el derecho que a ese cónyuge correspondía para aceptar o renunciar a los efectos de la sociedad. El caso es igual a aquel en que una persona muere sin haber aceptado ni renunciado una herencia que le correspondía: el mismo derecho de aceptar o repudiar que el causante tenía, pasa a sus herederos con arreglo al artículo 1.006. La renuncia hecha por estos herederos—añade—no implica que se acepte sólo en parte la sucesión, pues precisamente el hecho de la renuncia de esa herencia anterior supone la aceptación total, porque equivale al ejercicio de un derecho que al causante pertenecía y que sólo a título de heredero puede ejercitar» (22).

Consecuencia de ello es que renunciada una parte de los gananciales, tanto los correspondientes a la cuota del cónyuge superviviente, o a la del que puede ejercitar la renuncia en los supuestos del artículo 1.433, o aun a la de los herederos del premuerto, como éstos se han mantenido con los mismos caracteres y efectos que son peculiares a dichos bienes, resulta que dicha parte va a acrecer la que ha de percibir el otro cónyuge o sus respectivos herederos, puesto que no revierten ni se refunden en el caudal hereditario, sino en el de la extinguida sociedad, en lo que es unánime la doctrina (23), y asimismo la propia jurisprudencia (24),

(20) Véase por todos, CASTÁN: *Efectos de la renuncia*, pág. 238, y entre las resoluciones más antiguas de la D. G. de los R., la de 11 de septiembre de 1907.

(21) *La natura giuridica de la comunione coniugale dei beni*, en «*Revista del Diritto commerciale*», XVIII, I, Milano, 1920, pág. 107.

(22) *Op. cit.*, IX, com. artículo 1.418, pág. 64.

(23) CASTÁN: *Efectos de la renuncia etc.*, pág. 239; MANRESA: *Op. cit.*, IX, pág. 572; MESSINEO: *Op. cit.*, XXII, pág. 94; VALVERDE: *Traçado*, IV, pág. 367; DE BUEN: *Notas al Curso*, de Colín y Capitant, VI, pág. 427; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La renuncia en el Derecho inmobiliario*, en «*Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*», Ma-

siguiendo también este criterio, según CASTÁN, los Códigos de Chile, Colombia y Uruguay (25).

Por otra parte, los «efectos de la renuncia a los gananciales se reducirán a privar al cónyuge que la haga de los gananciales obtenidos en la sociedad, conservando, como es natural, el derecho al capital aportado, y sin que la renuncia por parte del marido pueda eximirle de las responsabilidades provenientes de su administración y, por ende, del pago de las deudas de la sociedad conyugal» (26). No obstante esto, es preciso distinguir la renuncia a los gananciales con la renuncia a otras consecuencias ó derechos nacidos de haber existido la sociedad de gananciales y que sin llegar a ser renuncia a la sociedad es algo distinto de la mera renuncia a los gananciales, problema del que nos ocuparemos seguidamente en epígrafe aparte.

Lo que no ofrece problema, ni ha sido objeto de discusión por la doctrina mayormente, es la cuestión del límite legal impuesto a la renuncia por el artículo 1.394 del Código civil, en el sentido de entender que ésta nunca puede perjudicar los derechos de los acreedores, los cuales tendrán la facultad que les confiere el artículo 1.001 del mismo cuerpo legal (27) y que reitera el artículo 1.418 en su párrafo último (28).

Por otra parte, en cuanto al requisito de escritura pública que para esta renuncia exige el artículo 1.394 párrafo segundo, entiende CASTÁN, de acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 1915, «que dicho requisito sólo tiene aplicación en relación a terceros y, por consiguiente, no habiendo terceros acreedores que pudieran ser perjudicados por la renuncia, puede admitirse cualquier forma auténtica aunque no sea la escrituraria, como lo permite el Código tratándose de la repudiación de la herencia, acto de igual trascendencia por lo menos que la renuncia contemplada» (29).

### 3. LA RENUNCIA A LAS «CONSECUENCIAS» DE LA SOCIEDAD DE

---

drid, 1948 (ed. del Ministerio de Justicia), II, pág. 39 y sigs.; Roca Sastre: *Op. y loc. cit.* y *Derecho hipotecario*, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1954, III, pág. 170 y sigs.; BAS Y RIBAS: *Op. cit.*, pág. 844 y sigs. En contra únicamente LEZÓN: *Ops. y locs. cit.*

(24) Resoluciones de 13 de noviembre de 1926, 30 de junio de 1927 y 19 de octubre de 1927, confirmadas anterior y posteriormente a estas fechas por otras resoluciones de la D. G. de los Registros y en cierto modo por el Tribunal Supremo que en su sentencia de 15 de marzo de 1945 trata de la cuestión, aunque incidentalmente por referirse a otro tema.

(25) *Efectos de la renuncia...*, pág. 241.

(26) CASTÁN: *Derecho civil*, III, pág. 601.

(27) Cífr. «Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al juez que les autorice para aceptarla...» (artículo 1.001, párrafo primero).

(28) Cífr. «En el caso de renuncia quedará siempre a salvo el derecho concedido a los acreedores por el artículo 1.001» (párrafo último del artículo 1.418).

(29) *Derecho civil*, III, pág. 601.

GANANCIALES.—Junto a la mera renuncia a los gananciales ya hemos apuntado puede darse, con independencia de ella, otro tipo de renuncia que es preciso distinguir, ya que su contenido es distinto al mero concepto de renuncia a los gananciales.

Al poner en relación al artículo 1.394, párrafo segundo, del Código civil con el artículo 1.418 del mismo, sale a flote la posibilidad de esta distinción al excluir de la exigencia de la formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales, entre otros supuestos: «Cuando, disuelta la sociedad, haya renunciado a sus *efectos* y *consecuencias* en tiempo hábil uno de los cónyuges o sus causahabientes» (ap. 1.<sup>o</sup>). Distinción que ha sido puesta de relieve muy acertadamente por BAS Y RIVAS (30), teniendo extraordinaria importancia aquí, porque la indagación sobre esta distinción puede traer cierto confusionismo al objeto de nuestro estudio—la renuncia a la sociedad legal de gananciales—, situación que es aclarada por el propio autor citado, como vamos a ver seguidamente. Por otra parte, es interesante también, porque la doctrina, como afirma BAS Y RIVAS (31) y hemos podido comprobar, no se ocupa para nada de ella, y al hablar de la renuncia a los gananciales trata únicamente de lo que el artículo 1.418-1.<sup>o</sup> llama *efectos*, aceptando nosotros la terminología del autor citado, no empleando para nada el vocablo *consecuencias*.

En primer lugar, la confusión que hemos dicho podía plantearse respecto del tema que nos ocupa se origina al tener en cuenta los siguientes datos: De una parte, el precedente del artículo 1.418 en el Proyecto de Código civil de 1851, que es su artículo 1.340, aludía a la renuncia a la sociedad, lo cual se presta a confusiones si tenemos en cuenta que al poner en relación el artículo 1.418-1.<sup>o</sup> con el artículo 1.394, párrafo segundo, decíamos que éste, según la doctrina dominante, se refiere exclusivamente a la renuncia a los gananciales, lo cual no quiere decir, por otra parte, que en los supuestos de renuncia comprendidos en el párrafo primero del artículo 1.394 (renuncia impropia o renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales) y en el artículo 1.364 (renuncia verdadera y propia a la sociedad de gananciales) no vaya a establecerse la excepción prevenida en el artículo 1.418 respecto de la necesidad de inventario. Lo que queremos decir y demostrar es que estos dos últimos supuestos de renuncia no están enunciados en el texto de este artículo aun cuando en él queden comprendidos implícitamente.

Más agrava la cuestión la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 1 de febrero de 1949, la cual se expresa en términos totalmente inadmisibles al entender que cuando el Código habla de renuncia a los *efectos* y *consecuencias* de la sociedad de gananciales se demuestra claramente «que si tal renun-

(30) *Op. cit.*, pág. 850.

(31) *Op. y loc. cit.*, nota anterior.

cia se opera en tiempo hábil se produce una verdadera ficción jurídica, por virtud de la cual se presume que la sociedad de gananciales no ha existido nunca ni ha producido efectos y consecuencias». Y es inadmisib'e por la razón fundamental que da BAS y RIVAS, y es que si se establece esa ficción no pueden existir efectos y consecuencias, porque es como si la sociedad de gananciales no hubiera existido nunca, en cuyo caso, como decíamos antes al ocuparnos de la renuncia a la sociedad de gananciales, siguiendo la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO, y no puede haberlos, ya que el régimen matrimonial se ha transformado *ab initio* en régimen total, pues toda ficción en derecho produce los mismos efectos que la realidad misma (32).

No obstante, el mismo BAS y RIVAS nos trata de explicar la orientación apuntada en la resolución citada como una posible tendencia fiscal, «pues se da la circunstancia—dice—de que el vigente Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, en el apartado 8) de su artículo 22, nos cita a la renuncia a *los efectos y consecuencias* de la sociedad de gananciales, y a continuación el apartado 9) del propio artículo menciona expresamente la renuncia a la *sociedad*, como si ésta y aquellos efectos y consecuencias fueran la misma cosa» (33).

BAS y RIVAS hace un examen gramatical del significado de los términos *efectos y consecuencias* e identifica *efectos* a gananciales, es decir, la *cuota* que a la disolución de la sociedad corresponda a los cónyuges. Mientras que considera como *consecuencias* a otros *derechos* que aquéllos pueden tener sobre la sociedad. Y aunque reconocemos que la distinción gramatical de estos términos no es muy acertada, así resulta de su empleo por el Código, entendiéndolo, no obstante que la distinción legal, de acuerdo con la opinión del autor citado, es totalmente posible, y ello no solamente porque así lo establezca el artículo 1.418-1.º, sino porque se trata de entidades distintas, ya que siendo ambos derechos sociales o comunitarios, que a la disolución de la sociedad están atribuidos a los cónyuges o a sus herederos, en los primeros el contenido patrimonial de los mismos es inmediato o más bien directo: la cuota es un conjunto de *bienes*, al menos considerada en abstracto, mientras que en los segundos es indirecto y se refiere a la posibilidad misma de ampliar o reducir con su ejercicio no solamente la cuota, sino el caudal social, el activo resultante de la liquidación.

O dicho con otras palabras: el derecho a los *efectos* es un tanto proporcional a las resultas de la liquidación, mientras que el derecho a las *consecuencias* influye de una manera más directa en la liquidación misma. Ello queda totalmente aclarado con los supuestos que cita BAS y RIVAS como comprendidos en tal re-

(32) *Op. cit.*, pág. 849 y sigs.

(33) *Op. cit.*, pág. 859.

nuncia. «Si el marido renuncia a las consecuencias de la sociedad de gananciales posiblemente ha renunciado, entre otras cosas, a que no sea de cargo de la sociedad lo que perdió y no pagó en juego lícito (art. 1.411, párr. segundo), lo que donó o prometió a los hijos comunes (art. 1.409) y la indemnización de las pérdidas o deterioros que durante la vida de la sociedad conyugal han sufrido los bienes muebles que aportó como parte de su capital (art. 1.425)» (34). Por último entendemos que como estas renunciaciones no son incompatibles con la renuncia a la cuota, que puede darse con independencia de la contemplada, es posible admitir que ambas se acumulen, en cuyo caso comprenderán, como el artículo 1.418-1.º prevé, dos conceptos diversos.

4. LA RENUNCIA A LA CONTINUACIÓN EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—Ya hemos visto cómo la doctrina dominante refería el párrafo primero del artículo 1.394 a la renuncia que hemos denominado *impropia*, o renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales, en los supuestos de los artículos 1.417, párrafo último, y 1.433, siendo ésta incluso considerada por la mayoría de los autores como el único supuesto posible de renuncia a la sociedad. Y, por otra parte, como siguiendo la opinión de GONZÁLEZ PALOMINO y BAS Y RIVAS, y apoyándonos en las afirmaciones de MUCIUS SCAEVOLE y MANRESA, podría construirse el verdadero supuesto de *renuncia* con base en el texto del artículo 1.364, proposición segunda.

Pero vamos ahora a tratar del primer supuesto, el de la renuncia a la continuación. ¿Cómo se opera ésta? El artículo 1.394 dice que sólo se permitirá la renuncia en los casos de separación judicial (párrafo primero). Hace esto suponer entonces que para que pueda hacerse la renuncia ¿es preciso pedir primero la separación conforme el artículo 1.433? (35). No creemos que esto haya de establecerse con tal sentido lógico, pues las consecuencias son ridículas y absurdas. Más razonable es pensar que el marido, o la mujer, que se encuentre en esas situaciones, aparte de poder renunciar a las ganancias, pueden o renunciar a la continuación de la sociedad o pedir la separación. De forma que puede quedar extinguida la sociedad, conforme el artículo 1.417 (36), en los supuestos del artículo 1.433, es decir, cuando se pida la separación y, también, cuando se renuncia a su continuación, porque ambas facultades parece que son de una misma entidad e importancia, y

(34) *Op. cit.*, págs. 850-951.

(35) Cfr. «El marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes y deberá decretarse cuando el cónyuge del demandante hubiera sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil o hubiera sido declarado ausente, o hubiera dado causa al divorcio» (párrafo primero, artículo 1.433).

(36) Cfr. «Concluirá también la sociedad en los casos enumerados en el artículo 1.433» (párrafo último del art. 1.417). V. arts. 72 y 73-4.º C. c. nueva redacción.

si la una es permitida, y a la otra alude con defectos de expresión el artículo 1.394, el cual debiera referir la posibilidad de la renuncia, no a los supuestos de separación judicial, sino a aquellos en que la separación puede pedirse, resulta que no hay inconveniente en que se admita en tales términos.

Al afirmar, a tenor del artículo 1.364, que la renuncia a la sociedad también es posible en todos los supuestos de disolución del matrimonio hace pensar, por otra parte, que el artículo 1.394, párrafo primero, no se refiere únicamente a la renuncia a la continuación de la sociedad, sino también a la propia renuncia de la sociedad, lo cual no deja aislado, por otro lado, al propio artículo 1.364, como flotando en el vacío, sino que le confiere un entronque dentro del sistema del Código en este aspecto, aun cuando sea para poner límite a la facultad en él contenida, ni baldía y sin objeto la prohibición referida y contenida en el propio artículo 1.394, párrafo primero, por lo que seguidamente vamos a decir.

Y así vemos que esa renuncia a la *continuación* es poco menos que imposible, como dice MANRESA (37), por el límite que a ella pone el artículo 1.439 del Código (38), y que BAS Y RIVAS la hace coincidir con la facultad de pedir la separación, concedida por el artículo 1.433 a los cónyuges, diciendo que como dicha facultad es potestativa y que para ejercitarla basta la voluntad unilateral, constituye una renuncia (39). Argumento que no deja de ser un poco artificioso y que, a nuestro modo de ver, debiera contraerse en el sentido de decir que la solicitud o petición de separación lleva implícita una renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales, lo que es bien distinto, y con lo cual ésta pierde entidad e independencia. Y aún más, si resulta que el planteamiento de los efectos de esa renuncia, en cuanto a la consideración del régimen a que quedan sujetos los bienes del matrimonio supone, o la necesidad de atenerse a lo dispuesto en los arts. 1.434 y 1.444 del Código civil y más concretamente a lo establecido por el artículo 1.435 (40), cuando el que ejerce la citada facultad sea

(37) *Op. cit.*, IX, pág. 435 y sigs.

(38) Cífr. «Cuando cesara la separación por reconciliación en caso de divorcio, o por haber desaparecido la causa en los demás casos, volverán a regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ésta se hubiera ejecutado legalmente» (art. 1.439, párrafo primero). Esta última expresión sólo puede referirse a las facultades contenidas en los artículos 1.433, 1.364 y 1.394, párrafo primero; pero en este último caso la facultad de renuncia no cabe duda que está condicionada a lo dispuesto por este artículo como una interpretación más restringida aun de su significado y que veremos más adelante (en nota 43) viene a rectificar.

(39) *Op. cit.*, pág. 860.

(40) Cífr. «La facultad de administrar los bienes del matrimonio, otorgada por este Código al marido, subsistirá cuando la separación se haya acordado a su instancia; pero no tendrá la mujer en este caso derecho a los

el marido, y al artículo 1.436 (41) cuando se trate de la mujer, o si no la de tenerse que formular la siguiente pregunta: ¿cuál ha de ser el régimen patrimonial que rijan cuando el marido y la mujer renuncien a la continuación de la sociedad en caso de no ser aplicables las prescripciones referidas al Código civil? La contestación no puede ser más sencilla: hay que atenerse al régimen del Código para la separación, ya que no se dispone de una norma tan concreta como la del artículo 1.364 del mismo (42).

En definitiva, si, de un lado, se confunden renuncia en petición de separación, en su ejercicio y en sus consecuencias y, por otra parte, el artículo 1.439 pone a ambas un límite temporal resolutorio, no vamos a entretenernos en distingos e indigaciones que carecen de todo interés práctico, salvo algunas consecuencias de orden concreto que, por lo demás, no son del caso (43). Y es más, hasta podemos llegar a pensar que la norma del artículo 1.394, párrafo primero, prohibiendo la renuncia a la sociedad de gananciales, no se ha dictado pensando en este supuesto, que carece de relevancia, solamente, o aun en absoluto, sino en la *verdadera* y *propia renuncia* a la sociedad de gananciales, contenida en el artículo 1.364, pues esta otra, a la *continuación*,

---

gananciales ulteriores y se regularán los derechos y obligaciones del marido por lo dispuesto en las Secciones segunda y tercera, Capítulo III de este Título» (art. 1.435 del Código civil). Más adelante se fijarán las dudas que pueda suscitar este precepto de ponerle en relación con el artículo 1.364, de acuerdo con lo expuesto por M. SCAEVOLA, y se fijará al respecto una postura definitiva que ya ha sido anticipada en relación con el objeto propio de nuestro estudio.

(41) Cifr. «Si la separación se hubiera acordado a instancia de la mujer por interdicción civil del marido se transferirá a la misma la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho a todos los gananciales ulteriores con exclusión del marido. Si la separación se acordase por haber sido declarado ausente el marido o por haber dado motivo para el divorcio, la mujer entrará en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le haya correspondido. En todos los casos a que este artículo se refiere quedará la mujer obligada al cumplimiento de cuanto dispone el párrafo segundo del artículo 1.434.» (Artículo 1.436 del Código civil.)

(42) De acuerdo BAS y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 860.

(43) Así sucede con el problema que plantea el artículo 1.439 al interpretar su texto, pues hay quien ha entendido que al decir dicho precepto que los bienes del matrimonio se regirán por las mismas reglas que tuvieren antes de la separación, supone que los bienes van a pasar a la misma «situación» que tenían, como si se reanudara la misma sociedad extinguida y disuelta, en contra de la opinión acertada de BAS y RIVAS, el cual entendiéndolo, de acuerdo con PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN (en *Notas a Banececeros*, IV-1, pág. 175), que el vocablo «reglas» se refiere a «régimen», y «que, por tanto, surge una nueva comunidad, ya que, por otra parte, el propio artículo 1.439 prueba lo que se afirma, pues ordena que al tiempo de reunirse los cónyuges harán constar por escritura pública los bienes que nuevamente aporten y que serán los que constituyan, respectivamente el capital propio de cada uno, aunque en parte o en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de separación.» (BAS y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 861.)

sin entidad independiente muy clara, ya está regulada en los artículos 1.433 y siguientes del Código, sin que ofrezca ni pueda ofrecer mayores problemas que los de índole práctica e interpretativa de tales preceptos, que no son pocos, ciertamente, pero que carecen de interés, al menos desde el punto de vista adoptado en el momento presente (44). Con lo que se nos ha aclarado buena parte del problema, ya inicialmente planteado, de la relación entre los artículos 1.364 y 1.394 de nuestro Código civil.

5. LOS LÍMITES DE LA RENUNCIA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—Como hemos visto, con estas consideraciones preliminares en nuestra investigación llegamos a una conclusión inicial, y es que de los casi numerosos tipos de renuncia que hemos sugerido pueden tener lugar con, o a propósito, de la sociedad de gananciales, la mayoría de ellos sólo nos interesan como figuras afines del objeto de nuestro trabajo. Y así, a un lado y a otro, hemos ido descartando, primero, la renuncia a los gananciales, contenida en el artículo 1.418-1.º, en relación con el párrafo segundo del artículo 1.394 en sus dos aspectos de *efectos* (cuota) y *consecuencias* (otros derechos) y, después, la renuncia a la *continuación* en la sociedad de gananciales, con todas su posible problemática o en todo caso comprendida en los artículos 1.433 y siguientes del Código civil, y a duras penas comprendida en la prohibición del párrafo primero del artículo 1.394, sino más bien encerrada en los límites de su propio régimen para ella establecido por analogía en los artículos 1.433 y siguientes. Es decir, a nuestro juicio, el artículo 1.394 no autoriza esta renuncia al menos «intencionadamente», porque ya está autorizada en sus propias posibilidades de ejercicio y a propósito de éste regulada, aun cuando de una forma innecesaria y redundante queda comprendida dentro de su oscuro texto formulada con el carácter de prohibición general y que en tal sentido ha de ser tomado, aunque a primera vista parezca distinto. Este precepto le reservamos, aunque no en exclusiva, para la renuncia contenida en el artículo 1.364 y a ella también constreñimos el objeto de nuestro estudio, con lo cual, a nuestro juicio, el artículo 1.394 gana algo efectivo que impedir o autorizar a *contrario sensu*.

Pero no hay que olvidar aquí que los verdaderos límites a la renuncia de la sociedad de gananciales y los de las otras renunciaciones, como ya opina SÁNCHEZ ROMÁN, vienen impuestos más que por la aplicación de principios concretos de carácter aislado, de la consideración que el régimen de gananciales tiene de capitulaciones matrimoniales, según lo dispone el artículo 1.315, el cual

(44) BAs y RIVAS no adopta una postura clara y concreta como la que mantenemos en el texto (*Op. cit.*, págs. 854 y sigs. y 860 y sigs.) y en contra contamos con la opinión de M. SCARVOLLA que hace coincidir el artículo 1.364 con el 1.435, como ya hemos aludido, pero esta postura es inadmisibile, siendo criticada por BAs y RIVAS (*Ibid.*) y sobre lo que, como hemos advertido, volveremos más adelante.

establece, en su párrafo segundo, «que a falta de contrato sobre los bienes se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales», y de la prohibición existente de modificar las mismas después de contraído el matrimonio, establecida por el artículo 1.320 (45). Añadiendo el ilustre civilista citado que con el Código se han restringido extraordinariamente las posibilidades de renuncia referidas (46), por lo que decíamos inicialmente que con su promulgación se había operado un cambio de sesgo radical en la manera de aparecer orientado en la ley el presente tema. Pero si hemos de rectificar, en cuanto se refiere a la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, que más que por consideración que confiere el Código al sistema de gananciales como supletorio y a su inalterabilidad se debe, como veremos más detenidamente en lugar oportuno, a la rigidez de la sociedad de gananciales, manifestada no solamente en ese capital aspecto de la inalterabilidad de las capitulaciones, sino, más aún, en la voluntad expresa del legislador de prohibir la renuncia para con ello reforzar esa rigidez que se ha querido imprimir a la institución de la sociedad de gananciales. Por otra parte, es preciso tener presente también la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales y si ésta choca con la posibilidad de su renuncia. Pero antes es preciso aclarar el concepto de renuncia y después entregarnos a los precedentes del tema en el derecho histórico. A lo que vamos a dedicarnos seguidamente, pero referido, salvo consideraciones incidentales, a la que hemos calificado de renuncia verdadera y propia de la sociedad de gananciales, o *renuncia a la sociedad*, concedida a favor de la mujer o de sus herederos por la proposición segunda del artículo 1.364.

Por último es de hacer constar que avanzada la elaboración de este trabajo ha sido promulgada la ley de 24 de abril de 1958 en virtud de la cual se acomete una extensa reforma del Código civil, la cual afecta, si bien indirectamente, pero con más trascendencia de lo que parece a su tema central, es decir, al sentido de la renuncia a la sociedad de gananciales, y ello por razones que se deducen del espíritu general de la reforma y en particular por la nueva redacción del artículo 1.413 fundamentalmente (46 bis). De ello nos ocuparemos en el momento oportuno.

(45) Cifr. «Después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros» (art. 1.320).

(46) *Derecho civil*, V-1, pág. 835.

(46 bis) Cifr. El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales, pero necesitará el consentimiento de la mujer, o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido, y del modo previsto en el párrafo siguiente para actos de disposición sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles.

Cuando el marido venga realizando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales podrá el juez de Primera Instancia, a solicitud fem-

## II

## LA RENUNCIA EN EL DERECHO PRIVADO

1. NOCIÓN PREVIA.—«Si concebimos el derecho subjetivo como una delegación de la soberanía del Estado que nos hace árbitros de una relación jurídica—decía magistralmente JERÓNIMO GONZÁLEZ—o, con un criterio más individualista, como una específica facultad de actuar en la dirección que nuestra voluntad escoja, siempre que no quebrante alguna prohibición legal, nos vemos lógicamente conducidos a la conveniencia de admitir su dejación o renuncia, cuando no implique transgresión o culpa. En realidad, lo que distingue el deber del derecho no es la necesidad o la posibilidad jurídica de una línea de conducta, sino que en ambos supuestos se parte de la posibilidad del actor (prestación obligatoria o ejercicio de una acción) para centrar la específica diferencia en la coactividad o arbitrariedad de la opción.» Y añadía: «Resalta esa diferencia específica cuando contemplamos ambas figuras desde el punto de vista del abandono de una pretensión jurídica; ilícito si la potestad se nos ha conferido para cumplir un deber; lícito si la norma jurídica nos impone una línea de conducta y deja a nuestra libre elección el camino que hemos de seguir» (47).

Esta posibilidad o derecho a renunciar estaba ya reconocida en la antigua regla romana *omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare* (D. IV, 41, 4), según ATZERY, que la hace depender también de la distinción entre actos facultativos y actos obligatorios (48), y que se caracteriza en el poder que tiene el titular para abandonar el derecho a que la renuncia se refiere por su propia voluntad (49). Lo cual, en términos generales, a nadie extraña, concibiendo tal facultad como un postulado incontrovertible del Derecho moderno, donde a diferencia de lo que sucedía en el antiguo, la doctrina más reciente trata de caracterizar y de precisar, conceptual y efectivamente, este concepto, de gran importancia institucional de una manera genérica, huyendo del particularismo de planteamiento del Derecho romano y medieval (50) y que ha dejado aún su estela en nuestros días, pues

dada de la mujer, oyendo a su consorte y, previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime precedentes (art. 1.413 del Código civil, párrafos primero y segundo). V. DE CASTRO: Apéndice al *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1958, págs. 44-52.

(47) *Op. cit.*, en «Estudios», II, pág. 17.

(48) *Delle rinunzia secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1910, págs. 4-5.

(49) *Op. cit.*, págs. 47-48.

(50) RAYNAUD: *La renonciation a un droit*, en «Revue Trim. de Droit Civil», 1936, XXXV, pá. 765 y sigs.; MEXNIAL: *Des renonciations au Moyen Age et dans notre Ancien Droit*, en «Nouvelle Revue Historique de droit française et étrangère», 1900, pág. 108 y sigs.; 1901, págs. 241 y 657; 1902, págs. 440 y 640 y sigs.; 1904, págs. 608 y sigs.

son muchos los autores en todos los países que no se ocupan de la renuncia más que con referencia a los distintos supuestos particulares de la misma (51).

Y así TRAVESAS, planteando la cuestión en términos generales, considera que la facultad de renunciar es una facultad nacida de la cualidad del propio derecho subjetivo, motivo por el cual, nos dice, hay derechos irrenunciables; lo que desde otro punto de vista viene a confirmar lo anteriormente dicho (52), pero para entrar en el concepto de renuncia hay que partir de su distinción en relación con la noción de *transmisión*. Y así efectivamente, como dice el mismo TRAVESAS, se puede hacer salir de la propia esfera patrimonial un derecho de dos maneras, transmitiéndole a un tercero, o bien produciendo su extinción, sin que se opere esa transmisión, o impidiendo su nacimiento. Pues bien, la declaración de voluntad productora de este segundo resultado constituye la renuncia (53). Por eso dice LESSONA que cuando se abandona un derecho para transmitirlo a otro, se habla de *enajenación*, no de renuncia. Resaltando cómo estas dos palabras, *renunciatio* y *alienatio*, se han perpetuado desde el Derecho romano para designar dos conceptos distintos (54).

En suma, dentro de la categoría de los actos o negocios jurídicos de disposición, ateniéndonos a una clasificación de aquéllos por su contenido, y que suponen una disminución para el patrimonio del sujeto, la doctrina dominante considera que tales actos o negocios

(51) Lo que se agudiza aún más en la doctrina francesa más usual y corriente: PLANIOL y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, trad. cast., La Habana, 1945, IV, núms. 313-325; V, núm. 327, y IX, números 766 y 931-957, etc.; PLANIOL, RIPERT et BOULENGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, I, París, 1950, núms. 2.852-2.855, etc.; COLIN y CAPITANT: *Curso*, III-2, págs. 233 y sigs.; II-2, págs. 639 y 1.146 y sigs., etcétera; JOSSEBRAND: *Cours de Droit civil positif française*, París, 1930, números 1.337 y 1.605, etc.; no obstante, los primeros dedican al planteamiento general del tema alguna atención: PLANIOL: *Op. cit.*, V, número 327, pág. 350.

(52) *La renuncia*, en R. G. L. J., vol. 155, págs. 566 y sigs.; de acuerdo en parte, MEISSSELS: *Zur Lehre vom Verzicht*, en «Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht», de Grunhut, XVIII, pág. 669 y sigs., y totalmente: ATZERI: *Op. cit.*, págs. 47-48; PIRAS: *La rinunzia*, págs. 27 y sigs.; VON THUR: *Teoría general del Derecho civil alemán*, trad. cast., Buenos Aires, 1947, II-1, pág. 204; ALBALADEJO: en *Notas a El negocio jurídico*, de CARIOTTA FERRARA, Madrid, 1956, pág. 120.

(53) *Op. cit.*, pág. 544; BEKKER: *Pandekten*, II, 1886, pág. 230; BACHER: *Revision des Verzichtsbegriffs*, en «Jherings Jahrbücher», V, página 258; MEISSSELS: *Op. cit.*, pág. 669; COHN: *Erban und Verzichtmachung* B. G. B., en «Beiträge de Gruchot», XLVII, pág. 255 (citas de TRAVESAS: *Ibid.*).

(54) *Essai d'une théorie générale de la renonciation en Droit civil*, en «Revue Trim. de Dr. Civil», 1912, págs. 387 y sigs.

En Derecho anglosajón la renuncia tiene un carácter parecido; véase al efecto, GORLA: *La rinunzia e il contratto modificativo, Pofferta irrevocabile nella civil law e nella Common Law*, en «Rivista di Diritto Commerciale», L, núm. 9-10, Milano, 1952, I, pág. 342 y sigs.

pueden revestir dos formas distintas, según que la disposición sea *traslativa* o meramente *abdicativa*, dando lugar aquéllos a los *negocios de enajenación* (traslativa o constitutiva) y ésta a la *renuncia* (55). Huelga decir también que la misma doctrina hace resaltar el carácter abdicativo de la renuncia (56), la cual puede ser definida con CASTÁN como el desapoderamiento o abandono de un derecho por su titular sin transmitirlo a otra persona (57).

Por último se han hecho por la doctrina varias clasificaciones de las distintas clases de renunciaciones en orden a la más fácil discriminación de su concepto genérico y de la fundamentación de cada una de ellas, haciéndose famosa la realizada con arreglo a su contenido por BARTOLO (58), de la que nos ocuparemos más adelante; aquí ahora nos interesan más aquellas que nos sirvan para diferenciar la renuncia de otras figuras afines, y de todas podemos escoger la de BIANCHI, el cual las clasifica del siguiente modo:

a) *Declarativas*, las que suponen un nudo reconocimiento del derecho ajeno y la insubsistencia del derecho propio.

b) *Preventivas*, o sea no aceptaciones, al rehusar la adquisición de un derecho que aún no ha entrado en nuestro patrimonio.

(55) ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil (Parte general)*, I-1, páginas 36-37; VON THUR: *Teoria Gen.*, II-1, págs. 392 y sigs.; FADDA e BENZA: *Notas a WINSCHIED, Diritto delle Pandette*, Torino, 1926, IV, página 379; RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp. de la 3.ª ed. ital., I, pág. 240; BETTI: *Teoria general del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1943, pág. 213 y sigs.; COVIELLO: *Doctrina general del Derecho civil*, trad. cast., México, 1948, pág. 360; CARIOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, pág. 112 y sigs.; GORLA: *L'atto di disposizione dei diritti*, en «Annali della Università de Perugia», 1936, pág. 46; DE DIEGO: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, II, pág. 780; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, loc. cit.; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas a ENNECERUS, Tratado (Parte general)*, I-1, págs. 42-43.

(56) Bibliografía citada en nota anterior y además: CHIRONI: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, Torino, 1922, I, pág. 96; FADDA e BENZA: *Op. cit.*, IV, pág. 619; LESSONA: *Op. cit.*, pág. 361; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 38; RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 782 y sigs.; MARTY et RAYNAUD: *Droit civil*, I, Paris, 1955, págs. 286 y sigs.; AUBRY et RAU: *Cours de Droit civil française*, IV, Paris, 1902, pág. 331; PLANIOL y RIPPERT: *Tratado*, V, núm. 327; CASTÁN: *Op. cit.*, pág. 227, y *Derecho civil*, 9.ª ed., I-2, página 85; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 119; SANTORO PASSARELLI: *Dottrina Generale del Diritto civile*, Nápoli, 1954, pág. 73.

(57) *Op. cit.*, pág. 227. LESSONA la define como manifestación de voluntad, acompaña o seguida en materia de derechos reales de abandono material y cuyo fin es extinguir, sin transmitirlo a un tercero, un derecho actual que pertenezca o deba pertenecer ulteriormente al renunciante o impedir que este derecho llegue a nacer (*Op. cit.*, pág. 387); COHN, como la declaración de voluntad dirigida al abandono de una situación jurídica y, por tanto, de una relación jurídica (*Op. cit.*, pág. 251); ATZERI como la remisión de un derecho que se verifica por efecto de la voluntad unilateral de su titular (*Op. cit.*, pág. 1); RUGGIERO, como la dejación de un derecho sin ánimo de transmitirlo a otro (*Op. cit.*, pág. 387), y CARIOTTA FERRARA, como aquel negocio jurídico por el que se hace dejación de un derecho con la consiguiente extinción del mismo (*Op. cit.*, pág. 112).

(58) RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 766-767.

c) *Abdicativas* o extintivas, tendentes a abandonar pura y simplemente un derecho perteneciente al renunciante.

d) *Traslativas* (o sea *in favorem*), que contienen no un abandono puro y simple del derecho, sino su cesión a favor de una determinada persona y que en realidad constituyen un negocio jurídico ordinario (59).

Estas últimas no es preciso insistir mucho para evidenciar que no son verdaderas renunciaciones; de ello pasaremos a ocuparnos en el epígrafe siguiente.

Si nos interesa resaltar una distinción que ha sido notablemente descuidada por la doctrina moderna, y es que junto a las renunciaciones a que nos venimos refiriendo, como renunciaciones a derechos o a situaciones jurídicas (ya veremos más adelante de precisar su objeto), hay que destacar la renuncia a las leyes, tema que también interesa al Derecho privado, que ha sido, como decimos, en general preterido por la doctrina y en particular por los autores que se preocupan del estudio de la renuncia en general.

Por otra parte interesa hacer constar también que la renuncia no es, ni mucho menos, un acto típico sujeto a una irremediable univocidad, sino que reviste, como ya había intuido BARTOLO, en el campo del Derecho privado mismo diversas formas atemperadas a la distinta naturaleza de los derechos sobre que recae, formas que de una manera o de otra se vienen transmitiendo desde el Derecho romano a través del Derecho intermedio (*derelictio*, remisión de deuda, repudiación de herencia), si bien transformándose, cuando, por otra parte, como ya hemos dicho, hasta nuestros días no se han ido precisando los verdaderos caracteres de la renuncia en un intento de estructuración del concepto genérico de la misma, y buena parte de las dudas que suscita su naturaleza jurídica se derivan de las concomitancias que se han querido establecer entre supuestos actuales de renuncia y algunas instituciones romanas, como la remisión de deuda, por ejemplo (60).

2. LA LLAMADA RENUNCIA TRASLATIVA O «IN FAVOREM».—De lo que hemos venido anticipando interesa resaltar aquí que la renuncia es un acto abdicativo, que renuncia y enajenación que-

(59) *Trattato delle servitù legali*, 1888, pág. 591 (cita de TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 556). ATZERI: *Op. cit.*, págs. 39-46.

(60) LESSONA: *Op. cit.*, págs. 376 y sigs.; CHIRONI: *Istituzioni*, I, pág. 93; POTIER: *Oeuvres, Traité des Obligations*, París, 1821, núm. 578; FADDA e BENZA: *Op. cit.*, II, pág. 854.

(61) De acuerdo, ATZERI: *Op. cit.*, pág. 38; LESSONA: *Op. cit.*, páginas 362-363; TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 557; RAYAUD: *Op. cit.*, págs. 770 y sigs. y 782 y sigs.; CASTÁN: *Los efectos de la renuncia...*, pág. 228; ENNECERUS: *Traité*, I-1, pág. 37; VON THUR: *Teoría general*, II-1, página 293 y sigs.; FADDA e BENZA, en *Diritto delle Pandette*, IV, pág. 379; RUGGIERO: *Instituciones*, I, pág. 240; CASTÁN: *Derecho civil*, 9.ª ed., I-2, pág. 85; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 119; SIRICIANO: *Théorie générale des renonciations en Droit civil française*, th. París, 1932, pág. 69; BAZILE: *Les donations par renonciation*, th. París, 1929, pág. 23 y sigs.

dan perfectamente diferenciadas y como consecuencia de las dos anteriores a este respecto que en la renuncia la ventaja ajena tiene carácter ocasional (61).

Por tanto, la renuncia *traslativa* no es verdadera renuncia. Si resulta alguna ventaja de un tercero, la renuncia, dice ATZERI, no hace más que crear su condición externa, y la adquisición del derecho se verifica en virtud del propio derecho del tercero o por atribución de la ley, como en el acrecimiento (62).

No obstante lo que acabamos de afirmar se ha discutido por la doctrina la posibilidad de hablar de una renuncia traslativa. En la nuestra, por solo referirnos a ella, ya lo admitía MANRESA y más recientemente JERÓNIMO GONZÁLEZ (63). Pero esta distinción y la consiguiente admisión de tal categoría de renuncia está hoy, como puede verse, universalmente desechada, y es ya generalmente admitido que no cabe hablar de renuncia *traslativa*, ya que ésta no sería otra cosa que una renuncia de enajenación, lo que ha permitido decir a CARIOTTA FERRARA que «una renuncia traslativa no existe; el adjetivo es incompatible con el sustantivo» (64).

Toda esta confusión de conceptos viene producida porque junto a la renuncia propiamente dicha, tanto la ley como la jurisprudencia o la doctrina, en los distintos países de nuestro sistema jurídico, aplican el término renuncia con extraordinaria profusión en un sentido no técnico, aparte de que existen una serie de figuras afines a la misma que hay que tener en cuenta también en el sentido que indicamos (65); si bien es de notar, como observa agudamente VON THUR, que en unas y en otros «nos encontramos con un proceso que se asemeja a la renuncia del derecho en cuanto alguien agrava su situación jurídica mediante una declaración de voluntad» (66).

Ahora bien, para precisar más la distinción apuntada, podemos, en primer lugar, acercarnos al concepto de la llamada renuncia traslativa, definiéndola con TRAVIESAS como aquella que se lleva a cabo mediante una declaración de voluntad de una persona que aceptada por otra produce la transmisión del derecho

(62) *Op. cit.*, pág. 37; de acuerdo, RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 782; SUBICIANO: *Op. cit.*, pág. 74; RIPPERT: *Cours de droit*, 1930-1931, pág. 151.

(63) *Comentarios*, I, pág. 65, y *Estudios*, II, págs. 18 y sigs. y 27 y sigs.

(64) *El negocio jurídico*, pág. 112. La sentencia de nuestro T. S. de 1 de octubre de 1891 ya decía que no debía confundirse la renuncia traslativa con la extintiva.

(65) En los trabajos monográficos que citamos y en las obras generales se pueden encontrar numerosas y hasta completas alusiones a esas situaciones, a las que se les aplica el término renuncia. LESSONA, por otra parte, al final de su trabajo ya citado, establece como figuras afines de la renuncia las siguientes: la renuncia traslativa, la confesión, la donación, la prescripción, la remisión de deuda, la resignación de un beneficio y la transacción (*Op. cit.*, págs. 381-387).

(66) *Teoría general*, II, 1, pág. 298.

de la primera a la segunda. Añadiendo el autor citado que «la renuncia traslativa es un negocio jurídico específico, venta, cesión, donación», mientras que la renuncia propiamente dicha «es forma de distintos negocios jurídicos (abandono de propiedad, perdón de deuda, repudiación de herencia)» (67). No obstante, esta última expresión de TRAVIESAS que citamos mal entendida es un tanto peligrosa, pues por ahí se nos escurriría de nuevo el difícil concepto de la renuncia de derechos, pero sobre todo es discutible, aunque la idea sea perfectamente aprovechable. Es discutible, porque la renuncia no es una «forma» ni en sentido técnico ni en sentido lato, y ya hemos dicho que no podía tener una configuración típica; es simplemente un acto de disposición que varía según la naturaleza de los derechos sobre que recae en su apariencia, pero que a su vez en todos los distintos casos posibles encuentra su unidad primordial en el fin que se propone: la extinción del derecho sobre que recae. En cambio, la renuncia traslativa tiene por finalidad no la extinción, sino la transmisión (68), por lo que no es una verdadera renuncia (69).

Pero los efectos directos o *indirectos* de la renuncia pueden ser no obstante muy diversos, nos dice CASTÁN, que no siempre esto quiere decir que la renuncia produzca el *aniquilamiento* del derecho abandonado. Es como si el derecho quedara vacante, sin sujeto, como en la herencia yacente, y que de esta situación se beneficiara una tercera persona, la cual adquiere el derecho *originariamente*, pero dándose la circunstancia de que su contenido no estaba ya configurado cuando pertenecía al que le renuncia, quien, por otra parte, no tenía intención de producir tal efecto, o aunque teniéndola no es relevante, jurídicamente hablando, en cuanto a los condicionamientos previos y requisitos de tal renuncia (70). Esta posibilidad se ve aumentada por el hecho de que la renuncia, como veremos, no sólo puede recaer sobre derechos **concretos, sino también, para algunos autores, sobre expectativas** (71). Y, por otra parte, de la naturaleza *abstracta* del acto *abdicativo* (72).

(67) *Op. cit.*, págs. 557-558.

(68) Véase, por todos, TRAVIESAS: *Op. y loc. cit.*, nota anterior.

(69) Por todos, ATZERI: *Op. cit.*, pág. 44 y sigs.

(70) CASTÁN: *Efectos de la renuncia, etc.*, pág. 228; FADDA e BENSÀ, en *Diritto delle Pandette*, de WINSCHIED, II, pág. 400; RUGGERO: *Institutiones*, I, pág. 240; BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, pág. 214; TRAVIESAS: *Op. cit.*, págs. 559-560; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., I, pág. 735; VON THIER: *Teoría general*, II-1, página 298.

(71) JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Estudios*, II, pág. 17 y sigs.; TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 561 y sigs.; LESSONA: *Op. cit.*, pág. 364 y sigs.; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 159 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 791 y sigs.

(72) ENNECERUS: *Tratado*, II-1, pág. 214; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGIBER: *Notas al anterior*, *Op. cit.*, II-1, pág. 218; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Estudios*, II, págs. 30-31. En Derecho español hay que tener en cuenta las limitaciones de admisión de los negocios abstractos. Vid. ROCA

CASTÁN, en un análisis de los efectos directos e indirectos de la renuncia, nos dice que hay casos en que el renunciante pierde un derecho que no puede ser adquirido por nadie (renuncia del acreedor a su garantía). Pero en otros, o se adquiere un derecho igual por el tercero (el de los llamados en segundo término a la herencia respecto del que renuncia), o al menos supone para aquél un incremento patrimonial (renuncia a un derecho real limitativo de la propiedad, renuncia a un crédito). Y, por último, hay supuestos en los que la renuncia sin dejar de ser tal pierde casi por completo su carácter extintivo, entre los que se encuentran el que aquí más nos interesa y los que le son afines (73). Y ello, más que por una modificación en el acto de renuncia, por la especial naturaleza de los derechos renunciados. Y así decía, por otra parte, CLEMENTE DE DIEGO que la renuncia extingue el derecho «siempre que no haya coparticipación de varios sujetos en un mismo derecho, porque entonces puede acrecer a éstos sin extinción» (74). Lo cual, por otra parte, no estorba el carácter extintivo de la renuncia, porque el acrecimiento deriva, de una parte, del llamamiento solidario (herencia), o de la titularidad común, siendo un fenómeno que obedece a la propia naturaleza de las cosas con independencia del hecho que la determina y, en definitiva, depende de la superior decisión de la ley (75).

Por último hemos de atenernos a la diferencia de régimen y consecuencias existente entre la renuncia propiamente dicha y la renuncia llamada *traslativa*. En cuanto a lo primero es obvio que, dado el peculiar efecto traslativo, será preciso exigir la necesi-

SASTRE: *Derecho hipotecario*, I, pág. 738. Se admite este carácter abstracto de la renuncia en la R. de la D. G. R. de 11 de julio de 1901; de una manera parcial e imprecisa, pues, los negocios abstractos no son admitidos por la misma D. G. de los R. hasta la R. de 31 de julio de 1928.

(73) *Efectos de la renuncia, etc.*, págs. 228-229; *Derecho civil*. I-2, págs. 85-88; PÉREZ Y ALGUER: *Op. cit.*, I-2, pág. 40.

(74) *Derecho civil*, II, pág. 790.

(75) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, pág. 521; de acuerdo, ATZERI: *Op. cit.*, pág. 37. En nuestro Derecho el acrecimiento por analogía de lo dispuesto para la sucesión hereditaria tiene aplicación en los supuestos de los artículos 395, 544 y 575 del Código civil, como supuestos seguros, según la autorizada opinión de JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, pág. 41; apoyándose en la opinión de WINSCHIED: *Diritto delle Pandette*, I, página 163, nota 5; de acuerdo, LESSONA: *Op. cit.*, pág. 368 y sigs. y RUGGIERO: *Instituciones*, I, pág. 571; pero aun así todos los supuestos citados no son reconocidos como de acrecimiento por GONZÁLEZ PALOMINO, salvo el del artículo 575 (*Op. cit.*, pág. 556 y sigs.); en cambio, este autor extiende el acrecimiento a la llamada renuncia a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales, establecida en el párrafo segundo del artículo 1.394 en relación con el artículo 1.418-1.º de nuestro Código civil (*Op. cit.*, pág. 563), siendo de la misma opinión ROCA SASTRE: *La comunidad de gananciales*, págs. 176-177. Sobre el tema del acrecimiento puede verse la reciente monografía del profesor BELTRÁN DE HEREDIA (Pablo): *El derecho de acrecer*, Madrid, 1950.

dad de aceptación o la solemnidad en la forma (76), y al mismo resultado se llega si hacemos la consideración ya indicada de que tales renunciaciones han de revestir necesariamente la forma de un negocio jurídico específico (así sucede, por ejemplo, con los supuestos de los números 2 y 3 del artículo 1.000 del Código civil español, en los que se habla de *donación* y *cesión* (77), bajo la cual han de atenerse a una o a otra de tales exigencias o incluso ambas, según la clase de negocio de que se trate. En cuanto a la finalidad no hay que olvidar que las renunciaciones traslativas son concebidas *in favorem* o como renunciaciones *convencionales*; aquéllas suponen una liberalidad, en cambio a la verdadera renuncia nos parece imposible festinarla como liberalidad (78); supone únicamente, como ya hemos dicho, la dejación de un derecho. Estas, al ser convencionales, no sólo pierden el carácter abdicativo, sino que además adquieren, al igual que las anteriores, una *bilateralidad* que es incompatible con aquél (79).

Antes de pasar a ocuparnos del tema del carácter unilateral de la renuncia, y aun cuando sea anticipar conclusiones, es preciso decir que la renuncia a la sociedad de gananciales, verdadera y propia, contenida en el artículo 1.364 del Código civil, sólo puede concebirse como verdadera renuncia, es decir, como acto *abdicativo* en sentido lato, ya que ateniéndose a una clasificación usual de las renunciaciones (abdicativas, preventivas y reconocitivas) (80) la calificaríamos de renuncia *preventiva*, pero en modo alguno ninguna de estas categorías dejan de ser verdaderas y propias renunciaciones, conservando cada una de ellas su esencial carácter abdicativo o extintivo: son matices dentro de una superior unidad conceptual: la renuncia de derechos. Esta misma ca-

(76) LESSONA: *Op. cit.*, pág. 362; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 44.

(77) TRAYBASAS: *Op. cit.*, pág. 557. La sentencia del T. S. de 1 de octubre de 1891, ya establecía: «No puede confundirse la renuncia traslativa, completamente análoga a la cesión, con la renuncia extintiva, que consiste en el desprendimiento voluntario de un derecho sin transmitirlo a nadie».

(78) ATZERI: *Op. cit.*, pág. 38; PLANIOL-RIPPERT, *Tratado*, V, n.º 327, pág. 350; CASTÁN: *Derecho civil*, 1-2, pág. 85, etc.

(79) Respecto de las llamadas renunciaciones *convencionales*, es preciso decir que éstas son verdaderos contratos; de acuerdo, VON THUR: *Teoría General*, II-1, pág. 301. No está muy claro el tratamiento de la cuestión en RAYNARD: *Op. cit.*, págs. 764 y sigs., ni la dedican extraordinaria atención otros autores. A nuestro juicio, la cuestión, si bien se mira, no tiene grandes problemas, el concepto de renuncia convencional es claro; ahora bien, lo que sí puede suceder, y por eso entendemos que la renuncia no perdería su carácter de tal es que formara parte del contenido de un negocio convencional, en el conjunto de un negocio *complejo*, solución a la que parecen apuntar, BRETON: *Théorie générale de la renonciation aux droits réels*, en «Revue Trim. de Dr. Civil», 1928, pág. 298, y SIBILANO: *Op. cit.*, pág. 104. Este mismo autor entiende, por otra parte, que la renuncia tiene un carácter neutro, entendiéndolo por tal una operación jurídica que no entra ni en la categoría de los actos a título gratuito, ni en la de los actos a título oneroso (*Op. cit.*, pág. 79-80).

(80) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., I, págs. 734-735.

lificación apuntada valdría utilizando la clasificación de BIANCHI que antes hemos aceptado, considerándola, con arreglo a ella también, renuncia preventiva pensada como tal renuncia de derechos; pero si tenemos en cuenta que también podemos considerarla como renuncia a un régimen especial—el de la sociedad de gananciales—, es decir, configurando un supuesto que se despega de la renuncia de derechos y se acerca a la renuncia de leyes, podríamos pensar ciertamente que también se aproxima a las que el autor citado llama renunciaciones *declarativas* (nudo reconocimiento del derecho ajeno, insubsistencia del derecho propio).

Estas dificultades de encuadramiento no deben sorprendernos; ya hemos dicho que la renuncia no tenía un planteamiento unívoco, sino diverso, pues toda una gama de supuestos análogos se escalonan desde la renuncia como acto abdicativo en sentido estricto hasta las llamadas renunciaciones traslativas, que no son tales renunciaciones, formando una serie de categorías intermedias que pueden considerarse como verdaderas renunciaciones cuando en ellas concurren sus dos características fundamentales: ser actos de disposición de finalidad no traslativa y, por otra parte, como veremos, ser actos unilaterales. Por eso del seno de los actos de renuncia en nuestro Derecho se destacan con peculiaridades propias la renuncia a la sociedad de gananciales (art. 1.364 del Código civil) y la renuncia a la herencia (arts. 988 y siguientes del Código civil) (81), a los que ROCA SASTRE considera renunciaciones *preventivas*, y sin que esté falto de razón al decir que esta categoría de renunciaciones se debieran llamar *repudiaciones*, reservando el término renuncia para designar exclusivamente a las renunciaciones *abdicativas* «*strictu sensu*» (82).

Lo mismo sucede con las otras renunciaciones afines a la de la sociedad de gananciales, a las cuales se las puede bien calificar como renunciaciones *abdicativas* en sentido estricto: renuncia a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales y nuda renuncia a los gananciales (83), ya que, por otra parte, si éstas

(81) A estos supuestos ha de añadirse la renuncia al legado y a la legítima, y de una manera dudosa a esa renuncia híbrida que BAS y RIVAS llama renuncia a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales, pero que puede encuadrarse perfectamente entre las renunciaciones abdicativas.

(82) *Derecho Hipotecario*, I, págs. 734-735, y *La comunidad de gananciales*, cit.

(83) Según ROCA SASTRE, entre las renunciaciones *abdicativas* (cuando se abandona un derecho adquirido y ya incorporado al patrimonio) se incluyen la renuncia al dominio útil en el censo enfiteútico (arts. 1.625 y 1.631), abandono del predio sirviente (art. 599), renuncia a la medianería (art. 575), al condominio (art. 395), a la servidumbre y al usufructo (arts. 544, 546 y 513), a los bienes gananciales (art. 1.394). Y entre las *preventivas* (cuando se abandona un derecho deferido, o sea un derecho a la adquisición del cual está llamado el renunciante), comprende las renunciaciones a la herencia, legados y legítima (*Derecho Hipotecario*, I, pág. 734), a la que nosotros añadimos la renuncia a la sociedad de gananciales (1.364).

se hicieran no indeterminadamente constituiría una *donación* la heccha gratuitamente, o un contrato *oneroso*, al mediar contraprestación (84). En el caso de *verdadera y propia renuncia*, cuando ésta verse sobre los gananciales, los herederos del premuerto, si el que la hace es el supérstite, o el cónyuge superviviente, si la efectúan los herederos del difunto, adquieren los gananciales renunciados en virtud de acrecimiento, es decir, por *ministerio de la ley*; mientras que si la renuncia es traslativa los adquieren en virtud del vínculo que sirve de causa a la adquisición. A este respecto entre las cuestiones que suscitan, y muy en relación con el tema que vamos a tratar seguidamente, es interesante hacer notar que la doctrina se ha planteado el tema de si cabe la acción pauliana contra los actos de renuncia (85), siendo en el presente caso esta cuestión ociosa, porque, en definitiva, en la renuncia a la sociedad de gananciales y en las restantes afines, los derechos de los acreedores, aun cuando no estuvieren protegidos por el régimen de la acción pauliana (arts. 1.111 y 1.291 del Código civil), por tratarse de actos desprovistos de carácter traslativo y no haber base suficiente para el ejercicio de la referida acción (86), por disposición de la ley se encuentran amparados por derogaciones especiales del normal régimen que con arreglo a su naturaleza extintiva habrían de tener, siendo manifestaciones de este fenómeno en nuestro derecho, movidas por evidentes razones de orden práctico, las siguientes: lo establecido en el artículo 1.937 para el caso de prescripción consumada (87), norma análoga a la establecida en el artículo 1.001 para la repudiación de herencia y que el artículo 1.304, párrafo segundo, y 1.418, párrafo último, extienden a la renuncia a la sociedad de gananciales y a los restantes supuestos afines (88).

3. CARÁCTER UNILATERAL DE LA RENUNCIA.—Estrechamente ligado con el tema de la renuncia como acto abdicativo aparece su

---

(84) De un caso de renuncia de gananciales a título *oneroso* se ocupa la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1918, que considera contrato con causa onerosa y no donación la renuncia por la viuda de su derecho a los gananciales, a cambio de la obligación impuesta a los hijos del marido de satisfacer a aquélla una pensión anual. A otro caso análogo se refiere la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de mayo de 1911, en la que la viuda hace renuncia de sus gananciales y aportaciones a favor de sus hijos, calificándola aquel centro directivo de *donación*.

(85) RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 784-785; TRAVIESAS: *Op. cit.*, págs. 571 y sigs.; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 532 y sigs.; COLIN Y CAPITANT: *Op. cit.*, I, núm. 880; PLANIOL Y RIPERT: *Tratado*, VII, núm. 941.

(86) Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1927 y 10 de julio de 1928.

(87) Cifra: «Los acreedores y cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor» (art. 1.937 del Código civil).

(88) ROCA SASTRE: *Derech. Hipotecario*, I, pág. 738; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 784-785.

otra característica: la de que este acto ha de ser también unilateral.

La determinación de esta característica en la doctrina se presenta un tanto confusa; ello depende, en primer lugar, de la variedad de planteamiento con que aparece la renuncia en el Derecho privado a través de numerosos supuestos análogos entre sí y a que los autores normalmente, porque además ello es preciso que sea así, se dedican a estudiar esta característica del acto de renuncia haciendo un examen de su aparición o concurrencia en los diversos supuestos establecidos como posibles de tal acto dispositivo.

Y, por otra parte, a que, como sabemos, tanto en el Derecho actual como en el antiguo, se emplea el término renuncia no siempre en su acepción técnica, a lo que se une, en fin, el que sólo modernamente se ha tratado de hallar un concepto unitario de la renuncia, ocultándose en el fondo de cada concepción contraria a la corriente doctrinal que seguimos un abigarrado conjunto de figuras afines a la renuncia que vienen a oscurecer las conclusiones emitidas.

Ya en el Derecho romano, según LESSONA, en la fórmula de ULPIANO, *«is dem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur»*, se revela que no aparece tratada la cuestión de una manera uniforme, sino haciendo depender la solución de la naturaleza especial de los derechos (89). Pero en el fondo de este razonamiento late una verdad que no es posible despreciar en absoluto.

En la doctrina moderna ya para algunos autores no puede haber regla general para la eficacia de la renuncia; hay renunciaciones válidas unilaterales, las hay que precisan una aceptación (90). Y así UNGER hace depender la distinción de la concordancia entre los medios de adquirir y los medios de perder el derecho, diciendo que cuando no se puede crear un derecho unilateralmente, tampoco puede destruirse unilateralmente (91). Para WACHEK, la renuncia unilateral no tiene fuerza para ligar al renunciante cuando falta la aceptación del tercero, por lo que no es valedera (92). De parecer análogo era SAVIGNY, quien considera que una renuncia unilateral es completamente ineficaz, pero seguida de aceptación puede constituir un contrato (93), y el propio UX-

(89) *Op. cit.*, pág. 366.

(90) Véase LESSONA: *Op. cit.*, págs. 366 y sigs.; BEKKER: *Pandekten*, II, §, 108; VANGEROW: *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1863, I, § 127; UNGER: *System des Osterreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, 1802, II § 94; GIANTURCO: *Sisteme di Diritto Civile*, Nápoli, 1804, pág. 224; PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, II, página 332. De este criterio vacilante son también AUBRY et RAU: *Droit Civil française*, IV, págs. 331 y sigs. y otros muchos.

(91) *System*, II, § 94.

(92) *Pandekten*, I, pág. 335.

(93) *Sistema de Derecho romano actual*, IV, pág. 90.

GER cree que el acto unilateral no basta para extinguir un derecho (94), e incluso WACHER llega a decir que la unilateralidad no es requisito decisivo a la concepción de la renuncia (95).

Otras veces los autores se muestran favorables decididamente a concebir la renuncia como acto normalmente unilateral (96). Y así decían FADDA y BENSÀ que la verdadera renuncia debe tener una plena eficacia por la sola voluntad del titular del derecho, pues si el derecho subjetivo se considera como una facultad de obrar o como un interés protegido por la ley no es dudoso que cada uno pueda servirse de esta facultad o hacer valer o no su interés, al menos que una razón especial de orden público lo impida (97).

Y RAYNAUD mantiene que la renuncia es un acto unilateral, es decir, produce efecto desde que es manifestado, porque es válido sin aceptación de nadie (98); pero en el transcurso de su trabajo, y con el ánimo de sacar a flote un concepto unitario de la renuncia se muestra acaso excesivamente rígido en el mantenimiento de este principio.

Porque lo que no cabe duda es que, desde luego, la renuncia es un acto de voluntad unilateral. Pero a veces sin dejar de serlo, por razones de índole práctica, el Derecho positivo exige la concurrencia de algunas condiciones o requisitos en orden generalmente a los efectos indirectos de la renuncia, que vienen a desvirtuar externamente las consecuencias de esta calificación jurídica.

Por eso la más reciente doctrina alemana e italiana viene a admitir con ciertas atenuaciones, o más bien salvedades, el carácter unilateral de la renuncia. Pero esto no esterba realmente a su naturaleza jurídica basada en los dos caracteres que le hemos venido aplicando, pues si bien se piensa, estas atenuaciones o salvedades al reconocimiento de la renuncia como acto unilateral no actúan configurando el concepto de la misma como tal, sino en virtud de causas exógenas al mismo en el sentido ya indicado. Estando en lo cierto VON THUR cuando afirma «que por su esencia y efectos la renuncia es un negocio unilateral; por

(94) *System*, II, § 18.

(95) *Op. cit.*, pág. 257.

(96) LESSONNA: *Op. cit.*, págs. 366 y sigs.; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 36 y 90 y sigs.; MEISSELS: *Op. cit.*, págs. 669 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 773 y sigs.; MARTY et RAYNAUD: *Droit Civil*, I, pág. 286; BETTI: *Teoría General del Negocio Jurídico*, pág. 215; CHERONI: *Istituzioni*, I, pág. 93; RUGGIERO: *Instituciones*, I, pág. 240; COVELLO: *Manual*, pág. 360; SANTORO PASSARELLI: *Dottrine*, pág. 73; TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 559; CASTÁN: *Derecho civil*, I-2, págs. 85 y sigs.; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, págs. 735 y sigs.; FADDA e BENSÀ: *on Diritto delle Pandette*, de WINSCHELD, I, pág. 158; VON THUR: *Teoría General*, II-1, pág. 300; ENNECCERUS: *Derecho Civil*, I-2, pág. 37; PIRAS: *La rinuncia*, pág. 27; WALSMANN: *Der Verzicht*, pág. 110; BAZILE: *Op. cit.*, págs. 9-10; SIBICIANO: *Op. cit.*, págs. 81 y sigs.

(97) *Ibid.*

(98) *Op. cit.*, pág. 774.

tanto, y salvo razones especiales, la declaración del titular del derecho es suficiente» (99).

De todos modos ésta es cuestión intrincada y muy peligrosa en estrecha relación con el problema de los efectos del acto unilateral, muy debatido por la doctrina desde siempre. En Roma los Proculyanos negaban toda eficacia a la sola voluntad unilateral, mientras que los Sabinianos, al contrario, la aceptaban. Por ello se hace preciso, más que indagar en la doctrina de una manera general, tratar de reconstruir el concepto que buscamos con los materiales dispersos en el Derecho positivo a través de los distintos supuestos más relevantes de renuncia. Los agruparemos de la siguiente manera:

1.º *Renuncia a los derechos reales.* — Hemos de distinguir ante todo la renuncia a la propiedad y la renuncia a los derechos reales sobre cosa ajena.

En la renuncia a la propiedad no parece que se planteen problemas respecto a su carácter unilateral; el propietario puede renunciar a su derecho a voluntad (100), únicamente habrá de tenerse en cuenta que si se trata de inmuebles habrá de inscribirse la renuncia en el Registro de la Propiedad para que tenga efectos frente a terceros (101). La renuncia aquí considerada será abdicativa según la clasificación anteriormente aceptada; por tanto, su registración, si afecta a inmuebles inscritos, es, según ROCA SASTRE, la propia de un acto perfecto en el sentido de no necesitar del complemento de aceptación alguna (102).

Lo mismo puede decirse de la renuncia a la nuda propiedad o a la de la propiedad gravada con otro derecho real, o a la cuota del condominio, pero no podemos entretenernos en examinar los numerosos problemas que aquí se plantean (103).

(99) *Teoría General*, II-1, pág. 300.

(100) Con la renuncia la cosa objeto de la propiedad deviene *res derelicta* (mostrenca o *nullius*, según sea inmueble o mueble).

(101) LESSONA: *Op. cit.*, pág. 369; CARIOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, pág. 113; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en «Notas» a ENNECCERUS: *Derecho Civil*, III-1, pág. 369; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, págs. 737 y sigs.; VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil*, Valladolid, 1935, II, págs. 262 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil*, ed. 1941, II, pág. 182; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en «Estudios», II, págs. 32 y sigs.; ALBADALEJO, en «Notas» a CARIOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, pág. 120; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 133; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 777-778; VON THÜR: *Teoría General*, II-1, pág. 298.

(102) *Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., I, pág. 458. Tal renuncia servirá de título inscribible conforme al artículo 2.º-2.º de la Ley Hipotecaria.

(103) Tal, como entre otros, el de si es preciso abandonar la posesión también cuando se renuncia al dominio, o en qué medida va implícito el abandono en la renuncia (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., I, págs. 460-461; WINSCHIED: *Diritto delle Pandette*, notas a la página 384, vol. IV); o el interesante problema de si en la renuncia de la cuota de copropiedad se adquiere por los comuneros del renunciante en virtud de ocupación la porción vacante, o si lo es por acrecimiento, y si el acrecimiento se produce sólo por ministerio de la ley o es precisa la aceptación

En lo que concierne a los derechos sobre la cosa de otro no se encuentran ciertamente por la doctrina más dificultades para demostrar el carácter unilateral de la renuncia, pues aun cuando beneficiaría al propietario de la cosa gravada con el derecho limitativo renunciado, esto no le hace perder, como hemos visto, el carácter abdicativo ni tampoco da bilateralidad al acto de renuncia, pues esto no es más que expresión de la elasticidad del dominio (104). Siendo favorable a esta tesis en nuestro Derecho el textos de los artículos 513 (que extingue el usufructo por la renuncia del usufructuario), 546 (la servidumbre se extingue por la renuncia del dueño del predio dominante), 599 (renuncia a la medianería) y otros del Código civil, aparte del artículo 4.º del mismo, que establece el principio general de la renuncia de los derechos (105).

En lo concerniente a la renuncia del derecho real de hipoteca (*remissio pignoris*) tampoco surge ninguna especialidad. Esta es perfectamente posible, comprendiendo o no en ella el crédito, sin que sea precisa la aceptación del propietario (106). No sucedía lo mismo en el Derecho romano, en el que aceptación era precisa (*Digesto*, XIII, 7, 9, 3; XX, 6, 8, 1-5, y *Codex*, VIII, 26, 2), en lo que los autores se muestran conformes (107). En cambio, en el Derecho moderno (francés, alemán, italiano y español) se

---

para que tenga lugar (LESSONA: *Op. cit.*, pág. 369; VITALEVI: *Delle comunione dei beni*, III, núms. 809 y sigs.; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en «Estudios», II, págs. 39 y sigs.; GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 521 y sigs.), materia ésta en la que, como apuntaba JERÓNIMO GONZÁLEZ, ciertamente, es difícil sentar un criterio rígido en vista de nuestro ordenamiento positivo (artículos 395, 575 y 544 del Código civil), pudiendo consultarse sobre el particular la siguiente doctrina, aparte de la citada: MEISSELS: *Op. cit.*, pág. 678; JURKING, en *Jahrbuch für Dogmatik*, 10, pág. 203, y BAZILE: *Op. cit.*, págs. 17 y sigs.

(104) GERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 285. Sobre este particular ver JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Estudios*, II, págs. 42 y sigs., y sobre todo la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de abril de 1927, que proclama el carácter unilateral de tales renunciaciones. De acuerdo, LESSONA: *Op. cit.*, pág. 372; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 777 y sigs.; VON THUR: *Teoría general*, II-1, pág. 299; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 133 y sigs.; VENEZIAN: *Dello usufructo...*, II, 1936, págs. 776 y sigs.; CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 114. En los derechos reales dice BAZILE, la renuncia se revela como una «contraocupación» que aparece con los mismos caracteres que la ocupación (*Op. cit.*, pág. 13; de acuerdo se muestra en esta afirmación DEMOÛRE, en *Revue Trim. de Dr. Civil*, 1905, págs. 724 y sigs.)

(105) Ni siquiera les enumeramos porque creemos no tiene objeto a nuestro propósito; al respecto, puede verse ALBADALEJO: en *Op. cit.*, pág. 120, y CASTÁN: «¿Es renunciable la enfiteusis?», en «R. G. L. J.», 1019, págs. 338 y sigs., respecto de la renuncia en los censos.

(106) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., III, págs. 820 y sigs.

(107) ROCA SASTRE: *Ibid.*, en nota 1; WINSCHIED: *Diritto delle Pandette*, I, pág. 248, nota 2; MEISSELS: *Op. cit.*, págs. 10 y sigs.; BACHER: *Op. cit.*, pág. 240; LESSONA: *Op. cit.*, pág. 373.

puede construir la renuncia de la hipoteca y de los demás derechos reales de garantía como acto unilateral (108). En el Derecho alemán sucede, no obstante, que aun sin dejar de ser unilateral, pues la renuncia transmite al deudor la hipoteca (que puede ser hipoteca de propietario), se exige la aceptación del deudor (109).

2.<sup>o</sup> *Renuncia a los derechos de crédito.*—En ésta existen más dificultades, pero ello depende, a juicio de LESSONA, siguiendo a CIIRONI, de que no está más que intuída, pero no definida claramente la distinción entre la renuncia al crédito y la remisión (110).

Vamos nosotros a estudiar esta cuestión, primero, a través del Derecho romano, después en la doctrina y, por último, en el Derecho positivo, si bien de una manera somera, aunque esta cuestión ha sido muy debatida, como veremos.

En el Derecho romano es sabido que una relación obligatoria no podía disolverse más que por la *conventio* bajo las tres formas de *acceptilatio*, de *mutuus discensus* y de *pacto de non petendo*. La solución de este problema entre los romanos, según LESSONA, hace que los romanistas recojan una visión inexacta respecto de la unilateralidad de la renuncia del crédito (111). No obstante, BARBEYRAC—POTHIER combatiría después esta opinión—, un autor del antiguo Derecho francés, en sus notas a PUFFENDORF, mantiene la validez de una remisión unilateral del crédito. Distinguiendo entre el acreedor que tuviese una voluntad absoluta de abdicar el crédito, el cual puede hacer eficaz este objetivo por la sola declaración de voluntad, y aquel otro acreedor que declara hacer remisión de la deuda a su deudor pretendiendo con ello hacerle una donación (112).

Este pasaje de POTHIER tiene para LESSONA un interés evidente aceptando la distinción apuntada al menos y razonando de la forma siguiente: Queda claro que en virtud del principio *in cito beneficium non datur* no se puede remitir una deuda sin el consen-

(108) Véase LESSONA: *Op. cit.*, pág. 373; AUBRY ET RAU: *Cours*, 5.<sup>a</sup> ed., III, núm. 292; PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni*, VI, núm. 227; GIANTURCO: *Sisteme*, pág. 225; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 136 y sigs.; PIRAS: *Op. cit.*, págs. 44 y sigs.; CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, págs. 114 y sigs.

(109) Véase LESSONA: *Op. cit.*, pág. 374.

(110) *Op. cit.*, pág. 376; CIIRONI: *Istituzioni*, pág. 93.

(111) LESSONA: *Op. cit.*, pág. 373; LAGARRIGUE: *La rénonciation*, th., París, 1854, págs. 23 y sigs. y 27 y sigs.; BAZILE: *Op. cit.*, pág. 17 y sigs. Véase ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, Madrid, 1943, II, pág. 149. Claro que en el Derecho moderno estamos en el mismo caso, por eso lo que digamos de la renuncia al crédito ha de ser temado evitando posibles confusiones (WINDSCHEID: *Diritto delle Panderte*, IV, págs. 383, 387 y 397; OERTMANN: *Introducción al Derecho civil*, pág. 186; TRAYBASAS: *Op. cit.*, pág. 558), es decir, no nos referimos nunca a la renuncia a la relación jurídica.

(112) *Ouvres, Traité des Obligations*, núm. 578; LESSONA: *Op. cit.*, pág. 376.

miento del deudor; pero, por otra parte, el acreedor puede no conservar su crédito a pesar suyo, puesto que puede obtener el mismo resultado con el no ejercicio. Y desde otro punto de vista, como al acreedor no se le puede forzar a aceptar el pago (otra cosa es la consignación y sus efectos liberatorios), será inútil subordinar la renuncia a la adhesión del deudor, puesto que el acreedor encontrará en una abstención prolongada el medio de obtener el resultado que él busca. Por tanto, la renuncia puede ser unilateral. Esta tesis de LESSONA es seguida posteriormente por DUCOIN y SIBICIANO (113).

Pero entre los autores modernos esta cuestión se ha discutido mucho, siendo la orientación general contraria o, al menos, dudosa respecto del tema planteado (114). Ello debido en parte a la influencia del tratamiento de la cuestión en el Derecho romano, unido a que en éste, al menos en su fase primitiva, las formas de extinción de los derechos o de las relaciones jurídicas habían de guardar una íntima relación con sus formas de constitución (115), noción que se ha extendido en esta materia con una amplitud tal que ha de ser tomada como no aceptable, según ya hemos apuntado anteriormente. Y también a su especial regulación en el Derecho positivo.

Así, en el Derecho prusiano la aceptación era exigida salvo en la renuncia formulada ante el juez (116). Del mismo modo en el Derecho moderno alemán, el B. G. B. exige un contrato para dejar sin efecto la obligación (117). En Italia las dudas que anteriormente se planteara la doctrina, bajo el imperio del Código derogado, han dejado de tener objeto desde el momento en que

(113) DUCOIN: *Essai d'une théorie générale de la renonciation en Droit civil française*, 1h., París, 1913, págs. 114 y 145 y sigs.; SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 117, y también, entre otros: FADDA e BÉNSA: *Notas a WINDSCHEID, Diritto delle Pandecte*, II, pág. 872, y CIIRONI: *Istituzioni*, pág. 93.

(114) GEORGI: *Teoria generale delle obbligazioni*, VII, núm. 307; CEROCIELLO: *La remissione del debito nel diritto civile positivo*, Roma, 1923; GANGI: *Remissione del debito e de la solidarietà*, Torino, 1905, núm. 12; PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni*, IV, núm. 131, pág. 573; SRAJRA: *Mutu-dissenso e remissione del debito*, en «*Rivista di Diritto Com.*», 1916, II, 428; COLIN y CAPITANT: *Curso*, II, núm. 1.304; AUBRY et RAU: *Cours*, IV, pág. 331 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 768 y 779 y sigs.; ATZERT: *Op. cit.*, pág. 102 y sigs.; PIRAS: *Op. cit.*, pág. 42 y sigs.; PLANIOL et RIPPERT: *Traité*, II, núms. 604 y 605; VON THÜR: *Teoria general*, II-1, pág. 299; CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 115 y sigs.

(115) ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, II, pág. 149.

(116) LESSONA: *Op. cit.*, pág. 378; DERNBURG: *Preussen Privatrecht*, § 285 (cita de LESSONA, *Ibid.*).

(117) § 305 del B. G. B. Al parecer, en el seno de la Comisión, cuando se discutió el Proyecto del Código civil alemán, se propuso, dice LESSONA, establecer la renuncia unilateral del crédito, lo mismo que se permite renunciar a un derecho sobre la cosa de otro con tal carácter (§§ 875, 876, 1.064 y 1.065), pero se creía que esta interpretación iba a ser tomada abusivamente, por lo que se la rechazó (*Op. cit.*, pág. 378). De acuerdo, VON THÜR: *Teoria general*, II-1, pág. 299.

el nuevo Código, en su artículo 1.236, empleando una fórmula no muy feliz, parece decidirse por la bilateralidad de la renuncia al crédito (118).

En Derecho español, no teniendo nuestro Código precepto análogo al artículo 1.236 del Código civil italiano, no hay ningún obstáculo para admitir la renuncia como negocio unilateral, sin que a ello estorbe, según ALBADALEJO, el artículo 1.187, que le aplica ciertas normas sobre forma e inoficiosidad referentes a la donación (119).

3.º En la *renuncia a los derechos sucesorios*, en la doctrina más reciente y en los Derechos francés e italiano, la solución aparece clara y favorable a la unilateralidad de la misma (120). En cambio, el B. G. B. exige lo mismo que para la renuncia del crédito, un contrato, dada la importancia que el legislador alemán da a estos supuestos (121). En nuestro Derecho, a la vista de los artículos 983 y 1.000, es perfectamente admisible el carácter unilateral de la repudiación de herencia, y más aún se evidencia de lo dispuesto en el artículo 1.008, que determina que tal renuncia debe hacerse por escrito dirigido al juez en uno de sus supuestos (122) (123).

4. En la *renuncia a los derechos de familia*, del mismo modo

(118) Dicho precepto dispone que la declaración del acreedor de condonar el débito extingue la obligación cuando se comunica al deudor, salvo que éste declare dentro de un plazo adecuado no querer beneficiarse de ella. Véase CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, págs. 116-117.

(119) Según el autor citado en el texto «no prueba que la renuncia sea—como la donación—un contrato, sino que sólo significa: 1.º Que el límite más allá del cual son inoficiosas las donaciones (contratos) es también un límite a otros actos (unilaterales): condonación; y 2.º Que la *forma* (forma de la declaración de voluntad del renunciante), si la condonación es expresa, se ajustará a lo dispuesto sobre la forma de las donaciones (y la aceptación del favorecido no es forma, sino otra declaración de voluntad)» (*Op. cit.*, pág. 120). En contra, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1935 y la del TEAC de 27 de mayo de 1952.

(120) Véase MALLET: *De la renonciation à la succession*, th. París, 1931; MEYSSON: *La répudiation des successions et des legs*, th. París, 1931; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL: *Des successions*, 3.ª ed., II, n.º 1.598; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 769 y sigs., en Francia. Si bien para PLANIOL-RIPERT: *Traité*, III, núm. 2.547, nota 2, se trata de una donación directa, y para COLIN Y CABYANT: *Curso*, III, núm. 1.025, de una donación indirecta. En Italia: LESSONA: *Op. cit.*, pág. 378; FADDA y BENZA: *Op. cit.*, II, pág. 880; CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 117, y PIRAS: *Op. cit.*, págs. 179 y sigs.

(121) VON THIER: *Teoría general*, II-1, pág. 298; CASPERS: *Erlan und Verzicht nach dem B. G. B.*, Strasburg, 1904, pág. 47; LESSONA: *Op. cit.*, página 370.

(122) De acuerdo, ALBADALEJO: *Op. cit.*, pág. 120; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Estudios*, II, pág. 19; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 2.ª ed., I, pág. 466.

(123) Según dice BAZILE, muy acertadamente, las normas establecidas para la renuncia a la herencia viene a ser normas derogatorias del régimen general de la renuncia (*Op. cit.*, págs. 36-37).

y aún más unánimemente, es concebida con carácter unilateral (124), cuando ésta sea permitida por consideraciones de orden público, siendo esta parte del Derecho civil el ámbito propio para desenvolverse esta materia más fácilmente, lejos de dudas y de aclaraciones, como sucede en el Derecho civil patrimonial puro, lo que viene facilitado, además, por el carácter *preventivo* o *declarativo*, que suelen revestir tales renunciaciones.

Del examen que hemos realizado de la renuncia en las distintas clases de derechos y del que claramente resulta la posibilidad de concebir en abstracto y en concreto la renuncia como acto unilateral, queda una consecuencia importante, y es que la renuncia ha de estar sometida al estatuto de los negocios jurídicos unilaterales.

Esto, aparte de su reflejo en la capacidad, forma y efectos de la renuncia, ha sido objeto de estudio en cuanto a su posibilidad de *revocación*. A este respecto, dice ROCA SASTRE, que si la renuncia es un acto unilateral, se perfecciona y constituye por la sola voluntad del renunciante que la lleva a cabo, como tal acto jurídico. Si su existencia y nacimiento con este carácter se hace depender, en cambio, de una *aceptación*, sería entonces un acto bilateral, y hasta tanto que la aceptación se efectuase podría ser revocado (125). Pero esta argumentación no es muy satisfactoria, ni da una visión completa, pues hay negocios unilaterales que pueden ser revocados. A nuestro juicio la irrevocabilidad de la renuncia adquiere relevancia con independencia de su consideración como negocio unilateral, y precisamente por el fin que cumple en la vida jurídica, por su función peculiar, ya que es incompatible el carácter de *acto concluyente*, que ostenta la renuncia, sobre todo cuando ésta tiene una primordial finalidad *declarativa*, con la posibilidad de su revocación, lo que sería un evidente contrasentido. Y ello también, porque puestos a distinguir la renuncia no es simplemente un negocio unilateral, o mejor dicho, sino que, considerada en abstracto, no siempre adquiere el rango de negocio jurídico, aunque sea unilateral, aproximándose, en algunos casos, a un simple «*acto real*» *negativo* (abandono) (126), y en todo caso a lo que la doctrina alemana denomina *actuaciones de la voluntad*, las cuales, sin tener un fin directo de manifestación, dan realidad, en determinados casos, a una voluntad negocial, que por aquéllos se exterioriza (127); pero sin entrar en estas precisiones, que más que nada, en el mejor de los casos, sólo llevan a un bizantinismo terminológico, hay que hacer constar que la renuncia no puede encajar de una forma ab-

(124) ATZERI: *Op. cit.*, pág. 134; LESSONA: *Op. cit.*, págs. 379 y sigs.; VON THUR: *Teoría general*, II-1, pág. 300.

(125) *Derecho hipotecario*, I, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 461; de acuerdo, RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 774; SUBICIANO: *Op. cit.*, págs. 96 y sigs.

(126) De acuerdo, BAZILE: *Op. cit.*, pág. 13.

(127) ENNECCERUS: *Tratado*, 1-2, pág. 56.

soluta en esos moldes a que hemos aludido, porque, en definitiva, puede manifestarse bajo formas jurídicas diversas, y constituirse bien en un «*actio real*» *negativo* (abandono) o en una *declaración de voluntad* (128), manifestada ya en un negocio jurídico *unilateral* (renuncia pura y simple de la herencia, por ejemplo) o en un negocio jurídico *bilateral* (cuando la renuncia sea la base de la contraprestación de la otra parte, lo cual no le hace perder su carácter unilateral) (129), o formando parte de ellos, o aun con independencia de todo negocio, como una mera *actuación de la voluntad* (130). Llegándose al caso de que la renuncia es irrevocable si así lo exige la materia sobre la que versa y con independencia de su «vestidura» negocial. Así, por ejemplo, en consideración a la renuncia objeto de nuestro estudio, la de la sociedad de gananciales, resulta que admitida ésta por el artículo 1.364, proposición segunda, y permitida sólo a *contrario sensu* del artículo 1.394, párrafo primero, para después de disuelto el matrimonio, o cuando éste pueda disolverse por separación judicial, una vez ejercitada por la mujer o sus herederos es irrevocable. Pero si admitimos que ésta renuncia puede hacerse constante matrimonio, como veremos, no pura y simplemente, sino referida para el momento de su disolución legal, y por analogía de lo dispuesto en el artículo 1.056, respecto de la partición de la herencia por los ascendientes entre sus descendientes, como una y otras facultades han de estar supeditadas a la libertad de testar, la cual es irrenunciable, resultará que si se verifica esa renuncia en tales condiciones, será siempre revocable.

Igual sucede con la revocación de la renuncia a la herencia, permitida por el artículo 790 del Código de Napoleón. Y aun cuando el nuestro carece de un precepto análogo, el inciso segundo del artículo 997, habla de la posibilidad de su impugnación —la de la renuncia a la herencia—, y el 1.001 autoriza a los acreedores a aceptar la herencia, y el 1.004 concede, también a éstos, la facultad de instar al heredero para que se determine a aceptar o a renunciar (131). Todo lo cual viene a confirmarnos en la idea ya apuntada de que es el mismo principio que establece la irrevocabilidad de la renuncia, el que permite estas derogaciones parciales, que han hecho dudar de la cualidad citada; sea uno de los caracteres de la regla, una vez más, la posibilidad de

(128) No empleamos el término «declaración de voluntad» en su acepción estricta y rigurosamente técnica, identificable con el concepto de «negocio jurídico», como entiende la doctrina alemana (véase, por todos, ENNECCERUS: *Op. cit.*, I-2, pág. 8 y sigs.), sino más bien en un sentido más general y lato.

(129) De acuerdo, BRETÓN: *Op. cit.*, pág. 298; SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 104; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 120.

(130) Esto es, con otras palabras, a nuestro juicio, lo que viene a decir la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1942.

(131) RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 774; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios*, II, págs. 30-31.

excepciones contra la misma (132). Abundando en lo que venimos diciendo, vamos a concluir este punto afirmando que la renuncia es normalmente irrevocable, y ello puede apreciarse analizando su función en las distintas categorías de renunciaciones y conscientes de que las excepciones apuntadas, y otras posibles, no vienen a perturbar este carácter, sino a confirmarle. Y así, si no puede admitirse, en tales términos, duda de tal condición, ni en las renunciaciones *preventivas* o *declarativas*, ni en las *recognoscitivas*, por la seriedad con que debe ser tomado el propósito del renunciante; menos aún cabe en las *abdicativas*, cuando normalmente, más aún que las anteriores se ha producido una ventaja para un tercero. El hecho de que el que renuncia a un derecho pueda volver a adquirirle (ocupación de la cosa abandonada) no efectúa la adquisición en virtud de la revocación de la renuncia, sino en gracia a un nuevo acto jurídico.

Menos dificultades plantea en nuestro Derecho la consideración de la renuncia como negocio unilateral que constituye o aparece en una *declaración de voluntad no recepticia*. Pues aunque suponga una ventaja para un tercero, en términos generales, y aun la abdicativa, no es preciso que llegue a conocimiento de nadie para su validez (133).

Por otra parte, el carácter extintivo y unilateral de la renuncia favorecen evidentemente su configuración como negocio *abstracto*, en el cual no es preciso que vaya expresa la causa, aun cuando ha de tener una cierta e idónea, pues sabido es que en nuestro Derecho no se admite el negocio abstracto de una manera absoluta (134). Para SIBICIANO, la causa hay que encontrarla en el *animus derelinquendi*, lo cual es un tanto vago e impreciso (135); más adecuada es la opinión de este mismo autor al respecto de la calificación que da a la renuncia, como *acto neutro*, que no entra ni en la categoría de los actos a título gratuito, ni en la de los actos a título oneroso (136).

Por último, como ya hemos anticipado, es perfectamente posible concebir la renuncia como contenido de un negocio *bilateral* o, mejor dicho, formando parte de él como una de sus pres-

(132) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Ibid.*; BAZILE: *Op. cit.*, págs. 36-37.

(133) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 2.<sup>a</sup> ed., I, pág. 459; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 120; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas a ENNECERUS, Derecho civil*, I-2, págs. 42-43, y II-1, pág. 219; de acuerdo, RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 774; en contra, CARIOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, pág. 119; ENNECERUS: *Derecho civil*, I-2, pág. 37 y II-1, pág. 214.

(134) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 2.<sup>a</sup> ed., I, pág. 459; 5.<sup>a</sup> ed., I, pág. 738; ENNECERUS: *Op. cit.*, II-1, pág. 214; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Op. cit.*, II-1, pág. 218; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios*, II, páginas 30-31. V. Resolución de la D. G. R. y N. de 11 de julio de 1901, en la que hasta la manifestación abstracta de cancelación para que se lleve a cabo ésta sin que sea preciso el que se haya pagado el total de la deuda, y lo dicho en la nota 72.

(135) *Op. cit.*, págs. 176 y sigs.

(136) *Op. cit.*, págs. 79-80.

taciones; pues bien, como ya dijimos, aun en este supuesto no pierde su carácter *unilateral* (137).

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RENUNCIA.—Vamos aquí a ocuparnos muy brevemente, para completar la materia, a los requisitos y efectos de la renuncia.

En cuanto a los requisitos *personales*, en primer lugar hemos de apuntar que para renunciar será preciso tener no solamente la correspondiente capacidad de obrar general, sino también la concreta capacidad de ejercicio o poder de disposición. De forma que para renunciar un derecho o una situación jurídica habrá que ser *titular* de los mismos, lo cual es una aplicación del principio *nemo dat quod non habet*, o más propiamente: *beneficia non obstruduntur*; ello es una consecuencia clara y concluyente de ser la renuncia un acto de *disposición* (138). En tal sentido ha de tomarse la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1903, y el principio en ella formulado de que sólo puede renunciar el que tiene derecho a hacerlo. Aparte de esto no es preciso una capacidad específica, entendiéndose la generalidad de los autores que hasta gozar de la capacidad general para enajenar (139); otros, como AUBRY y DAT, entienden que por analogía debe exigirse la capacidad para enajenar a título gratuito (140); en cambio, DUCOIN entiende que ni siquiera es precisa esa capacidad, pues en el caso de la renuncia no se trata de constituir un derecho a favor de otra persona (141); a lo que se objeta por BAZILE que sí es precisa esta capacidad, pues aunque no haya que tener en cuenta para nada el derecho de un posible adquirente, sí hay que considerar que las reglas que establecen la capacidad de disponer afectan a la salvaguarda de los intereses patrimoniales y tiene carácter de orden público (142). Notemos de pasada, a este respecto, cómo en la renuncia a la sociedad de gananciales, la mujer casada, mayor de edad, que tiene su plena capacidad limitada, a pesar de la reciente reforma del Código civil, de cierto aire feminista, puede renunciar por una derogación al régimen común en la materia, impuesto por el propio precepto que establece la renuncia.

En cuanto al *objeto* de la renuncia, es decir, en cuanto a qué derechos pueden ser renunciados, se ha planteado por la doctrina una aguda polémica, en relación con el principio que acabamos de formular de que sólo pueden ser renunciados los dere-

(137) BRETÓN: *Op. cit.*, pág. 298; SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 104; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 120; en contra, CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, págs. 118 y 119; en PIRAS: *Op. cit.*, págs. 46 y sigs., se trata la cuestión de una manera confusa.

(138) CASTÁN: *Derecho civil*, I-2, págs. 85-86; VON THÜR: *Teoría general*, II-1, págs. 294-295.

(139) SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 167.

(140) *Op. cit.*, IV, págs. 331 y sigs.

(141) *Op. cit.*, pág. 58.

(142) *Op. cit.*, pág. 34.

chos propios, y en razón a cuáles de esos derechos tendrán tal

TRAVIESAS hace una clasificación de los autores en este sentido de la siguiente manera:

a) Para MEISSELS sólo puede renunciarse a derechos *adquiridos* (143).

b) Para FRITZ, no sólo se puede renunciar a los derechos adquiridos, sino también a los *diferidos* (144).

c) Para REGELBERGER, se puede renunciar a derechos, facultades, liberaciones, posibilidades, derechos futuros y posibles en el futuro; no, en cambio, a obligaciones ni cargas a las cuales esté ligado el renunciante.

d) Para AUBRY y RAU y para PACIFICI-MAZZONI se puede renunciar a los derechos eventuales y condicionales como derechos ya existentes, no a simples expectativas, únicamente cuando éstas sean accesorias (145).

Como se ve, salvo la orientación seguida por MEISSELS, se concede por la doctrina gran amplitud al objeto de la renuncia.

De forma que pueden renunciarse toda clase de derechos, aun los futuros, pero no las expectativas. A este respecto, para determinar hasta qué punto se puede establecer la distinción entre derechos futuros y expectativas, LESSONA, dice, que son derechos futuros, aquellos que existiendo no han entrado aún en nuestra esfera jurídica (condición, término, etc...), siendo entonces futuros de una manera relativa; en cambio, cuando el derecho no existe no es más que una expectativa, entonces es futuro de una manera absoluta (146). En el primer caso es susceptible de renuncia (147). Si hay que hacer constar que la renuncia a un derecho futuro sólo podría hacerse sobre la base de cómo vaya a surgir (148).

Por otra parte, no sólo son renunciables los derechos propiamente dichos, sino también toda clase de facultades o situaciones jurídicas, si bien es de hacer notar también que en este supuesto a lo que realmente se renuncia no es a la situación o posición jurídica, sino más propiamente al derecho a la misma (149).

Y, por último, es preciso hacer constar aquí que por razones del propio fundamento de la renuncia, no se pueden renunciar aquellos derechos cuyo ejercicio lleva consigo el cumplimiento de una serie de obligaciones; así sucede con los derechos que im-

(143) *Op. cit.*, pág. 669.

(144) Citado por TRAVIESAS: *Ibid.*

(145) *Cours*, IV, pág. 332; *Istituzioni*, II-I, págs. 461-462; TRAVIESAS: *Op. cit.*, págs. 560-562.

(146) *Op. cit.*, págs. 163 y sigs.

(147) ATZERI: *Op. cit.*, págs. 6 y sigs. y 159 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 792 y sigs.

(148) TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 361.

(149) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios*, II, págs. 18 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil*, I-2, págs. 85 y sigs.

plican un interés público (derecho al nombre), o un interés público familiar (patria potestad), o todos aquellos en que la facultad concedida está configurada por el Derecho como un poder-función, o cuando, en suma, se trata de salvaguardar el orden público, o los intereses de un tercero, en lo que es concorde y unánime la doctrina (150). Materia que en nuestro Derecho consagra el párrafo segundo del artículo 4.º del Código civil, estableciendo un principio general aplicable a toda clase de renunciaciones de derechos y que encuentran sus desenvolvimientos particulares en otros preceptos; así, por ejemplo, el artículo 1.394, en cuanto a la renunciación objeto de nuestro estudio y afines (151)

Queda decir también que la renunciación puede hacerse a término si es suspensivo; nunca podrá renunciarse al ejercicio de un derecho durante cierto tiempo y haber verdadera renunciación; pero no puede hacerse bajo condición o modo tampoco, pues en este caso perdería el carácter de renunciación (152).

En cuanto a la *forma* de hacerse la renunciación no puede establecerse un principio general, pues depende en gran medida de la categoría del derecho renunciado.

En términos generales, puede decirse que es libre cuando no está determinada por la ley, como sucede en los supuestos de los artículos 18, 21, 25 y 1.280-1.º, 2.º, 4.º y 6.º de nuestro Código, por ejemplo, y así el propio Cuerpo legal, en su artículo 1.935, establece que la renunciación a la prescripción ganada puede hacerse en forma *expresa* o *tácita*. Pero en lo que es unánime la doctrina y la jurisprudencia es en que siempre ha de hacerse de una forma expresa, clara y terminante, lo cual es una manifestación de los adagios *renuntiatio est strictissimae interpretationis* y *renuntiatio non presumitur* (153). Y así se expresan también las sentencias de 17 de noviembre de 1931 y 13 de junio de 1942, diciendo esta última resolución que «la renunciación de derechos autorizada por el artículo 4.º, párrafo segundo, del Código civil, no tiene requisitos propios distintos de los que corresponden en cada caso, en relación con la naturaleza del acto que se realiza.

(150) LESSONA: *Op. cit.*, págs. 368 y sigs.; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 4 y 223 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 796 y sigs.; WALSMANN: *Op. cit.*, págs. 144 y sigs.; TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 560; CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., Madrid, 1949, I-1, 549; MANRESA: *Comentarios*, I, págs. 64 y sigs.

(151) Así también los artículos 816, 991, 1.002, 1.102 y 1.935 del Código civil prohíben otras renunciaciones. Prohibiciones parecidas se encuentran en la disposiciones de arrendamientos rústicos y urbanos y en materia de contrato de trabajo. Véase también BONET RAMÓN: *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 1956, págs. 282 y sigs.

(152) V. TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 464 y bibliografía allí citada; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 516-517. El artículo 990 del C. c. no permite la renunciación de la herencia bajo plazo o condición, y el 652 la renunciación de la acción concedida al donante por ingratitud del donatario. V. MANRESA: *Comentarios*, I, págs. 62 y sigs.

(153) SIBICIANO: *Op. cit.*, págs. 190 y 195.

y la materia sobre que recaiga», habiendo de hacerse de manera que no dé lugar a dudas «bien en forma directa o indirecta, pero ha de ser terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación» (154).

En cuanto a los *efectos* de la renuncia, aparte de lo que ya hemos dicho al tratar de su naturaleza jurídica, que aquí no es del caso, queda por indicar lo que es obvio, que toda renuncia produce sus efectos frente al renunciante, sus herederos y sucesores a título particular y frente a sus acreedores (155), la garantía que ofrece el artículo 1.001 del Código civil en favor de estos últimos, o la facultad del artículo 1.937 (de oponer la prescripción renunciada), en un caso más particular, no es más que una confirmación de esta doctrina.

Por otra parte, hay que hacer constar que los efectos de la renuncia se producen ordinariamente *ex nunc*; es decir, sin alcance retroactivo. No obstante, algunos autores estiman acertadamente que la renuncia alcanza efectos *ex tunc* en algunos supuestos (contrato en favor de tercero renunciado y, sobre todo, renuncia a la herencia) (156). Y lo mismo sucede por ministerio de la ley en la renuncia a la sociedad de gananciales establecida en el párrafo segundo del artículo 1.364 de nuestro Código civil, ya que por aplicación de una ficción jurídica, se entiende que la sociedad de gananciales no ha existido nunca, hallándose establecido *ab initio* el régimen dotal.

5. LA RENUNCIA DE LEYES.—La renuncia de leyes, de muy difícil deslinde en la práctica, respecto de la renuncia de derechos concedidos por aquéllas, está en íntima relación con el tema del valor de la ley y arrastra ante nosotros cierto prestigio histórico, que nos lleva a la consideración inevitable de su evolución.

«En el desenvolvimiento del Derecho romano, dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, las leyes y plebiscitos podían o no tener una sanción para asegurar su propia efectividad». Y así, en efecto, por razón de su *sanción*, había leyes *perfectae*, leyes *minus quam perfectae* y leyes *imperfectae*. Solamente la transgresión de las primeras provocaba la nulidad de los actos ejecutados contra ellas, la de las segundas implicaba solamente la imposición de una pena; mientras que las *imperfectae* simplemente marcaban la pauta a seguir de un acto (157).

Según DE CASTRO Y BRAVO, en las últimas fases del Derecho

(154) CASTÁN: *Derecho civil*, I-2, págs. 85 y sigs.; TRAVIASAS: *Op. cit.*, pág. 570; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 33; SIBICIANO: *Op. cit.*, págs. 147 y sigs.; DUCOIN: *Op. cit.*, págs. 58 y sigs.; BAZILE: *Op. cit.*, pág. 35.

(155) De acuerdo, ATZERI: *Op. cit.*, págs. 504-505.

(156) ENNECCERUS: *Derecho civil*, I-2, pág. 37; VON THUR: *Teoría general*, II-1, pág. 301 y nota 223; WALSMANN: *Op. cit.*, pág. 116, cita 161; en contra, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Op. cit.*, I-2, págs. 42-43, y, al parecer, TRAVIASAS: *Op. cit.*, pág. 570.

(157) *Prohibiciones de disponer*, en «Estudios», I, págs. 486 y sigs.

romano se va evolucionando hacia la interpretación de toda ley prohibitiva como declaratoria de la nulidad de los actos ejecutados contra ella, principio que ya sentó ULPIANO y ANTONINO y que se recoge en la regla de TEODOSIO, *si fuerit facta, non solo inutilia, sed pro infecti etiam habeantur* (C, I, 14,5) y en el propio Código de JUSTINIANO (C, V, 14, 10), manteniéndose en el Derecho intermedio, aunque en la práctica eran muy frecuentes y numerosas las renunciaciones generales y particulares de leyes a través de los actos *contra legem*, a lo cual favorecieron en principio las complejas circunstancias políticas y sociales de la Edad Media (158).

En nuestra Patria, las Partidas reproducen débilmente el precepto: «Otro sí decimos, que todo pleyto que es fecho contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres, que non debe ser guardado» (Ley XXVIII, tít. XI, Partida 5.<sup>a</sup>), pero no por ello dejan de ser menos frecuentes las renunciaciones, que se han generalizado a la sombra de las más ingeniosas y sofisticadas teorías, como decía GUTIÉRREZ (159). Pero esta práctica choca con el espíritu que anima la codificación y ya durante todo el siglo pasado la doctrina, la jurisprudencia y el propio Proyecto de Código civil de 1851 preparan la consagración del valor de la ley en el propio Código civil, viendo su necesidad para atajar los males nacidos de un reiterado abuso en la práctica de toda clase de renunciaciones (160).

Y es precisamente el párrafo primero de su artículo 4.º el que establece la prohibición de tales renunciaciones al determinar: «Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo que la ley misma ordene su validez» (161).

Es claro, por otra parte, que en el Derecho moderno apenas plantea problemas esta cuestión, pues es evidente en el espíritu de las modernas legislaciones el carácter irrenunciable de las leyes, aunque algunos códigos, en general los germánicos, no contengan normas concretas sancionadoras de tal principio, mientras que la mayoría de los latinos se refieren al mismo de una manera que desde cierto punto de vista resulta confusa, pues en tal punto concurren, y así en nuestro artículo 4.º, párrafo primero, con la proclamación del valor de la ley, la sanción impuesta al respeto a ella debido y una distinción necesaria entre normas *imperativas* y permisivas o *dispositivas* para hacer viable la aplicación de este principio, amén de que la distinción citada está a caballo de la idea del *orden público*, cuya relatividad se ha puesto de relieve en los tiempos actuales, por lo que es muy difícil

(158) *Derecho civil*, I-1, pág. 534.

(159) *Códigos...*, Madrid, 1871, I, pág. III.

(160) DE CASTRO Y BRAVO: *Ibid.*

(161) DE CASTRO: *Op. y vol. cit.*, pág. 534; de acuerdo, PRIETO CASTRO: *Para el estudio de los derechos irrenunciables*, en A. D. C., 1948, I-11, pág. 261.

y escurridiza toda labor de investigación en esta materia, donde, por otra parte, las renunciaciones a las leyes se confunden con la renuncia a los derechos concedidos por aquéllas, como ya hemos dicho.

Pero volviendo al párrafo primero del artículo 4.º del Código civil, claramente se deduce que este precepto se refiere a toda clase de actos, mientras que el 1.255 se refiere a los contratos con un contenido casi análogo, pero que, por otra parte, no se refiere a toda clase de leyes, sino solamente a las imperativas, y que en todo caso no se aplica la sanción en este precepto establecida cuando la propia ley ordene su validez de modo expreso (162).

Este mismo sentido tenía el precedente del propio artículo 4.º, párrafo primero, en el Proyecto de 1851, si bien aquél guardaba respecto del tema que nos ocupa una dicción más explícita: «La renuncia de las leyes en general no surtirá efecto. Tampoco lo surtirá la renuncia especial de las leyes prohibitivas; lo hecho contra éstas será nulo si en las mismas no se dispone lo contrario» (163).

En suma, la irrenunciabilidad de las leyes resulta como un postulado del Derecho moderno, reforzado en nuestro sistema positivo por lo dispuesto en el reiterado artículo 4.º párrafo primero, y su sanción comporta la nulidad. Pero el exponer el análisis de esta cuestión, que sólo hemos enunciado, excede de los límites de este trabajo.

Únicamente hemos traído esto aquí a colación porque la renuncia a la sociedad de gananciales puede pensarse no solamente como una renuncia de derechos o de situaciones jurídicas, sino también como una renuncia de leyes. Y, en efecto, así lo es también: renuncia a un régimen legal, el de la sociedad de gananciales. Régimen establecido por unas normas que tienen un indudable alcance imperativo, en lo que es unánime la doctrina y la jurisprudencia (164) por si fueran poco las prescripciones que establecen los artículos 1.315 y 1.320 del Código civil, y también perfectamente posible porque es la propia ley, en el artículo 1.364 del Código civil, la que ordena su validez y posibilidad dentro de los límites del artículo 1.394 del mismo.

(162) MANRESA: *Comentarios*, I, págs. 57 y sigs.; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en «Estudios», I, págs. 486 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil*, I, 1949, páginas 206-207; PRIETO CASTRO. *Ibid.*; DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil*, I-I, pág. 537.

(163) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, I, pág. 17.

(164) La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1931 declara irrenunciable el régimen familiar.

## III

## LA NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES

1. PLANTEAMIENTO.—Dominada la renuncia por una inevitable relatividad en relación con la distinta naturaleza de los derechos o situaciones a que puede referirse se hace preciso un detallado análisis de la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales. Pero esta tarea que de por sí podría ser objeto de una extensa monografía es de una dificultad instrumental extrema, dada la disparidad de opiniones y lo abundante de la bibliografía. Por ello, sin renunciar al obligado examen que hemos de desarrollar seguidamente, dado el carácter y los límites de este trabajo, no vamos a intentar más que una investigación sumaria del problema.

La forzosidad de este planteamiento no viene dado solamente, como es sabido, por la disparidad doctrinal en torno al tema, la cual se remonta a las más antiguas fuentes bibliográficas, sino que se extiende entre los autores nacionales y aun los extranjeros a todas las etapas de la evolución del Derecho civil moderno, no pudiendo remontarse al Derecho romano porque la institución o sus variantes, dentro de los regímenes matrimoniales de comunidad era ajena al espíritu de los romanos y extraña al *Corpus Iuris*, aun cuando no faltan autores que sostienen que sus antecedentes se encuentran ya en la época del Bajo Imperio, bajo la influencia cristiana (165), sino más bien de la dificultades que se derivan de la terminología utilizada por el Código civil que ha venido a oscurecer, al menos a primera vista, el problema. Así, en efecto, «en algunos artículos—dice CASTÁN—, como por ejemplo el 1.392 en relación con el 1.413, parece vislumbrarse la antigua concepción del dominio exclusivo del marido (166). En otros, como el 1.414, que habla de que el marido sólo puede disponer de la mitad de los gananciales por testamento, parece resplandecer la de la copropiedad romana, aunque sea de tener en cuenta, para no dar demasiado alcance a ese precepto, que el testamento no despliega sus efectos hasta la disolución del matrimonio. Finalmente el art. 1.395, al mandar que se apliquen como su-

(165) MINGUÓN: *Historia del Derecho español*, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1953, pág. 146; VIOLET-LE-DUC: *Histoire du Droit civil française*, 3.<sup>a</sup> ed., págs. 826 y sigs.; LEFEVRE: *Leçons d'introduction générale a l'histoire du Droit matrimonial française* (citados por CASTÁN: *Derecho civil*, III, ed. 1941, pág. 562). También AUBRY: *La communauté de biens conjugale, origine et évolution du régime legal*, París, 1911; ACHER: *Origines de la communauté conjugale*, París, 1907; ROBERTI: *Le Origine romano-cristiane delle comunione dei beni fra coniuge*, 1919. Recientemente también BRONDI: *Il Diritto romano cristiano*, III Milano, 1954, pág. 107.

(166) Se refiere a su redacción antigua.

pletorias las reglas del contrato de sociedad, puede dar a entender que en el Código es predominante la concepción de los gananciales como una forma de sociedad civil (167). A esta serie de imprecisiones se han sumado las direcciones contradictorias de una jurisprudencia desorientada, aun cuando en la Dirección General de los Registros se puede observar una tendencia dominante a considerar a la sociedad de gananciales como una comunidad «en mano común»; pero a ambos extremos nos referiremos más adelante en el transcurso del presente capítulo.

Por ello, sin asidero legal y jurisprudencial propiamente dicho, hay que volcarse en el examen de las numerosas teorías que se han suscitado en la doctrina.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS PROPUESTAS POR LA DOCTRINA. CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO SOCIEDAD ESPECIAL (168).—Aparte de la teoría ya modernamente abandonada que establecía la propiedad exclusiva del marido respecto de los bienes del matrimonio (169), con relación a la naturaleza jurídica de la comunidad conyugal se han establecido las teorías fundamentales que agrupamos del siguiente modo:

A) La que considera la comunidad de gananciales como una sociedad civil especial.

B) Como una comunidad de bienes de tipo «romano», es decir, *por cuotas*.

C) La que prefiere hablar de una comunidad de bienes de tipo «germánico», comunidad «zur Gesamte Hand» (en mano común); y

D) La que sin apartarse absolutamente de la idea de comunidad considera a la sociedad de gananciales como un «patrimonio de destino» o afecto a un fin dinámico (170).

(167) *Derecho civil*, III, págs. 563-564.

(168) Las teorías que se examinan en este lugar del texto son las más destacadas en el derecho moderno; para el derecho antiguo de Castilla se aludirá incidentalmente a las concepciones de sus glosadores en el capítulo siguiente.

(169) Antiguos tratadistas del Derecho consuetudinario francés: BEAUMANOIR, DUMOULIN y POTHIER, y entre los modernos, ROGUIN: *Le régime matrimonial*, París, 1905, núm. 225; criterio que ha sido duramente criticado, entre otros, por PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, VIII, núm. 156; CUNHA GONÇALVES: *Tratado de Direito civil en comentario ao Código civil português*, Coimbra, 1932, VI, núm. 829, nota 3. También TROPLONG: *Du contrat de mariage*, París, 1830.

(170) Pueden verse sobre este particular las clasificaciones que hacen CASTÁN: *Ibidem*; PUIG PEÑA: *Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales*, en R. D. Pr., 1947, XXXI, págs. 356 y sigs.; LACRUZ BERNARDO: *Naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales*, en R. G. L. J., 1950, págs. 3 y sigs.; en la doctrina extranjera, entre otros, ROGUIN: *Op. cit.*, en «Droit civil comparé», núm. 256 y sigs.; MASSE: *Du caractère juridique de la communauté entre époux*, París, 1902; STOLFI: *Diritto civile*, V (*Diritto di famiglia*), núm. 607 y sigs.; MESSINERO: *Op. cit.*, págs. 130 y sigs.; PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, VIII, núm. 156; CUNHA

Vamos a ocuparnos ahora de la que considera a la sociedad de gananciales como una forma de sociedad civil de naturaleza especial.

La doctrina española antigua estaba acostumbrada a designar a la que más propiamente debiera llamarse comunidad de gananciales con el nombre ya tradicional de sociedad de gananciales, el cual fué incorporado a la dicción legal contenida en el propio Código civil como rúbrica de su capítulo V, título III del Libro IV del mismo, aparte de algunas alusiones a tal denominación en varios preceptos, y esta tradición, según dice el profesor LACRUZ BERDEJO, «se perpetúa hasta nuestros días—aparte del cauce legal indicado—a través de ASSO, y DE MANUEL, SALA, FERRERO, G. GOYENA, SÁNCHEZ ROMÁN, FALCÓN, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, DE DIEGO, VALVERDE, ALAS, DE BUEN... SÁNCHEZ ROMÁN y VALVERDE añaden además que el matrimonio forma una personalidad jurídica: la sociedad conyugal, al lado de la cual aparece la personalidad económica formada por la sociedad legal de gananciales» (171). Como ya hemos dicho más arriba, esta opinión es la que parece seguir el Código cuando en su artículo 1.395 establece que la sociedad legal de gananciales ha de regirse por las normas del contrato de sociedad en todo aquello que no esté específicamente regulado en las normas que establecen su régimen propio; no obstante esta numerosa corriente doctrinal, entiende que la sociedad de gananciales no es una sociedad común, sino especial, condicionada por el fin superior del matrimonio y de la familia. Opinión que es también compartida por buena parte de la doctrina francesa e italiana del primer cuarto de siglo (172). Incluso hay una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1915 que sostiene que la sociedad de gananciales constituye una entidad distinta de la personalidad de los cónyuges, criterio que se vuelve luego a reiterar en cierto modo en otra de 18 de diciembre de 1950.

Pero esta tesis por errónea es insostenible totalmente. Aun así ha sido resucitada recientemente por el profesor ROYO MAR-

GONÇALVES: *Op. cit.*, vol. cit., núm. 829; TEDESCHI: *Il regime patrimoniale della famiglia*, en el vol. I-3 del *Tratato di Diritto civile*, de VASSALLI, Torino, 1950.

(171) *Op. cit.*, págs. 18-19.

(172) AUBRY et RAU: *Cours de Droit civil française*, VIII, págs. 277 y sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE: *Du contrat de mariage*, 3.ª ed., I, pág. 254; BIANCHI: *Contratto di matrimonio*, pág. 522; GIORGI: *Personne juridique*, I, págs. 60 y sigs.; RICCI: *Corso teorico-prattico di Diritto civile*, VII, pág. 126 (citas de CASTÁN: *La renuncia...*, pág. 230); STOLFI: *Diritto civile*, V, págs. 306 y sigs.; RUGGIERO: *Instituciones*, pág. 819; COLIN y CAPITANT: *Curso*, VI, pág. 115; AUBRY: *Op. cit.*, págs. 15 y sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE: *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*, París, 1906; CARBONNIER: *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des mutations de société et d'association*, Bordeaux, 1932; DECTENACX: *La nature juridique de la communauté des biens entre époux*, París, 1934.

TÍNEZ, quien entiende que el régimen de gananciales cabe dentro del concepto general de sociedad establecido en el artículo 1.665 del Código civil, aun cuando reconoce que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica propia y que una varia escala de matices la separa de la sociedad común apoyada en el carácter peculiar del fin a que está ordenada, trascendente al interés del individuo y exenta de todo afán de lucro; pero, a pesar de ello, dice textualmente: «Algo instintivo, fenomenológico, si se quiere; nos descubre como más adecuada para los gananciales la idea de sociedad que la de comunidad, porque en ellas no domina la nota del goce plácido de algo común, nota estática, sino la nota dinámica del esfuerzo, del desvelo y de la ganancia o conquista» (173). Pero con ello el autor citado más que atender a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales se remonta hacia los fundamentos éticos de esa sociedad (a la que preferimos seguir llamando con ese nombre de grato sabor tradicional, pues la denominación no estorba a la calificación jurídica que le podamos dar) con un punto de vista de altas miras que le enaltece, no por ello podemos participar de la opinión citada.

Las razones y fundamentos que encuentran en líneas generales los autores clasificados en esta teoría, que ni siquiera hacen la reserva apuntada por ROYO MARTÍNEZ, entienden que en la sociedad de gananciales se dan los requisitos fundamentales que concurren en la formación contractual de la sociedad común: *affectio societatis* y personalidad jurídica independiente. Pero esta doctrina es abiertamente criticada, porque la sociedad de gananciales, pese a todo lo que se diga, carece de carácter de persona jurídica como dice CASTÁN (174) y LACRUZ BERDEJO, quien rebatiendo las doctrinas de BONNECASE, CARBONER y DECHENAUX hace constar que entre la sociedad civil y la sociedad de gananciales existe una diferencia de origen, diferencia de situación jurídica en sus miembros y diferencia de fines, careciendo ésta de personalidad jurídica independiente, no cumpliéndose los requisitos que el Código civil exige para el nacimiento de la sociedad común y que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1949 especifica como el intento de obtener un lucro común partible como fin principal y directo, cuando, por otra parte, lo accesorio son las ganancias y lo principal que estén atendidas las necesidades de la familia; faltando, en fin, la *affectio societatis* (175). De esta misma opinión es también BAS y RIVAS (176) y DE LA CÁMARA ALVAREZ que, partiendo de la opinión de LACRUZ BERDEJO, insiste que en la sociedad de gananciales se evidencia la falta de

(173) *Derecho de familia*. Sevilla, 1940, págs. 197 y sigs.

(174) *Efectos de la renuncia...*, pág. 232; participan también de esta opinión, PIANOLI y RUPERT: *Op. cit.*, VIII, pág. 102, y FERRARA: *Le persone giuridiche*, Torino, 1938, pág. 61.

(175) *Op. cit.*, págs. 18 y sigs.

(176) *Op. cit.*, págs. 845 y sigs.

personalidad jurídica, porque el marido contrata en nombre propio no obrando como órgano, como pretende CARBONNIER, y, en cambio, obliga a la sociedad (arts. 1.401-1.º, 1.408 y 1.422), no existiendo tampoco patrimonio propio de la sociedad, sino que el marido responde de su gestión hasta con sus bienes privados (177).

En la misma dirección doctrinal se mantienen los que defienden las restantes teorías respecto de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y que vamos a examinar seguidamente. Y ha participado también de este criterio, ya desde antiguo, la Dirección General de los Registros, como puede verse en resoluciones de 19 de octubre de 1927 y 11 de octubre de 1941, entre otras muchas, negando a la sociedad de gananciales personalidad jurídica independiente, por lo que no son inscribibles bienes que ostenten o pretendan ostentar tal titularidad (178).

3. TEORÍA DE LA COMUNIDAD ROMANA.—Descartada la posibilidad de construir la sociedad de gananciales de nuestro Código civil y en general la comunidad conyugal como una sociedad, aun cuando de carácter especial, donde se rechaza como principio toda facultad individual que pueda aunarse contractualmente, y se impone un estatuto jurídico que va a situar los bienes del matrimonio, y concretamente los gananciales, bajo un régimen especial de comunidad no hay más remedio que acudir a ésta para explicar su naturaleza jurídica, dirección que ha sido seguida por la más reciente doctrina. Planteándose la cuestión de si se ha de optar por considerarla como comunidad romana (por cuotas) o más bien comunidad *germánica* («zur Gesammte Hand») en mano común.

Pero la primera tesis es unánimemente desechada y sólo goza de predicamento para el caso de que la sociedad esté en liquidación, teniendo lugar la transformación de ésta a su disolución, que durante el matrimonio ha sido considerada como comunidad en mano común, en comunidad por cuotas. Esta parece ser la orientación seguida por GARCÍA GRANERO (179). PUIG PEÑA, que por una parte no adopta postura concreta respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, diciendo que del sentido del Código caben todas las concepciones posibles (180), parece por otra aceptar esta tesis de la transición o cambio (181). De la que también participa más concretamente HERNÁNDEZ ROS CO-

(177) *El legado de cosa ganancial*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, *Curso de Conferencias*, 1952, págs. 3 y sigs.

(178) De acuerdo también ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 4.ª ed., III, págs. 170 y sigs.; PUIG PEÑA: *Tratado*, II, pág. 286. Téngase también en cuenta la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, que citaremos más adelante.

(179) *Cobitularidad «Gesammte Hand» o comunidad en mano común*, en R. C. D. I, núm. 214 y sigs.

(180) *Tratado de Derecho civil español*, II-1, pág. 290.

(181) *Contribución al estudio...*, págs. 356 y sigs.

DORNÍU (182), frente a la de BAS Y RIVAS, que sin participar de ella adopta una postura vacilante (183), y últimamente ROCA SASTRE, que considerándola como una comunidad afecta a un fin (*Sondervermögen* o *Zweckvermögen*), patrimonio separado o de destino atribuido en bloque a los dos cónyuges, entiende que disuelto el matrimonio, mientras se liquida, se transforma en una comunidad por cuotas (184). Solución que, por otra parte, parece estar de acuerdo con lo dicho en el artículo 1.392 de que a la disolución del matrimonio los cónyuges hacen suyos por mitad los gananciales obtenidos. Y esta orientación parece también que ha sido seguida por la jurisprudencia (185) y que llegó a hacer sostener a MANRESA que podía hablarse de una doble acepción de la palabra *gananciales*; una para el tiempo que dura la sociedad, y otra, una vez disuelta (186), y en un principio también por la propia Dirección General de los Registros (187); pero a partir de la Resolución de 17 de noviembre de 1917 se apartó definitivamente de esta orientación, afiliándose a la solución de considerar a la sociedad de gananciales como una manifestación en nuestro derecho de la comunidad en *mano común*, criterio que es el que podemos considerar como dominante hoy en la doctrina, como iremos viendo por otra parte.

Pero además esta tesis de alteración o cambio es insostenible desde cualquier punto de vista y se opone a ello la diferencia radical entre la comunidad *en mano común* y la comunidad *por cuotas*. Mas aún con participar de ella no se nos solucionaría ninguno de los problemas que se plantean como consecuencia de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales cuando al defender la posibilidad de tránsito de naturaleza jurídica está en contra de toda consideración lógica y del más mínimo rigor científico, y por ello los reparos que se ponen a la consideración de la sociedad de gananciales como comunidad *por cuotas*, de tipo romano, valen para la sociedad en liquidación lo mismo que antes de ella. Y de entre ellos bástenos con citar aquí el que la copropiedad o comunidad *por cuotas*, a la que se refieren los artículos 392 y siguientes del Código civil, recae sobre bienes determinados, y en cambio la sociedad de gananciales versa sobre un

(182) *Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición. ¿Cuándo se transmite a la mujer?*, en R. D. Pr., XXVII, pág. 507.

(183) *Op. cit.*, pág. 847.

(184) *Derecho hipotecario*, III, 4.ª ed., págs. 107 y sigs. y 183 y sigs. De acuerdo BRILLIARD; *De la condition des biens communs et leur gérances depuis la dissolution de la communauté*, th., París, 1927.

(185) Véanse las sentencias de 30 de enero de 1930 y las en ellas recogidas.

(186) LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 25.

(187) Resoluciones de 8 de enero de 1878, 16 de diciembre de 1904, 21 de febrero de 1889, 22 de septiembre de 1904, 20 de septiembre de 1884, 29 de abril de 1902 y 9 de enero de 1915.

patrimonio (188); este criterio se desprende también del hecho de que en la liquidación de la sociedad de gananciales no se conceden a los supuestos condueños otros derechos que los nacidos de la facultad de dividir las ganancias por mitad como tales condueños, y así, por ejemplo, no disfruta del derecho de retracto respecto de la cuota correspondiente al otro cónyuge o a los herederos del premuerto (189). Y aun respecto del destino de la cuota renunciada por el cónyuge sobreviviente a los herederos del difunto se plantearía la dificultad de su *acrecimiento* con arreglo al criterio de parte de la doctrina que entiende que en tales casos no se da el *acrecimiento*, sino que se adquiere la otra cuota por ocupación, ya que al ser abandonada por el otro titular deviene *nullius* (190), lo que no tiene mayor importancia, pues, como ya hemos dicho, el criterio dominante en esta cuestión, del que participamos, extiende la posibilidad del *acrecimiento* a los supuestos de copropiedad o comunidad romana (191). No obstante, todo ello refuerza, como aspectos parciales de la aplicación de unos principios más generales, la tesis que sustentamos.

4. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO COMUNIDAD GERMÁNICA «ZUR GESAMMTE HAND».—Es esta teoría la más extendida en la doctrina dominante desde que fué consagrada entre nosotros por el criterio reiterado de la Dirección General de los Registros y del Notariado y defendida por CASTÁN (192) y ROCA SASTRE (198), seguidos por BATLLE VÁZQUEZ y BONET RAMÓN (194), PÉREZ GONZÁLEZ (195), CASTRO y BRAVO (196) y también por PUIG PEÑA y

(188) Que reconoce el mismo, PUIG PEÑA: *Contribución al estudio...*, págs. 356 y sigs.; de acuerdo, LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 31; PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, VIII, núm. 156; ENNECCERUS: *Derecho civil (Derecho de Familia)*, IV-I, Barcelona, 1941, pág. 437. Véase BOUCHET: *Essai sur l'indivision qui suit la dissolution de la communauté des biens entre époux*, th., Grénoble, 1931.

(189) Con el mismo criterio fué resuelto por el T. S., pero *constante* matrimonio de negar tal derecho por sentencia de 28 de febrero de 1898.

(190) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 514 y sigs., basándose en la opinión de MODESTINO, PAULO, ULPIANO y otros juristas romanos a propósito del planteamiento de la cuestión por el primero en *Digesto*, XLI, 7, 3, y en contra de la opinión de ilustres romanistas como WINSCHIED (*Diritto delle Pandette*, I, núm. 169, pág. 606, nota 5), BONEANTE (*Scritti giuridici*, III, págs. 435 y sigs.) niega el *acrecimiento* en los supuestos de copropiedad en la forma indicada en el texto; CASTÁN (*Efectos de la renuncia...*, citando a MEISSELS: *Ob y loc. cit.*, pág. 678) es partidario del criterio opuesto.

(191) Véase lo dicho antes, núms. 3-I y 4-II, del texto y bibliografía allí citada. También ROCA SASTRE: *La comunidad de gananciales*, páginas 176-177, y BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad*, pág. 257.

(192) *Efectos de la renuncia...*, págs. 234 y sigs.

(193) *La naturaleza jurídica...*, págs. 160 y sigs.

(194) En la continuación con CASTÁN de la obra de MUCIUS SCAEVOLA, XXVI, pág. 496.

(195) En *Notas* a ENNECCERUS, *Derecho civil (Derecho de Familia, de Wolff)*, IV-I, págs. 416 y sigs.

(196) *Derecho civil de España*, 2.<sup>a</sup> ed., I, pág. 582, nota 3.

HERNÁNDEZ ROS CODORNÍU, aun sosteniendo su transformación en comunidad romana *por cuotas* para el período de su liquidación (197); y por otra parte con ciertas variantes por BAS Y RIVAS, que entiende que la sociedad de gananciales «es un fruto de transacción entre sistemas económicos extremistas que ha ido decañtándose con los años con supervivencias romanas y un marcado carácter germánico» (198); BELTRÁN DE HEREDIA, que la considera como una comunidad de bienes especial de derecho familiar (199). Y en la doctrina extranjera por FERRARA (200), CHIRONI (201), MASSE (202), CICC (203), JOSSE RAND (204), PLANIOL Y RIPERT (205), ENNECCERUS (206), HEDEMANN (207), ESSER (208) y HECK (209), entre otros muchos. Siendo únicamente contrarios a esta teoría los que defienden la tesis de considerar a la comunidad conyugal como un patrimonio de destino, entre los que cuenta en primera fila LACRUZ BERDEJO, el cual reconoce, por otra parte, los buenos servicios prestados por esta dirección doctrinal al estudio y comprensión de la naturaleza jurídicas de la sociedad de gananciales, y ROYO MARTÍNEZ, que como ya hemos visto se aparta de la doctrina dominante (210).

Pero antes de exponer las razones por las cuales esta doctrina considera a la sociedad de gananciales como un supuesto de comunidad *en mano común* vamos a señalar, si bien de una forma elemental, las características de esta forma de comunidad. Pero esto no es nada fácil, en primer lugar, como es de sobra sabido, en nuestros Código, en los artículos 392 y siguientes, se empieza hablando de la comunidad en general y luego se refiere exclusivamente a la copropiedad de tipo romano, es decir, no sólo a una comunidad por cuotas, sino también a una comunidad concreta, la referida al derecho de propiedad sobre bienes individuales, la cual no sólo es una forma de estar la propiedad, sino aun de cómo están sus titulares, porque ser propietario es más bien

(197) *Op. y loc. cit.*

(198) *Op. cit.*, pág. 846.

(199) *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, página 97.

(200) *Tratatto di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, I, págs. 883 y sigs.

(201) *Comunione degli utili fra coniugi*, en «Studi e questione di diritto civile», III, pág. 494 (citado por CASTÁN: *Efectos de renuncia...*, página 234).

(202) *Op. cit.*, págs. 409 y sigs.

(203) *Le obligationi nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, págs. 12 y sigs.

(204) *Cours*, págs. 886 y sigs.

(205) *Traité élémentaire de Droit civil*, París, 1943, I, págs. 903 y sigs.

(206) *Derecho civil alemán*, trad. esp., Barcelona, 1944, II 2, págs. 378 y sigs.

(207) *Schuldrecht*, ed. 3.<sup>a</sup>, Berlín, 1949, págs. 312 y sigs.

(208) *Schuldrecht*, Berlín, 1949, págs. 423 y sigs.

(209) *Grundriss des Schuldrecht*, págs. 366 y sigs.

(210) *Op. y loc. cit.*

estar en copropiedad: por eso se ha dicho que la comunidad es una manifestación de la titularidad compartida (211). En segundo término hay que hacer constar, como observa BELTRÁN DE HEREDIA, que las dificultades terminológicas, conceptuales y sistemáticas son extraordinarias, lo que ha llevado, por ejemplo, a que se trate de la comunidad por el B. G. B. y por muchos tratadistas germanos en el tratado de las obligaciones y en el de los derechos reales (212). De todos modos, considerada la comunidad en general, se pueden ver dos formas distintas de conceptualarla: la romana, nacida de principios individualistas y meramente técnicos, y la germana, dominada por un profundo sentido de solidaridad social, según las opiniones de BONFANTE y BARASSI (213). Y así dice BELTRÁN DE HEREDIA que «el dilema entre individuo y grupo social, que como hemos visto anteriormente es la clave de todo el problema de la comunidad, se resuelve por el Derecho germánico en favor del segundo. Frente al tipo de comunidad romana o por cuotas partes, organizadas sobre la base individualista que reconoce la autonomía de los derechos de los copartícipes, el Derecho germánico desenvuelve un tipo distinto de comunidad organizada según el principio de la mano común (*sur Gesamte Hand*), en virtud del cual el derecho corresponde a los distintos titulares no individualmente considerados, sino en su unión. Esta forma de comunidad responde en su estructura y en su organización al principio colectivista típico del Derecho germánico en el cual se produce un intenso desarrollo de todas las formas comunitarias de organización jurídica» (214).

Esta diferencia de origen es indudable que ha dejado en ambas una huella indeleble y que se manifiesta en sus notas distintivas. La fundamental de todas ellas es que en la comunidad germánica «el propietario de la cosa o patrimonio no lo son los comuneros individualmente considerados, pero tampoco lo es el grupo colectivo asociado o personificado, sino el complejo, la colectividad» (215).

HEDEMANN caracteriza la comunidad *Gesamte Hand* por el hecho de que los participantes están recíprocamente vinculados, de lo que se deduce como consecuencia: 1.º Indisponibilidad de partes que no existen. 2.º Imposibilidad de exigir la división; y 3.º Administración común (216). Matizando aún más, otros autores entienden, respecto de este último extremo, que el principio de igualdad que impera en la comunidad romana está aquí

(211) CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., I-2, pág. 582.

(212) *Op. cit.*, págs. 1-11.

(213) Citados por BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, pág. 4.

(214) *Op. cit.*, pág. 79.

(215) BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, págs. 79-80; de acuerdo, ENDEMANN: *Lehrbuch der deutschen bürgerlichen Recht*, II, 70, y BARASSI: *La proprietà e la coproprietà*, Milano, 1951, págs. 175 y sigs. (citados por el primero: *Ibid.*).

(216) *Tratado de Derecho civil*, trad. esp., II, pág. 265.

supeditado al de organización jerárquica (217). Otros, como PELAYO HORE, se fijan en otro aspecto que consideran dominante para distinguir ambas formas de comunidad: el de la indivisibilidad referida a la vigencia o no de la máxima *nemo in comunione potest incritus detinere* (218), y este concepto se viene a reforzar cuando se dice, entre otros por SANTORO PASSARELLI, que junto a la indivisibilidad de la naturaleza de la cosa (indivisibilidad que cuenta en la comunidad romana) existe una indivisibilidad establecida por voluntad de la parte, del juez o de la ley (219). O, en fin, en la imposibilidad de establecer cuotas en la comunidad germánica (220), lo cual sólo puede admitirse en la acepción que de la palabra *cuota* da GIERKE, como observa BELTRÁN DE HEREDIA, referida a designar una «relación de participación» entre los distintos sujetos que integran el grupo (221).

De todos modos hemos de pensar que sólo pueden darse estas características en consideración a la vinculación de tal forma de comunidad a un fin superior, no sólo como manifestación del principio de solidaridad que domina toda esta materia, sino de mayor entidad ética que el mero disfrute de los derechos nacidos de esa especial forma de estar como titular. Es decir, en la comunidad germánica el fundamento de la misma le es trascendente; no así en la comunidad romana, que está orientada a hacer compatible el aprovechamiento y el disfrute de unos mismos derechos, los cuales han llegado a concurrir en un mismo objeto. Por eso la comunidad romana, nos dice JORS-KUNKEL, no está pensada como estado duradero (222) mientras que la comunidad germánica subsiste, mantiene WIELAND, mientras no se extingue el vínculo que la establece (223), incluso la muerte de uno de sus miembros no disuelve la comunidad; lo que hace que GARCÍA GRANERO entienda que no se puede catalogar a la sociedad de gananciales como supuesto de comunidad germánica, ya que la muerte de uno de los cónyuges y otras causas, como sabemos, extinguen y disuelven la sociedad (224). Pero ello no puede ser motivo de tan tajante conclusión, pues si en tales casos la comunidad de gananciales queda disuelta o extinguida es porque ha cumplido el fin para

(217) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, en R. C. D. I., VI, págs. 170 y sigs.; HERNÁNDEZ ROS CODORNIU: *Op. cit.*, págs. 507 y sigs.

(218) *Indivisión perpetua en el Código civil*, en R. D. Pr., 1942, pág. 458.

(219) *Dottrina generale del Diritto civile*, Nápoli, 1954, pág. 46.

(220) BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, pág. 81; de acuerdo, VON THUR: *Teoría general*, I-I, pág. 104, y FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 436 (citado por el primero: *Ibid.*).

(221) *Op. cit.*, pág. 81; GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, págs. 678 y sigs. En contra de esta opinión: GARCÍA GRANERO: *Cotitularidad y comunidad en mano común*, en R. C. D. I., págs. 145 y sigs., y LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 29.

(222) *Derecho privado romano*, Barcelona, 1947, pág. 173.

(223) *Les droits réels dans la Code civil suisse*, I, art. 652, citado por BELTRÁN DE HEREDIA, y de acuerdo en mismo en *Op. cit.*, págs. 82-83.

(224) *Op. y loc. cit.*

el que fué constituida y originada, argumento que con los precedentes apuntados resulta claro y concluyente.

Por eso hemos de participar, sin negar hasta ciertos límites la influencia que en la sociedad de gananciales vaya a tener la consideración de ser ésta una comunidad de bienes especial de Derecho familiar, como entiende BELTRÁN DE HEREDIA, en la opinión de que puede configurarse como una supervivencia en nuestro derecho de la comunidad germánica, sin olvidar que esta materia, como otras muchas, está influida por el poderoso influjo que el Derecho romano ha ejercido sobre el Derecho privado moderno, aun sobre aquellas instituciones que como la sociedad de gananciales tienen un marcado origen de rango germánico, oscureciendo su nitidez a una consideración actual, pero sí que por ello se resistan a evidenciar el sentido bajo el que fueron introducidas a un examen más detallado y exigente.

Viene a confirmar nuestra tesis la consideración de los términos en que se halla redactado el propio artículo 1.392 del Código civil que entiende referida la participación de los cónyuges en las ganancias para después de disuelto el matrimonio, momento en el que la sociedad de gananciales entra en un régimen específico para el que no hay que buscar otras calificaciones jurídicas que las establecidas por el propio Código civil.

Mas aun examinando las notas distintivas de la comunidad germánica y aplicándolas a la sociedad de gananciales podemos apreciar el rastro que aquélla ha dejado en su configuración jurídica, aun cuando la identidad por las razones expuestas nunca pueda ser absoluta.

Así nos encontramos con que al considerar la primera de las características que establece HEDEMANN, que es la referida a la indisponibilidad de partes, que por otra parte hemos visto, de acuerdo con FERRARA y BELTRÁN DE HEREDIA, que no existen, hallamos que, según el artículo 1.392, no puede hablarse de gananciales hasta disuelto el matrimonio, y que el marido y la mujer son indistintamente titulares de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga constante matrimonio derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación, cuando por otra parte hemos dicho, al comienzo de este trabajo, que los gananciales no podían ser renunciados constante matrimonio (225).

Respecto de la segunda de las características, referidas a la imposibilidad de exigir la división, pueden hacerse las mismas consideraciones constante matrimonio y recordar aquello de que la indivisibilidad viene impuesta no por una imposibilidad física que haga a la división antieconómica, como decía SANTORO PASSARELL-

---

(225) De acuerdo, CASTÁN: *Los efectos de la renuncia...*, pág. 236; MANRESA: *Op. cit.*, IX, págs. 400 y sigs.; CHIRONI: *Op. cit.*, pág. 404; BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 850 y sigs.

11, sino por una imposibilidad jurídica nacida del fin que justifica la existencia y fundamento de la comunidad (226).

Por último, respecto de la manera de llevarse a cabo la administración y aun la responsabilidad del administrador (supeditada al fundamento de la comunidad), participa bien claramente (artículo 1.412 y siguientes del Código civil) la sociedad de gananciales del principio jerárquico que se pone de manifiesto en la comunidad germánica frente al individualista de la comunidad romana.

Resaltando aún más la característica de HEDEMANN exige de administración común de la redacción dada al artículo 1.413 en la reciente reforma del Código civil, la cual en este sentido viene a reforzar la tesis de concebir la sociedad de gananciales como una comunidad en mano común.

Ni siquiera el tema de la renuncia afecta a esta configuración jurídica de la sociedad de gananciales. La renuncia, como ya hemos dicho, se refiere a todo derecho o situación y no hay razón para negarla respecto de la titularidad en *mano común*. Es más, cuando la renuncia es referida a la misma sociedad por una ficción legal se entiende que ésta no ha existido nunca, pero los resultados y consecuencias de esta renuncia nos ponen de manifiesto que este supuesto es como si la mujer o sus herederos se salieran de la comunidad y ésta permaneciera en favor del marido o de sus herederos, pues el hecho de faltar uno de sus miembros por muerte, y lo mismo por renuncia, no supone la extinción de la comunidad, sino la continuación de la misma aun con un solo miembro, lo que se vería de una forma más patente si fuera permitido renunciar a la sociedad de gananciales constante matrimonio, lo cual ya hemos apuntado que no es posible, dado el límite puesto a esta renuncia por el artículo 1.394, párrafo primero, más que por consideraciones dimanantes de la naturaleza jurídica de la propia sociedad de gananciales, las cuales habrían de ser aplicables igualmente al supuesto del artículo 1.364, proposición segunda, del Código civil, por haber dotado el legislador a esta sociedad de un carácter rígido, siendo una de las manifestaciones del mismo la prohibición de su renuncia constante matrimonio. Aun cuando también es verdad que esta rigidez se ha suavizado un poco, al menos en apariencia, con la reforma del artículo 1.413 del Código civil.

Pero aun la consideración de que la renuncia no es posible constante matrimonio hace más fácil la configuración de la sociedad de gananciales, como comunidad germánica en *mano común*, en gracia a la generalizada tendencia de considerar que resulta indis-

(226) *Op. v loc. cit.*

(227) Véase PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, II-1, página 289, quien con referencia al Derecho positivo anterior a la reforma decía que la comunidad germánica, en su «forma más pura y genuina, exigirla la gestión conjunta de los cónyuges» (nota 11).

ponible en ella la situación de comunero, y atendiendo a su torcida interpretación, la cual ha de enderezarse (227), entendiendo que esta indisponibilidad ha de ser entendida respecto de una participación en cuotas y la posibilidad de hacerlas suyas por medio de la división, pero nunca respecto a la facultad de renunciar, porque entonces no se renuncia a una cuota, sino a todo derecho derivado de la comunidad, al igual que se admite la renuncia de la herencia y se configura a ésta en estado de yacente e indivisa como comunidad en mano común (228).

Tampoco es obstáculo a esta configuración jurídica la renuncia a los gananciales o a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales sin necesidad de acudir en tales supuestos a la consideración de la sociedad de gananciales en liquidación como comunidad romana *por cuotas*, ya que la facultad de dividir las ganancias por parte de los cónyuges o de los herederos no viene dada por la especial naturaleza en que los bienes del matrimonio o de la sociedad se encuentran, sino por efecto de haber sido disuelta la sociedad, cuando, por otra parte, en relación a la renuncia, sus efectos y en particular el acrecimiento, viene impuesto no por la consideración de comunidad en que se encuentran los bienes, sino por la «unidad de llamamientos» respecto de su liquidación, como sucede respecto de la herencia (229), porque respecto de sí consideramos como comunidad germánica subsistente en este período liquidatorio, la porción vacante que ha sido renunciada seguiría perteneciendo al todo de la comunidad, pues a su subsistencia no le afecta para nada, como hemos visto, la participación de uno de sus titulares, y si, por el contrario, la consideramos como comunidad romana resultaría que por algún sector de la doctrina, y aun siguiendo una orientación que no juzgamos acertada, pero que no dejaría de ser la admisión de una dificultad por nuestra parte, se le negara tal efecto (230) o se le hiciera depender no del acrecimiento, sino de la ocupación de la porción vacante (231), lo cual es inadmisibile, porque cabría plantear si ésta podría ser realizada no sólo en beneficio del cónyuge o herederos del premuerto beneficiados por la renuncia, sino aun por los herederos del propio renunciante.

(228) BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, págs. 97 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil*, 8.ª ed., II, pág. 292; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La comunidad hereditaria*, en R. C. D. L., VII, 1931, pág. 174; OSSORIO MORALES: *Comentario a la sentencia de 25 de enero de 1943*, en R. G. L. J., 1943, pág. 565. Criterio también mantenido por la jurisprudencia del T. S. en sentencias de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 30 de abril de 1935 y 25 de enero de 1943, y por la D. G. de los Registros en resoluciones de 29 de agosto de 1925 y 1 de junio de 1943.

(229) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 220 y sigs. Véase sobre este particular OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, págs. 321 y sigs.

(230) LEZÓN: *Ops. y locs. cits.*

(231) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 559 y sigs.

5. TEORÍA QUE CONSIDERA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO UN PATRIMONIO DE DESTINO.—Con todo, no se agotan en las teorías expuestas, las apuntadas para configurar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, en parte, porque no satisface a una mentalidad latina la admisión en nuestro derecho de la comunidad *zur Gesamte Hand*, que le ha llevado al mismo CASTÁN, últimamente, a plantearse alguna velada duda sobre la admisión en nuestro derecho de tal tipo de comunidad (232), la cual es exagerada, a nuestro juicio, por LACRUZ BERDEJO (233), cuando ello viene a reconocer tan sólo lo que ya hemos indicado respecto a que la comunidad germánica, necesariamente, dada la enorme influencia que ha ejercido el Derecho romano modernamente, aún en Alemania desde su recepción, no puede presentarse en el derecho actual con una nitidez absoluta y que no podemos exigir (234).

Ello mismo, y olvidando la diferencia de abolengo de ambos tipos de comunidad, ha llevado a establecer, por no renunciar a estudiar la comunidad como una unidad dogmática, escalas dentro de la misma, lo cual puede ser muy didáctico, pero científicamente resulta inadmisibile (235). PELAYO HORE también mantiene la existencia de un tipo intermedio de comunidad social, entre la comunidad y la sociedad, trayendo en su apoyo a otros autores (JOSSEMAND, BARASSI y HEDEMANN) (236). Incluso se ha intentado por un sector muy autorizado de la doctrina, poner de relieve que la diferencias entre la comunidad romana y la germánica son menores de lo que se cree entre nosotros. Y hasta se ha sustentado, siguiendo más o menos estas orientaciones, que la sociedad de gananciales era una manifestación en nuestro derecho de la *comunitio incidens* (237), volviendo con ello al confusionismo de adscribirla durante su subsistencia, o para el período de su liquidación, a la comunidad romana.

La tesis de la aproximación entre la comunidad romana ha nosotros por LACRUZ BERDEJO, quien apoyándose en la doctrina sido defendida en Alemania por LARENZ (238), y seguida entre

(232) *Derecho civil*, ed. 1949, I, pág. 330.

(233) *Op. cit.*, pág. 29.

(234) De acuerdo, BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, pág. 80. Para una ampliación de la influencia del Derecho romano en el Derecho privado moderno, y aun en Alemania, puede verse el libro de WIEACKER: *Historia del Derecho privado moderno*, trad. esp., Madrid, 1957.

(235) Véase MEDRANO y RUIZ DEL ÁRBOL: *Problemas de la indivisión en la comunidad*, en R. D. N., 1958, XIX, págs. 53 y sigs.

(236) *Indivisión perpetua...*, pág. 458.

(237) CASSO ROMERO: *La «comunitio incidens»*, Curso de conferencias del Colegio Notarial de Valencia, 1945, págs. 158 y sigs.

(238) *Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft*, en «Jhering's Jahrbücher», XLVIII, 1933, págs. 108 y sigs.

de EISELLE (239) y de BINDER (240), sobre los derechos de los copartícipes en la comunidad y considerando con LARENZ, que en la comunidad, la propiedad, es decir, el derecho, sufre una transformación y desmembración en su contenido jurídico, por encima de su división o indivisión, y siguiendo la evolución de la doctrina de GIERKE hacia una asimilación cada vez mayor entre la comunidad en mano común y la persona jurídica (241), para considerar la sociedad de gananciales, sin abandonar del todo la tesis de la comunidad germánica (242), como un patrimonio de destino configurado en una comunidad en *mano común*, y en la que existen *cuotas*, concebidas éstas *intelectualmente*, no del contenido de esa comunidad, sino de la participación en ella de sus miembros (243), siguiendo en esto a MESSINNEO (244). Y matizando aún más esta caracterización diciendo que se trata de un patrimonio *autónomo, dinámico y afecto a un fin*.

Pero al dar este breve paso, aun cuando se le quiera considerar así, respecto de la opinión de GIERKE, en cuanto al concepto de *cuotas*, en la comunidad y en el sentido que hemos indicado en el epígrafe anterior, resulta que la desviación es más considerable de lo que se pretende, pues el concepto de *cuota* intelectual no puede ser entendido de otro modo, que como exponente de la condición de comunero, como miembro de la comunidad (245).

Por otra parte, ese pretendido acercamiento entre ambas formas de comunidad es inadmisibles, pues, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, muy acertadamente, «no responde a la realidad de las cosas, porque es de todo punto incompatible con el régimen positivo que para la comunidad se estableció, no solamente en el derecho romano, sino también en el Derecho español actual (246). E igualmente esa derivación hacia la personalidad del grupo social a la que inevitablemente alude la consideración de la sociedad de gananciales, como patrimonio, y que fué iniciada por BRINZ (247); hoy superada al imponerse la doctrina que sustentara FERRARA, siguiendo a GIERKE, de que la unidad de la persona jurídica es una unidad ideal, distinta de sus asociados y per-

(239) *Zur Lehre von Miteigentum*, en «Archiv für Civilistisches Praxis», LXIII, 1880, págs. 33 y sigs.

(240) *Rechtsstellung des Erben*. III, Leipzig, 1905, págs. 45 y sigs.

(241) *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, Berlín, 1873, pág. 155; *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín, 1887, pág. 343; *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, págs. 660, 661 y 664.

(242) *Op. cit.*, pág. 31.

(243) *Op. y loc. cit.*, nota anterior.

(244) *La natura giuridica delle comunione coniugale dei beni*, págs. 144 a 170, y *Manuale de Diritto civile e commerciale*, Nápoli, 1947, I, págs. 89 y 90.

(245) BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, pág. 81.

(246) *Op. cit.*, págs. 82 y 163 y sigs.

(247) *Pandektenrecht*, I, págs. 522 y sigs.

fectamente diferenciada de la pluralidad de sujetos que resulta de una titularidad común (248). Y esto dejando a un lado las dificultades que para la construcción de los patrimonios autónomos existen en nuestro derecho, infinitamente mayores que para la admisión en la sociedad de gananciales de los rasgos esenciales de la comunidad germánica en *mano común*. Y con esta distinción nada tiene que ver a todas luces la afirmación que hace CASTRO Y BRAVO, de que el derecho tiene la tendencia a atribuir la situación de poder que implica el derecho subjetivo de un solo sujeto a los casos de titularidad compartida mediante una serie de procedimientos técnicos (persona jurídica, jerarquía de poder, titularidad solidaria, etc...) (249). Y más aún, la refuerza, puesto que una y otra forma de comunidad nacidas de origen diverso, obedecen a procedimientos técnicos distintos. Y así dice BELTRÁN DE HEREDIA, que «la comunidad germánica se presenta como una forma de comunidad de carácter genérico, que tiene aplicación para toda clase de derechos subjetivos, no estando limitada solamente a los derechos reales, pues, evidentemente, podrían presentarse relaciones obligatorias «en «mano común» (250).

Esta dirección doctrinal de considerar a la sociedad de gananciales como *patrimonio de destino*, ha sido también mantenida entre nosotros por ATARD (251), y, últimamente, por ROCA SASTRE (252), siendo fuertemente criticada por CASTÁN, quien la considera demasiado abstracta y complicada, resultando una híbrida composición de elementos diversos tomados de las demás. «Pero si quisiéramos aceptarla —añade— conduciría a iguales consecuencias que la de la mano común, de la cual sólo se diferencia en acentuar el punto de vista de la unidad *objetiva* del patrimonio, en vez de atender, como fundamental, al aspecto de la organización *subjetiva* de la comunidad» (253). Lo que hace que esta teoría, sin que sea desdeñada por nosotros, no nos reporte utilidad alguna respecto al objeto de nuestro estudio. Y de ello mismo nos va a convencer el propio profesor LACRUZ BERDEJO, quien después de afirmar que a los límites que para la renuncia establece el propio artículo 1.394 de nuestro Código civil, se podría llegar deduciéndolo de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y de la vinculación a las personas de los cónyuges del patrimonio conyugal sin prescripción concreta del derecho positivo, que viene por otra parte a confirmar estas consecuencias, y de mantener que la trans-

(248) *Teoría de las personas jurídicas*, págs. 48 y sigs. (citado por BELTRÁN DE HEREDIA: *Ibid.*).

(249) *Derecho civil de España*, 2.<sup>a</sup> ed., I, pág. 582.

(250) *Op. cit.*, pág. 84.

(251) *Conferencias sobre Derecho inmobiliario*, pronunciadas en la Universidad de Valencia y publicadas en el número de septiembre de la «Rev. Der. Priv.», 1924; cita de CASTÁN: *Efectos de la renuncia...*, pág. 235.

(252) *Derecho hipotecario*, III, págs. 170 y sigs.

(253) *Efectos de la renuncia...*, pág. 236.

misión del patrimonio de ambos, o, de la situación en el consorcio conyugal de uno de ellos, es un imposible jurídico, dice, que: «En cambio, depende sólo de normas jurídicas positivas la indivisibilidad del patrimonio consorcial hasta la muerte de uno de los cónyuges o la instauración (en los casos permitidos por la Ley) de un régimen de separación de bienes entre ellos (arts. 1.320, 1.392, 1.394 y 1.417 del Código civil y sents. de 19 de diciembre de 1932 y 17 de junio de 1949) con la misma configuración que tiene la sociedad de gananciales en el Código civil, podía haberse permitido la división constante matrimonio por voluntad de los cónyuges» (254). Lo que con mayor motivo nos lleva al convencimiento de que han de ser admisibles los efectos de la renuncia a la sociedad de gananciales establecida en el artículo 1.364, aun configurada ésta como comunidad *en mano común*, si bien, ni queremos llevar su alcance más allá del límite del artículo 1.394, ni podemos, no por otras razones que las ya apuntadas, del rígido carácter que el legislador ha querido imprimir a la sociedad de gananciales en el Código a pesar de las atenuaciones apuntadas debidas a la última reforma del mismo.

#### IV

#### LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.364 DEL CODIGO CIVIL

1. RECAPITULACIÓN.—Ya hemos visto inicialmente, al comienzo de este trabajo, cómo la renuncia a la sociedad de gananciales podía tener un engarce adecuado dentro del marco de nuestro derecho positivo en la proposición segunda del artículo 1.364 del Código civil, ganándose el precepto en él contenido un objeto que regir, a pesar de los estrechos cauces por los que le hacen discurrir los artículos 1.315 y 1.320, de un lado, y el 1.394, de otro. Y confiriendo con ello también al propio artículo 1.394, párrafo primero, una significación que quedaba difusa y borrosa al ser referida a la posibilidad de la renuncia en los supuestos del artículo 1.417 y del 1.433, que hemos llamado renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales, que tiene ya un cauce propio en los artículos 1.435 y 1.436, en cuanto a una coincidencia o identidad de ejercicio y efectos, y a la llamada renuncia a los gananciales, o más propiamente a los gananciales y a otras consecuencias de la sociedad, contenida en el artículo 1.418-1.º.

En segundo lugar, hemos atendido a la renuncia como tal para comprobar que era posible extender su concepto genérico con toda su riqueza y variedad de matices a la renuncia concreta de que se trata y la hemos encontrado perfectamente implicada dentro de sus límites, características y efectos.

(254) *Op. cit.*, págs. 52-53.

Y, por último, estudiada la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales y adscribiéndonos a la teoría que ve en ella los rasgos de la comunidad germánica o *en mano común*, hemos visto cómo esta conceptualización no es obstáculo para que se permita la renuncia, sobre todo cuando ésta es admitida, a pesar de sus imprecisiones de dicción, dentro de los límites del artículo 1.394, y es enunciada expresamente por el 1.364, y se añade a todo ello la consideración de que las normas que establecen su posibilidad no obedecen a la consideración de principios que tomen su juego en razón de una naturaleza jurídica concreta, sino más bien al carácter con que la institución ha querido ser perfilada por el legislador por precisas normas de derecho positivo.

Quédanos, por tanto, demostrar ahora que la posibilidad de esta renuncia no la hacemos depender exclusivamente de una simple dicción legal olvidada por nuestros tratadistas o no tomada en cuenta debidamente, sino que tiene un sólido antecedente en el antiguo derecho castellano, al amparo de la Ley 60 de Toro (Ley 9.<sup>a</sup>, Tit. 4.<sup>o</sup>, libro X de la Novísima Recopilación).

2. LA INTERPRETACIÓN DE SÁNCHEZ ROMÁN DE LA LEY 60 DE LAS DE TORO.—Cuando la mujer renunciare las ganancias, no será obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiese hecho durante el matrimonio.» Dice textualmente la Ley 60 de Toro.

La generalidad con que estaba redactada esta ley suscitó una larga polémica en la doctrina antigua. El estado de la misma lo recoge SÁNCHEZ ROMÁN, siguiendo una orientación restrictiva, sin duda, por el extraordinario influjo que dejó en la doctrina y en la jurisprudencia de la última época del derecho anterior al Código civil, del postrero, de los grandes comentaristas de las Leyes de Toro, LLAMAS Y MOLINA (255), quien considera que esta renuncia ha de entenderse para después de disuelto el matrimonio, pero refiriéndose en primer término, como lo hace también la generalidad de la doctrina, a la *estricta renuncia a los gananciales*, trayendo en su apoyo lo que dice la Ley 14 de Toro (256), y concretando sus puntos de vista a las consideraciones siguientes:

«1.<sup>a</sup> Que las donaciones entre marido y mujer están terminantemente prohibidas por la Ley, no siendo las que pudieran resultar de la renuncia de bienes gananciales por la mujer, las únicas taxativamente efectuadas como válidas.

2.<sup>a</sup> Que el espíritu general que domina en toda la materia de gananciales es opuesto a dicha renuncia por la mujer durante el ma-

(255) *Comentario crítico jurídico-literario de las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1827, II, págs. 184 y sigs.

(256) «Mandamos que el marido y la mujer suelto el matrimonio, aunque casen la segunda o tercera vez o más, puedan disponer libremente los bienes multiplicados durante el primero, segundo o tercero matrimonio, aunque haya habido hijos de los tales matrimonios o de alguno de ellos, durante los cuales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron...»

trrimonio, toda vez que los fines de los gananciales son, en primer término, atender a las cargas comunes de la sociedad conyugal y en segundo procurar ulteriormente un decoroso sustento a la mujer en caso de viudez.

3.<sup>a</sup> Que igualmente se opone a tal doctrina el espíritu de la ley que se interpreta, pues su sola lectura indica que lo que el legislador quiso fué proteger a la mujer contra las dilapidaciones del marido... y que de igual modo es contraria a la letra puesto que en ella se dice en su epígrafe «la mujer no pague las deudas hechas», y en su texto, «que el marido hubiere hecho durante el matrimonio»; que es un tiempo pretérito manifiesto respecto de la existencia del matrimonio anterior.

4.<sup>a</sup> Que la Ley nada dice tampoco de que la renuncia haya de ser a favor del marido; habla tan sólo de la renuncia en general, como medio de liberar a la mujer de la responsabilidad de las deudas contraídas por el marido en la administración de los gananciales.

5.<sup>a</sup> Porque así se deduce de algunas declaraciones de la jurisprudencia (sentencia de 11 de enero de 1857, 18 de octubre de 1861, 12 de junio de 1862 y 20 de junio de 1865).

Pero así todo SÁNCHEZ ROMÁN, y aun diciendo que esta tendencia restrictiva no consideraba válida la renuncia de gananciales sino después de disuelto el matrimonio, o de liquidar la sociedad por renunciar a su continuación, resulta con ello que el ámbito de la Ley 60 queda a primera vista extendido a la *renuncia a la continuación* en la sociedad legal de gananciales, cuando en realidad entendemos que no es por imperio de la Ley 60, sino de la consideración de que gozaba la sociedad de gananciales, sin norma prohibitiva como la del artículo 1.394 de nuestro Código civil que se lo impidiera, ya que, por otra parte, esa facultad se extiende a ambos cónyuges, lo cual no está muy de acuerdo con las razones que del citado autor hemos expuesto, pues una y otra renuncia obedecen a principios totalmente dispares. Por otro lado, nos dice en el mismo lugar, reiterando lo ya expuesto, que «aun cuando no pudiera hacer la mujer la renuncia de gananciales durante el matrimonio, le era lícito renunciar a la continuación de la sociedad legal en dicho tiempo, y en virtud de ella, lejos de renunciarlos y perderlos, promover su división y la entrega de la mitad correspondiente del activo resultante después de la liquidación» (257). Lo que nos lleva a la convicción—que el mismo SÁNCHEZ ROMÁN trata de evidenciar, resaltándolo debidamente—que el Código civil ha cambiado en esta materia el carácter de que gozaba en el antiguo derecho de Castilla la sociedad de gananciales (258), carácter más flexible, como en otras legis-

(257) *Op. cit.*, pág. 821, nota 1.

(258) *Op. cit.*, III, pág. 835.

laciones se puede hoy observar (259), aun con la misma concepción respecto a su naturaleza jurídica, teniendo en nuestro derecho vigente unos límites que son concretamente de derecho positivo, como ha reconocido la más moderna y autorizada doctrina (260).

3. CRÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE SÁNCHEZ ROMÁN.—Por estas razones, y porque la jurisprudencia, que nunca fué tan unánime y concorde como pretende hacer ver SÁNCHEZ ROMÁN, respecto del criterio restrictivo relativo a la renuncia a los gananciales constante matrimonio, no podemos abandonar la investigación de los criterios contrarios cuando, por otra parte, en la posibilidad de dicha renuncia hemos de encontrar un sólido apoyo de la renuncia a la sociedad de gananciales y un precedente ajustado a la proposición segunda del artículo 1.364 de nuestro Código civil.

La jurisprudencia aludida, aparte de la sentencia de 18 de diciembre de 1861, se recoge y resume, unificándose en la de 17 de noviembre de 1892. Respecto de la primera, hemos de decir, que no puede interpretarse en el sentido que lo hace SÁNCHEZ ROMÁN, pues declara que «para que la mujer no esté obligada a pagar las deudas que el marido hubiere contraído durante la sociedad conyugal, es preciso que haya renunciado anticipadamente los bienes gananciales, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 6.ª de las de Toro», y de acuerdo con su texto—entendemos—y no puede deducirse otra cosa—que el sentido de pretérito que establece dicha resolución, tomado a partir de cuando la mujer pretende no pagar las deudas, que es el momento de la disolución y liquidación de la sociedad, ha de estar referido a la época en que subsistía dicha sociedad, época en la cual se debía haber hecho la renuncia, o en todo caso, en el momento mismo de su disolución y antes de la liquidación, que en este caso parece deducirse no se concreta solamente a la *renuncia a los gananciales*, sino a otros tipos de renuncia, y entre ellos a la misma renuncia a la sociedad, aun cuando este enunciado no quepa *in nomine* en la terminología empleada de antiguo entre nosotros, lo que no es obstáculo a que podamos concebir su existencia y admisión *in substantiæ*.

Ahora bien, la sentencia de 17 de noviembre de 1892, establece que «ninguna ley anterior a las de Toro negó a la mujer casada la facultad de renunciar a los gananciales, ni aun equiparada su renuncia durante el matrimonio a donación en favor del marido, estaba prohibida por las que en el derecho patrio declararon la nulidad de las que mediaran entre cónyuges, puesto que las 4.ª y 5.ª, tít. II de la Partida 4.ª, más restrictivas en esta parte

(259) En el Derecho alemán del B. G. B. y en el italiano se permite, entre otras formas de cesación de la comunidad de gananciales, la mala administración del marido a petición de la mujer.

(260) LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 53.

que las de los Fueros Juzgo y Real, al decretar esta prohibición con carácter general, exceptuaron las no revocadas en vida, las que hiciesen más rico al donatario sin empobrecimiento del donante y las en que éste defiriese lo que no hubiese entrado, pudiendo ingresar preferentemente en su patrimonio, y además las hechas en alguna manera semejante de éstas, entre las cuales se comprende, por su analogía con las señaladas en la ley por vía de ejemplo, la donación del derecho eventual de participar, al disolverse el matrimonio, de las ganancias obtenidas en él y de las obligaciones que entonces resulten. La Ley 60 de Toro, inserta en la 9.<sup>a</sup>, título IV, lib. 10 de la Novísima Recopilación, fué dictada con objeto de apartar a la mujer de la responsabilidad de las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio cuando renunciase las ganancias, y expresamente sobre el supuesto no contradictorio de los precedentes que con reconocerse por el legislador y ser base única y esencial de su precepto, quedó autorizado de la validez de esta renuncia, sin condición de estado ni de tiempo y que, por tanto, es legítimo en cualquiera en que tenga lugar y, consiguientemente, mientras la vida común de los cónyuges con licencia marital y sin fraude de herederos o de acreedores, que son a su vez condiciones ordinarias de aptitud y de moralidad de los actos jurídicos, ya que al ejercicio de un derecho reconocido y no circunscripto en la ley, no pueden señalársele límites que ésta excluye, con la generalidad de su exclusiva comprensión de toda época.»

Como vemos, en esta sentencia se establece casi una doctrina general sobre la renuncia a los gananciales, motivo por el cual hemos querido transcribirla literalmente. Sus posibilidades al objeto de nuestro estudio son muy ricas. Con ella queda definitivamente rebatida la interpretación restrictiva de la Ley 60 de Toro y del desentrañamiento de su sentido aplicable a esta ley se pueden sacar consecuencias muy valiosas al objeto de nuestro estudio. Por otra parte, la jurisprudencia posterior, amparada en la prohibición de la renuncia constante matrimonio establecida en el artículo 1.394 del Código civil, en comparación, con la sentencia comentada, supone, de acuerdo con el radical cambio legislativo, una alteración de la misma índole con relación a la jurisprudencia antigua, y así vemos cómo la sentencia de 17 de diciembre de 1894, establece que todo pacto relativo a la distribución del haber de la sociedad y a la liquidación del mismo antes de disolverse el matrimonio es nulo; y asimismo, la del 4 de enero de 1922, abunda en el mismo criterio por sustentar que la liquidación y establecimiento de la separación de bienes tiene su marco adecuado, que no es el de la vigencia de la sociedad de gananciales.

Entre las numerosas consecuencias que decimos podíamos deducir de la interpretación de la sentencia de 17 de noviembre de 1892, vamos a fijarnos en dos consideraciones fundamentales: una, el que no es obstáculo a la renuncia la consideración de que

se trata de una donación prohibida por la ley. Y es que parte de la doctrina se había acostumbrado a considerar viciosamente que en la sociedad de gananciales había ganancias concretas, en vez de una masa común con activo y pasivo, seguramente en consideración al tenor de las leyes 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, lib. III del Fuero Real. Por ello, a primera vista, renunciar a ganancias concretas parece que ciertamente implica una donación. Y es curioso que SÁNCHEZ ROMÁN, que sostiene la posibilidad de la renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales constante matrimonio para nuestro antiguo derecho, niegue la posibilidad de renunciar a los gananciales. Todo esto es de un gran confusionismo, pero no resultaría tanto si suponemos que en lo que la mujer renuncia no es a las ganancias sino a un todo complejo formado por las ganancias y que lleva consigo la liberación de pagar las deudas, y entonces resulta que lo que la mujer renuncia, o que puede renunciar, no es a las ganancias, sino a la sociedad de gananciales misma, pues a lo mejor esto es lo que quiso decir la Ley 60 de Toro, más fácil de admitir, pues ofrece menos problemas que la renuncia a la continuación, pues no exige división, ni liquidación de ninguna clase, si bien para aquella renuncia efectuada antes o al contraer el matrimonio entendían alguno de los comentaristas de las Leyes de Toro que una vez verificada no había comunicación de frutos (MATENZO), estableciéndose el régimen de separación absoluta de bienes, en contra de la opinión de LLAMAS Y MOLINA (261).

Por otra parte, la sentencia de 17 de noviembre de 1892 pone de relieve el correspondiente existente entre renuncia a ganancias y liberación del pago de las deudas, mostrando toda la ambivalencia de la renuncia, la cual es su fundamento primordial y el principio a que obedece, nacido de una necesidad práctica y que se evidencia en su origen histórico en todos los países, concedido primeramente a favor de las mujeres nobles y extendido después a las plebeyas, introducido por razones casi políticas y ampliado por consideraciones de equidad ulteriormente (262). A la vista

(261) MATENZO: *Commentaria in libro quinto recollectiones, legum Hispaniae*, Madrid, 1597, págs. 252 y sigs.; LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 184.

(262) Así, por ejemplo, en Francia, según el Gran Consuetudinario de Carlos VI, redactado a fines del siglo XIV, la facultad de renunciar les fué concedida a las mujeres nobles a consecuencia de las Cruzadas, para protegerlas contra las deudas y cargas que estas expediciones habían impuesto a la nobleza francesa, según LOYSEL. Independientemente de esto, durante el siglo XVI, se concedió también a las plebeyas por el artículo 237 de la Costumbre Reformada de París, aunque se mantuvo con ese carácter de privilegio nobiliario en Bretaña y en el mismo París. COLIN y CAPLANT: *Curso*, VI, pág. 268; de acuerdo, CABRIT: *De la renúciation a communauté*, th., Toulonaise, 1808, págs. 1-21; DE FERRIERE: *Coutume de Paris (commentaires)*, París, 1685, II, pág. 596, núm. 10; ARGON: *Institution au droit française*, París, 1698, I, liv. III, cap. XI; LOYSEL: *Institutes Coutumières*, I, ed. Dupin-Laboulaye, pág. 149, régle X; GUILLERMOZ: *Le droit de renúciation en femme noble dans l'ancienne Cou-*

de este evidente fundamento se nos plantea el problema de si esta renuncia se refiere sólo a las ganancias, es decir, a la cuota que correspondería a la mujer en un momento determinado en que la renuncia tuviese lugar, sería precisa una división que no parece esté permitida por la Ley 14 de Toro antes citada. Por otra parte, ¿a partir de este momento vuelve a regir para los cónyuges la sociedad de gananciales? Esto sería absurdo, porque según ello se podrían renunciar las ganancias constantemente, y no es que haya obstáculo legal para ello, pero lógicamente es inadmisibles porque implicaría una falta de seriedad que no haría tutelable por el ordenamiento jurídico el interés de la renuncia, cuando, según la opinión de MATIENZO, ACEVEDO y LLAMAS MOLINA, parece, de una parte, que esta facultad de renunciar estaba concebida solamente como un efecto momentáneo, señalándose un plazo, el cual era discutido, para ejercitarla a partir del requerimiento judicial dirigido a la mujer para el pago de las deudas, pero siempre concebida con el carácter de declaración irrevocable; lo que, por otra, nada prejuzga respecto del régimen que para después de su ejercicio había de quedar subsistente, si el de la sociedad legal de gananciales u otro distinto, como consecuencia de la renuncia (263); pero en otros glosadores y en los más modernos de los tratadistas del derecho antiguo, como ESCRICHE y NAVARRO AMANDI, la renuncia implica ya una alteración de régimen, y afirmando el segundo que por ella el marido no pierde el fruto de los bienes de su mujer, sino que antes al contrario los adquiere todos se están en presencia de la admisión de que se ha producido una alteración de régimen, estableciéndose para lo sucesivo el dotal (264). Por otro lado, una concepción «particular» de las ganancias, referidas éstas a bienes singulares y haciendo abstracción de considerar a la sociedad de gananciales como un todo comprensivo del activo y del pasivo, a pesar de las incorrecciones terminológicas y aun conceptuales de nuestros antiguos glosadores de las Leyes de Toro, como más adelante pondremos de relieve, no parece corresponder a la orientación de nuestra legislación en general respecto de la institución de la sociedad de gananciales, aunque el estado de desarrollo de la doctrina no permita apreciar directamente la cuestión, pero indirectamente puede colegirse desde distintos puntos de vista y en particular de la denominación legal—sociedad—y del concepto de

*tume de Paris*, en Bibliothèque de l'École de Chartres, XLIV, 1883. Véase también AUBERTY: *Op. cit.*, págs. 433 y sigs.; BARRAUD: *Des clauses de partage inégal de la communauté et leur caractère juridique*, th., París, 1911; BRAUVAIS: *Des clauses de partage inégal et d'attribution total de communauté*, th., París, 1905.

(263) V. LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 184.

(264) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1874, II, 702; *bienes gananciales*, pág. 88; *Código civil de España (Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes...)*, Madrid, 1880, II, pág. 179.

su naturaleza jurídica concibiendo a la sociedad de gananciales como una sociedad, bien común, bien especial, como veremos más adelante (265).

Para encontrar algo semejante hay que acudir al Código italiano de 1865, pero no hay que olvidar que en Italia, donde está más arraigado el Derecho romano y ejerce menos influencia el germánico en el desarrollo de su propio derecho, tiene escasa importancia la comunidad de gananciales, y aun hoy, después del Código de 1942 (266); no así en nuestro país y más aún en Castilla, donde la sociedad de gananciales, obedeciendo al principio germánico que la inspira, en pleno desarrollo a través de la Edad Media y por la Reconquista, se hace consustancial con la organización de la familia, sobre todo en los territorios que hoy son de derecho común.

Por tanto es defendible la opinión de que la renuncia que encaja en la Ley 60 de las de Toro es un claro vestigio de la que hemos llamado renuncia a la sociedad de gananciales, establecida en nuestro Código civil a favor de la mujer o de sus herederos en la proposición segunda de su artículo 1.364, consideración que se aclara si tenemos en cuenta que los antiguos glosadores aplicaban la renuncia a cuando ésta se efectuaba antes de contraer matrimonio o al contraerse éste, y para ese supuesto entendían la mayoría de los que se ocupan de este punto que se producía el efecto contenido en la proposición primera del propio artículo 1.364, el de entenderse establecido el régimen dotal (267). Lo que sí pasa realmente es que esto pueda afirmarse desde nuestros días contemplando aquella Ley 60, es decir, con perspectiva histórica, no así del examen literal de las doctrinas de sus antiguos comentaristas, quienes, aparte de lo ya apuntado, obraban guiados por intuición y sentido práctico y por ello según

(265) Aun cuando, como ya hemos dicho, no se plantea el problema de una manera general, sino accidental, por asimilación al concepto romano más próximo, califican de *sociedad* a la comunidad de gananciales, según dice LACRUZ BERDEJO, muy acertadamente (*Op. cit.*, pág. 16); para hacernos una idea de ello basta ver aquí a LAMAS y MOLINA, que en *Op. cit.*, I, págs. 166 y sigs. recoge toda la doctrina antigua que incidentalmente se manifiesta sobre esta materia; para la más moderna, puede verse DE ASSO y DE MANUEL: *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1805, págs. 56 y sigs., y GUTIÉRREZ: *Códigos*, vol. II, Madrid, 1871, págs. 135 y sigs.

(266) V. BRUGI: *Instituciones de Derecho civil*, trad. cast. de la 4.<sup>a</sup> ed. ital., México, 1946, pág. 445; DE RUGGIERO: *Instituciones*, II, pág. 815; FERRARA: *Diritto civile*, I, pág. 457, nota 2; ASCOLI: *Istituzioni di Diritto civile*, Nápoli, 1922, pág. 224; PACCHIONI: *Elementi di Diritto civile*, Torino, 1926, pág. 627; DEGNI: *Il Diritto di Famiglia nel nuovo Codice civile italiano*, Milano, 1943, pág. 308; GUGLIELMO RUBBIANI: *La disposizioni sulla applicazione delle leggi in generale e il diritto delle persone nel nuovo Codice civile italiano...* Milano, 1940, pág. 257; Bozzi: *Digesto italiano*, Torino, 1939, IX, págs. 711 y sigs.

(267) LAMAS y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 184, y GUTIÉRREZ: *Op. cit.*, I, págs. 566-567.

se iban configurando diversas categorías de principios jurídicos aplicables directa o indirectamente al problema actuaban éstos con su influencia en el tema y en sus variantes de la sociedad de gananciales, sirviendo su difusión y predicamento de termómetro en las variaciones conceptuales que pueden observarse, y así el problema de las donaciones entre cónyuges, la consideración de los bienes de la sociedad y otros que dividen a la doctrina sirven para dividirla en formulaciones de carácter más amplio y general no exentas de contradicciones por otra parte, por lo que sin estar avanzada la investigación histórica en este punto, como en otros muchos, entre nosotros, una averiguación real se hace doblemente difícil; no obstante, vamos a ocuparnos de examinar, si bien someramente, lo más saliente de la doctrina de los antiguos glosadores de las Leyes de Toro por si pueden servir remotamente de alguna orientación.

Pero antes vamos a rebatir, y por el mismo orden que él establecía sus conclusiones, la doctrina de SÁNCHEZ ROMÁN restrictiva de la aplicación de la Ley de 60 de Toro:

1.º En cuanto a que las donaciones entre cónyuges están prohibidas por la Ley, ya hemos visto el desarrollo que da a esta cuestión la sentencia de 17 de noviembre de 1892, ateniéndose a su contenido ya transcrito anteriormente.

2.º En cuanto al obstáculo a la renuncia por ser contrario a los bienes patrimoniales de la sociedad y del matrimonio, baste decir que configurada ésta como renuncia a la sociedad misma resulta que estos fines quedan igualmente atendidos con el nuevo régimen que se establece por la renuncia, el dotal, que, por otra parte es el común del Derecho romano (lo que en nuestro antiguo derecho era considerado como Derecho civil, en contraposición al Derecho real o nacional), según la Ley 17, título II, Partida IV, si bien sea un régimen dotal modificado por lo dispuesto o a consecuencia de lo dispuesto en la Ley 60 de Toro.

3.º Que los intereses de la mujer no resultan más perjudicados por la renuncia al no tener la obligación de pagar las deudas cuando, por otra parte, se le pueden seguir ventajas que el régimen de gananciales impide, como el usufructo general de los bienes del matrimonio a la muerte de su marido y con ello conservar la unidad económica de la familia.

4.º Aunque la ley nada diga de que la renuncia haya de hacerse a favor del marido no puede hacerse a favor de otra persona, pues ello implicaría la subrogación de un tercero en el matrimonio, lo cual desde todos los puntos de vista y aun desde la consideración de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, como hemos visto, sería un absurdo jurídico inadmisibles.

5.º Que la misma jurisprudencia, ni mucho menos, sigue el criterio mantenido por el autor comentado sosteniendo, tras de una opinión vacilante y poco clara, un punto de vista totalmente

contrario al por él mantenido, como se evidencia de la sentencia de 17 de noviembre de 1892.

4. ESTADO DE LA DOCTRINA ANTIGUA EN TORNO A LA LEY 60 DE TORO.—Como ya hemos dicho, es contrario a la renuncia de los gananciales constante matrimonio el último de los grandes comentaristas de las Leyes de Toro, LLAMAS Y MOLINA, pero aunque su obra está publicada en época ya muy próxima a nuestros días y su influencia en los legisladores de 1889 debió de ser enorme, como está bien patente y como concretaremos después, no participaban de su opinión otros autores, tales como ESCRICHE, NAVARRO AMANDI, GUTIÉRREZ, F. ELÍAS, HERRERO, VISO, GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (268), quienes, en general, no ponen ningún obstáculo a la aplicación en todo tiempo de la facultad concedida a la mujer respecto de la renuncia de gananciales por la Ley 60 de Toro, y del mismo criterio es otro autor más antiguo, SALA (269). La mayoría de los autores la condicionan a que de ella no se siga perjuicio de tercero y hay quien añade, como ESCRICHE y después MUCIUS SCAEVOLE (270), a que no sea efectuada bajo seducción, amenazas o algún otro engaño. En contra, en cambio, se manifiesta en esta época, MORATO (271). MANRESA (272), BOFARULL (273) y más adelante DE BUEN (274), y en general la doctrina posterior al Código, parecen admitir, en contra de SÁNCHEZ ROMÁN, la validez de la renuncia en tal momento para el derecho antiguo. Y ya entre los glosadores de este antiguo derecho mantienen la solución afirmativa de la posibilidad de la renuncia de gananciales constante matrimonio, entre otros, ANTONIO GÓMEZ (275), MATIENZO (276), PALACIOS RUBIOS (277), COVARRUBIAS (278) y ACEVEDO (279), afirmando el primero: «Nota

(268) *Ops. y locs. cit.* anteriormente, para los tres primeros; FERNÁNDEZ ELÍAS: *Notísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, pág. 314; HERRERO: *Código civil español*, Valladolid, 1872, pág. 112; VISO: *Lecciones elementales de Derecho civil*, Valencia, 1879, I, pág. 160; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1877, I, págs. 393-394.

(269) *Ilustración del Derecho real de España*, Valencia, 1803, I, tít. 4.º, núm. 25, págs. 41-42.

(270) *Op. cit.*, XXII, pág. 84.

(271) *El Derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los Códigos de Justiniano...*, Valladolid, 1868, nota al § 285.

(272) *Op. cit.*, IX, págs. 545 y sigs.

(273) *El Código civil español según la edición oficial, anotado y concordado*, II, Madrid, 1888, pág. 439, nota 2.

(274) *Op. cit.*, VI, pág. 426.

(275) *Ad leges tauri Commentarium*, ed., Madrid, 1797, págs. 633 y sigs.

(276) *Commentaria in libro quinto recollectionis legum Hispaniae*, Madrid, 1597, págs. 255 y sigs.

(277) *Glosemata legum Tauri quas vulgus de Toro appellat*, Salamanca, 1542, fols. 118 y 119.

(278) *In título «De Sponsalis», 2.ª parte, cap. 7.º, 1, núms. 14 y 15, en «Opera Omnia»*, ed. Ginebra, 1762, I, págs. 238-239.

(279) *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae, regias constitutionis quintum librum novae recopilationis complectentis*, ed. Salamanca, 1579,

ex ista lege, quod lucra acquisita durante matrimonio dividuntur et comunicantur inter maritum et uxorem: De quo divi late et magistraliter in legibus supra proximis. Item principaliter nota, quod uxor potest renuntiare praedictis lucris quiaesitis constante matrimonio: et ista est sola et principalis decisio hujus legis.»

Siendo de la opinión contraria GREGORIO LÓPEZ (280), LUIS DE MOLINA (281) y el ya citado LLAMAS Y MOLINA. Alegan éstos, para mantener la solución restrictiva, que la renuncia por la mujer de los gananciales supone donación *inter virum et uxorem*, entendiendo los segundos que tales donaciones eran de las permitidas, pues no empobrecían al donante, ya que le sustraían de pagar las deudas, y tampoco por el mismo motivo enriquecían al donatario, estimando que tampoco había verdadera donación, porque el dominio de la mujer sobre las ganancias no había sido adquirido por un *acto verdadero y natural*, sino *ficto y revocable* por la ley, dadas las facultades del marido, alegándose por último las facultades de la mujer casada para aceptar o repudiar la herencia y sin olvidar tampoco la invocación al viejo principio interpretativo: *Cbi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus*.

Para fundamentarse más en sus respectivas tesis es curioso observar cómo ambas posturas se apoyaban, como ya hemos anticipado, en una embrionaria concepción de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales que venía a resultar en la generalidad de los casos abiertamente opuesta, y así los detractores de la posibilidad de la renuncia constante matrimonio mantenían que no era aplicable a la sociedad de gananciales lo dispuesto en la Ley II, tít. 10, de la Partida 5.<sup>a</sup> con referencia a las sociedades comunes, que permitía la posibilidad en todo tiempo de división y renuncia, en contra de los que defendían, con relación a la Ley 60 de Toro, su posibilidad (282). De todos modos ya se había hecho notar en aquellas épocas la tendencia a negar la posibilidad de incluir la comunidad matrimonial de bienes en aquella categoría, como puso de relieve el portugués VALASCO (283) y que ya había sido acogida en nuestra doctrina por SANZ MORQUECHO (284). Por otra parte, se niega por aquéllos y en particular por TELLO FERNÁNDEZ (285), que la mujer no adquiere constante matrimonio el

III, com. ley 9.<sup>a</sup>, tít. 9.<sup>o</sup>, núm. 8 (cita de LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 185).

(280) *Las Siete Partidas del sabio Rey Alonso el nono...*, ley 5.<sup>a</sup>, tít. 11, Part. 4.<sup>a</sup>, glosa 3.<sup>a</sup> (ed. Salamanca, 1555), entendiendo este autor que solamente era válida cuando se hacía por la mujer al contraer el matrimonio.

(281) *De iustitia et iure*, Tratado 2.<sup>o</sup>, Disputa 289, núm. 19 (citado por LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 185).

(282) MANRESA: *Op. cit.*, IX, pág. 544.

(283) *Praxis partitionum et collationum inter haeredes...*, ed. Coimbra, V, 5 y sigs., fol. 14 y sigs.

(284) *Tractatus de bonorum divisione*, Madrid, 1601, XV, 2 a 14, páginas 153 y sigs.

(285) Citado por LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, I, pág. 166.

dominio y posesión de la mitad de sus gananciales, siendo de la opinión contraria ANTONIO GÓMEZ (286), GARCÍA (287) y MATIENZO (288); pero diciendo, como ya hemos anticipado, que tal dominio era revocable a resultas de la gestión del marido. Y entendiendo los primeros que la sociedad de gananciales era una sociedad legal y que, por tanto, hacía al marido deudor legal y necesario de la mujer; así COVARRUBIAS (289), a pesar de mantener respecto de la renuncia la tesis contraria, y con él LLAMAS Y MOLINA (290), TELLO FERNÁNDEZ (291), y del campo de los que admiten la renuncia constante matrimonio también ACEVEDO (292), quedando entre los segundos PALACIOS RUBIOS, quien entiende que se trata de una sociedad voluntaria y, por tanto, el marido es deudor voluntario (293), y MATIENZO (294). Pero en la afiliación a alguna de estas teorías que pudiéramos llamar básicas, se evidencian alternativas que más que aclarar la cuestión que nos interesa vienen a complicarla, por lo que no juzgamos necesario ni posible extender más nuestra investigación en este sentido, ya que de ella no podemos deducir otra cosa que lo que ya hemos anticipado: que nuestros antiguos tratadistas no tenían una orientación clara y sistemática sobre esta materia de la que deducir principios aplicables a la consideración del problema que nos ocupa.

Pero ante esta diversidad de opiniones que dividían a la doctrina, lo que sí puede ser interesante es buscar el verdadero motivo de ella, y entonces sólo puede entenderse encontrando su precedente legal en la Ley 207 y en la 223 de las del Estilo, las cuales establecían la medida en que respondía la mujer de las deudas contraídas por el marido, siendo una atenuación del principio general que había establecido el Fuero Real (Ley 3.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, libro 4.<sup>o</sup>) siguiendo la pauta iniciada por el Fuero Juzgo y el Fuero Viejo de Castilla, declarando la obligación en común ambos cónyuges de satisfacer las deudas del matrimonio (295). Con lo cual se pone de relieve que la Ley 60 de Toro establece de una manera definitiva y con una expresión legal formulada en forma de principio, que se aparta de las Leyes 207 y 223 del Estilo, una derogación en favor de la mujer del principio general de responsabili-

(286) *Op. y loc. cit.*

(287) *Traetatus de expensis et meliorationibus*, ed. Valladolid, 1592, XIII, 20, pág. 144.

(288) *Op. cit.*, fol. 258.

(289) *Op. cit.*, in título «De testamentis», cap. XIV, núm. 2.<sup>o</sup>

(290) *Op. cit.*, I, págs. 178 y sigs.

(291) Citado por el anterior, en *Op. cit.*, I, Com. a la Ley 16, núms. 6 y 16, págs. 179 y sigs.

(292) *Op. cit.*, Com. a la Ley 7, tít. 9, libro 5.<sup>o</sup> de la Recopilación, núm. 12 (cita de LLAMAS Y MOLINA; *Op. cit.*, I, pág. 180).

(293) *Op. cit.*, Com. a la Ley 16 de Toro, núm. 2 y sigs., 42 y fol. 42 v.

(294) *Op. cit.*, Com. a la 7.<sup>a</sup>, tít. 9, libro 5.<sup>o</sup> de la Recopilación, número 7, fol. 258.

(295) FERNÁNDEZ ELÍAS: *Op. cit.*, l. c. De acuerdo, GUTIÉRREZ: *Op. cit.*, IV, pág. 544

dad de los cónyuges por las deudas del matrimonio o, mejor dicho, sustituyendo la proporción de esta responsabilidad por el límite de las ganancias renunciadas (296). De ahí que todos los glossadores de las Leyes de Toro y cuantos se ocupan de esta cuestión, aun los que admiten la renuncia de gananciales sin restricciones y en todo tiempo, se hacen cuestión de la singularidad de esta norma no sólo por lo que atañe a la no obligación de pago de las deudas por la mujer que renuncia a los gananciales, sino también por el peligro que puede tener para la mujer la dicha renuncia, aceptándola muchos de ellos porque no hay más remedio que hacerlo, dada la generalidad de la ley que la establece, sin más limitación que la observada por PALACIOS RUBÍOS: «*Dummodo in hujus modi renuntiatione dolus abri; uxor scienter renuntiationem faciat*», y porque se la ha creído incapaz de alterar el buen orden doméstico, habiendo de tener presentes las indicaciones que ya antes hemos hecho al respecto (297); pero no porque sean defensores de tal garantía en favor de la mujer, sobre todo por el carácter y medio que de su desarrollo en la práctica tiene, y destacándose esta actitud frente a dicha Ley 60 cada vez con caracteres más precisos y en el sentido indicado en los autores más modernos que se ocupan de su comentario.

No conviene olvidar aquí tampoco las circunstancias históricas que vieron nacer a la sociedad de gananciales y las naturales dificultades que ésta había de vencer, proclamando las necesidades familiares nacidas en una concepción y organización sociales que eran ajenas a las contempladas por el Derecho romano que crearon un régimen opuesto, al menos en abstracto, el sistema dotal. Cuando esta especialidad institucional, recogida por el derecho como realidad viva, chocaba con el bagaje jurídico de la época, que a poco de nacer la institución como tal se impregna de romanismo.

Y tener presente que el tema a la renuncia a los gananciales así concebido en forma rudimentaria como aspecto embrionario del propio planteamiento del tema, que es la renuncia a la sociedad, es un arbitrio de equidad elaborado por los juristas seguramente primero y después por la ley para librar a la mujer de su responsabilidad por unas deudas que eran debidas a la mala administración de su marido principalmente, tema en el que se centra la introducción de la posibilidad de la renuncia.

En otros sistemas más avanzados que las Leyes de Toro, como sucede en el Derecho francés del Código de Napoleón, sin abandonarse esta vieja garantía que tenía en la tradición gala una profunda raíz en el antiguo derecho consuetudinario impregnado de germanismo (aparte de un planteamiento más amplio de la cuestión

---

(296) De acuerdo, GUTIÉRREZ: *Op. y loc. cit.*, nota anterior, y LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, págs. 183 y sigs.

(297) V. GUTIÉRREZ: *Op. cit.*, II, pág. 368.

en relación con una concepción armónica de la sociedad de gananciales que permite, a su disolución, a la mujer aceptarla o renunciarla), se introducen nuevas garantías en defensa de los intereses de la mujer o de sus herederos, como lo son el reconocimiento del *derecho de emolumento*, por el cual goza de una responsabilidad limitada al valor de los bienes que se le adjudiquen como compensación a las ilimitadas facultades del marido como director de la sociedad, obedeciendo al principio de la jerarquía en la forma de estar los titulares en la comunidad en la concebida con arreglo al patrón germánico de la *mano común* (298). Garantías parecidas se hallan establecidas en el Derecho italiano novísimo (299). Y en el alemán se ha llegado a suprimir la renuncia, porque se ha llegado a suprimir al máximo la responsabilidad de la mujer por deudas del matrimonio (300).

Como vemos, pues, la renuncia a la sociedad de gananciales es el primer estadio de una evolución en pro de los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales para evitar que no se desvirtúen los beneficios que en interés de la mujer se tratan de establecer con la introducción misma de la sociedad como sistema matrimonial.

Por eso ante los precedentes de la Ley 60 de Toro se puede pensar que nuestro Código se ha quedado a medio camino en esa evolución cuando, de otra parte, ha venido a confundir y a mezclar el sistema de gananciales con el dotal. Pero esta apreciación dicha así tan ligeramente no es, desde luego, justa. Pues el Código ha venido a corregir, si no el espíritu de la Ley 60 de Toro, sí al menos lo que su tono de generalidad podía hacer levantar, como de hecho sucedió, un cúmulo de dudas y de opiniones contradictorias, poniéndole, por otra parte, el freno del artículo 1.394 y no confundiendo ciertamente el régimen de gananciales con el régimen dotal, ya que ambos regímenes, al contrario que en Francia, se compenetraban y hacían compatibles, remediando con ello la incertidumbre que podía haber de la consideración de la Ley 60 de Toro respecto al régimen al que quedaba sometido el matrimonio una vez era efectuada la renuncia por la mujer, ya que entendemos que de haber sido este problema claro en nuestro antiguo derecho, aunque no se formule por nuestros tratadistas el problema más que de pasada, hubiera sido mayor el predicamento de que hubiera gozado la posibilidad de la renuncia constante matrimonio; y lo que sí es posible criticar es la in-

---

(298) V. RIPERT-BOULENGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, de PLANIOL, 4.<sup>a</sup> ed., París, 1951, III, págs. 268 y sigs.; CARBONNIER: *Droit civil*, I, París, 1955, págs. 371 y sigs.; COLIN y CAPITANT: *Curso*, VI, págs. 409 y sigs., etc.

(299) V. la bibliografía citada en la nota 262.

(300) KIPP y WOLFF, en el *Tratado* de ENNECCERUS (*Derecho de Familia*), págs. 431 y sigs.

flexibilidad del régimen en este materia (301) por la prohibición del artículo 1.394, cuando, por otra parte, en cambio, la responsabilidad por deudas de la mujer está fuertemente limitada; con un alcance muy parecido al establecido en el derecho alemán, si bien la formulación sea diferente (302).

Es, pues, como vemos, la consideración de la justicia de la norma de la Ley 60 de Toro, y el carácter de especialidad con que se presenta en relación con sus precedentes, y con el clima creado por el derecho común, a pesar de que ese mismo carácter sirva a configurar la sociedad de gananciales como institución, al servir de contrapeso a las facultades jerárquicas del marido dueño de una administración omnimoda que rebasa sus propios límites, la que nos da la pauta para deducir que puede servir de antecedente inequívoco—aparte de las restantes evidencias, sin comentario—en la línea de una evolución progresiva a nuestro artículo 1.364, pues no en vano observó FALCÓN que la norma contenida en dicho precepto era bien justa, pues con ello «no por renunciar a los beneficios de la asociación, la mujer se libra de contribuir a los gastos comunes de la familia (303) y ello de una forma estable, por imperativo no de un mandato particular y concreto, como sucede en la separación absoluta de bienes, sino por imperio de un régimen bajo el que se entiende establecido por tal renuncia el matrimonio. Y a lo que el autor citado, sin duda, refirió al supuesto en que tal establecimiento es posible por la expresada renuncia, en hipótesis, también podemos trasladarlo a cualquier otro momento, como si el artículo 1.394 no lo prohibiera.

Por otra parte, el juzgar de la renuncia contenida en la Ley 90, como renuncia exclusiva a las ganancias, y concebida ésta para después de disuelto el matrimonio, y tales ganancias, como el saldo resultante a favor de la mujer o de sus herederos carece de todo fundamento. Pues la cuota, o beneficio de la comunidad ya disuelta y liquidada, entra en el patrimonio particular de la mujer o de sus herederos, sin amenaza de responsabilidad alguna, que ya ha superado este escollo, y su admisión queda fuera de la órbita de los preceptos que configuran a la sociedad de gananciales en sí misma, pues los efectos que produce su renuncia son indirectos, respecto de su compleción como institución jurídica, efectos de liquidación, que en nada pueden alterar su estructura fundamental, como sucede cuando se renuncia a la sociedad de ga-

(301) BURÓN: *Derecho civil español*, Valladolid, 1889, I, pág. 376.

(302) V. PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en las *Notas al Tratado*, de ENNECERUS (*Derecho de Familia*), IV-I, págs. 434 y sigs. Con la reforma del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, de la redacción del artículo 1.413, parece resultar aún una mayor protección a los derechos de la mujer, aunque los inconvenientes prácticos de la merma a la libertad de gestión del marido se van dejando notar por todas partes cuando esta protección, por otro lado, se extiende únicamente a los inmuebles, siendo más ideal que real, dada la configuración económica de la sociedad moderna.

(303) *Código civil español*, Madrid, 1889, IV, pág. 163.

nanciales. Pero ya hemos dicho antes cómo nuestros antiguos tratadistas no tenían esta idea limitada al equívoco que podrían suscitar los términos legales, en este caso la voz «ganancias», pues había quien, como LLAMAS Y MOLINA, entendía que efectuada la renuncia a los gananciales antes, o al contraerse el matrimonio, no se renunciaba a gananciales que no existen, sino que en tales casos se considerará contraído el matrimonio conforme a «los términos del Derecho común de los romanos» (304), opinión que es aceptada por ACEVEDO en parte (305) y atacada por MATEIZO (306).

Hecho resaltar esto, parece que si esta teoría se hubiera aplicado a los demás supuestos de renuncia contenidos en la Ley 60 de Toro, podríamos encontrar en ella un precedente ajustado al contenido íntegro del artículo 1.364. Pero no podemos ni debemos ser tan exigentes, siendo bastante a nuestro peculiar propósito, lo que creemos queda demostrado hasta la saciedad, el que la Ley 60 de Toro es el precedente de la renuncia a la sociedad de gananciales contenida en el artículo 1.364 de nuestro Código civil.

5. CONSIDERACIONES EN TORNO AL ARTÍCULO 1.366 DEL CÓDIGO.—El artículo 1.364 del Código civil, en su proposición primera, si hemos de aceptar la tesis de LLAMAS Y MOLINA, expuesta para el caso de renuncia anticipada a las ganancias a que acabamos de aludir, recoge lo que podría ser una consecuencia atribuible a la Ley 60 de Toro, y la eleva a principio general, pero aún con mayor fuerza y universalidad. Y en su proposición segunda establece el mismo efecto para el caso de que la mujer o sus herederos renuncien a la sociedad legal de gananciales.

Trata con ello el Código de encauzar la discutida renuncia establecida por la Ley 60 de Toro por unos límites que estén de acuerdo con la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales entrevista fuertemente por el artículo 1.302, en sus justos términos, regulando sus efectos, de una parte, con un criterio en cuanto a la participación en la responsabilidad que se considera más justo (307) y, de otra, fijando aquéllos dentro de un régimen concreto que en virtud de una ficción legal contenida en el propio precepto altera *ab initio* el anteriormente establecido, salvando, por otra parte, el obstáculo de la prohibición de alterar las capitulaciones matrimoniales contenidas en sus artículos 1.319 y 1.320 habida cuenta del carácter que de capitulaciones matrimoniales subsidiarias tiene, salvo pacto, el régimen de la sociedad de ga-

(304) *Op. cit.*, II, pág. 184; de acuerdo, GUTIÉRREZ: *Op. cit.*, II, página 567.

(305) *Op. cit.*, III, Ley 9, tít. 9, núm. 8 (citas de LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 185), quien extendía la comunicación de frutos a favor del marido respecto de los dotales exclusivamente.

(306) *Op. cit.*, págs. 255 y sigs., que negaba la comunicación de frutos en absoluto, entendiéndolo que regía el régimen de separación radical de bienes.

(307) V. FALCÓN: *Op. cit.*, IV, pág. 163.

nanciales, según el artículo 1.315 del mismo, por lo dispuesto en el artículo 1.394, párrafo primero. Establece también con ello un régimen supletorio de segundo grado a favor del sistema dotal, siendo esto lo que más críticas ha suscitado, haciendo, por otra parte, a nuestro juicio, de cortina de humo para la verdadera comprensión del precepto que comentamos contenido en la proposición segunda del artículo 1.364, inexplicablemente descuidado por la doctrina.

En relación con este punto no hay que excluir el afán del Código por acercarse al derecho de las regiones forales y en particular al de Cataluña, lo que no satisfizo ni a unos ni a otros. Así DURÁN Y BAS entendía que no tenía el Código por qué establecer el régimen supletorio (308), sino haber dejado plena libertad, entendiendo que en ausencia de régimen regiría la separación absoluta, lo cual es inadmisibles a juicio de los redactores del Código y como brillantemente defendió ALONSO MARTÍNEZ (309); no faltando quien, por el contrario, entendía que el Código no debiera de haber abdicado de imponer el régimen de gananciales de una manera absoluta por imitar al Código de Napoleón (310).

Pero si la primera intención es disculpable y la segunda no debe entenderse al pie de la letra por lo que llevamos dicho de los precedentes del artículo 1.364 del Código civil, encuentra éste sus defensores en esta materia en ALONSO MARTÍNEZ, FALCÓN, MANRESA, DE BUEN, VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, etc. Siendo así que los ataques que ahora se le dirigen sobre este punto como sistema supletorio, no van dirigidos a su consideración como tal, sino a su rigidez o inflexibilidad.

No obstante, como ya hemos dicho y recalcado respecto del artículo 1.364, la doctrina es muy parca. MANRESA mismo elude su comentario y sólo trata de él incidentalmente, como ya hemos dado cuenta al comienzo de este trabajo (311), aunque reconociendo el verdadero alcance de la renuncia a la sociedad de gananciales: MUTIUS SCAEVOIA nos habla del carácter vago y laberíntico de este precepto, y después de una serie de razonamientos confusos trata de ponerle en relación con el artículo 1.435 diciendo que la coincidencia entre uno y otro precepto es perfecta o «al menos el último prevé un supuesto de renuncia a la sociedad de gananciales por separación de bienes» (312). Pero esto es insostenible, como ya dijimos, y porque obedecen a principios y ante-

---

(308) V. ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en su relación con las legislaciones forales* (ed. prólogo de CASTÁN), Madrid, sin fecha, páginas 349 y sigs.

(309) *Op. cit.*, págs. 349 y sigs.

(310) BURÓN: *Derecho civil español*, Valladolid, 1880, I, pág. 376; criterio al que alude también GUTIÉRREZ, respecto del Proyecto de 1851 (*Op. cit.*, II, págs. 538 y 539).

(311) *Op. cit.*, IX, págs. 110 y sigs.

(312) *Op. cit.*, XXI, págs. 641 y sigs.

cedentes diversos baste tener en cuenta que el artículo 1.435 se refiere a ambos cónyuges, y el artículo 1.364 sólo a la mujer o sus herederos (313), aparte de que aquél, como el 1.436, van referidos a los supuestos del artículo 1.433.

Tampoco puede establecerse parangón con el artículo 1.418-1.º, aunque su precedente en el Proyecto de Código civil de 1851, que es el artículo 1.340, habla de «renuncia a la sociedad» en vez de renuncia «a sus efectos y consecuencias», como dice su redacción actual, lo que evidencia que esto no fué olvidado por el legislador de 1889 que supo retocar debidamente el antiguo artículo 1.340 del Proyecto sin duda para evitar confusiones. Pero tampoco es admisible por casi idénticas razones que las apuntadas anteriormente, ya que el artículo 1.418-1.º se refiere a ambos cónyuges y el 1.314 sólo a la mujer o sus herederos y, por otra parte, lo que es aún más importante y decisivo, porque el artículo 1.418-1.º está establecido para la liquidación de la sociedad a la que corresponde el precepto o preceptos completos contenidos en ese mismo artículo 1.418, mientras que el artículo 1.364 supone que ésta no ha existido nunca y que no hay gananciales ni ha podido haberlos nunca (314). Sin olvidar, por último, que los principios en que se basan una y otra renuncia, como hemos indicado en el epígrafe anterior, son diversos. La renuncia a la sociedad es una garantía en defensa de la mujer o de sus herederos y que pertenece a la configuración de la misma sociedad de gananciales. En cambio, la renuncia de los gananciales por parte de ambos cónyuges es un simple derecho de disposición que únicamente produce determinados efectos específicos por la naturaleza de los bienes que se renuncian y cuyas limitaciones son las normales en fraude de terceros o en perjuicio de legítimas.

Por tanto, este precepto, aparte de establecer un régimen supletorio de segundo grado, lo cual entendemos que también lo hace, no sólo por dar satisfacción a impulsos de una política legislativa al servicio de la idea de una unificación del Derecho civil nacional o por dejarse llevar de una influencia francesa a la que se ha sobreestimado en algunos casos exageradamente, sino que ha tendido, en combinación con el artículo 1.315, al criterio que se consideraba más acertado, y al hacerlo, por lo que respecta al artículo 1.364, se ha dejado llevar por la sugestión interpretativa formada en torno de la Ley 60 de Toro, dando un paso más al enunciar como principio una simple consecuencia y rectificando aspectos que tenían su precedente en el Derecho patrio antiguo. O al menos si esto no es así, a ello se presta una fuerte asociación de ideas que unen las dos proposiciones contenidas en dicho precepto. Lo que sí ha cambiado en el Código ha sido la regulación de la renuncia a la sociedad de gananciales y a los

(313) De acuerdo, Bas y Rivas: *Op. cit.*, págs. 854-855.

(314) V. autor citado nota anterior, *Op. cit.*, pág. 852.

gananciales mismos, o más bien la facultad de dividir el caudal de la sociedad constante matrimonio y renunciar a los gananciales consecuentemente, que en la práctica esto no venía a ser, en su interpretación amplia y sin trabas, la facultad concedida por la Ley 60 de Toro, ya que los límites impuestos por los artículos 1.315, 1.319 y 1.320 impiden su posibilidad, por un lado, y el 1.392, por otro, aun de una manera más radical que el artículo 1.394, que viene a reforzar con una norma concreta lo que es consecuencia lógica de la naturaleza y carácter de toda la institución misma y a plantear una serie de dudas con una redacción incorrecta y confusa (315). Pues este precepto, admitido el espíritu del Código en la materia, debiera contraerse a prohibir la *renuncia a la sociedad de gananciales*, sin que pudiera encontrarse en él para nada alusión a la *renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales*, o a los *gananciales* mismos, que aun con el sistema del Código se les puede encontrar lugar más adecuado. Tampoco lo es mucho el del artículo 1.364, y acaso esta situación ha influido en el descuido de que ha sido objeto por parte de la doctrina. (Capítulo de la Dote.)

Pero lo que es indudable es que este precepto del artículo 1.364,

---

(315) No se crea que estuvo del todo ausente el tema de la renuncia del pensamiento del legislador del Código civil. Pues aparte de la redacción de los artículos 1.364 y 1.394, en 11 de junio de 1885, en plena discusión de una de las presentaciones del Proyecto de Ley de Bases se presentó una enmienda que encabezaba el diputado señor GONZÁLEZ CARBALLEDA con la que se proponía la siguiente redacción de la Base 21: «La sociedad legal de gananciales tal como hoy se halla establecida será el régimen de los bienes en el matrimonio. El Código determinará con precisión si el derecho a los gananciales es renunciable y cuándo y cómo podrá renunciarse» (*Diario de las Sesiones de Cortes Congreso de los Diputados*, X, 1885, Apéndice tercero al núm. 170). Pero por lo que se desprende de los debates del Congreso, dictámenes de la Comisión y enmiendas presentadas y su redacción definitiva en la Ley, de 11 de mayo de 1888, todo hace pensar que este tema al supeditarse a otro de más vuelo: el de la rigidez del sistema económico matrimonial (ataques constantes y reiterados de PLANAS, DURÁN Y BAS, RODRÍGUEZ SAMPEDRO y otros foralistas) y el del propio régimen de gananciales es por ellos arrastrado; lo que queda claramente comprobado a lo largo de todos estos años de intensa labor legislativa hasta que en 9 de abril de 1888 fué definitivamente aprobada la Base 21 (en el texto definitivo es la 22), pues en su discusión a la pregunta formulada por el diputado señor AZCÁRATE, sobre las limitaciones a la libertad de contratar sobre los bienes del matrimonio, a que se refiere dicha base, el presidente de la Comisión, señor GAMAZO, contesta que «aquellos que sean de derecho necesarios», entre la que está comprendida la alteración del régimen económico establecido por la voluntad o por la Ley (V. *Diario*, 1887-1888, V, núm. 88, pág. 2339), lo que viene a explicar la redacción de los citados preceptos. Para toda esta materia pueden consultarse los *Diarios de Sesiones de Cortes* desde 1881 a 1888, y en particular el período de 1885-1888; el libro citado de ALONSO MARTÍNEZ, varias obras y discurso de DURÁN Y BAS; COMAS: *Proyecto del Código civil*, Madrid, 1885, y *La revisión del Código civil español*, Madrid, 1885; GAMAZO: *Discursos y rectificaciones*, 1889, y en particular, *Discusión del Código civil*, «Revista de los Tribunales», 1892.

en relación evidente y necesaria con el párrafo primero del artículo 1.394, no fué fruto de una redacción impensada, ya que coincide con su precedente del Proyecto de 1851 que era el artículo 1.308, del cual se suprimió un aditamento que constituía su segundo párrafo y que decía textualmente así: «También se observarán las disposiciones de este capítulo (el relativo a la dote) aun en caso de existir la sociedad legal con las modificaciones determinadas en el capítulo siguiente» (relativo a la sociedad de gananciales). Quedando íntegro su párrafo primero, respecto del cual entiende GARCÍA GOYENA que para ambos casos rige el sistema dotal (316).

## V

## LA RENUNCIA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

I. PLANTEAMIENTO.—Ya hemos visto, y no creemos pueda quedar lugar a dudas, que la renuncia a la sociedad de gananciales es un beneficio que la ley concede a la mujer o a sus herederos como medio de verse exonerados de responsabilidad por la gestión del marido, pero que puede cumplir en interés de estas mismas personas y de la familia muy variadas funciones a través de la implantación de un régimen económico distinto, como lo establece el artículo 1.364 de nuestro Código civil, proposición segunda.

Ahora bien, la exoneración de esa responsabilidad parece que no está tan justificada después de la reforma de 24 de abril de 1958, pues el artículo 1.413, en su nueva redacción, establece una coparticipación de la mujer en la gestión de los gananciales cuando se trate de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles.

Pero ahora bien, esta renuncia está limitada en cuanto al momento de su ejercicio por el artículo 1.394. No obstante, se ha llegado a pensar que por referirse este precepto a la renuncia a los gananciales y a la renuncia a la continuación en la sociedad que la prohibición en él contenida no alcanzaba al artículo 1.364 (317). Para ello se puede argumentar que la prohibición de los artículos 1.319 y 1.320 de no alterar las capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio en función con lo establecido en el artículo 1.315 que confiere a la sociedad de gananciales, como sociedad legal, el carácter de capitulaciones subsidiarias no es realmente obstáculo por la primordial razón de que por la ficción legal establecida por el propio artículo 1.364 se entiende que nunca ha existido la sociedad de ganancia-

(316) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, III, pág. 320; de acuerdo, GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, pág. 558, y BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 854.

(317) BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 857 y sigs.

les (318). A esta razón legal evidente se le suma otra razón técnica. Las capitulaciones matrimoniales—dice BAS Y RIVAS—son realmente hablando un contrato; la renuncia, en cambio, se entiende como un acto unilateral y, por tanto, si la norma del artículo 1.320 y concordantes es una norma prohibitiva, ha de interpretarse en sentido restrictivo y entender que la prohibición alcanza únicamente a los actos de aquella naturaleza cuando esta excepción a la inalterabilidad de las capitulaciones y del régimen matrimoniales consagrada o al menos respetada por el artículo 1.364 no es, por otra parte, en cuanto alteración, la única permitida, pues cuenta también con lo dispuesto para los supuestos contemplados en el artículo 1.433, en los cuales sufre alteración, si los interesados lo desean, el régimen matrimonial (319).

Pero esta opinión no es convincente, pues la inalterabilidad del régimen matrimonial, como es obvio, viene impuesto fundamentalmente en interés de los terceros, como reconoce el propio BAS Y RIVAS, y frente a este interés ya no podemos guiarnos por normas interpretativas que por su generalidad pueden dar origen a errores de bulto, y no conviene olvidar al respecto que las bases de todo derecho flexible han de descansar en normas imperativas de derecho estricto, cuya restricción es imposible dentro de sus propios límites. Aparte de otras razones de peso que ya han venido siendo expuestas en el transcurso de este trabajo, más lógico es pensar que el Código, atendiendo a ese interés de los terceros, utiliza la ficción del artículo 1.364, proposición segunda, precisamente en interés de esos terceros, ya que con ella no pueden estar más protegidos (arts. 1.362 y 1.386 del Código civil), corrigiendo con ello las deficiencias del derecho antiguo y haciéndolo en forma que no sea obstáculo a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales al impedir la división del caudal común constante matrimonio como parecía deducirse de la generalidad de la Ley 6<sup>a</sup> de Toro. Claro que dando a la renuncia tales efectos si se hubiera desarrollado su modo de ejercicio, lo que es verdaderamente criticable (al menos desde el punto de vista de la originalidad que la institución de la renuncia podría haber tenido en nuestro ordenamiento, y máxime cuando se mantiene por los demás caminos la rigidez estricta del sistema) es que se vea prohibida constante matrimonio por el artículo 1.394.

Pero ninguna razón hay que sea bastante para dejar inservible a este precepto por defectuosa que sea su redacción o aun su situación en el Código, por lo que juzgamos inadmisibles lo que

---

(318) De acuerdo en cuanto a la ficción jurídica operada por el artículo 1.364, GARCÍA GOYENA: *Op. cit.*, III, pág. 320 (con referencia a su precedente en el Proyecto de 1851, art. 1.308); MANRESA: *Op. cit.*, IX, pág. 110; GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, pág. 558, y BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 854.

(319) BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 858.

tan débilmente defiende en sentido contrario BAS Y RIVAS (320). No solamente por razones de la más mínima cautela hermenéutica, sino por la investigación que hemos hecho de los precedentes en el antiguo derecho de esta cuestión y además el carácter con el que establece el Código el régimen matrimonial de bienes y la sociedad de gananciales así lo exigen. Porque está claro que el artículo 1.364, que en su proposición primera establece nada menos que un régimen supletorio de segundo grado para el matrimonio y en la segunda la renuncia a la sociedad de gananciales, no es un precepto desconectado de sus precedentes legislativos ni del sistema del propio Código, aun cuando éste haya innovado respecto al derecho antiguo o más bien modificado el sentido de éste en la materia y en la forma que ya hemos indicado. Sin olvidar, por otro lado, que por su colocación en el Código el precepto del artículo 1.394 contenido en el Capítulo V (De la Sociedad de Gananciales), Sección primera (Disposiciones generales), del título III, Libro IV del mismo, comprende tanto el artículo 1.364, por razón de la materia, como al artículo 1.418-1.º y al 1.433.

Con ello la renuncia se queda reducida a los supuestos de disolución normal de la sociedad de gananciales, es decir, a los comprendidos en el párrafo primero del artículo 1.417, pudiendo ser efectuada por la mujer o sus herederos. Pero no hay obstáculo alguno a que se admita igualmente en los supuestos del artículo 1.433, porque entonces cesa la prohibición del artículo 1.394 y rige con toda su plenitud el artículo 1.364. En estos casos ha de entenderse que sólo es la mujer la que puede renunciar, pues no hay herederos y se da la circunstancia de que ésta, en las hipótesis de interdicción o ausencia, podrá ser, conforme al artículo 1.441, la administradora de todos los bienes del matrimonio hasta que cesen las causas que han motivado la separación; por otra parte, cuando se ejercite esta renuncia y cesen dichas causas que hayan motivado su posibilidad, no entrará a regir el artículo 1.439 como en los supuestos de renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales y se mantendrá el régimen del artículo 1.364 (321), como más adelante veremos.

2. CRÍTICA A LA «RIGIDEZ» DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.— La razón de pretender hallar unas bases para una posible ampliación de la renuncia a otros supuestos que no sean los permitidos directamente por el artículo 1.394 debemos de encontrarla en primer lugar en la crítica a la sociedad legal de gananciales, no tanto por su carácter de régimen legal supletorio como por su excesiva rigidez o inflexibilidad.

Ya hemos hecho notar cómo la crítica a la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio era efectuada ya a raíz

---

(320) *Op. cit.*, págs. 858-860.

(321) De acuerdo, BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 860-861.

de la publicación del Código, preferentemente por los foralistas, habiéndose vuelto a reavivar recientemente y mostrándose bien claras las preferencias por el régimen dotal. Y así CÁRDENAS HERNÁNDEZ, haciéndose eco de diversas opiniones, entiende que «cuando efectivamente tiene importancia la sociedad de gananciales es a la disolución del matrimonio, ya que durante el mismo, dadas las amplísimas facultades del marido, en poco se diferencia del régimen dotal, y los intereses de terceros quedan salvados igualmente en este régimen, pues no hay transmisión de bienes del marido a la mujer ni viceversa y en todo caso siempre queda nula la donación fraudulenta. Y añade: «Si, a pesar de esta mayor facilidad para la adopción del régimen dotal, no existe pacto alguno, ni antes ni después de la celebración del matrimonio, sólo debe imponerse legalmente el de gananciales en los casos en que sea adecuado jurídica y económicamente cuando haya aportaciones por ambos cónyuges. En los demás casos debe darse a la participación ganancial de la mujer el carácter que en realidad tiene y no puede ser desconocido: el de la legítima viudal, que bien podría consistir, dada la palpitación de la voluntad popular en el usufructo universal.» Y concluye: «Así contribuiríamos a la unificación del Derecho nacional en esta importante materia, facilitaríamos el trámite registral y dotaríamos al régimen económico del matrimonio de una flexibilidad de que hoy carece» (322).

No falto de razón en alguna de sus apreciaciones particulares, estimamos que el autor citado exagera excesivamente la nota y lleva demasiado lejos las consecuencias de las censuras que le merece el régimen de la sociedad legal de gananciales, entendiendo que no es preciso alterar el sistema del Código para remediar muchos de los males, que en algunos supuestos no lo son tanto, que apunta, sino dar a la sociedad de gananciales la flexibilidad debida para que resulte más adaptado el sistema a las necesidades sociales y económicas de la época, como estiman PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, añadiendo que el Código alemán proporciona a este respecto algunas enseñanzas: admisión del régimen de la comunidad continuada después de la disolución del matrimonio, la institución de ciertos bienes reservados y la limitación de la facultad de disponer del marido sobre los bienes comunes (323).

Pero en sentido más particular y concreto se ha objetado y criticado a la sociedad de gananciales por su rigidez e inflexibilidad en términos que nos parecen admisibles y que aquí nos inte-

(322) *Notas sobre el régimen legal económico del matrimonio*, en R. C. D. I., febrero 1946, págs. 83 y sigs.

(323) *Notas a ENNECCERUS, Derecho de Familia (en Tratado de Derecho civil)*, de KIPP y WOLFF, IV, 1, pág. 281. Por uno de estos caminos ha discurrido la reforma de 24 de abril de 1958; lástima que se haya hecho de una forma parcial e incompleta.

resa resaltar (324). Estos diversos aspectos podemos reducirlos a los siguientes:

1.º Por el sistema de sociedad legal de gananciales, cuando no hay hijos del matrimonio a su disolución, se produce un desplazamiento de bienes que implica la intromisión de extraños en el patrimonio familiar (325).

2.º Por otra parte, el régimen de la sociedad de gananciales contribuye, dada la posibilidad y necesidad de su liquidación, a la disolución del matrimonio, y debido al normal individualismo existente entre nosotros y que con ello se fomenta, a la división y fraccionamiento de patrimonio familiar, empobreciendo sobre todo la agricultura y la pequeña industria (326).

3.º Como consecuencia de lo dicho en el apartado anterior, cuando por medio de una acertada política se trata de poner remedio a las manifestaciones perjudiciales desde el punto de vista patrimonial de ese individualismo exagerado y también en parte como consecuencia del sistema de legítimas, porque no hay que echar todas las culpas a la sociedad de gananciales, y se establecen ciertas prohibiciones de enajenar o ciertas restricciones a la facultad de disponer, como sucede con las derivadas del régimen de los Patrimonios Familiares inembargables (Ley de 17 de julio de 1953), o en el supuesto de la finca adquirida por retracto rústico (art. 17 de la Ley de 15 de marzo de 1935) durante seis años o en otros supuestos derivados del régimen de colonización (grandes zonas y zonas regables) o del de Concentración Parcelaria, resulta que el cumplimiento de tales preceptos choca con la observancia de aquellas normas (327). Fricción que es más atendible cuando no se enfrentan simplemente en estos casos dos preceptos jurídicos entendidos en sentido formal, sino que la colisión es de fondo, porque son distintos los principios que los sustentan.

4.º Pero la objeción más importante y en la que coinciden numerosos autores es la de que el sistema de gananciales o, me-

(324) V. BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 859-860.

(325) CÁRDENAS HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 78 y sigs.; DE LA CAMARA ALVAREZ: *Op. y loc. cit.*, también aluden incidentalmente a este inconveniente. Y citan, respectivamente, la extrañeza de dos toreros, «Lagaritjo» y «Frasuelo», quienes se resistían a la idea de que lo que ellos habían ganado en la lidia tuviera que repartirse, lo cual no es extraño en personas de bajas cultura y extracción social; pero el alcance y efectos propios del régimen de gananciales, como cualquier profesional del Derecho que tenga contacto con los medios rurales, puede apreciar es generalmente conocido; en Castilla al menos no es ignorado por persona alguna, aun cuando su instrucción sea elemental, cuando lo contrario parece más propio, y así suele ser en la práctica, de excesivo egoísmo que de falta de instrucción.

(326) CÁRDENAS HERNÁNDEZ: *Op. y loc. cit.*; ROCA SASTRE: *Necesidad de diferenciar lo rústico en el Derecho sucesorio*, en A. A. M. N., Madrid, 1943.

(327) V. CASTÁN: *Familia y propiedad*, Madrid, 1956, págs. 85 y sigs.

por dicho, su rigidez hace menos flexible el régimen sucesorio. Lo que se manifiesta en los siguientes aspectos:

a) A juicio de CÁRDENAS HERNÁNDEZ y de ROCA SASTRE, la división de la herencia realizada en vida del testador al amparo del artículo 1.056 (328) es imposible si rige el régimen de gananciales, a no ser que lo haga persona soltera o viuda o que comprenda bienes que no sean gananciales (329). De suyo esto no es un obstáculo, pues hecha la partición de los bienes privativos, o hasta el límite del artículo 1.414 (330), siempre cabe la posibilidad de que se complete después, ya que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1945 dice que no es nula la partición por la simple razón de no haberse incluido en ella todos los bienes del causante. Y, por otra parte, del tenor mismo del artículo 1.056 puede deducirse el alcance de esta facultad, y puesto este precepto en relación con la posibilidad de pactar en capitulaciones matrimoniales, la diversa división de los bienes de la herencia entre los descendientes, o bien porque, como suele suceder en la práctica, el marido y la mujer otorgan su testamento en perfecto acuerdo y cada uno establezca una división que entre sí armónicamente se complete no la podemos juzgar tan quimérica como entienden los autores citados, ya que, a nuestro juicio, sólo fallará cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, supuesto que no siempre va a ser perjudicial para los herederos, ya que puede servir para evitar otros males mayores cuando la falta de inteligencia conyugal provenga de la intención dolosa o al menos ambigua de uno de ambos. Pero además la facultad del artículo 1.056, aunque sea de forma ideal y con efecto diferido *post mortem*, supone una verdadera división y liquidación del causal hereditario (331).

---

(328) Cifr. «Cuando el testador hiciere por acto *inter vivos* o por última voluntad la partición de sus bienes se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.» «El padre que quisiere...»

(329) *Necesidad de diferenciar los rústico de lo urbano...*, loc. cit. *Derecho hipotecario*, II, pág. 618, y *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, II, págs. 371 y sigs.

(330) Cifr. «El marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales» (art. 1.414 del Código civil).

(331) CLEMENTE DE DIEGO: *Disolución de la sociedad legal de gananciales* (dictamen), en R. D. Pr., 1924, págs. 543 y sigs.; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Op. cit.*, pág. 73; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ: *Sobre particiones realizadas por el testador*, en R. C. D. I., 1927, págs. 166 y sigs.; para ampliar este tema puede consultarse: ALBALADEJO: *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en A. D. C., 1948, págs. 922 y sigs.; MARTÍN LÁZARO: *La partición de la herencia por actos *inter vivos**, Madrid, 1946; VALLET DE GOYTISOLO: *Notas para la interpretación del artículo 1.056 y del artículo 863*, en R. G. D., 1947; *Apuntes de Derecho sucesorio*, en A. D. C., 1951, págs. 1849 y sigs.; GÓMEZ MORÁN: *Testamento-partición*, en R. C. D. I., 1949, págs. 600 y sigs.; RODRÍGUEZ ARIAS: *Efectos de la partición *inter vivos* que regula el artículo 1.056 del C. c.*, en R. G. I. J., 1952, págs. 307 y sigs., etc. Sobre este tema aparecerá próximamente, en la «Revista de Derecho Notarial», un trabajo del autor.

b) El usufructo universal a favor del cónyuge superviviente tampoco puede establecerse prácticamente, aparte de la limitación del sistema de legítimas, por la existencia de la sociedad de gananciales. «En efecto—dice CÁRDENAS HERNÁNDEZ—, la finalidad del testador al ordenar el usufructo a favor de la mujer es que ésta, cuando enviude, continúe con la misma posición económica que antes subrogándose en el lugar del marido, pero sin poder enajenar bienes, con lo que la legítima de los descendientes, si los hubiera, o los intereses de los herederos en general no sufre más perjuicio que la liquidación temporal del usufructo, pero compensada con la seguridad de obtener íntegramente los bienes hereditarios» (252). Pero coincidiendo la institución del usufructo con la sociedad de gananciales el marido no puede impedir que la mujer disponga libremente de sus bienes, los que le corresponden en pago de su cuota, haciendo imposible la universalidad del usufructo y la inalienabilidad de la mitad de los bienes (332). Igual sucede, según VALLET DE GOYTISOLO, en los supuestos de ventas con reserva de usufructo de bienes gananciales a favor de los esposos vendedores (334).

También se observan dificultades en el legado de cosa ganancial, aun cuando se invoque la facultad, entre otras, contenida en el artículo 1.056 del Código civil (335). Y aún se plantean otros problemas de liquidación de las legítimas o de la misma sociedad de gananciales (336).

Ahora bien, y como consecuencia de todo ello, si tenemos en cuenta lo dicho podremos observar que casi la totalidad de estas dificultades podrán desaparecer si se admite la posibilidad de la renuncia a la sociedad de gananciales por la mujer antes de la disolución del matrimonio, lo cual no parece posible del régimen legal vigente, pero sí puede haber algún medio en la práctica de abrir paso a tal posibilidad, si bien sus efectos vayan limitados a producirse para después de su disolución.

3. POSIBILIDAD DE ESTABLECER CONSTANTE MATRIMONIO LA RENUNCIA DEL ARTÍCULO 1.364 DEL CÓDIGO CIVIL CON EFECTO EXCLUSIVO PARA DESPUÉS DE SU DISOLUCIÓN.—Según CLEMENTE DE DIE-

(332) *Op. cit.*, pág. 80.

(333) De acuerdo, ROCA SASTRE: *Necesidad de diferenciar lo rústico...*, págs. 386 y sigs.; GONZÁLEZ PALOMINO: *El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos del premuerto*, en R. D. Pr., 1936, págs. 160 y sigs.; SALAS MARTÍNEZ: *El usufructo viudal universal en el Derecho del Código civil español*, en R. C. D. L., 1947.

(334) *Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero, y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores*, en R. D. Pr., 1940, págs. 943 y sigs.

(335) DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Op. cit.*, pág. 73, y Bibl. cit. nota 331.

(336) PORPETA CLÉRIGO: *Naturaleza jurídica de la legítima*, Curso de Conferencias del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1945; BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 860.

go la doctrina se inclina a admitir la validez de la liquidación de la sociedad de gananciales practicada en vida por ambos cónyuges y para que surta sus efectos cuando la sociedad haya legalmente de disolverse (337).

Nada se opone a la validez de estos actos. A favor de estas liquidaciones, dice DE LA CÁMARA ALVAREZ, puede invocarse igualmente el artículo 1.056 del Código civil, que concede la facultad de división de la herencia a todo testador (338). Pero tén-gase en cuenta que no vamos demasiado lejos en nuestras consideraciones, pues como reconoce el propio CLEMENTE DE DIEGO, el ejercicio de tal facultad no supone otra cosa que una disolución y liquidación ideal, pues la sociedad queda subsistente y los cónyuges no hacen más que preparar su ulterior sucesión. Pues bien, implicada dentro de estos términos, no cabe duda que es dable sostener que la mujer en ejercicio de las facultades que le concede el artículo 1.056, y mucho más si se hubiese pactado en capitulaciones matrimoniales, conforme el artículo 831 del Código civil, la facultad de hacer la división de los bienes del matrimonio por los cónyuges entre los hijos comunes puede, con el fin de facilitar las operaciones divisorias, renunciar a la sociedad de gananciales para después de la disolución legal del matrimonio, al amparo del artículo 1.364 y sin que en tal caso sea a ello obstáculo el 1.394. Haciéndolo en la escritura en que se haga la división del caudal, división que ha de estar amparada por el testamento del que la realice, según establece, entre otras, la sentencia de 13 de junio de 1903, pues de lo contrario se admitiría una forma de testar no prevista y especialmente prohibida por el artículo 672 del Código civil sin más limitaciones, puesto que tal renuncia y partición supone perfecto acuerdo y armonía entre marido y mujer, que las derivadas del sistema de legítimas, ya que no cabe hablar de perjuicio a los terceros, porque nada cambia ni se altera hasta la disolución del matrimonio y, por otra parte, ya hemos visto cómo el régimen de la renuncia a la sociedad de gananciales ofrece a los terceros la mayor seguridad posible por aplicarse la alteración retroactiva de régimen prevenida en el artículo 1.364 de nuestro Código civil.

Pero al tener en este supuesto la renuncia un carácter subordinado al «propósito coincidente» de ambos cónyuges, los cuales actúan, si bien de consuno, cada uno por su lado, otorgando su correspondiente disposición testamentaria y procediendo a establecer las bases de su respectiva y común partición, a pesar de

(337) *Op. y loc. cit.*

(338) *Op. cit.*, pág. 73. Fuera de estos límites no queda posibilidad alguna, pues la jurisprudencia ha establecido un criterio muy restrictivo. Así la sentencia de 17 de diciembre de 1894 declara nulo todo pacto de distribución y liquidación de la sociedad de gananciales, y la de 4 de enero de 1922 que, ratificando la doctrina anterior, establece que la liquidación y separación tiene su momento adecuado.

ser en sí misma tal renuncia un acto unilateral y por demás abstracto, cobra cierta bilateralidad y de todos modos la «causalidad» necesaria para en cada caso apreciar el fraude de legitimarios o de terceros que de esta forma quedarán más sólidamente protegidos (339).

No obstante ello, la función del correspectivo que entonces ejerce la renuncia y su ponderación como tal no podrá llevar a la consideración de que si se falta a la equivalencia, que en otros supuestos podría ser tomada como necesaria e imprescindible (así la sentencia de 22 de diciembre de 1944 entiendo que deben reembolsarse a la sociedad de gananciales las primas del seguro establecido en favor de uno de los cónyuges), impedirá la renuncia porque suponga una donación prohibida entre cónyuges, conforme a los artículos 1.334 y 1.335 del Código civil. Y ello por las razones siguientes: De una parte, porque esa apuntada función causal sólo actúa para apreciar el fraude a los terceros o el engaño que pueda padecer la mujer. Y de otra, porque no se hace donación de nada y el hacerla es un imposible jurídico, porque, según la naturaleza de la sociedad legal de gananciales, no hay ganancias, y según el efecto de esa renuncia, aunque las hubiera, deja de haberlas o, mejor dicho, no las hubo nunca, porque en virtud de la ficción legal operada por el artículo 1.364 se establece con efecto retroactivo el régimen dotal (340).

Además hay que tener en cuenta que el problema de las donaciones entre cónyuges es más bien vacilante y dudoso, y siendo la doctrina discutida podremos inclinarnos a la interpretación restrictiva de los preceptos anteriormente citados, apoyándonos en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1936 y 21 de febrero de 1900 y en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1895 (341). Y más aún, la aplicación de esta doctrina a los precedentes de la

---

(339) En cierto modo de acuerdo, BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 857 y 859. Aquí utilizamos el término «causalidad» como sinónimo de función de causa, extendiendo tal concepto del puramente técnico del negocio jurídico o más propiamente de los contratos onerosos en el sentido del artículo 1.274 del C. c., y sin olvidar su fundamentación objetiva que confiere al negocio su «razón de ser jurídica», atendiendo a su ineludible licitud y veracidad en el sentido tan divulgado por la jurisprudencia patria y que la francesa llama *causa impulsiva y determinante* (JOSSEBRAND: *Cours de Droit civil positif française*, París, 1938, II, pág. 720).

(340) De acuerdo, BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 858; GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, pág. 558; MANRESA: *Op. cit.*, IX, pág. 110; GARCÍA GÓMEZ: *Op. cit.*, III, pág. 320.

(341) En contra, sentencias de 12 de diciembre de 1899, 23 de octubre de 1899 y 28 de marzo de 1986 y resoluciones de 9 de marzo de 1943 y 5 de mayo de 1932. Véase sobre el particular, VALLET: *Op. cit.*, nota 251, pág. 957; LOUZAQ: *De las relaciones jurídicas entre esposos*, en R. D. Pr., 1916, págs. 362 y sigs., crítica fundamentalmente la sentencia de 12 de diciembre de 1899, que ha llegado monstruosamente a aplicar por analogía el precepto del artículo 1.458 y transacciones.

renuncia a la sociedad de gananciales en la Ley 60 de Toro ha sido rechazada por la sentencia de 17 de noviembre de 1892, haciéndose cargo de la polémica doctrinal en torno a tal ley suscitada.

Lo que no cabe duda es que esta renuncia puede hacerse en testamento unilateralmente con todas las características de tal renuncia, ello es natural, pues el testamento no produce efecto hasta la muerte del testador.

4. LA RENUNCIA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y ALGUNOS ASPECTOS DE LA «CONFIRMATIO DONATIONIS».—Por lo que pueda ilustrar la posibilidad de la renuncia en los términos planteados y reforzar lo dicho anteriormente valga recordar que LLAMAS Y MOLINA, de acuerdo con ACEVEDO, entendía que hecha la renuncia por la mujer en el momento de su muerte viviendo el marido (y lo mismo es antes de este momento para después de la muerte) «sería válida, pues aunque quisiera suponerse donación *inter virum et uxorem* se confirma ésta por la muerte del donante. (capítulo último de *donationibus inter virum et uxorem*, y la Ley 4.<sup>a</sup>, tít. II, partida 4.<sup>a</sup>) (342).

Pero he aquí que esta Ley de Partida encuentra su antecedente en la famosa *Oratio*, de SEVERO y ANTONINO (Codex V, 16. 3) y *Digesto*, XXIV, 1, 32), y que ambas son expresión parcial en nuestro antiguo derecho y en el Derecho romano, no sólo del principio de la *confirmatio donationis*, sino más bien de uno más general y amplio, el de la *conversión del negocio jurídico* (343). Pero como en el presente caso sólo podemos entender la renuncia dentro de los límites del artículo 1.056 del Código civil, realizada para después de disuelto legalmente el matrimonio, y a tal supuesto parece referirse también LLAMAS Y MOLINA, no cabe hablar de conversión, pues en ésta las partes van dirigidas a la consecución del negocio que deviene nulo por prohibición de la Ley o defecto de sus requisitos constitutivos, mientras que en la renuncia entendida en la forma expuesta, la voluntad va dirigida directamente al efecto que con la conversión se trata de conseguir. sal-

(342) *Op. cit.*, II, pág. 185.

(343) La conversión es perfectamente defendible como norma aplicable a nuestro Derecho, al amparo del principio de la buena fe establecido en el artículo 1.258 del C. c., susceptible del entrar a formar parte de los principios generales del derecho por no haber ninguna disposición legal que le prohíba, no ser extraño a nuestra tradición jurídica y estar reconocido para casos particulares por nuestro ordenamiento positivo (arts. 507 del Código civil y 450, 463, 466 y 729 del Código de Comercio), siendo a ello favorable la más reciente doctrina y contando en el Derecho comparado con el párrafo 114 del B. G. B. y el párrafo 2.<sup>o</sup> del artículo 1.424 del C. c. italiano, como defendimos en nuestra tesis doctoral (*La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959, cap. III, núm. 10). Véase, asimismo, VALLET: *Donación, condición y conversión jurídica material*, en A. D. C., 1952, págs. 1313 y sigs.

vando de antemano el escollo de la prohibición legal. Aparte de que la conversión no puede actuar en otro caso, ya que el artículo 1.394, párrafo 1.º, tiene un evidente carácter de norma de orden público, pues en unión de otros preceptos con él concordantes se establecen las bases del sistema de gananciales a cuya rigidez ya nos hemos referido, y en tales casos no actúa la norma de la conversión (344).

De todos modos, el análisis de si el supuesto contemplado por LLAMAS Y MOLINA va dirigido a considerar el acto de renuncia como donación *inter vivos* o *mortis causa* y en qué medida en el antiguo derecho tenían o no unas u otras acceso a la *confirmatio donationis*, no interesa porque en el derecho actual la renuncia a la sociedad de gananciales no puede ser materia de donación técnicamente posible, pues ello sería contrario a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales que el Código establece y que la doctrina entiende, a pesar de los variados matices que distingue. Pero sí interesa poner de relieve, según la opinión de los más modernos tratadistas, cómo la donación *mortis causa*, entre cónyuges, generalmente tenía un efecto *suspensivo*, en el Derecho romano clásico (345), con lo que queremos poner de relieve que el efecto diferido para la disolución legal del matrimonio, que hemos mantenido, tiene sus precedentes en materia afín. Y también cómo alguna de estas donaciones, según entiende VALLET, producían en el derecho justiniano efecto retroactivo referido a un momento del matrimonio, lo que SAVIGNI entendía ya admisible en el derecho romano clásico (346), y que guarda cierta semejanza remota con la ficción del artículo 1.364.

Aunque no es preciso acudir a tan lejanos precedentes para evidenciar que la renuncia a la sociedad de gananciales y su admisión constante matrimonio en los términos ya reiterados obedece a una técnica ya muy antigua, demasiado antigua quizá, y por eso fué cercenada por el legislador de 1889. Más próximo está sin salirnos del tema de las donaciones entre cónyuges, *mortis causa*, por otra parte, el artículo 620 del Código civil, que establece para ellas el estatuto de las disposiciones testamentarias, no estando comprendidas en la prohibición de los artículos 1.334 y 1.335 del mismo (347), pudiéndose hacer una fácil comparación entre estos preceptos y el artículo 1.394, poniéndose de relieve un sentido y carácter, en unos y otros, muy semejantes.

(344) Se trata este problema en nuestra tesis doctoral, en el núm. 39, capítulo V.

(345) ARU: *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano*, Pádova, 1938, págs. 163 y sigs., y ALVAREZ SUÁREZ: *Contribución al estudio de las donaciones mortis causa entre cónyuges*, en E. J. (fascículo de D. Pr.), I, núm. 1, 1941, págs. 43 y sigs.

(346) *Donación...*, págs. 128 y sigs. y nota 234; *Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp. 2.ª ed., Madrid, sin fecha, vol. II, págs. 7 y sigs.

(347) VALLET: *Donación...*, pág. 1321, y por todos, CASTÁN: *Derecho civil*, III, pág. 643, nota 1.

Pero, más aún interesa resaltar que en materia de *confirmatio donationis*, para que ésta se produjera, era preciso la no revocación del donante (*ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus*), lo cual está perfectamente de acuerdo, dentro del desarrollo que hemos juzgado posible a la renuncia a través de las facultades que pueden ser ejercitadas al amparo del artículo 1.056 del Código civil. Pues éstas se entienden a salvo en todo caso de la libertad de testar de los cónyuges y en particular de la mujer, en el presente caso, no sólo por aplicación de los artículos 737 y siguientes del Código civil sobre revocación de testamentos, sino también porque el ejercicio de aquellas facultades va unido a la necesidad de que exista un testamento, según declaraba ya la sentencia de 13 de junio de 1903, antes citada y aún más, porque las facultades contenidas en el artículo 1.056 del Código civil están limitadas por la no admisión de la sucesión contractual, con base primordialmente en los artículos 658 y 1.271 del Código civil que confirman la tesis de la revocabilidad de las particiones hechas en vida, según la misma sentencia citada y cómo se reitera en la de 9 de julio de 1940 (348).

Pero esto no supone, en modo alguno, que la renuncia como tal renuncia pierda su carácter irrevocable, pues no hay que olvidar que por el límite mismo impuesto a su ejercicio, aunque se haga antes de disolverse el matrimonio legalmente, sólo puede hacerse referida a ese momento, único, en el cual toma sustantividad, no ya que esté sometida a condición suspensiva, sino algo más radical y definitivo, como sucede a las donaciones *mortis causa*.

5. LA RENUNCIA, EN SUPUESTO ANÁLOGO, EN EL DERECHO COMPARADO.—Poco puede servirnos de apoyo el examen del problema de la renuncia a la sociedad de gananciales en el Derecho comparado.

No obstante, es de hacer notar que dentro de nuestro Derecho, en el foral aragonés, se permite, sin limitación alguna, la renuncia de las ganancias en el régimen de la comunidad de muebles y adquisiciones, que resultaría para alguno de los cónyuges en un bien singular, tanto respecto a la mujer, a *contrario sensu* del artículo 49-5.º, como respecto del marido, artículo 49-6.º del Apéndice al Código civil, lo cual supone la posibilidad de la renuncia a la sociedad con más motivo, ya que ésta goza de una mayor flexibilidad y por lo mismo que es permitida su continuación después de muerto uno de los cónyuges, entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, como establece el artículo 53 del *apéndice citado*, con lo que las dificultades técnicas, en todo caso, menores cuando se trata de la renuncia a la sociedad, se ven aún más facilitadas (349).

(348) V. bibliografía citada en *nota* 248.

(349) BOPARULL dice que en Aragón la comunidad de bienes puede ser reemplazada por la convencional, en todo o en parte, y, por tanto, cabe la

Pero DIESTE JIMÉNEZ, entiende que «para que sea válida esta renuncia ha de ser libre y espontánea. La hecha por la mujer constituida bajo potestad de varón aunque no precediesen amenazas, presúmese efecto del ruego, de las instancias e intimidaciones de aquél y, por consiguiente, del dolo» (350). Lo cual hace suponer que constante matrimonio, la renuncia al menos, si no prohibida, es considerada como mal vista. El estado de la doctrina y la falta de fuentes impiden hacer un estudio más completo de la materia, pero aun así todo, más bien parece que en Derecho aragonés el fundamento de la renuncia descansa más en facilitar la ductibilidad del patrimonio familiar que en buscar una garantía de los derechos de la mujer y una defensa frente a la mala administración del marido, lo que, ciertamente, es menos necesario que en otros sistemas por la especial configuración del régimen económico matrimonial y más concretamente en el de la comunidad de muebles y adquisiciones (351).

En cambio, en el Derecho castellano antiguo, más individualista, menos apegado al aliento vernáculo del solar patrio, y por ello más abierto al sentido de la universalidad humana, visiblemente influido por la realidad social de la Reconquista e impresionado por el lento influjo de una profunda tradición germánica predomina el principio de la protección a la mujer, puesto de manifiesto en la Ley 60 de Toro, y que siguió el curso de una evolución iniciada más atrás, como ya antes hemos indicado y mantenido a pesar de todo en el Código civil en su artículo 1.364, es reforzado en otros preceptos del mismo (artículos 1.413, 1.421, y siguientes, etc...), si bien éste haya descuidado lo que el Derecho aragonés parece haber atendido mejor (352).

En el Derecho extranjero, en general, el problema de la renuncia a la sociedad de gananciales parece basarse también en la garantía y defensa de los derechos de la mujer, encontrándose esta materia más detalladamente regulada.

Así, en el Derecho francés, a cuyos antecedentes en el anti-

---

renuncia a todos o a parte de los gananciales y aun a la misma sociedad, no hallándose la mujer bajo la potestad del marido, la primera se rige por el Fuero y la segunda por los contratos que celebren los cónyuges y que no son contrarios a la moral o imposibles. *Observ.* 33 y sigs. *De jure dotium*; 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> *de secundis nuntiis*; *Observ.* 5.<sup>a</sup> *de confessis* y 16 *de fide iust* (*Op. cit.*, vol. cit., págs. 438).

(350) *Diccionario de Derecho civil aragonés*, Madrid, 1869, págs. 551.

(351) En Navarra está prohibido renunciar a los gananciales que se llaman *conquistas*: Ley 2, tít. X, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra; Ley 448, V. 71 y Ley 5.<sup>a</sup> de las Cortes de 1765 y 1766.

(352) Por otra parte, la protección de los derechos de la mujer aparece reforzada por la nueva redacción del artículo 1.413, dada por la Ley de 24 de abril de 1958. Siguiendo la opinión de HINOJOSA es curioso pensar que de esta suerte recobra en parte la comunidad de gananciales su carácter originario (dote del marido), pues una de las notas del mismo era la intervención de la mujer en las adquisiciones y enajenaciones de inmuebles hechas por el marido (CÁRDENAS HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 76).

guo derecho consuetudinario ya hemos aludido, y que según una erudición complaciente se puede encontrar el más remoto entre las costumbres de los antiguos galos (353). El Código de Napoleón, atento, como dice ROGUIN, al principio de exoneración a favor de la mujer del pago de las deudas comunes, establece a la disolución de la comunidad el beneficio de repudiarla o aceptarla, lo mismo que se hace con una herencia, y este derecho de opciones es, según COLIN Y CAPITANT, uno de los rasgos característicos del régimen de comunidad. Junto a él se concede también a la mujer el llamado *beneficio de emolumento*, que viene a suponer una responsabilidad limitada al valor de los bienes que se le adjudiquen, con lo cual se pierde todo el interés por la renuncia (354). Lo único interesante para nosotros, aquí y ahora, es que la

---

(353) Según BEAUVAIS lo natural es que al liquidarse una sociedad se atribuya a cada uno de los asociados una parte proporcional a sus aportaciones, pero en la de muebles y adquisiciones, según el artículo 1.474, la atribución, haciendo abstracción de las aportaciones, es por mitad; ahora bien, esta igualdad impuesta por la Ley no es de orden público, y las partes pueden derogarlo, según el artículo 1.520 del Código civil, y aun atribuir a una de ellas el total de la comunidad; esto es, renunciar a ella. Pues bien, de estas cláusulas de atribución desigual puede encontrarse algún antecedente en los usos matrimoniales de los antiguos galos. (J. CÉSAR: *De Bello Gallico*, liv. 6, cap. 19.) De acuerdo con el autor citado (*Des clauses de partage inégal et d'attribution total de communauté*, págs. 1 y sigs. y 29 y sigs.), VIOLET: *Histoire de Droit française*, pág. 807, y AUBERY: *La communauté de biens conjugale*, pág. 32. CABRIT, exponiendo la evolución de la renuncia partiendo de que siempre ha sido concebida como defensa de la mujer frente a los omnímodos derechos del marido, nos indica que en una primera etapa no fué acordada más que en favor de las mujeres nobles y sólo se refiere a muebles (cita de acuerdo a DE FERRIERE, ARGON, LOYSEL, GUILHERMOZ, ya citados, nota 262); se aplica en seguida, en una segunda etapa, el privilegio de la renuncia a las mujeres de los gentilhombres y se extiende a los inmuebles; en una tercera a las mujeres del pueblo, gracias a la jurisprudencia del Châtelet de París y al magistrado J. J. de Mesme, y en una cuarta, en fin, a los herederos. (V. *De la renonciation*, págs. 8-32.

(354) ROGUIN: *Le régime matrimonial*, en *Traité*, París, 1905, pág. 386; AUBRY Y RAU: *Cours de Droit civil française*, 5.<sup>a</sup> ed., París, 1916, VII, págs. 245 y sigs.; COLIN Y CAPITANT: *Curso*, VI, págs. 332 y 409 y sigs.; PLANIOL: *Traité práctico de Derecho civil francés*, trad. cast., La Habana, 1939, IX, págs. 130 y sigs.; HEMARD-MOSEL: *Précis élémentaire de Droit civil*, 12.<sup>a</sup> ed., París, 1936, III, págs. 186 y sigs.; BONNECASE: *Elementos de Derecho civil*, trad. cast., México, 1945, III, pág. 316; RIPERT-BOULENGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, de PLANIOL, 4.<sup>a</sup> ed., París, 1951, III, págs. 268 y sigs.; CARBONNIER: *Droit civil*, I, París, 1955, 371; BALBIGNY: *Problemes del mariage et de la famille*, París, 1952, págs. 92 y sigs. V. también, TRINIA: *La separation de biens conventionnelle a l'époque contemporaine*, th., Toulouse, 1924; BEUCHER: *De l'immutabilité du régime matrimonial*, th., Caen, 1938; LAPORTE: *Effet de l'annulation du mariage sur le régime matrimonial légal ou conventionnel*, th., Rennes-París, 1939; BARRAND: *Des clauses de partage inégal de la communauté et de leur caractère juridique*, th., París, 1901, y la bibliografía citada en la nota anterior y en la 262. Y también muy en particular la reciente monografía de DIDIER: *L'option de la femme commune en biens*, Pa-

renuncia de la comunidad produce efectos retroactivos, según se desprende del artículo 1.492 (355), de aquel Código civil. Y, por último, es preciso destacar que el derecho de opción una vez ejercitado en un sentido o en otro, es decir, una vez aceptada o renunciada la comunidad, la resolución es irrevocable (art. 1.455), siendo, si no minuciosa, bastante detallada la regulación de la renuncia y de las otras figuras que le son afines, como ya hemos anticipado (356).

En el Código civil suizo, el problema está planteado y resuelto en términos muy parecidos. La mujer puede repudiar la comunidad en la misma forma que la establecida para la repudiación de la herencia (art. 570), no respondiendo, en tal caso, de las deudas comunes, al no ser las especialmente contraídas por ella, según lo dispuesto en el artículo 227-2.º (357).

En el Derecho italiano antiguo (Código de 1865), en la comunidad de muebles y adquisiciones en él regulada cabía la posibilidad de adquirir la copropiedad de bienes singulares por parte de los cónyuges, ganancias aisladas como si dijéramos, por lo que respecto de tales ganancias cabe la renuncia, y así se establecía en los artículos 1.433 y 1.436 del Código abrogado (358), lo cual es muy interesante si se compara este sistema con las Leyes de Toro y el actual Derecho aragonés. Al decir de BRUGI, en el «derecho antiguo—se refiere al italiano anterior a 1942—no se consiente una comunidad propia y verdadera de bienes, o del activo y pasivo, presente y futuro, ya que obedece al deseo de evitar una artimaña por la cual sólo una parte vaya a ganar» (359). El nuevo Derecho italiano ha planteado la cuestión en términos totalmente distintos, siguiendo la influencia, sin duda, del Derecho francés y, sobre todo, del Código civil alemán. Y así, en el Código civil de

---

rís, 1957, y últimamente, LE GALCHER-BARON: *Les prérogatives de la femme comune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés*. París, 1959.

(355) ASÍ RIBERT-BOULENGER: *Op. cit.*, pág. 269. De acuerdo, CABRIT: *De la renonciation*, pág. 175. El artículo citado se expresa en los siguientes términos: «la mujer que renuncia a la comunidad pierde hasta los muebles que haya aportado a la misma». Efecto retroactivo que con mayor motivo puede aplicarse a frutos. Por otra parte, los efectos de la renuncia, según COLIN y CAPITANT, pueden resumirse en tres proposiciones: 1.ª La mujer que renuncia conserva la facultad de hacer efectivas sus reservas y separar previamente lo que de su dote le pertenece, 2.ª La mujer que renuncia pierde todo su derecho a los bienes de la comunidad, aun al mobiliario que haya ingresado en ésta. 3.ª Queda libre de las cargas del pasivo común; pero los acreedores comunes, respecto a los cuales se haya obligado, conservarán el derecho de perseguir sus bienes por el importe total de sus créditos (*Op. cit.*, VI, págs. 409 y sigs.).

(356) CABRIT: *Op. cit.*, pág. 173.

(357) ROSSET ET MENTHA: *Manuel du Droit Civil Suisse*, 2.ª ed., Lausanne-Géneve, sin fecha, I, pág. 387.

(358) ASCOLI: *Istituzioni di Diritto Civile*, Nápoli, 1922, pág. 244; PACHIONI: *Elementi di Diritto Civile*, Torino, 1926, pág. 627.

(359) *Instituciones de Derecho Civil*, trad. castell., de la 4.ª ed. ital., México, 1946, pág. 445.

1942, actualmente vigente, se establece la renuncia para la disolución de la sociedad, concebida, como dice RUBBIANI (360), dentro de un derecho de opción a aceptarla o renunciarla, planteado en los mismos términos que respecto de la herencia, concediéndose al igual que en ella el beneficio de inventario (art. 225-2.º com.), lo que parece seguir la orientación del Código de Napoleón. Cuando de otra parte, a imitación del B.G.B., se limita fuertemente la responsabilidad de la mujer (art. 223 y 224) y se establece la posibilidad de pedir la separación judicial de bienes, por inhabilitación del marido o mala administración de éste (361).

En el Derecho alemán, el B.G.B., no hay base para la renuncia, tanto en la comunidad general de bienes, como en la comunidad de ganancias, ya que no existe en ninguna forma responsabilidad de la mujer por deudas comunes, éstas son deudas del marido (parágrafo 1.459 del P.G.B.); cabe, en cambio, la renuncia de la *comunidad continuada*, concebida ésta en términos análogos a los de nuestro Derecho aragonés (parágrafo 1.491 del B.G.B.). Existió, en cambio, la renuncia a la sociedad en el antiguo Derecho alemán, que se practicaba, según KIPP y WOLF, de una manera simbólica, arrojando la viuda a la tumba del marido el manto, el cinto o las llaves, practicándose hasta 1900 en el Derecho lubequés, en el wesfaliano y en otros muchos sitios; no así en Prusia, donde el *Landrecht*, de 1794, derogó totalmente la responsabilidad personal de la mujer por las deudas comunes o del marido (362). Pero en el Derecho alemán ambas formas de comunidad permitidas gozan de una mayor flexibilidad que en los derechos latinos, el francés, el italiano antiguo y el nuestro, el del Código civil, claro está, pues se permite la disolución de la misma, no sólo por la disolución del matrimonio, sino también por contrato, o *sentencia constitutiva* (dimanante de demanda fundada en que los derechos o previsiones de uno de los cónyuges peligran por la conducta del otro, según el parágrafo 1.470, para la comunidad general de bienes, rigiendo para la de gananciales análogos principios) (363).

(360) G. GUGLIELMO RUBBIANI: *Le disposizioni sulla applicazione delli leggi in generale e il diritto delle persone nel nuovo Codice Civile italiano, etc.*, Milano, 1940, pág. 257.

(361) DEGNI: *II. Diritto de Famiglia nel nuovo Codice Civile italiano*, Milano, 1943, págs. 308 y sigs.; BRUGI: *Op. cit.*, pág. 447. Según DEGNI, se discutió en la Comisión de Códigos Parlamentaria, si convenía reconocer a los cónyuges la libertad de hacer cesar la comunidad y la forma de llevarla a cabo, prevaleciendo la tendencia intermedia: extrajudicial aprobada posteriormente, pero el Ministro encargado de la publicación del Código la prohibió por considerarla contraria a la naturaleza del matrimonio, etc. Esto revela sobremanera la influencia del Derecho alemán, en el que se permite la cesación por contrato en la comunidad. (*Op. cit.*, pág. 308, en nota.)

(362) *Derecho de Familia*, en *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECERUS, págs. 431 y sigs.

(363) *Op. cit.*, nota anterior, págs. 436 y 468 y sigs. V. también:

Pero antes de seguir adelante hay que hacer constar que el B.G.B. quedó derogado en esta materia en la medida en que fue contrario al artículo 3.º-2 de la Constitución de la República Federal Alemana (art. 117-1.º), es decir, en cuanto se opone al principio enunciado en este artículo: «Los hombres y las mujeres gozan de derechos iguales». En la República Democrática Alemana, se admite igualmente que en virtud de los artículos 7,30 y 114 de la Constitución, el régimen matrimonial legal anterior no es aplicable, habiéndose dictado en ambas Alemanias numerosas disposiciones para aplicar estos principios. En esta situación parece la opinión más acertada, de acuerdo con la jurisprudencia, que en el caso de que los esposos no hayan otorgado capitulaciones matrimoniales, el régimen económico legal del matrimonio, dada la igualdad jurídica de ambos esposos, resulta ser el de separación de bienes (364).

Por último, es curioso observar que en la mayoría de los países en que de una manera o de otra, con uno u otro carácter, se admite la comunidad de bienes entre esposos, se da como una de las garantías para los derechos de la mujer el reconocimiento de la facultad de renunciar a la sociedad, salvo en aquéllos en que la limitación de la responsabilidad o de su exoneración, por deudas comunes o del marido, en pro de la mujer es absoluta al igual que sucede en el B.G.B., así sucede en Brasil y en cierto modo en Venezuela, Perú o en los que la igualdad jurídica de los cónyuges no lo hace necesario, como en Uruguay, Yugoslavia, Unión Soviética, pero bien es verdad que alguno de estos ordenamientos, en la práctica, no resultan muy previsores de los derechos de la mujer y sí, en cambio, en los que se admite la renuncia, entre los que cuentan, aparte de los ya citados, los de Bélgica, Bolivia, Canadá (Provincia de Quebec), Chile, Luisiana (USA), México (Código Federal), Mónaco (Código de Napoleón), Holanda y Unión Sudafricana (Derecho romano-holandés) (365).

Del examen del Derecho comparado, que muy someramente acabamos de realizar, se deducen las siguientes conclusiones: en primer lugar, si bien en nuestro sistema la mujer se halla fuertemente protegida, en particular por lo establecido en los artícu-

---

LEHMANN: *Tratado de Derecho Civil, IV (Derecho de Familia)*, trad. esp., Madrid, 1953, págs. 193 y sigs.

(364) DOLLE, en *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris), París, 1955, págs. 29 y sigs; BEITZKE: *Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz*, en «Beihefte zur deutschen Rechts-Zeitschrift», 14, Tübingen, 1950. Para una completísima información sobre esta materia, MELÓN INFANTE, Carlos: *El Derecho de Familia en Alemania*, en ADC, XII-1, págs. 3 y sigs. y allí bibliografía.

(365) ROVAST: *Op. cit.*, nota anterior, pág. 27 y págs. 75, 107, 349, 286, 339, 358, 332, 69, 72, 95, 103, 172, 253, 258, 279, 328, por diversos autores de los distintos países o colaboradores del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París.

Jos 1.421 y 1.422 del Código civil, en materia de responsabilidad por las deudas comunes, nacidas de la mala administración del marido y más aún con la nueva redacción del artículo 1.413, por otra parte, no lo está tan fuertemente, como puede estarlo en el Derecho alemán, o aun en el italiano, viniendo a completar la protección la posibilidad de la renuncia a la sociedad de gananciales, realizada conforme el artículo 1.492, después de su disolución legal, pero regulada esta facultad de una manera confusa y contradictoria en complicación con otras figuras a ellas afines y sin el detalle con que se recoge en las legislaciones francesa e italiana novísima. De otra parte, los antecedentes en esta materia de nuestro Código civil, es decir, la Ley 60 de Toro, establecen una regulación de la misma, que guarda cierta semejanza con los preceptos del vigente Derecho aragonés, aun cuando en éste la idea de la flexibilidad patrimonial de la familia y su adaptación a las necesidades sociológicas de la región ahogue a la preocupación legislativa de proteger a la mujer y con el Código italiano de 1865, siendo de notar que en este derecho las distintas formas de comunidad de bienes en el matrimonio no gozan de la tradición y arraigo que tienen en los otros países citados, aun cuando el estado de la doctrina antigua en torno a aquella famosa Ley 60 de Toro, y aun el de la moderna, nos inclina a pensar que el alcance de la facultad contenida en la misma había sido pensado por el legislador de una forma más radical que en los derechos aragonés e italiano. Y, por último, la mayor o menor libertad para admitir la renuncia, no depende, en el Derecho comparado, de la rigidez o flexibilidad de los distintos regímenes de comunidad, sino como hemos querido hacer notar, de su mayor o menor grado de desenvolvimiento técnico, en relación con el fundamento a que obedecen: el tan reiterado principio de la protección a los derechos de la mujer. El problema de la rigidez o flexibilidad del régimen de comunidad es cuestión aparte: otra cosa es que el legislador de 1889 se haya dejado influir notablemente en pro de la rigidez y de rechazo esto haya traído consigo las consecuencias ya sabidas para la renuncia de la sociedad de gananciales. Lo que sí no cabe duda es que en el Derecho castellano, a diferencia del Derecho francés, el régimen de comunidad, la sociedad de gananciales, ha vivido en coexistencia armoniosa con el régimen dotal, a contrario de lo que sucedía en Francia, con el que ha estado en contradicción (366), lo que explica un poco la inflexibilidad de su régimen

---

(366) A este respecto, decía COMAS, en uno de sus discursos ante el Senado: «que con motivo de la influencia inmensa que experimentó o sufrió nuestro Derecho por el poderío de Las Partidas, se romanizó en la época en que los juristas cesaristas de los Reyes Católicos introdujeron los principios del Derecho romano, o sea el sistema dotal dentro del ganancial, y se modificó, alteró y se desnaturalizó profundamente este sistema en la Ley 60 de Toro» (*Discusión parlamentaria del Código Civil*. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura 1888-1889. R. T. Madrid,

de comunidad, no tan justificada en España, y menòs en el cauce de un Código civil que tiene, o tuvo, como uno de sus muchos propósitos, el fomentar la unidad del Derecho patrio acercándose al Foral. Y lo que también es claro y evidente, que la renuncia a la sociedad de gananciales, que en su proyección teóricamente posible, y que hemos tratado de entrever en el transcurso de este trabajo, asentada en una evocadora tradición jurídica, puede y podía mucho más, haber sido medio de corregir la rigidez e inflexibilidad de la sociedad de gananciales del Código civil, dando pábulo a una orientación legislativa no extinguida por el propio Código que seguramente cuenta con más de un matiz propio y cuyo equivalente exacto no se halla en el Derecho comparado.

6. RÉGIMEN DE LA RENUNCIA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—Vamos a ocuparnos seguidamente de establecer aquellos puntos que consideramos capitales para determinar como conclusión de este trabajo el régimen al que consideramos debe quedar sometida la renuncia a la sociedad de gananciales.

1. *Ambito*.—Lo dispuesto en el artículo 1.394 del Código civil nos lleva a la consideración del artículo 1.417 del mismo y a la vista de este precepto podemos decir que la renuncia a la sociedad de gananciales puede ejercitarse cuando esa sociedad haya sido disuelta normalmente o por *ministerio de la ley* (párrafo primero del art. 1.417), o cuando la disolución tenga lugar a petición de parte (párrafo último del mismo). Vamos a ocuparnos ahora separadamente de ambos supuestos.

A) Disolución de la sociedad por *ministerio de la ley*: Esta puede tener lugar por las siguientes causas:

1.º *Muerte de cualquiera de los cónyuges* (Arts. 1.417-1.º y 52 del Código civil).—Nuestro Código no permite la continuación en la comunidad al viudo y a los herederos del premuerto, como hemos visto sucede en los derechos suízo y alemán del B.G.B. y foral aragonés, por lo que no procede plantearse la renuncia de esta *sociedad continuada*.

2.º *Declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges*.—Esta causa no aparece incluída en el artículo 1.417-1.º, puesto que de suyo no produce la disolución del matrimonio (art. 195), pero como el artículo 196, ambos según la redacción dada a los mismos por la Ley de 8 de septiembre de 1939, establece que la declaración de fallecimiento produce en cuanto a los bienes los mismos efectos que la muerte misma, abriéndose la sucesión en el patrimonio del ausente, hemos de entender que en tal supuesto claramente queda disuelta la sociedad conyugal, pues ello, aparte de

---

1891). Pero esto no es del todo exacto, por lo que ya hemos dicho (origen de la renuncia en las costumbres francesas, por ejemplo), y porque si bien es verdad ese giro en pro de la influencia romana, ello ha producido, mirando desde nuestros días, una tradición jurídica que ha venido a sustituir a la anterior y creado unas peculiaridades que son las que interesa resaltar.

la determinación legal precisa, es antecedente obligado de la apertura de la sucesión (367).

En tal supuesto, tanto la mujer como sus herederos podrán renunciar a la sociedad de gananciales.

Si la renuncia la efectúa la mujer por haber sido declarado su marido fallecido no parece que exista problema alguno, respecto de lo dispuesto en el artículo 196 citado. Pero si son los herederos de la mujer pueden plantearse una serie de problemas que es preciso examinar; en el primer caso, los derechos de la mujer comprendidos en su condición de miembro de la comunidad de gananciales, son derechos, o más bien condición, que ella ha adquirido originariamente por razón del matrimonio. En cambio, la posición jurídica ganada por los herederos de la mujer declarada fallecida en la sociedad de gananciales en trance de liquidación está sujeta a lo establecido en el propio artículo 196 del Código civil. Pero el derecho que adquieren sobre los bienes del patrimonio del declarado fallecido, sus herederos, no tiene otras modalidades que las limitaciones establecidas en el propio precepto citado (368), interesándonos aquí únicamente resaltar la prohibición de disponer a título gratuito hasta transcurridos cinco años de la declaración, entre ellas comprendida. Pues bien, esta disposición en nada puede afectar a la renuncia a la sociedad de gananciales efectuada por los herederos del declarado fallecido, puesto que de un lado el acto de renuncia no es un negocio a título gratuito, sin que tampoco lo sea a título oneroso, cuyo carácter abstracto evita todo encuadramiento dentro de esta clasificación, cuando por otro, teniendo presente el fundamento de la norma concreta que contemplamos su razón de ser, los herederos de la mujer no perjudican a su patrimonio normalmente renunciando (369) (370).

---

(367) La más autorizada doctrina no se ocupa de estas consecuencias, nacidas de la declaración de fallecimiento, sin que tampoco las excluya (V. SERRANO: *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, págs. 383 y sigs.; DE CASTRO: *Derecho civil de España*, II, págs. 549 y sigs.). Por el contrario, acepta lo dicho en el texto, CASTÁN: *Derecho civil*, ed. 1942, III, pág. 618. En cuanto a las razones aducidas en el texto, parece lógico, por otra parte, que si el Código establece en su artículo 195, 3.º, que por la sola declaración de fallecimiento el cónyuge presente no podrá pasar a ulteriores nupcias que todo lo demás le será permitido, y aun cuando se llegara a decir que la declaración de fallecimiento no disuelve la sociedad conyugal (SERRANO: *Op. cit.*, págs. 402 y sigs.; DE CASTRO: *Ibid.*), es dable pensar que la declaración de fallecimiento produce la disolución de la sociedad conyugal, al menos en cuanto a los bienes, o, en todo caso, la declaración de fallecimiento, concedida sin previa declaración de ausencia, producirá, al menos, la posibilidad de obtener la separación de bienes, efecto que acarrea la simple declaración de ausencia, y que en este caso puede renunciarse a la sociedad de gananciales (arts. 1.394, 1.417 y 1.433).

(368) V. SERRANO: *Op. cit.*, págs. 410 y sigs.

(369) Autor citado, *Op. cit.*, pág. 412.

(370) Otra cosa sería si en vez de tratarse de renuncia a la sociedad de gananciales, se tratara simplemente de los gananciales mismos, cuando no pudiera acreditarse que era una renuncia verdadera y propia, sino que ésta

Respecto del régimen del artículo 197 del Código civil, que establece las consecuencias de la revocación de la declaración de fallecimiento, entendemos, que tanto en el caso de que la renuncia sea efectuada por la mujer, o cuando lo sea por sus herederos, reaparecido el marido ausente declarado fallecido, o la mujer, en el mismo caso, por lo dispuesto en el artículo 1.364, sin que entrara en juego la prohibición del artículo 1.394, ha quedado establecido *ab initio* el régimen dotal, como el propio del matrimonio y como tal régimen es igualmente inalterable en esta circunstancia que en cualquiera otra, ya que la única excepción es la reconocida en el propio artículo 1.364, que es la que ha sido ejercitada; por tanto, en dicho régimen han de permanecer los cónyuges, situación que viene ratificada no sólo por el hecho de ser la renuncia irrevocable, sino por lo dispuesto en el propio artículo 197, que establece que el que sobreviviere únicamente recobrará sus bienes *en el estado en que se encuentren*.

3.º *La declaración de la nulidad del matrimonio* extingue la sociedad de gananciales (art. 1.417-1.º C. c.). Los efectos de la nulidad son los mismos que los de la disolución por muerte, salvo que el cónyuge causante de la misma pierde su derecho a los gananciales, compensándose la mala fe de ambos (arts. 72 y 1.417-2.º del C. c.).

B) Vamos a ocuparnos ahora de los supuestos contenidos en el artículo 1.433 del Código civil, o sea, aquellos en que la separación pueda solicitarse a *instancia de parte*. Estos supuestos, como ya hemos dicho inicialmente, no son tomados desde el punto de vista de la pretendida renuncia a la *continuación* en la sociedad de gananciales, cuya problemática ya hemos examinado, sino desde el ángulo propio del tema que nos ocupa.

Y así resulta que el artículo 1.394-1.º, *a sensu contrario* permite la renuncia a la sociedad de gananciales en el caso de *separación judicial de bienes*. Esto es lógico porque tal supuesto produce la

---

formaba parte de un negocio más complejo y a título gratuito. Si se trata de renuncia de gananciales es fácil presumir la liberalidad, cuando el activo de la sociedad de gananciales es sensiblemente mayor que el pasivo, no siendo tanto, lo normal es que se trate de conseguir una limitación de responsabilidad hasta el límite de esos gananciales. Pero si se trata de la sociedad misma, lo normal es que se trate de buscar primordialmente la exoneración de esa responsabilidad, doblemente justificada en la práctica por la falta de presencia de la mujer en el matrimonio y de su influencia en la administración de los bienes. De todos modos, efectuada la renuncia de los gananciales en términos hábiles en el supuesto contemplado, es decir, renuncia impropia a título oneroso y renuncia impropia a título gratuito, en el supuesto del artículo 197, cuando es revocada la declaración de fallecimiento por supervivencia del ausente, cabe preguntar: ¿podrá reclamar los gananciales renunciados o su importe? Sí, porque aunque este artículo previene que no podrá aquel reclamar de sus sucesores rentas, frutos, ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, los gananciales renunciados son en este caso propiamente *capital* y forman parte de su patrimonio, una vez que la sociedad conyugal hubo de quedar disuelta a estos efectos.

disolución de la sociedad a efectos patrimoniales, según el artículo 1.417-3.º y el 1.434-1.º. Pudiéndose llegar a tal extremo en virtud de la *interdicción civil*, *ausencia* y *divorcio*, a solicitud de cualquiera de los cónyuges según el artículo 1.433. Ahora bien, al disolverse la sociedad de gananciales, si es la mujer la que ha solicitado y obtenido la separación judicial, puede perfectamente renunciar a la sociedad, pues así lo establece el artículo 1.364 y no se lo impide precepto alguno; antes, al contrario, el artículo 1.394 facilita esa renuncia, no pudiendo entrar en estos supuestos en consideración los herederos de la mujer porque lógicamente no existen. Es decir, no se reconoce el derecho de renuncia a la mujer en estos casos porque se trate de separación judicial, sino porque ésta produce la disolución de la propiedad.

Ahora bien, una vez renunciada por la mujer la sociedad de gananciales, ¿se producirá en los supuestos a que el mismo se refiere el efecto que señala el artículo 1.439 del Código? Decididamente, no. Aparte de que toda renuncia, como hemos visto, es un acto de suyo irrevocable, existen otras razones particulares, que vamos a indicar. En efecto, el Código en el capítulo VI, título III del libro IV, que trata de «la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio», atiende a la materia propia de este epígrafe, y cuando conforme a ella establece los efectos del artículo 1.439 tiene presente únicamente la separación obtenida; pero si a esta separación añadimos la renuncia a la sociedad de gananciales se está en la consideración de un efecto que no se regula en este capítulo, sino en el IV con todas sus consecuencias. Pero aparte de esta razón de índole sistemática, que no se nos oculta puede parecer un poco artificiosa, está otra mucho más interesante y es que el propio artículo 1.439 señala una excepción respecto de la reversión que establece al decir: «sin perjuicio de lo que durante ésta (la separación) se hubiese ejecutado legalmente». Donde encaja perfectamente la renuncia establecida en el artículo 1.364 (371). No es obstáculo a ello tampoco la exigencia establecida en el párrafo segundo del artículo 1.439, respecto de la necesidad de hacer constar en escritura pública sus nuevas aportaciones, puesto que esto no supone la posibilidad de nuevas capitulaciones y, por tanto, la posibilidad de establecimiento de un régimen distinto, sino únicamente la fijación de sus respectivas aportaciones. Por último, la razón dada anteriormente respecto de la inalterabilidad del régimen económico del matrimonio, en cierto modo respetada por el artículo 1.439, al no entrar en función la reversión establecida en el mismo, toma aquí juego también en favor de la única alteración a la que en la práctica puede llegarse en virtud del artículo 1.364 en relación con el artículo 1.304.

---

(371) Bas y Rivas: *Op. cit.*, págs. 860-861.

en el supuesto antes contemplado del artículo 197 y en los del artículo 1.433, en el sistema rígido de nuestro Código civil.

2. *Presupuestos de la renuncia.*—*Tiempo en que ha de ejercitarse.*—La facultad de renunciar supone la de aceptar, y una y otra se plantean en el terreno de una *opción*, que necesariamente ha de ser tomada por uno de esos dos caminos: esto, aunque el Código no lo diga, no puede ser más lógico. Con tales términos aparece reconocido en el derecho francés y suizo, por ejemplo, donde una serie de desenvolvimientos legales consecuentes con el reconocimiento de la institución no dejan a esta huérfana de toda configuración legal, que la hagan poco menos que inservible, como sucede en el nuestro. Siendo imprescindible una concienzuda elaboración doctrinal tendente a esa configuración.

Ahora bien, a falta de normas concretas aplicables al caso, no hay más remedio que echar mano de las contenidas en el propio Código civil respecto de la aceptación y la repudiación de herencia, y esto por dos razones fundamentales: porque, de una parte, el artículo 1.394 contiene una referencia concreta a la garantía establecida en el artículo 1.001 en favor de los acreedores, y de otra, porque ambas renunciaciones, en lo que luego hemos de insistir, son de una idéntica naturaleza (372).

En virtud de esta asimilación hemos de decir, primero, que la facultad de aceptar, como contrapunto de la renuncia, se evidencia de una forma expresa o tácita (actos de disposición) por analogía de lo dispuesto en los artículos 999 y 1.000 del Código civil, añadiendo que el hecho de la aceptación evidencia la pérdida del derecho de renuncia.

Es justo también que sea de aplicación a esta materia el artículo 1.002, que previene que por la sustracción u ocultación de bienes de la herencia pierde el heredero el derecho de renunciar.

No cabe duda tampoco que los terceros interesados, de cuya garantía nos ocuparemos más adelante separadamente, no po-

(372) No pueden aceptarse como supletorias las normas establecidas en el derecho histórico castellano, antecedente del Código civil, según la opinión más generalizada, dados los términos en que está establecido el artículo 1.976 del mismo, y según tiene reconocida la jurisprudencia para diversas materias que también presentan una regulación insuficiente; así la sentencia de 4 de febrero de 1902, respecto de las causas de remoción del albaceazgo y las resoluciones de 11 de octubre de 1893 y 22 de enero de 1898, con relación a las particiones hereditarias. Pero aunque de otro modo fuera, tampoco la Ley 60 de Toro contiene regla alguna sobre este particular. Entre los autores de la doctrina antigua, MATENZO y LLAMAS y MOLINA, entienden que la mujer tiene cien días para la aceptación (LLAMAS y MOLINA, *Comentario crítico literal de las Leyes de Toro*, II, pág. 186). No es tampoco del todo correcto invocar el artículo 1.708, estableciendo como normas supletorias de la liquidación de la sociedad las de las sociedades civiles, porque la sociedad de gananciales no tiene de sociedad más que el nombre; ni tampoco el 406, que establece la misma referencia para la división de la cosa común, pues esta norma está pensada como se entiende unánimemente para la copropiedad, y no es precisamente, como ya hemos dicho, la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales.

drán instar la aceptación hasta pasados al menos nueve días de la muerte del cónyuge difunto, pero pasado este tiempo podrán hacerlo, como establece el artículo 1.004, respecto de la herencia, pues esta facultad es accesoria de la reconocida en el 1.001, que es aplicable también a la renuncia a la sociedad de gananciales, por lo dispuesto en el artículo 1.394. Por otra parte, la especialidad sólo se plantea cuando es la mujer la que renuncia, pues si son sus herederos, sus derechos de aceptar o renunciar, son accesorios de su aceptación de herencia y los terceros podrán instar ésta, es decir, el heredero que renuncia a la herencia renuncia a la sociedad de gananciales implícita en la misma, y el que la acepta puede, no obstante, renunciar a la sociedad, lo que supone en la práctica una derogación del principio de que no puede aceptarse o repudiarse en parte la herencia, proclamado por el artículo 990 del Código, aunque no lo sea en modo alguno porque renunciada la sociedad de gananciales, los bienes que hubieran ido a formar parte de la herencia, de no haberse renunciado aquélla, nunca han formado parte de la herencia aceptada.

Consecuentemente con ello se estará a lo dispuesto en el artículo 1.005, en cuanto al plazo de treinta días que el juez debe señalar para aceptar o renunciar, e igualmente si en estos trámites o en cualquiera otra circunstancia muriera la mujer, esta facultad se transmitirá a sus herederos conforme al artículo 1.006.

Pero no parece, en cambio, que tratándose de los herederos, unos puedan aceptar y otros renunciar, pues parece que el artículo 1.364 concede esta facultad a todos y han de ser éstos unánimemente los que han de ejercitarla; no se aplica pues la norma del artículo 1.007 respecto de la herencia.

En natural que para ejercitar el derecho de opción que supone la renuncia la mujer o sus herederos tengan el derecho de deliberar, pero es claro que no pueden aceptar la sociedad de gananciales a beneficio de inventario por analogía de lo establecido en el artículo 1.010, párrafo segundo del Código civil para la herencia.

Por último, ¿qué plazo tienen la mujer o sus herederos para aceptar o renunciar? Los mismos que se establecen para la aceptación o renuncia de la herencia (arts. 1.014 y sigs. del Código civil). Ello es lógico, no sólo por las razones de analogía anteriormente expuestas, sino por lo ligadas que van ambas cuestiones en la práctica. No hay razón alguna, por otra parte, para que se establezcan otros, y ya veremos después bajo qué forma ha de hacerse esta renuncia, pues de no constar ésta, ha de entenderse que la sociedad ha sido aceptada pasado el tiempo oportuno (373).

Estas normas son aplicables a los supuestos de disolución

---

(373) Normas parecidas, en líneas generales, establece el Código civil francés, artículos 1.408 y 1.453 y sigs.

por muerte o declaración de fallecimiento y aun a los de nulidad, cuyos efectos a este respecto son los mismos que en la disolución por muerte, ¿pero, y en los restantes supuestos? Ante la absoluta falta de reglas no hay más remedio que llegar a la misma conclusión que para los supuestos anteriores (374).

3. *Capacidad*.—Esta ha de ser la misma exigida para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, sin ninguna otra limitación.

Es decir, la capacidad para renunciar a la sociedad de gananciales por parte de la mujer no es igual a la capacidad limitada de la mujer casada, pues si es mayor de edad tiene plena capacidad para ello, pues por la disolución del matrimonio, o como consecuencia de su nulidad ha recobrado su plena capacidad, y cuando no ha sido así y es el juez el que sustituye al marido para completar su capacidad, su concurrencia no creemos que para tal acto vaya a ser necesaria, pues aun en los supuestos de interdicción, ausencia y divorcio, en que suele ser frecuente esa exigencia, el ejercicio de la facultad concedida a la mujer por el artículo 1.364 no tiene limitación alguna y por muchas construcciones que se vayan a hacer es preciso tener en cuenta que toda limitación de capacidad como ello supondría ha de ser tomada en sentido restrictivo, máxime en el caso de la mujer casada, la cual no es incapaz, sino que siendo capaz, presenta su capacidad ciertas limitaciones en su propio interés y decoro y en el de la superior unión de la familia, en lo que es unánime nuestra doctrina y jurisprudencia y así lo indica el propio Código en su artículo 1.263-3.º. Lo que ha quedado aún más claro después de la reforma de 1958.

Si la mujer es menor necesitará la concurrencia de su padre, madre o tutor, conforme al artículo 1.318.

Si la renuncia se realiza por los herederos de la mujer cuando sean éstos menores de edad se está en el mismo caso; únicamente que si sus intereses son contrarios a los del marido de aquélla, cuando éste deba dar el consentimiento por ser el padre de los que renuncien, habrá de nombrarse a éstos un *defensor judicial*, conforme al artículo 165 del Código civil.

4. *Forma*.—Así como las formas de aceptación de la sociedad de gananciales pueden ser muy diversas, no cabe duda que la renuncia en nuestro Derecho ha de hacerse necesariamente en escritura pública, ya que así lo establece el párrafo segundo del artículo 1.394, y si bien ha sido atenuada esta forma por la jurisprudencia para un supuesto de renuncia a los gananciales en el que la sentencia de 20 de noviembre de 1915 entiende que es sufi-

---

(374) En el Derecho francés se plantean problemas, a este respecto, por la diferencia de regímenes entre los artículos 1.463 y 1.456 para la mujer separada o divorciada o para la viuda, respectivamente. Véase DIDIER: *Op. cit.*, págs. 63 y sigs.

ciente cualquier forma auténtica, hemos de reconocer que la renuncia a los gananciales no es de tanta entidad e importancia como la renuncia a la sociedad de gananciales, y también porque suponiendo la alteración *ab initio* del régimen matrimonial ha de estarse a lo establecido por analogía en los artículos 1.319 y siguientes del Código civil, relativos al otorgamiento y modificación de las capitulaciones matrimoniales. Esta es la interpretación más segura, pero no obstante parece que con una interpretación benévola podría llegar a admitirse cualquier otra forma auténtica. De todos modos, no es preciso que el requisito de forma haya de cumplirse con independencia instrumental (374. bis).

5. *Efectos.*—Este problema están bien claro; si la hacen los herederos de la mujer, los frutos que hubieran sido gananciales serán íntegramente del marido, y si la hace la propia mujer, lo mismo, porque se entiende que los herederos han recibido también en su herencia los frutos que el marido debió hacer suyos por aplicación del artículo 1.357 y que de hecho hizo suyos por aplicación de la ficción legal que establece el artículo 1.364, de forma que en virtud de ésta al morir su causante ya estaban en su patrimonio. No hay, pues, acrecimiento, sino más bien alteración *a posteriori* del régimen matrimonial. En ello se pone de relieve el carácter *retroactivo* con que tales efectos se producen, alcance reconocido expresamente en la doctrina francesa (375) y aplicado también por el artículo 999 del Código para la renuncia a la herencia.

Asimismo, los efectos dichos, que por otra parte llevan consigo la exoneración de la mujer de toda responsabilidad por la gestión de la comunidad, se producen de una manera *irrevocable* (376), salvo fraude de acreedores, como establece el artículo 1.394. Particularidades que hemos de analizar separadamente.

Como vemos, pues, estos efectos se producen, de un lado, frente al renunciante, sus herederos y sucesores a título particular y, de otro, frente a los acreedores que no utilicen la facultad concedida en el artículo 1.001.

Antes de examinar estos pormenores vamos a establecer, puesto que ya tenemos elementos para ello, los caracteres de la renuncia a la sociedad de gananciales.

6. *Caracteres.*—Huelga decir que la renuncia a la sociedad de gananciales toma su naturaleza jurídica en los negocios jurí-

(374 bis) ¿Será preciso cumplir la prescripción contenida en el artículo 77 de la Ley del Registro Civil y 264 de su Reglamento? Entendemos que no es preciso hacerlo más que en los supuestos anormales de disolución del matrimonio.

(375) CABRIT: *Op. cit.*, pág. 175; DIDIER: *Op. cit.*, págs. 141 y sigs., etcétera.

(376) V. CABRIT: *Op. cit.*, pág. 173; DIDIER: *Op. cit.*, pág. 121 y bibliografía anteriormente citada en nota 262. De la misma opinión eran también los glosadores de nuestro antiguo derecho, ACEREDO, MATEOZZO y LLAMAS y MOLINA (*Op. cit.*, II, pág. 180).

dicos unilaterales, pudiéndose atribuir a dicha renuncia las siguientes características:

a) Es en primer lugar una renuncia verdadera y propia, es decir, *abdicativa* o *extintiva*, porque su razón de ser no toma juego nunca, más que en la exoneración de responsabilidad de quien la hace respecto de la gestión del marido sin que entre en consideración la atribución de cualquier clase de derechos a otra persona (efectos traslativos), revelándose su carácter *abstracto*.

b) Se la puede calificar de *preventiva*, porque referida a derechos que aún no están en el patrimonio del renunciante; con la renuncia se evita el que vengan a formar parte del mismo cuando la sociedad de gananciales ya disuelta está en trance de liquidación. Más que la renuncia debería ser llamada, como dice ROCA SASTRE, ciertamente, *repudiación*.

c) Es, por otra parte, fundamentalmente *declarativa*, por lo mismo que es preventiva, en el sentido de que con ella no salen bienes concretos del patrimonio del renunciante, pero también porque por ella se constata el hecho de que el régimen jurídico-patrimonial del matrimonio no es la sociedad de gananciales, sino el régimen dotal, en virtud del ejercicio de una facultad concreta concedida por la ley.

d) Y por último, como toda renuncia, es *concluyente* y, por tanto, *irrevocable*. Esto hace que la exigencia de su certeza indubitante lleve a la necesidad de una forma auténtica que en el presente caso, en términos generales, ya hemos indicado que estimamos ha de ser la notarial (377).

A la vista de tales efectos y caracteres hay que entrar en la consideración de cómo se producen aquéllos, es decir, con qué consecuencias de posibilidades y limitaciones, las que vamos a examinar por separado.

7. *Limitaciones*.—Ya hemos dicho que la renuncia produce efectos frente a los acreedores, pero estos efectos quedan supeditados a la facultad que en favor de los acreedores establece el artículo 1.001 en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.394 (no por lo dispuesto en el artículo 1418 que, como ya dijimos inicialmente, tiene objeto distinto).

Ahora bien, a BAS Y RIVAS le parece que esto no es posible, porque repugna a la naturaleza de la sociedad de gananciales (378), objeción que cae por su propio peso, pues se trata en estos casos de una sociedad en trance de liquidación (379). Pero hay otras

(377) El efecto irrevocable también se establece por el artículo 997 del Código civil para la aceptación o repudiación de la herencia.

(378) *Op. cit.*, pág. 859.

(379) De acuerdo, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, pág. 738, y RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 784-785. Esto no altera la consideración de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, ni supone que vaya a operarse en ella un cambio al estar en liquidación; lo que sucede es que disuelto el matrimonio no repugna ya lo que sin disolverse éste repugnaría a su especial naturaleza.

razones en contra que también apunta el autor citado y que se derivan del propio efecto del artículo 1.364 que hay que tener en cuenta y es que la necesidad de proteger a los terceros está bien satisfecha al quedar alterado el régimen matrimonial *a posteriori* y poderse dirigir aquéllos contra el marido o sus herederos.

Esta razón apuntada es admisible, pero con algunas atenuaciones. Así sucederá esto cuando sean acreedores del marido o de la comunidad, o que siéndolo de la mujer se haya obligado respecto de terceros con consentimiento del marido, porque en este caso o ha obligado a la comunidad (art. 1.416) o exclusivamente a los bienes parafernales (art. 1.387), o a los de la dote inestimada (art. 1.361), y en cualquiera de estos dos casos los acreedores podrán dirigirse o contra el marido o sus herederos, o bien contra los bienes de la mujer, los cuales no han cambiado de situación patrimonial por el hecho de la renuncia. Y no es verosímil pensar que éstos no existan, pues entonces no hubieran llegado a obligarse los terceros. En tales casos (reparaciones mayores en los bienes parafernales o de la dote inestimada, costas y gastos en defensa de esos mismos bienes en general, cargas de las donaciones onerosas) la posibilidad del fraude es muy escasa; pero aun en esos mismos supuestos contemplados y en otros (deudas anteriores al matrimonio, multas y condenas e importe de los gastos diarios usuales de la familia) en que la mujer responde pecuniariamente con sus bienes propios (parafernales o de la dote inestimada) cuando las deudas sean mayores que el valor de los mismos o carezca en absoluto de ellos, si hay gananciales, el renunciar a la sociedad perjudica a los acreedores, y éstos podrán aceptarla lo mismo que en el caso de la renuncia a los gananciales o a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales, pues, aparte de la distinción de estas categorías, ella no estorba a esta facultad de los acreedores, la cual tiene un carácter muy limitado y de alcances prácticos idénticos en una y en otras a este respecto por lo establecido en el artículo 1.001, párrafo segundo.

Por otra parte, este efecto configura, desde un aspecto negativo, el alcance de toda renuncia, como hemos visto, y no tiene razón de ser otra cosa desde el punto de vista práctico en virtud del cual se concede a la mujer o a sus herederos como facultad especial la renuncia a la sociedad de gananciales que se funda en la protección de sus derechos frente a la gestión del marido; como ya queda dicho y reiterado, pero que no le protege frente a su propia gestión, lo cual vendría a ser un absurdo jurídico en otro caso.

8. *Posibilidades*.—Están éstas en relación con los defectos que la renuncia produce respecto del que la hace y de sus herederos y sucesores a título singular y también desde cuando se producen o empiezan a contarse estos efectos.

Frente al que hace la renuncia, ésta produce el mismo efecto

que si ella misma, en el caso de la mujer, o su causante, en el caso de los herederos, hubieran contraído matrimonio bajo el régimen dotal.

Frente a los herederos y legatarios, el efecto será el siguiente: en cuanto a los herederos no podrán impugnar la renuncia por inoficiosa, porque no supone atribución de bienes y no es un acto de disposición a título gratuito, sino que apareciendo con un carácter mixto ofrece una estructura abstracta que impide revelar su onerosidad o gratuidad, aparte de que propiamente carece de cualquiera de ellas. Respecto de los legatarios lo único que cabe decir es que si el legado era de cosa ganancial habrá que estar a lo establecido para el caso de legado de cosa ajena.

Respecto de si hace falta para que se produzcan los efectos de la renuncia a la sociedad de gananciales el cumplimiento de algún otro requisito, hemos de pronunciarnos por la negativa, pues tratándose de un negocio unilateral, sin finalidad traslativa por otra parte, no precisa de la aceptación o asentimiento de nadie para producir sus plenos efectos (380).

Por último, siendo un negocio de carácter concluyente y consistiendo en un reconocimiento o declaración, no puede hacerse a plazo ni bajo condición o modo: necesariamente ha de ser puro y simple (381).

9. *La renuncia a la sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad.*—Es evidente que para que la renuncia haya de tener efecto frente a terceros cuando trascienda a bienes inmuebles ha de ser llevada al Registro de la Propiedad.

Este acceso al Registro unas veces se llevará a cabo por vía de *inscripción*, a través de la constancia en el título inscribible de la renuncia, cuando el marido o sus herederos traten de inscribir a su favor los que hubieren sido bienes gananciales de no haberse efectuado aquella. Pero a veces también podrá hacerse mediante *nota marginal* en la inscripción que tuvieren los bienes que adquiridos durante el matrimonio, es decir, antes de la renuncia, tuvieren la consideración de gananciales (381 bis).

(380) Esta es la opinión unánime de la doctrina, así, por ejemplo: BAZZUÈ: *Op. cit.*, pág. 21; SUBICIANO: *Op. cit.*, pág. 129; CIEV: *La filiazione*, Milano, 1927, pág. 142; GORLA: *L'atto di disposizione*, en «Stratto degli Annali della Università di Perugia», 1936, serie V, vol. XIII, pág. 54; ROCA SASTRE: *D. Hipotecario*, I, págs. 718 y sigs.

(381) Lo mismo establece el artículo 990 para la aceptación o repudiación de la herencia.

(381 bis) V. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, pág. 744; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La renuncia en Derecho inmobiliario*, en «Estudios», II, págs. 17 y sigs. Conforme a la nueva ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, la renuncia a la sociedad de gananciales debe tener acceso al Registro, conforme al artículo 77 de la citada Ley, que hace referencia a las *indicaciones marginales sobre régimen económico-matrimonial*; bien que toda esta materia ofrezca en la ley citada y en su Reglamento (ar.

10. *Utilidad práctica de la renuncia a la sociedad de gananciales.*—Considerada con arreglo a lo que queda dicho la renuncia a la sociedad de gananciales, no debemos lamentarnos porque su trascendencia sea bien escasa o por la consideración de que casi todos sus efectos puedan conseguirse por la *renuncia a los gananciales* (renuncia a los efectos y consecuencias de dicha sociedad), ya que, como dice BAS Y RIVAS, puede tener mayor relevancia en los supuestos de disolución anormal de la sociedad conyugal (arts. 1.417-3.º del Código civil), ofreciendo mayores ventajas que la pretendida renuncia a la *continuación* en la sociedad de gananciales en estos supuestos, y siempre, como reconoce el propio autor citado, ofrecer algún interés más destacado respecto de otras figuras afines cuando en casos extremos, por virtud de la aplicación del artículo 1.403 del Código civil (382), no se alcance a cubrir las garantías que a favor de los bienes de la mujer disponen los artículos 1.421 y 1.422 (383). Entonces el renunciar a la sociedad puede evitar tales inconvenientes sorteando así las consecuencias del concurso, donde puede verse obligada la mujer a discutir la preferencia de tales créditos con los acreedores de su marido, conforme a los artículos 1.911 y siguientes del Código civil, consiguiendo lo que no puede impedir la renuncia a los gananciales, constituyendo un freno para aquellos acreedores desaprensivos y evitando las molestias del mismo concurso (384).

¿Pero están empañados estos efectos liberatorios por la reforma del artículo 1.413 dispuesta por la Ley de 24 de abril de 1958? Entendemos que no, pues los derechos concedidos a la mujer por este precepto no son incompatibles con la facultad del artículo 1.364. En este sentido, como ya hemos apuntado, la reforma viene a reconocer lo que estimaba HINOJOSA era una característica de la formulación primera de la institución de la sociedad de gananciales en nuestro derecho histórico, concebida como dote del marido, y que se centraba en cierta intervención de la mujer en la administración de la sociedad (385).

Lo verdaderamente importante a nuestro propósito es fijar y concretar la existencia de la *renuncia a la sociedad de gananciales* como institución jurídica, cumpliendo una función de equidad y

---

títulos 264 y 265) una insuficiente regulación. Para esto puede verse Espín: *Manual de Derecho civil español*, I, Madrid, 1959, págs. 271 y 275-276.

(382) Establece las obligaciones que estarán a cargo de la sociedad de gananciales.

(383) En ellos se dice que cuando se haga la liquidación de la sociedad de gananciales se pagarán en primer lugar la dote y los parafernales, antes que las cargas y obligaciones de la sociedad.

(384) *Op. cit.*, págs. 852-853.

(385) V. DE CASTRO: *Apéndice al Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1958, págs. 44-52.

presentándose en nuestro Derecho, teniendo en cuenta sus precedentes históricos, con rasgos fisonómicos privativos y que pudieron haber tenido un alcance distinto si la codificación de 1889 no les hubiera cortado las alas en la forma en que lo hizo. Cuando, por otra parte, no faltarán arbitrios como los ya apuntados para extenderla a límites más amplios y sin que tropiece con el espíritu ni con la letra de la norma prohibitiva contenida en el artículo 1.394, párrafo segundo, del Código civil.



## Ambito y duración de la acción nacida del artículo 138 del Código civil

FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA

SUMARIO.—1. Planteamiento.—2. Estado de la cuestión: jurisprudencia y doctrina.—3. Replanteamiento del problema; cuestiones previas y generales.—4. Sentido y alcance del artículo 138 C. c.: A) El presupuesto de la paternidad biológica. B) El presupuesto de la naturalidad legal. C) Sistema que forman los artículos 130, 132 y 138.—5. Ambito de la acción: A) Positivamente determinado: supuestos de inclusión. a) Falta del requisito naturalidad. b) Falta de las prescripciones de la Sección. c) Personas perjudicadas. B) Negativamente determinado: supuestos de exclusión. a) Nulidad absoluta por faltar el requisito de la paternidad. b) Impugnaciones negociadas. c) Impugnación discrecional por el reconocido menor al llegar a su mayoría de edad. d) Impugnación consiguiente al ejercicio de una acción de estado preferente.—6. Algunas observaciones sobre la naturaleza de la acción ex artículo 138.—7. Prescriptibilidad de la acción. A) El estado civil y el orden público. B) La acción de impugnación y el artículo 1.936 C. c. C) ¿Caducidad o prescripción? D) Plazo de duración.

### I.

El artículo 138 C. c. dispone que *el reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo segundo del artículo 119, o en el cual se hayan faltado a las prescripciones de esta sección, podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique*. Previamente, en el párrafo tercero del artículo 133, establece el mismo Código que *el menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad*. Esta última acción, como se ve, tiene concedido un tiempo determinado para su ejercicio y la doctrina es unánime en entender que se trata de un plazo de caducidad. Pero en el artículo 138 nada se dice en cuanto a la duración—limitada o ilimitada y, en su caso, plazo—de la acción de impugnación en él concedida ni hay indicios, a primer examen, para deducir si una posible limitación temporal sería encuadrable en la figura de la prescripción o de la caducidad.

Contribuir a la solución de estos problemas—capitales de muchas cuestiones prácticas—será el objeto de la presente indagación.

## 2

El problema puede decirse que pasó desapercibido hasta que se planteó ante los Tribunales la primera contienda en que su solución era determinante de la del litigio y hubo de tomar partido la Jurisprudencia. Lo cual ocurre por primera vez en Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1929.

En ella se dice textualmente que «al impugnar la actora el reconocimiento hecho por su padre respecto del demandado, como hijo natural, indudablemente ejercita una acción personal, la cual sólo tiene de duración quince años, conforme al artículo 1.964 del C. c., toda vez que el artículo 138 del Código no le señala plazo especial». Como fundamento de esta solución aduce, además, la Sentencia que «no es legal ni moral que toda la descendencia de una persona quede pendiente por tiempo indefinido de la voluntad ajena en algo tan esencial para la vida jurídica y social como lo es el derecho a usar el apellido del progenitor» y que la estabilidad de las familias «no puede quedar a merced de las impugnaciones tardías hechas por otros parientes, contrariando actos de su causante que están obligados a respetar».

La publicación de esta Sentencia motivó ya algún comentario doctrinal. CASTÁN (1) consideró su doctrina muy discutible, inclinándose más hacia la, a la sazón dominante en la doctrina extranjera, es decir, la imprescriptibilidad, por tratarse de derechos que están fuera del comercio y que no son susceptibles de disponibilidad por los particulares, como lo confirma el artículo 1.936 C. c. que sin dificultad puede ser aplicado a la prescripción extintiva igual que a la adquisitiva; dicha institución—concluía—en el Derecho de familia está sustituida por la de la caducidad.

Con posterioridad a esta fecha los autores, en general, siguen silenciando el problema o se limitan a incluir una alusión a la Sentencia transcrita. Apenas si se encuentra alguna alusión crítica como la de MUCIUS SCAEVOLE en la edición revisada por ORTEGA LORCA (2), donde se afirma que «dado que toda acción tiene un término para su ejercicio, es de sentir que el Código no haya completado la doctrina del artículo determinando el tiempo durante el cual puede impugnarse. Ante este silencio debe acudir a las reglas generales de duración de las acciones, o sea a las relativas a su prescripción, de las cuales es pertinente la contenida en el artículo 1.964... El plazo resulta largo en demasía y hubiera sido

(1) En la «Rev. de Der. priv.», 1931, pág. 91.

(2) *Código civil*, 5.ª ed., III; Madrid, 1942, pág. 362 y 424.

conveniente que el Código fijase de manera expresa uno más limitado».

Todavía, el Tribunal Supremo ha tenido nueva ocasión de pronunciarse sobre la materia y lo ha hecho en el mismo sentido. En la Sentencia de 11 de diciembre de 1943 se vuelve a afirmar, en efecto, la aplicabilidad del artículo 1.932 C. c., así como la del 1.961, por lo que, como «se trata de una acción personal y han transcurrido desde que pudo ejercitarse los quince años que para la prescripción de tales acciones señaló el artículo 1.964 para cuando, como en este caso sucede, no tiene término especial de prescripción, por lo que no puede dudarse que la acción está prescrita». Se aduce en el quinto considerando que «no es admisible la equiparación que en el recurso se hace, a los efectos de la prescriptibilidad de las acciones, entre aquella por la que el interesado reclama su propio reconocimiento como hijo y aquella por la que otra persona, alegando derechos perjudicados, que no pueden considerarse imprescriptibles, impugna el reconocimiento ya hecho, pues en la primera se ejercita un derecho que puede considerarse inherente a la personalidad del hijo, y la segunda ataca una situación posesoria de un estado legal reconocido por ambas partes primariamente interesadas y, por tanto, cualquiera que sea la solución que se adopte en el primer caso, no puede extenderse al segundo, esencialmente diferente». Invoca, además, la doctrina de la Sentencia de 1929 y la de 29 de diciembre de 1927, la cual «expresa que el derecho consagrado en la Ley 11 de Toro es sustantivo en lo que afecta a la subsistencia de la acción, que puede ser ejercitada en cualquier tiempo, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción de las acciones personales».

Comentándola en relación con la precedente, dice BONET RAMÓN (3) que aunque la solución es muy progresiva y digna de alabanza, no tiene sólido fundamento positivo.

Es natural que una alusión a esta orientación jurisprudencial sea suficiente, dentro de los Tratados Generales (4), para completar el estudio del artículo 138 C. c. Pero no pensamos que ha habido absoluto quietismo en la aceptación de tal criterio. Aparte los comentarios ya aludidos de CASTÁN y BONET, voy a detenerme en tres posiciones doctrinales interesantísimas por su significación: la de ROYO MARTÍNEZ, la de ALBALADEJO y la de DE CASTRO; las dos primeras, por la significación que sus obras—general la del primero, monográfica la del segundo—han tenido en la renovación y floreciente impulso de los estudios sobre filiación en nuestra Patria durante los últimos años; la tercera, por el rigor científico que le caracteriza en la precisión del enfoque y solución de las cuestiones.

(3) En la «Rev. de Der. priv.», 1944, pág. 143.

(4) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 7.<sup>a</sup> ed. V-II; Madrid, 1958, pág. 63; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, II-2.º, Madrid, s. f., pág. 84; etc.

ROYO MARTÍNEZ (5), aun reconociendo que puede ser correcta en pura hermenéutica legal y por aplicación literal del artículo 1.964 la doctrina jurisprudencial expuesta, la considera desacertada por cuanto «los derechos de familia y los referentes al estado de las personas, o son imprescriptibles y el transcurso del tiempo no les afecta, o están sometidos a términos de caducidad mucho más breves de quince años, porque ninguna razón puede autorizar que se mantenga por tan prolongado lapso la incertidumbre e inseguridad respecto del estado de una persona. A mi juicio—añade—el silencio del Código no debió ser suplido por una norma que, al contraponer las acciones personales a las reales, denuncia por sí misma que está pensada para acciones de carácter patrimonial, sino por aplicación analógica de los términos de caducidad que respecto de la filiación legítima se señalan: pero, en todo caso, debe tenerse en cuenta que las acciones rescisorias y de nulidad duran sólo cuatro años (arts. 1.209 y 1.301), y si bien es cierto que estas son reglas consignadas al regular los contratos en general, no menos cierto es que, por carecer nuestro Código de una teoría general del negocio jurídico, las normas sobre los vicios del consentimiento y demás causas de invalidez de los negocios han de ser buscadas en las reglas de los contratos en general. Para corroborar esta opinión tenemos el dato de que el Código no confiere al hijo más que cuatro años para que impugne el reconocimiento (art. 133, párrafo 3) aunque los cuente desde el día en que puede ejercitar por sí la acción».

Tras estos razonamientos concluye el profesor Royo que «la acción de impugnación del artículo 138 no puede durar sino *a lo sumo* cuatro años contados, en principio, desde la inscripción o anotación marginal expresivas del reconocimiento en el Registro civil o, por excepción, desde que se conozca la causa de impugnación o se adquiriera capacidad para el ejercicio de la acción, aunque todavía me parece preferible aplicar por analogía los lapsos de caducidad más breves que el Código establece para las restantes acciones de estado».

ALBALADEJO (6), después de afirmar que «el problema de la duración de las acciones tiene como vértice la consideración de que, por un lado, su larga duración deja inseguro el estado civil de las personas y, por otro, la duración corta puede provocar la consolidación de un estado que discrepe con la realidad» y tras aludir al criterio jurisprudencial expuesto, distingue la duración de las acciones según se trate de nulidad o de impugnabilidad, en relación con la clasificación que propone de los supuestos de ineficacia.

Para él, el reconocimiento es nulo: 1.º, si el reconocido no es hijo natural del que lo reconoció; 2.º, por defecto de forma, y 3.º, por incapacidad psíquica del reconocedor. El reconocimiento es

(5) *Derecho de familia*, Sevilla, 1940, pág. 284.

(6) *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, pág. 211.

impugnabile: 1.º, por error obstativo; 2.º, por error vicio; 3.º, por intimidación; 4.º, por violencia, y 5.º, por dolo. Y, aunque válido, el reconocimiento es ineficaz: 1.º, por no haberlo consentido el hijo reconocido mayor de edad, y 2.º, por no haberlo aprobado el juez en los casos de aplicación del artículo 133, 2.º. Finalmente, considera que el reconocimiento, aunque sea válido en sí, es impugnabile, no obstante, por el reconocido, conforme al 133, 3.º.

No encuadran de una manera directa en este cuadro general los supuestos de actuación del artículo 138. Pero parece que los considera como casos de nulidad al afirmar que, conforme al 129, a *contrario sensu* no puede ser reconocido ni el no natural ni el no hijo; «tal reconocimiento—añade—sería nulo por ir contra lo dispuesto en la ley (art. 4, C. c.) y atacable a tenor del 138» (7). Por otra parte, los supuestos de invalidez por defecto de forma, hemos visto que los encuadra dentro del grupo de la nulidad y que, desde luego, ninguno de los supuestos de hecho del artículo 138 son encuadrables en los casos que él considera de impugnabilidad (pues es una impugnabilidad de tipo negocial) o de ineficacia; a lo sumo, alguno de aquellos supuestos de hecho podrían encuadrarse en este último grupo, dada la ubicación, dentro de la Sección, del artículo 133. Pero el autor no lo especifica.

Pues bien, con estos antecedentes, entiende ALBALADEJO que en caso de reconocimiento nulo, la acción debe ser imprescriptible (y no caducable) aunque sea por la consideración de que la inexistencia (nulidad), como tiene reiteradamente dicho el propio Tribunal Supremo con referencia a los contratos, es perpetua e insubsanable (8). Invoca también el artículo 263 del Código italiano de 1942, donde la acción para impugnar el reconocimiento contrario a la realidad es imprescriptible.

Para los casos que considera de impugnabilidad, entiende que, si se admite la tesis prescripción, la acción durará quince años conforme al artículo 1.964—plazo que considera excesivamente largo—y que acogiéndose a la tesis caducidad, podría aplicarse por analogía el plazo del artículo 133, 3.º, a contar desde que la intimidación o violencia cesaron o desde que se desvanezca el error o se aperciba el reconecedor de que fué objeto de una maquinación dolosa (9).

El profesor DE CASTRO considera indudable que a la caducidad corresponde remediar lo inseguro y claudicante de las situaciones amenazadas de impugnación, como la del hijo natural reconocido, señalando un plazo para el ejercicio de las acciones que no lo tienen

(7) *Op. cit.*, pág. 188.

(8) *Op. cit.*, págs. 212 y 213, donde se citan sentencias del Tribunal Supremo en materia de contratos.

(9) *Op. cit.*, pág. 215. Se refiere, como se ve, a la impugnación de tipo negocial y apoya su afirmación en el argumento de los arts. 102-2.º y 1.301-3.º y 4.º del C. c.

señalado en el Código, en especial, la nacida del artículo 138 (10). Y entiende que la laguna del Código es sólo aparente; porque, al no distinguir terminológicamente entre prescripción y caducidad y al no separar externamente el ámbito de ambas figuras, permite entender el precepto disponiendo que las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo (art. 1.961, C. c.), referido tanto a la hipótesis de la prescripción como a la de la caducidad, y así, en efecto, lo ha entendido el Tribunal Supremo. Admitido este punto de partida—concluye—se puede contestar la cuestión (en otro caso, sin respuesta) sobre cual sea el plazo de la caducidad cuando el Código no lo señale; por analogía con la situación de las acciones personales, que no tienen señalado término especial de prescripción, caducarán si durante quince años no se han ejercitado (art. 1.964, C. c.) (11).

Había, empero, cierta oscuridad en esta doctrina si se tenían en cuenta anteriores consideraciones del autor sobre el mismo artículo 138. Porque, clasificadas las facultades de estado en «dirigidas a la declaración del estado civil» y «para cambiar el estado civil», incluía el artículo 138 en el primer grupo, dominado por el principio de orden público, cuyo corolario sería la imprescriptibilidad (12). Posteriormente lo incluye, aunque implícitamente, dentro del grupo de las modificativas y, concretamente del subgrupo de las de impugnación por falta de requisitos esenciales. Este tipo de acciones—dice—tampoco es susceptible de prescripción (artículo 1.936), pero regularmente tiene fijado un plazo para su ejercicio, pasado el cual caducan (13); en esta construcción es en la que encaja aquella aplicación analógica del artículo 1.964. Finalmente, con motivo de la reciente reforma del C. c. por ley de 24 de abril de 1958, ha añadido una distinción muy interesante al decir que «las acciones de impugnación dirigidas a destruir *ex tunc* un estado ci-

(10) *Derecho civil de España*, II-1.º Madrid, 1952, pág. 93, en donde añade: «Sólo durante un tiempo limitado—y el menor posible—consiente la técnica jurídica un estado civil provisional.» Hay en este terminología una ligera contradicción con las consecuencias del tratamiento dado por él mismo a la materia, porque el reconocimiento sujeto a impugnación no origina un estado civil provisional, sino un estado sometido a impugnación, categoría diferenciada de aquella e integrante, con ella, del género «estado civil carente de firmeza» (cfr. págs. 86 y 87).

(11) *Op. cit.*, pág. 93. En la nota 2 analiza la Sentencia del T. S. de 18 de enero de 1929 y atiende que, aunque su técnica es imprecisa, como lo es también la del Código, sus resultados, que es lo que más importa, son exactos, puesto que la solución dada por ella, de que la acción de impugnación del artículo 138 del C. c. prescribe a los quince años, equivale a decir que con el transcurso de este plazo caduca la acción y hay que aplicar por analogía el artículo 1.964 del C. c., que señala el plazo más general de extinción de acciones por falta de ejercicio.

(12) *Op. cit.*, págs. 90 y 91; cfr. también págs. 97 y 98 y nota 1 de esta última. Debido, seguramente, a incluir en el artículo 138 la impugnación del reconocimiento hecho por quien no sea padre del reconocido. Acción que, como veremos, no nace del artículo 138.

(13) *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1957, págs. 156 y 157.

vil existente (aunque éste tenga la condición de claudicante mientras no caduca o se ejercita la acción), se distinguen, no sólo de las que persiguen la creación de un nuevo estado (con la consiguiente extinción del anterior) y de las declarativas de nulidad, sino también de aquellas otras que ponen término a un estado para volver al que se tenía antes» (14).

3

Por falta de un estudio específico sobre él, ha quedado el artículo 138 un tanto desdibujado: y sin una previa determinación de su ámbito de aplicación y de la naturaleza de la acción que regula, no es posible dar una solución de cierta garantía al problema de su prescripción o caducidad.

Respecto a la naturaleza de la acción, de un modo u otro, expresa o implícitamente, se viene considerando como *acción de estado*. Pero respecto del ámbito, la cuestión está completamente confusa; la acción nacida en artículo 138 o se considera como una categoría genérica y residual que abarca todas las hipótesis de impugnación del reconocimiento de la filiación natural, excepto la regulada en el artículo 133, 3.º (partiendo de este presupuesto implícito: el reconocimiento puede impugnarse o por el hijo menor al llegar a su mayoría de edad, conforme al 133-3, o por los demás—incluyendo, generalmente, también a aquél—, conforme al 138) (15); o bien se establece un cuadro exhaustivo de categorías doctrinales de ineficacia, en el cual queda el artículo 138 más o menos difuminado.

A mi modo de ver, ha influido mucho en esta situación de la doctrina la consideración—cierta, por otra parte—, del influjo del Código Napoleón y del italiano de 1865 sobre el nuestro, en materia de filiación, descuidando quizá el estudio del posible influjo de los precedentes patrios—Ley 11 de Toro, Proyecto de 1851, base 5.ª de la Ley de 1888 (16)—y la consideración lógica de la importancia que tiene un desvío o diferencia de matiz respecto al modelo, cuando en la institución se ha seguido al mismo en sus líneas generales: es evidente que si la regulación de la filia-

(14) *Apéndice al Compendio* cit., Madrid, 1958, pág. 27.

(15) Cfr. DE DIEGO: *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, VII, Madrid, 1927, pág. 277.

(16) Quizá el influjo más salutar de la obra del profesor ROYO, además de haber determinado un reflorecimiento de esos temas en nuestra doctrina, según he indicado antes, haya sido de destacar la importancia que las leyes de Toro tienen para el estudio e inteligencia de la regulación de la filiación en el C. c. y la constante atención—junto a los modelos extranjeros que sirvieron de pauta—a los precedentes patrios, principalmente al Proyecto de 1851, a las leyes de matrimonio y Registro civil y a la Ley de Bases de 1888. Se podrían enumerar muchas citas en comprobación de esta influencia.

ción natural en nuestro Código sigue fielmente al francés en casi todo, cualquier diferencia concreta puede tener importancia decisiva y debe ponernos en guardia respecto de su significado (17).

Y aquí radica precisamente, como veremos, una de las diferencias. Tanto el artículo 339 del C. c. francés, como el 188 del italiano de 1865 responden a un supuesto de hecho mucho más amplio que el de nuestro artículo 138. Aquél—339 del francés—permite la impugnación de *todo reconocimiento* del padre o de la madre, lo mismo que *toda reclamación* por parte del hijo y concede la acción a *todos* los que tengan *interés*; el italiano proclamaba también que *el reconocimiento* podía ser impugnado por el hijo o por *cualquiera* que tuviera *interés* (art. 188) y que la demanda para la *declaración de paternidad o de maternidad* podía ser impugnada por cualquiera que tuviera *interés* (art. 191). Sólo con considerar que no existe un precepto equivalente a nuestro 133-3.º y que es *communis opinio* la inaplicabilidad del 138 al impropiamente llamado «reconocimiento forzoso», ya se observa una primera diferencia de ámbito que aconseja insistir en ello hasta precisar a qué acciones de impugnación se refiere el artículo 138 y a cuáles otras posibles no se refiere, para mejor dictaminar sobre la duración de las en él comprendidas.

Esta primera diferencia de ámbito justifica el que los autores franceses e italianos (18) encuadren toda hipótesis específica de impugnación del reconocimiento en aquellos preceptos, distinguiendo, junto a ellos, las hipótesis genéricas de impugnación negocial, generalmente por vicios del consentimiento. Algunos incluyen también estos en la posibilidad del artículo 339 o 188, respectivamente; y ciertamente que los términos amplios en que se producen no significan obstáculo para ello. Y, sin embargo, es dudoso que ello pueda hacerse con referencia a nuestro artículo 138.

(17) Véanse consecuencias interesantes de este *modus operandi* en cuanto a lo que él llama «reconocimiento de hijos ilegítimos no naturales», en MARTINEZ RADÍO: *Notas acerca de la filiación ilegítima no natural*, en la «Rev. de Der. Priv.», 1957, principalmente págs. 370 y sigs.

(18) Cfr., entre los primeros, como autores de distintas épocas: LAURENT: *Principes de Droit civil français*, IV, 3.ª ed., Bruselas-París, 1878, págs. 105-109; AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, 5.ª ed., IX (revisado por BARTIN), París, 1917, págs. 260 y 261; BEUDANT: *Cours de Droit civil français*, 2.ª ed. por R. BEUDANT y LAREBOURS-PIGEONNIERE, III (con la colaboración de BRETÓN), París, 1936, págs. 262-270; COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. de la 2.ª ed. francesa, anotado por DE BUEN, 2.ª ed. (revisada por CASTÁN), I, Madrid, 1941, págs. 584-587; PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, 2.ª ed., II (por RONAST), París, 1952, págs. 708-715; SAVATIER: *Cours de Droit civil*, I, 2.ª ed., París, 1947, págs. 208-210; MEZEAUD-MEZEAUD y MEZEAUD: *Leçons de Droit civil*, I, París, 1955, págs. 511-512; MARTY y RAJNAUD: *Droit civil*, I, París, 1956, págs. 908-911. Entre los autores italianos anteriores a la reforma pueden citarse, como más significativos, DUSI: *Della filiazione* en el *Trattato de Vassalli*, Nápoles-Turín, 1924, págs. 648-651; CIGU: *La filiazione*, Turín, 1938; CARRESI: *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milán, 1940.

Pero, en este caso, la diferencia no se limita a una distinta formulación de los preceptos homólogos: la diferencia entre nuestro artículo 138 y el 339 del Código francés (o 188 y 191 del italiano de 1865) es más honda y responde a una diferencia matiz en la *concepción total* de la institución «reconocimiento» en uno y otro sistema; la diferencia de matiz yo me atrevería a sintetizarla en estos términos: en nuestro sistema, el reconocimiento tiene más de *negocial*—de «convencional», diría, si el término no se prestase a equívocos—que en sus habituales modelos; pesa, más que en ellos, la voluntad frente a la realidad biológica.

En efecto; si se compara, por ejemplo, nuestro artículo 135 con el 340 francés (aun en la redacción que le dió la Ley de 16 de noviembre de 1912) se observa que, mientras el nuestro—con propiedad o impropiedad, pero evidenciando una concepción determinada del instituto—habla de que «el padre está obligado a reconocer», el francés dice que «la paternidad puede ser judicialmente declarada» (y los 189 y 191 del italiano se refieren a la indagación de la paternidad, añadiendo el 192 que la sentencia que declara la filiación natural produce los efectos del reconocimiento). Lo mismo respecto de la maternidad: cfr. artículo 136 C. c. español y 341 del francés (190 italiano).

A continuación, tanto el 135 nuestro como el 340 francés (tras la reforma de 1912) enumeran supuestos más o menos semejantes; pero aun en los que presentan mayor semejanza late la misma diferente concepción; el número 1.º del nuestro habla de «escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad», mientras que el 3.º del francés, de «cartas o cualquier otro escrito privado emanado del pretendido padre y de los que resulte una confesión inequívoca de paternidad».

En este mismo orden de cosas, es muy interesante observar que en el Código Napoleón el reconocimiento no requiere consentimiento del hijo mayor ni aprobación judicial del hecho a favor de un menor, como tampoco acción de impugnación «discrecional» a éste al llegar a su mayoría de edad (19); y lo mismo sucedía en el derogado Código italiano. Nuestro artículo 133 es, por tanto, plenamente original y contradictorio con sus habituales modelos.

Cabría también observar que la prohibición de reconocer hijos adulterinos e incestuosos es directa en el artículo 335 del Código francés (con las excepciones establecidas en la Ley de 30 de diciembre de 1915) y en el 180 del Código italiano; en el nuestro se deduce *a contrario* del artículo 129 y su impugnabilidad es, como veremos, condicionada (20).

(19) Vid. PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, pág. 708.

(20) Véanse interesantes consecuencias de esta última diferencia en MARTÍNEZ RODÍO (*Op. cit.*, pág. 373), quien observa, además, que no hay en nuestro Código precepto que prohíba su reconocimiento, semejante al 119 para la legitimación por subsiguiente matrimonio, y que del 129 y 138 sólo se deduce que no pueden ser reconocidos «como naturales». Cfr. también

Aquel diferente papel que la voluntad desempeña en el sistema de nuestro Código, ha sido ya destacado por algunos autores modernos, aunque quizá excesivamente referido y limitado al problema de su naturaleza. DÍEZ PASTOR, por ejemplo, se expresa en estos términos: «El reconocimiento de los hijos naturales se aproxima, en el C. c. al reconocimiento-admisión— Es un negocio jurídico voluntario que otorga al hijo un estado civil con cierta independencia del hecho biológico en que la filiación tiene su origen» (21). DE BUEN había ya señalado que «los derechos del hijo no nacen, en relación con su padre, del hecho de la filiación, sino del hecho del reconocimiento, pues la filiación, aun probada, no produce efectos si no le acompaña aquél, a no ser que la prueba resulte de una acción criminal por violación, estupro o raptó» (22); naturalmente, esta última afirmación hay que entenderla referida a la llamada investigación de la paternidad, no a la de la maternidad. ROYO MARTÍNEZ obtiene, sobre la base de esta voluntariedad, la admisibilidad en nuestro sistema del reconocimiento privado y del tácito (23). También aparece destacado tal carácter en los anotadores de ENNECERUS: «Constituye—escriben PÉREZ y CASTÁN (24)—más bien que un medio de prueba un acto de voluntad o negocio jurídico dirigido a establecer un vínculo de familia. Aunque su carácter sea un tanto complejo, participa más, dentro de la concepción de nuestro Código y de la jurisprudencia, de la naturaleza de reconocimiento-admisión que de reconocimiento confesión... en nuestro Derecho el reconocimiento presenta un cierto carácter *bilateral* más o menos acentuado según los casos; si el reconocido es mayor de edad, es necesario su consentimiento, cualquiera que sea la forma del reconocimiento (art. 133-1.º) y si el hijo es menor de edad se requiere la aprobación judicial—que equivale en cierto sentido a una aceptación del reconocimiento—cuando se practique éste, no en el acta de nacimiento ni en testamento, sino en otro documento público (art. 133-2.º). Por otra parte, el beneficiario menor de edad puede, en todo caso, impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad (art. 133-3.º), lo que implica una fática aceptación del mismo en cuanto no se ejercite esa acción dentro del plazo legal». Por su parte, BORRACHERO dice: «Pues bien, si en el reconocimiento se exige el consentimiento del hijo cuando es mayor de edad; si cuando éste es menor se precisa la aprobación

---

GONZÁLEZ PÉREZ: *La inscripción en el Registro civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales*, en la «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 1954, págs. 12 y sigs., y PERÉ FALUY: *La filiación y el Registro civil*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, págs. 860 y sigs.

(21) *La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio según la Constitución*, en «Rev. de Der. Priv.», 1933, pág. 30 de la separata.

(22) *Notas a la Op. cit.* de COLIN y CAPITANT, I, pág. 602.

(23) *Op. cit.*, págs. 267-278.

(24) *Notas a la trad. esp. del Tratado de Derecho civil de ENNECERUS, KIPP y WOLF*, IV-2.º, pág. 210.

judicial; si a pesar de ello se le concede un plazo de cuatro años para impugnar el reconocimiento cuando llegue a la mayoría de edad, no cabe duda de que el legislador al regularlo pensó atribuir a dicho negocio jurídico carácter bilateral»... etc. (25).

Yo no creo que pueda llegarse a tales consecuencias en cuanto a la naturaleza y caracteres del reconocimiento en nuestro sistema; me parecen más técnicas las obtenidas por ALBALADEJO (26) que lo considera «acto jurídico en sentido estricto» y le atribuye carácter unilateral. Pero juzgo de interés aportar aquellos testimonios, en los que late la preocupación por destacar la importancia de la voluntad en el reconocimiento que regula nuestro Código porque, en este aspecto y frente a los Códigos francés e italiano, la observación es absolutamente justa y puede ser fecunda.

En una medida simplemente *per relationem*, diríase que, frente a tales modelos, la filiación natural reconocida está en nuestro sistema más cerca de la adoptiva y menos inmediata a la legítima de lo que aparece en aquéllos. Y es muy interesante que, recientemente, en la doctrina francesa, para censurar y combatir los abusos que, sobre la base precisamente del artículo 339, se vienen cometiendo al impugnar—generalmente tras el divorcio—por falta del presupuesto biológico los llamados «reconocimientos de complacencia», se haya argumentado brillantemente sobre la irrevocabilidad de la filiación *ficticia* que supone la adopción (27): ello, pese a las diferencias señaladas, principalmente la innecesariedad del consentimiento expreso o tácito del reconocido en el sistema francés.

Estas observaciones habrán de ser tenidas en cuenta al analizar los casos de impugnación por la falta de presupuestos—falta de paternidad o de naturalidad legal—en el reconocimiento.

Una última observación, con relación a la supuesta laguna legal del artículo 138.

Ciertamente, nuestro Código civil es parco e insuficiente al regular la invalidez del reconocimiento (como lo es en tantas otras cuestiones relativas al mismo). Ciertamente, por ende, que sus lagunas deben ser suplidas con criterios obtenidos del Derecho comparado, de la doctrina del negocio jurídico—y de la regulación legal del contrato—(28) y con lo que pudiéramos llamar «criterios ins-

(25) Reconocimiento sucesivo de hijos naturales, en la «Rev. de Der. Priv.» 1953, pág. 292. Cfr. también PÉREZ PEÑA: *Tratado* cit., pág. 71.

(26) *Op. cit.*, págs. 33-52 y 70-74.

(27) RALINCOURT: *Reflexions sur l'article 339 du Code civil*, en «La semaine juridique», 16 julio 1958, 1442-II. Se alude también a la «legitimación adoptiva» introducida en los artículos 368-370 del Código por Decreto-Ley de 29 de julio de 1959 y ampliada por Ley de 17 de abril de 1957.

(28) No interesa aquí determinar si el reconocimiento es un negocio jurídico o un acto jurídico en sentido estricto; bástenos—y creemos que en ello no hay duda—afirmar que es un acto jurídico en sentido amplio y genérico. Y no interesa ulterior precisión, porque, en tema de impugnación,

titucionales», criterios deducidos del conjunto de la institución, pero—entiéndase bien—de la institución «legal», aunque haya que recomponerla para ello: no con criterios teóricos deducidos de la institución tal como doctrinalmente se conciba.

Pero no es menos cierto que en esta tarea integradora es preciso contar con lo poco que hay: no parece método adecuado, afirmada aquella insuficiencia, construir dogmáticamente un cuadro teórico y científico de la invalidez del reconocimiento para luego obtener de él las consecuencias relativas a la duración de la acción de impugnación al margen quizá, desvinculadas, de *lo poco* que hay en el Código relativo a estos problemas. Cuando se encuentra el fósil parcial de una especie extinguida, no se reconstruye su estructura, so pretexto de insuficiencia, prescindiendo de lo hallado, sino en función de ello. Y, mientras los resultados, tal vez injustos o poco prácticos, de la investigación no aconsejen una interpretación correctora de la ley, el método a emplear deberá ser el de la interpretación integradora de la misma. Interesa, pues, aquí, partir de lo poco que en la ley existe—teniendo en cuenta que, muchas veces, en ella *existe* también el silencio—para acometer la búsqueda de la solución adecuada al problema propuesto.

## 4

Con estas ideas tratemos de obtener ahora el sentido y alcance del artículo 138 C. c.

La base de partida viene determinada por tres afirmaciones directamente obtenidas del Derecho positivo:

1.<sup>a</sup> El reconocimiento exige el consentimiento del reconocido mayor de edad (art. 133-1.<sup>o</sup>).

2.<sup>a</sup> Cuando el reconocido es menor, aparte la aprobación judicial, en su caso, (art. 133-2.<sup>o</sup>), puede impugnarlo dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad (art. 133-3.<sup>o</sup>).

3.<sup>a</sup> Cuando el hijo reconocido fuese ilegítimo *stricto sensu* (29), o cuando en el reconocimiento se haya faltado a las prescripciones de la Sección 1.<sup>a</sup>, Capítulo IV, Título V, Libro I, del Código civil, puede ser impugnado por aquellos a quienes perjudique.

Sobre estas afirmaciones, y recordando lo dicho en el apartado anterior respecto de las diferencias con el sistema francés, observemos, en primer lugar, que, dándose el presupuesto bioló-

---

el resultado es el mismo: los autores que defienden la tesis «acto jurídico en sentido estricto» lo consideran *semejante a los negocios jurídicos* y reconocen que prácticamente su regulación es análoga a la de éstos. (Cfr. ALBALADEJO, págs. 51 y 52; BORRACHERO, pág. 292, nota, 2, etc.).

(29) De la definición de «hijo natural», contenida en el segundo párrafo del artículo 119, se excluyen, justamente, los legítimos, además de los ilegítimos *stricto sensu*; pero ello es intrascendente—por prácticamente implantable y teóricamente absurdo—a los fines de nuestro estudio.

gico de «paternidad» y la condición legal de «naturalidad» el reconocimiento es, por lo menos, ineficaz (30) si el reconocido no lo acepta (simplemente, porque no quiera aceptarlo) y pierde su eficacia si el reconocido, que por su minoridad no lo aceptó, lo impugna al llegar a su mayoría de edad (simplemente, porque quiere impugnarlo) (31).

Por otra parte, es ocioso entrar aquí en el análisis de si la acción de declaración de paternidad es o no personalísima del hijo—y su ejercicio, por tanto, discrecional en él—como parece deducirse del artículo 137-1 (32) porque, como luego veremos, el 138 no se refiere a tales supuestos.

Tenemos, en suma, que desde un punto de vista *limitativo*—poniendo la oración por pasiva—los presupuestos constitutivos del reconocimiento, es decir, la paternidad y la naturalidad, ceden ante la voluntad del reconocido. Si éste *no quiere*, no hay reconocimiento eficaz, aunque sea hijo y lo sea natural.

Ante esta realidad del valor prevalente de la voluntad del reconocido, junto a la por todos admitida del carácter voluntario, incoercible, del reconocimiento por parte del reconocedor (33), vale la pena replantear el problema en la voz activa de la oración, y preguntarnos, desposeídos de todo prejuicio doctrinal, sobre la validez del reconocimiento sano en su voluntariedad, pero desposeído de alguno de sus presupuestos fácticos, la paternidad o la naturalidad.

A. Los autores, tanto franceses (34) o italianos (35) como

(30) Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 160-167, 180 y 209.

(31) SÁNCHEZ ROMÁN entendió que la impugnación cuatrienal del artículo 133-3.º era referible sólo a la falta de verdad en la relación paterno-filial y no al perjuicio que del reconocimiento pudiera seguirse para el reconocido, y sobre esta base y la tesis del «reconocimiento-confesión» emitió juicio favorable del párrafo 3.º del artículo 133, junto a las críticas que le mereció el párrafo 1.º por hacer depender la eficacia del reconocimiento de la voluntad del hijo (*Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., V-2.º, Madrid, 1898, págs. 1028, 1029 y 1035). Tal interpretación (en la que el propio autor parece dudar, cfr. pág. 1039), seguida por algunos autores, no parece objetivamente exacta y resulta mejor fundada la que sostiene la impugnabilidad del 133-3.º, aun en los casos de reconocimiento objetivamente inatacable. (Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 221-223.)

(32) Véase, sin embargo, el sentido de la jurisprudencia en Sentencias de 13 de mayo de 1902, 26 de marzo de 1904, 29 de diciembre de 1916, 24 de febrero de 1917 y 25 de junio de 1955.

(33) Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 57-59.

(34) LAURENT: *Op. cit.*, pág. 121; AUBRY y RAU: *Op. cit.*, pág. 260; BÉDANT: *Op. cit.*, págs. 265-268; COLIN y CAPITANT: *Op. cit.*, pág. 585; PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, págs. 708-715; CARBONIER: *Droit civil*, I, París, 1955, pág. 512; MARTY y RAINAUD: *Op. cit.*, pág. 908, etc. No todos, sin embargo, consideran, según veremos, la acción imprescriptible.

(35) DUSI: *Op. cit.*, pág. 648. COSATTINI, en su original clasificación de la invalidez, dimanante de su concepto y virtualidad del título de estado, lo califica de «anulabilidad absoluta» (*Il riconoscimento del figlio naturale*, Pauda, 1942, págs. 220-243). Ciertamente lo considera como un supuesto de impugnación del estado» (pág. 164 de la 2.ª ed., Turín, 1951), etc.

los que en nuestra doctrina han abordado la cuestión (36), afirman que es nulo de pleno Derecho o inexistente el reconocimiento de quien no sea hijo, es decir, aquel en el que falte el presupuesto biológico de la paternidad.

Considero que, con referencia a él, la conclusión es correcta, en base al argumento que ALBALADEJO refiere por igual a ambos presupuestos (también al de naturalidad) (37): el artículo 4.º C. c., en relación con el 129 interpretado *a contrario*: Porque el que no es hijo no puede ser reconocido y si lo fuese, el reconocimiento sería un acto ejecutado contra lo dispuesto en la Ley.

Ello referido, naturalmente, a los casos en que conste o se pruebe la no paternidad del autor del reconocimiento. Dada la naturaleza de esta prueba existirán, de hecho, muchos reconocimientos funcionando como plenamente válidos en los que, sin embargo, faltará el presupuesto biológico de la paternidad. Pero este resultado contrario a la verdad, se da también, y con mayor energía, en la filiación legítima por efecto de las presunciones de legitimidad; nótese que, efectivamente aquí la abstracción de la realidad es todavía más fuerte, pues se trata de una paternidad *impuesta*, con prueba contraria absolutamente tasada y referida sólo a un *numerus clausus* de situaciones, de tal forma que la prueba plena de la no paternidad, si no sigue los cauces de la ley, es totalmente inoperante; en cambio, en la filiación natural reconocida se trata de una paternidad *presunta*: demostrada mediante la prueba plena la no paternidad, sea cual sea esta prueba, la presunción queda del todo destruída. La diferencia, como se ve, es esencial.

B. En cuanto al presupuesto de la naturalidad creo que no puede seguir la misma suerte que el de la paternidad biológica, a pesar de que los autores lo involucran siempre con ella: «Por propia esencia de la institución—dice ALBALADEJO—sólo pueden ser reconocidos los hijos del reconocedor y, además, tales hijos han de ser naturales. El artículo 129 dice que el hijo natural puede ser reconocido por el padre o por la madre. *A contrario sensu* no puede ser reconocido ni el no natural ni el no hijo. Tal reconocimiento será nulo por ir contra lo dispuesto en la ley (artículo 4.º C. c.)» (38).

Este argumento podrá ser válido referido al Código francés o al italiano de 1865 que prohíben expresa y directamente el reconocimiento de los hijos adulterinos o incestuosos y que estructuran la acción de impugnación en términos muy amplios. También, como he dicho ya, lo juzgo válido con referencia al requisito de la paternidad: pero con referencia a la naturalidad, la situación es muy diversa en nuestro Código.

(36) ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 187.

(37) *Op. cit.*, pág. 188.

(38) *Op. cit. y loc. cit.*

La diferencia me parece notoria: El artículo 138 presupone la paternidad: «El reconocimiento hecho a favor de un hijo...»: luego sólo es aplicable a los casos en que exista esta realidad biológica: cuando falta, el precepto no es aplicable y el artículo 4.º encuentra expedito el camino de su vigencia. Pero cuando, supuesta la paternidad biológica, falta el requisito de la naturalidad («... que no reúna las condiciones del párrafo segundo del artículo 119», sigue diciendo el 138) es cuando se dan los presupuestos de actuación de este último precepto, es decir, es cuando el reconocimiento resulta *impugnabile* con una *impugnabilidad*, además, *limitada* a aquellos que resulten perjudicados y *condicionada*, por tanto, a la existencia efectiva del perjuicio.

Los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley son, efectivamente, nulos, con nulidad de pleno Derecho: pero añade el artículo 4.º: «salvo los casos en que la misma ley ordene su validez»; y cuando regula su impugnación limitada y condicionada, de rechazo, ordena su validez en los casos en que no han podido ser impugnados porque no causan perjuicio, o, de hecho, no han sido impugnados por quienes estaban legitimados para ello: los perjudicados con el reconocimiento del hijo ilegítimo no natural. Y no creo que quepa alegar aquí imprecisión técnica en la redacción del artículo 138, si se tiene en cuenta en qué distintos términos están redactados los artículos 101 y 102: y, aun así, a la vista de este último precepto, nadie podrá afirmar que el matrimonio entre raptor y raptada, por ejemplo, es nulo de pleno Derecho por imperio del artículo 4.º.

Si, pues, en nuestro sistema pesa más la voluntad que en el sistema francés: si los términos del artículo 138 dan lugar a una interpretación progresiva (30) que no cabe conforme a los artículos 335 y 339 del francés, ¿por qué hemos de seguir admitiendo como dogma importado que el reconocimiento del hijo ilegítimo no natural es nulo de pleno Derecho?

Que el reconocimiento de los hijos ilegítimos *stricto sensu*, no es, en principio, nulo en nuestro sistema, sino simplemente impugnabile, lo corroboran, además, sus precedentes pre-legislativos:

El artículo 127 del Proyecto de 1851, inmediatamente después de prohibir, en todo caso, la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, añadía en el segundo párrafo: «Sin embargo, todo reconocimiento del padre o de la madre, o de los dos juntos, podrá ser impugnado por un tercer interesado, después de muerto el que hizo el reconoci-

---

(30) Deliberadamente quiero evitar en este trabajo toda consideración de eutelegenesia. Pero que la posibilidad de reconocer la filiación ilegítima no natural, mientras no perjudique a la familia legítima—en cuyo caso ya hay «perjudicados» y es por ellos impugnabile—, supone una interpretación progresiva, me parece evidente. (Vide, por todos, el elocente estudio de PERÉ RALTY: *Op. cit.*, págs. 861-864 y las citas allí consignadas.)

miento», con lo cual se da a entender: 1.º que la impugnación supone una excepción a la prohibición de investigar la paternidad e maternidad extramatrimonial; y 2.º que tales reconocimientos impugnables por falta de naturalidad legal eran válidos durante la vida del autor del reconocimiento y aun después de su muerte si no había ningún *tercer interesado* que lo impugnase.

Y la base 5.ª de la ley de 1888, después de trazar las directrices a que había de acomodarse la investigación de la paternidad y la legitimación de la prole, añadía: «... y reservando a terceros perjudicados el derecho de impugnar así los reconocimientos como las legitimaciones cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley». No parece que el legislador se fijase en el modelo francés, ni pensase en la nulidad de pleno Derecho a la hora de establecer los cimientos de lo que habían de ser los artículos 128 y 138 del futuro Código.

Ahora bien; esta interpretación del artículo 138, esta posibilidad, en principio, de que sean reconocidos hijos ilegítimos no naturales. ¿abarca todos los supuestos? ¿Son simplemente anulables todos los reconocimientos de hijos extramatrimoniales?

Evidentemente, no. Aquella interpretación del artículo 138, ya lo he dicho, significa sólo la posibilidad, en principio, la ruptura de la barrera que opone el artículo 4.º. Pero el «sistema» es necesario completarlo, para ulteriores precisiones, con otros preceptos.

En primer lugar, con el artículo 130: Si el autor del reconocimiento no tenía capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción no entra en juego la llamada «presunción» de naturalidad y, conforme al 129, no puede ser reconocido (40).

En segundo lugar, el 132 que demuestra que aquel «reconocimiento presunto» del 130 se refiere sólo a hijos cuya ilegitimidad *stricto sensu* no resulta del autor del reconocimiento.

En tercer lugar, con referencia al reconocimiento procedente de la madre, el artículo 109 en relación con el 108: el hijo se presumirá legítimo *aunque la madre hubiese declarado contra su legítimidad*. Si lo reconoce como natural, el reconocimiento es nulo y el hijo sigue presumiéndose legítimo. Y no parece que, aun después de reconocida la paternidad por el marido quepa, en hipótesis normal, tal reconocimiento; cabría acaso admitirlo en los casos excepcionales en que, nacido el hijo pocos días después de los ciento ochenta siguientes a la celebración del matrimonio, fuese desconocido por el marido, conforme al párrafo segundo del artículo 108 y pudiera la madre demostrar, por la madurez del feto, que fué concebido antes del matrimonio; pero, sobre ser hipótesis muy rara, ello no resta fuerza como argumento al artículo

(40) Tampoco quiero abordar el problema de si puede serlo en concepto de hijo ilegítimo no natural. Vide, respecto de tal problema, los interesantes trabajos, ya citados, de GONZÁLEZ PÉREZ, PERÉ RALUY y MARTÍNEZ RABÍO.

109, porque seguiría pudiéndose aplicar la presunción del 130: la madre casada tenía capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción.

Finalmente—y creo que ello es decisivo—el artículo 140-2.º del C. c.: El reconocimiento por parte del progenitor casado, o el reconocimiento conjunto por parte de los progenitores con impedimento indispensable, no confiere al hijo el estado civil de hijo natural reconocido sino que, conforme al 139, sólo le confiere derecho a alimentos.

El nuevo Reglamento del Registro civil, de 14 de noviembre de 1958, parece concebido también sobre este presupuesto; establece, en efecto, que «para inscribir el reconocimiento se requiere acreditar: 1.º Si es de padre y madre conjuntamente, que al tiempo de la concepción pudieron casarse, sin dispensa o con ella. 2.º Si es por uno sólo, que en tal tiempo tenía capacidad legal para contraer matrimonio (41).

También son nulos y no simplemente impugnables los reconocimientos de hijos no naturales, aun realizados, conforme al artículo 130 por el progenitor soltero o viudo, cuando el hijo está inscrito como legítimo del progenitor casado o, de cualquier modo, se halla amparado por un título de estado en concepto de tal. A ello se oponen: el artículo 109 si es la madre la casada y libre el reconocedor, ya que si la propia madre no puede declarar contra su legitimidad, menos se admitirá tal declaración procedente de un tercero (42); y si el casado es el padre y reconocedora la madre libre, existirá la cuestión prejudicial del delito de suposición de parto (arts. 468 y 469 del C. p.) y, en el mejor de los casos, entraría en juego el artículo 140 C. c., incompatible con el 130.

C. Con todo ello nos encontramos ante un sistema trabado, en el que el artículo 138—éste es, a mi juicio, su verdadero sentido—es una pieza que completa las de los artículos 130 y 132. Trataré de explicarme.

---

(41) Claro que al añadir en su último párrafo «para acreditar estos extremos basta la declaración del padre o padres, bajo su responsabilidad y con las formalidades del reconocimiento, en el mismo acto o en otro ulterior; la afirmación contenida en la correspondiente aprobación judicial o la comprobación, sin edictos o proclamas, en expediente gubernativo», podría pensarse que el reconocimiento que examinamos es también sólo impugnabile. No creo que sea así: la consideración de que no es la inscripción o anotación en el Registro civil el título de estado de hijo natural reconocido (reafirmada, a mi juicio, en la nueva regulación registral) y, sobre todo, el «bajo su responsabilidad» con que se produce este párrafo son suficiente indicio para estimar el caso como de nulidad invocable por todos.

TORRES AGUILAR, sin embargo, y con referencia al C. c., dió por supuesto que el reconocimiento hecho por el progenitor casado de un hijo adulto era sólo impugnabile (*La anotación del reconocimiento de hijo natural*, en la «Rev. Crif. de Der. Inn.», 1952, págs. 48, 49 y 51).

(42) Cfr. MARTÍNEZ RADÍO: *Op. cit.*, pág. 372.

Recién promulgado el Código, produjo cierta perplejidad el que, prohibiéndose que en el reconocimiento unipersonal su autor revelase el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo (art. 132), se permitiese luego impugnar tal reconocimiento en base, precisamente, a la prueba de que aquella persona tan sigilosamente velada (cfr. su párrafo 2.<sup>o</sup>) no podía casarse con el autor del reconocimiento al tiempo de la concepción (art. 138). En el propio GARCÍA GOYENA se aprecian ciertas dudas al respecto cuando, comentando el artículo 127 del Proyecto, dice que la impugnación deberá hacerse «atacando la forma del instrumento, por no ser auténtica o ser irregular, o bien su contesto, si ha sido dictado por el fraude o la mentira, pero sin entregarse por esto a averiguaciones odiosas ni a pesquisas infamantes, de las que no hubiera prueba ni aun indicio en el mismo instrumento» (43); en otros pasajes, sin embargo, duda de esta opinión, hasta el punto de que NAVARRO AMANDI, al exponer la suya, no sabe si citarlo a favor o en contra. Este último, NAVARRO AMANDI, dice: «Si en el Código estuviese sólo el artículo 138 no cabría duda de la posibilidad de impugnación fundada en que la persona que no concurrió a reconocer estaba incapacitada legalmente para casarse, pero el artículo 130 conduce a la solución contraria, porque si la presunción admite prueba en contrario, el artículo es totalmente inútil»; y con referencias al Derecho francés, añade: «además, carecerían de razón todas las precauciones que la ley toma para que no se revele ni se sepa el nombre de la persona que no concurre al reconocimiento. Fácil es de ver todo lo que puede producir ésta facultad de una declaración solitaria, pero vale más para la sociedad tolerar lo que ignora que saber lo que debe castigar» (44). La influencia francesa en tales apreciaciones es manifiesta. También MAURESA entendió que la presunción del artículo 130 y la prohibición del 132 quedaban subsistentes en toda su fuerza, pese al artículo 138 y que la impugnación podría sólo establecerse cuando el padre que reconoce aisladamente no tiene el requisito del artículo 130, es decir, cuando no pudiera casarse libremente al tiempo de la concepción y, por tanto, el hijo no fuese natural; «de este modo—concluye—la impugnación se contrae al hecho mismo del reconocimiento y a la persona que lo realiza, sin invalidar lo dispuesto en el artículo 132» (45).

Sin embargo, la opinión contraria, la opinión de que el artículo 138 exceptuaba la prohibición impuesta en el 132, fué dominante: la mantienen, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN (46),

---

(43) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, pág. 145.

(44) *Cuestionario del Código civil reformado*, I, Madrid, 1880, pág. 222.

(45) *Comentarios del Código civil español*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1943, I, página 650.

(46) *Op. cit.*, págs. 1010-1021; con alguna reserva en la pág. 1041.

VALVERDE (47), DE DIEGO (48), etc., y, entre los autores recientes, PUIG PEÑA (49), ESPÍN (50), etc. Y ésta fué la interpretación que prevaleció en la Sentencia de 9 de junio de 1893. En ella el Tribunal Supremo, afirmando que «las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse mediante la prueba en contrario, excepto en los casos en que la misma ley prohíbe combatirlas», consideró permitido «contrariar la presunción establecida en el artículo 130, puesto que el 138 concede a las personas que resultasen perjudicadas por el reconocimiento del hijo, acción eficaz para impugnarlo, no solamente cuando se hubiera faltado a las prescripciones relativas al acto del reconocimiento, sino también cuando éste recayere en favor de un hijo que no reúna las condiciones que, para ser calificado de natural, requiere el artículo 119».

Por consiguiente, ni parece exacto afirmar que los hijos ilegítimos *stricto sensu* son reconocibles como naturales al amparo del artículo 130 (51), ni calificar de «provisional» el reconocimiento hecho, conforme al mismo (52), ni entender siquiera que «no es posible en Derecho—aunque lo sea de hecho—el reconocimiento de los hijos naturales presuntos que no sean realmente naturales» (53), o que «esta posibilidad de reconocimiento por uno solo de los padres del hijo no natural es tan sólo una *posibilidad de mero hecho*, pero no una posibilidad legal (54).

No. A mi modo de ver el sentido del Código es otro: ante las ventajas e inconvenientes que tenían las dos soluciones extremas—reconoscibilidad de los hijos incestuosos o adulterinos; prohibición absoluta de este reconocimiento—optó por una solución intermedia que, además, no es mala: tales hijos son reconocibles por el progenitor que pudiera serlo en concepto de natural, omitiendo los datos del otro progenitor (incompatibles con el carácter de naturalidad) y sólo en tanto en cuanto esta permisión no causase perjuicios o, si los causaba, los perjudicados

(47) *Tratado de Derecho civil español*, 2.ª ed., Valladolid, 1921, IV, págs. 418, 419 y 435.

(48) *Op. cit.*, pág. 272.

(49) *Op. cit.*, pág. 85.

(50) *Op. cit.*, pág. 240.

(51) NAVARRO AMANDI: *Op. y loc. cit.*; MANRESA: *Op. y loc. cit.*

(52) PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN: *Notas cit.*, pág. 210; DE BUEN: *Op. cit.*, pág. 602.

(53) ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 112, nota 230. Sin embargo, considera tal reconocimiento como válido hasta la impugnación. «El padre—dice—no debe reconocer tal hijo, pero si lo reconoce, sólo mediante Sentencia provocada por una impugnación, se podrá acreditar, a los efectos de la nulidad de su reconocimiento, que éste recayó sobre un hijo no natural.»

(54) ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, IV, pág. 240. Si se tiene en cuenta el segundo párrafo del artículo 132 no parecen exactas las apreciaciones de estos dos últimos autores, porque entonces, cuando los datos revelasen la ilegitimidad no natural no se habrían de tachar simplemente, sino que producirían la nulidad total del reconocimiento.

no quisieran impugnarlo. Si los «perjuicios» los referimos a la familia *legítima*, el sistema puede considerarse hasta bueno.

Véase cómo en esta descripción del sistema aparecen sucesivamente los artículos 130, 132 y 138.

En tales circunstancias no podemos decir que el reconocimiento sea presunto o provisional ni que sea nulo. Aparte de que lo presunto es el carácter de natural y no el reconocimiento (55), lo que verdaderamente caracteriza al acto y al *status* resultante es su carácter válido pero claudicante. De las dos categorías en que divide DE CASTRO los estados civiles «carentes de firmeza», el que ahora nos ocupa no es implicable en la primera («estado civil provisional»), sino en la segunda («estado civil sometido a impugnación») (56).

Con tal de que no cause un perjuicio hecho valer y de que no conste el origen y la causa de su ilegitimidad *stricto sensu*, nuestro Código civil *permite el reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales en concepto de naturales* por parte del progenitor que podía tener este carácter (57).

Que esta interpretación de nuestro sistema encaja perfectamente en el articulado del Código, me parece evidente; y que resulta beneficiosa y progresiva—sin entrar aquí en argumentaciones de eutelegenesia—se induce con una atenta consideración de la reforma italiana: El artículo 180-2.º del Código de 1865 prohibía terminantemente el reconocimiento de hijos incestuosos; el 251 del vigente lo prohíbe también, pero añade: «salvo que éstos—los padres—al tiempo de la concepción ignorasen el vínculo existente entre ellos. Cuando uno solo de los padres haya tenido buena fe, el reconocimiento del hijo puede ser hecho sólo por él». También prohibía el núm. 1 del mismo artículo del Código derogado el reconocimiento de los adulterinos; y hoy, el artículo 252 del vigente lo permite por parte del progenitor que al tiempo de la concepción no estuviese unido en matrimonio; e incluso por el que estuviese unido, si lo reconoce después de muerto el otro cónyuge, aunque en este caso, habiendo hijos legítimos o legitimados, o descendientes legítimos de ellos, se necesita Decreto real, y no cabe si aquéllos no han cumplido la mayoría de edad o no han sido oídos (58).

(55) AFBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 113.

(56) *Op. cit.*, págs. 86 y 87.

(57) Con el mismo criterio deben interpretarse los artículos 135 y 136 del C. c. Cuando se accione a su amparo contra *uno solo* de los progenitores que fuese soltero al tiempo de la concepción, no incumbirá al actor probar que el otro también lo era, sino que bastará con que el demandado *no pruebe* quién sea el otro progenitor y el impedimento indispensable para que judicialmente se declare la paternidad. Es el corolario del art. 130.

Cabe, efectivamente, que el demandado alegue y pruebe la paternidad del otro progenitor y el impedimento indispensable y entonces no prosperará la demanda. La estructura es la misma que en la impugnación.

(58) Véanse interesantes comentarios sobre este aspecto de la reforma (y que refuerzan las razones que se dan en el texto para la interpretación

Por lo demás, no debe asustar el que pueda tener válido estado civil de hijo natural reconocido el que, en realidad, ha sido concebido en circunstancias distintas a las del artículo 119, pues ello no es consecuencia privativa de esta interpretación del 138. En efecto; también respecto del artículo 119 aplica la doctrina la presunción *iuris et de iure* de que la concepción ha podido tener lugar indistintamente en cualquiera de los instantes comprendidos en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al parto (59), con lo que resulta que un hijo concebido de hecho cuando sus padres no eran libres para contraer matrimonio entre sí, puede, sin embargo, ser reconocido si desaparece el impedimento indispensable (disolución del vínculo preexistente) después de la concepción, pero todavía dentro de aquellos ciento veinte días primeros de los trescientos que precedieron al parto.

## 5

Este es el sentido «institucional» del artículo 138 C. c. Es muy posible que su alcance, intencional o subjetivamente, no fuese otro en el legislador; y que la doble alusión—al art. 119, 2.º y a las «prescripciones de esta Sección»—fuese debida, únicamente, a que los artículos 130 y 132 estaban ubicados en distinta Sección que aquél. Con todo, sus términos nos obligan a inquirir su alcance objetivo y a determinar, en suma, el ámbito de la acción nacida *ex* artículo 138.

Para mayor claridad, conviene determinarlo positivamente (A) y negativa o limitativamente (B), pues sólo enunciando qué acción nace de él y qué otras posibles impugnaciones del reconocimiento quedan fuera de él, aparecen precisadas sus fronteras con la nitidez deseable y necesaria a una adecuada solución del problema de su duración.

A) Fundamentalmente, la acción *ex* artículo 138 precisa la concurrencia de dos requisitos: el primero es alternativo: que el hijo reconocido no tenga la condición legal de natural (a), o que se haya faltado en el reconocimiento a las prescripciones de la Sección (b); el segundo es común: que, con el reconocimiento, se origine perjuicio al impugnante (c). Los examinaré por separado:

a) Ya hemos visto en el apartado anterior que el supuesto

propuesta de nuestro Código) en MESSINEO: *Manuale de Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., II-1.ª, Milán, 1952, pág. 138, y en DUCA: *La filiazione illegittima*, Roma, 1954, págs. 78-82.

(59) Cfr. ROYO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, pág. 260. No creo, sin embargo, que pueda aplicarse en todo caso la presunción con este carácter *iure et de iure*. Deberá ceder su rigidez, por ejemplo, cuando se halle en conflicto con las presunciones de la filiación legítima. Véase lo dicho (*supra*, 4. B, al final) sobre la posibilidad de reconocimiento por madre casada del hijo presunto legítimo, pero cuya legitimidad ha sido legalmente desconocida por el marido de la madre.

primario de actuación del artículo 138 era que en el hijo reconocido no concurriese la condición de natural: nacer fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción pudieran casarse sin dispensa o con ella (art. 119, párrafo segundo). Si un hijo de tales características fuese reconocido por el progenitor que, al tiempo de la concepción, tenía capacidad legal para contraer matrimonio (art. 130), silenciando la persona del otro progenitor (art. 132), con el cual el matrimonio no era posible, el reconocimiento *podrá* ser impugnado por aquellos a quienes perjudique.

Incumbe al impugnante la prueba de quien sea el otro progenitor, y del impedimento indispensable existente entre ambos; en este sentido—y no en el de calificar de «presunto» al reconocimiento—está empleado el giro «se presumirá» por el artículo 130: el alcance de la presunción—*iuris tantum*—no es otro, en cuanto tal, que el común a esta clase de presunciones de desplazar el *onus probandi*.

b) Veamos ahora de cuantas maneras se puede faltar, en el reconocimiento, a las prescripciones de la Sección:

1.º Reconociendo al hijo, no su progenitor, sino un tercero.

Parece que, en tal hipótesis, se ha faltado a la prescripción del artículo 129 y que el reconocimiento será conforme al 138, simplemente impugnabile por los perjudicados.

No creo sea ésta, sin embargo, la solución adecuada. El artículo 129 trata, simplemente, de dar validez al reconocimiento conjunto y al reconocimiento unipersonal y no de excluir los reconocimientos hechos por terceros, con mandato o sin él; éstos están excluidos no sólo por el artículo 129, sino de toda la Sección Primera y del Capítulo IV que trata *de los hijos*; por tanto, el reconocimiento que hiciese un extraño no faltaría a las prescripciones de la Sección, sino que caería fuera de ella y del Capítulo entero: no sería reconocimiento. Por construcción—la misma palabra lo indica—éste es un acto personalísimo, como unánimemente reconoce la doctrina (60).

Pero, además, el artículo 138 no puede ser referido a semejante hipótesis porque, según sus propios términos, cuando se haya faltado a las prescripciones de la Sección es impugnabile «el reconocimiento hecho a favor de un hijo» y es absurdo referirlo a un hijo ajeno. La locución «reconocimiento hecho a favor de un hijo» es común a los dos supuestos—falta de naturalidad, falta a las prescripciones de la Sección—en que después se bifurca.

Procede, pues, excluir esta hipótesis de la actuación del artículo 138.

2.º Reconocimiento unipersonal en el que, su autor, no te-

(60) Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 70, y las notas allí consignadas. Estudia también el «poder para reconocer».

nía capacidad legal para contraer matrimonio, referida al tiempo de la concepción.

Tampoco puede admitirse como reconocimiento, sólo impugnabile por haberse faltado a la prescripción del artículo 130. No; lo que ocurre es que, conforme a tal precepto, el hijo no se presume natural, no es actuable la tolerancia que el precepto supone, en el conjunto del sistema, para reconocer hijos en realidad ilegítimos *stricto sensu*, según ha quedado expuesto en apartados anteriores.

Como en el caso anterior, una cosa es faltar a las prescripciones de la Sección y otra caer fuera de ella, fuera de los presupuestos de hecho a que sus normas se refieren.

### 3.º Reconocimiento aformal.

Cuando se reconoce a un hijo natural fuera del acta de nacimiento, de testamento, o de otro documento público (61), no hay duda de que se ha faltado a las prescripciones de la Sección.

En tal caso, con la interpretación aquí mantenida, el reconocimiento será válido pero claudicante: simplemente impugnabile por aquellos a quienes perjudique... solución que resulta un poco chocante si la referimos a un reconocimiento verbal, por ejemplo.

La cosa merece, por ello, una consideración más atenta.

En primer lugar hay que distinguir entre reconocimientos inciertos o dudosos y reconocimientos aformales. Los primeros no constituyen verdadero reconocimiento, jurídicamente hablando, y hay que excluirlos: no constituyen falta a las prescripciones de la Sección.

En segundo lugar, observemos lo extraño que resulta el que, en caso de reconocimiento deliberado, consciente y libre, aunque aformal, no quiera el reconocedor formalizarlo aunque sólo sea por comparencia ante el Encargado del Registro civil.

Y, finalmente, que los reconocimientos ciertos, *indubitados*, pero aformales, no entran en la órbita del reconocimiento voluntario, sino en el supuesto de hecho del mal llamado reconocimiento forzoso, si se interpretan debidamente los números 1º y 2º del artículo 135 y 1º del 136 del Código.

Es decir, que: o no hay reconocimiento de ningún género (si el escrito es dubitado o la actitud del supuesto autor indirecta o equívoca), o tal reconocimiento aformal no es sino el supuesto de hecho de la declaración judicial de paternidad o maternidad, en cuyo caso no es que se haya faltado a las prescripciones de la

---

(61) A las tradicionales formas de reconocimiento del artículo 131 del Código civil hay que añadir hoy la introducida por los artículos 49 de la nueva L. R. c. y 185, párrafo segundo, del Reglamento: «Declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos». Véase, además, la amplia ejemplificación de documentos públicos a tal respecto contenida en el artículo 185, párrafo primero, del R. R. c. El requisito de la solemnidad ha quedado ciertamente facilitado.

Sección, sino que se ha hecho lo suficiente para que, conforme a ella, exista reconocimiento judicialmente declarable (62). El artículo 131 viene a ser, así, el tabique distribuidor entre las dos categorías de reconocimientos o, si se quiere, entre los reconocimientos y las declaraciones judiciales de paternidad. Y a estas —como en seguida veremos— no le es referible el artículo 138.

El «reconocimiento aformal», si existe con certeza, es un reconocimiento *privado* o *tácito*, susceptible de adquirir forma solemne conforme a los artículos 135 y 136 (ROYO MARTÍNEZ) u *homologación judicial* (PERE RALUY); o bien, si se quiere, es una *prueba tasada* para la declaración de paternidad (ALBALADEJO). En todo caso, insisto, entra en la órbita de los artículos 135 y 136 del C. c. a los que no se refiere el 138 (63).

Y si algún caso excepcional y concreto de reconocimiento cierto, consciente, libre e indubitado, escapase a esta malla de exclusiones, no creo que hubiese inconveniente doctrinal alguno en admitir la consecuencia legal de su simple impugnabilidad. Aparte, claro, de su inadmisibilidad para ser inscrito en el Registro (cfr. art. 185 R. R. c.).

4.º Reconocimiento de un mayor de edad sin su consentimiento o de un menor de edad sin la aprobación judicial cuando sea legalmente precisa.

ALBALADEJO, configurando un requisito y otro como *condicio iuris*, considera tal reconocimiento como válido, pero ineficaz (64). Creo, sin embargo, que, *de lege lata*, semejante reconocimiento es más bien impugnabile por aquellos a quienes perjudique (aunque, naturalmente, el consentimiento o la aprobación sobrevenidos enervarían la impugnación), ya que ni pasa ni deja de ser un reconocimiento «en el cual se ha faltado a las prescripciones de esta Sección», concretamente, al artículo 133 en sus dos primeros párrafos; y entonces entra en acción el 138. Con ello, además, la situación aparece más homogénea con la del reconocimiento del menor de edad que, conforme al párrafo tercero del mismo artículo 133, es por él impugnabile al llegar a la mayoría de edad.

(62) No puedo entrar aquí, sin apartarme del tema prepuesto, de la debida interpretación de los artículos 135 y 136 del C. c. y de la crítica que merece la restrictiva jurisprudencia recaída sobre ellos. Me limito, por ello, a remitirme a las continuadas censuras que cada Sentencia ha merecido de CASTÁN TOBEÑAS en sus respectivos comentarios en la «Rev. de Der. Priv.», 1920, pág. 271; 1925, pág. 71; 1927, pág. 138; 1928, pág. 26, y 1931, pág. 167. Cfr. también los excelentes comentarios de MELÓN INFANTE a la Sentencia de 8 de octubre de 1951, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, págs. 367 y sigs. y las opiniones de PERE RALUY en *La filiación y el Registro*, cit., loc. cit.

(63) Téngase en cuenta, además, que hoy, conforme al artículo 49 de la L. R. c., en los supuestos de los artículos 135-1.º y 2.º y 136-1.º del C. c., puede inscribirse la filiación natural *mediante simple expediente gubernativo* aprobado por el juez de Primera Instancia, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada, notificada personal y obligatoriamente.

Será, por otra parte, inadmisibile en el Registro: «No se puede inscribir el reconocimiento—dice el artículo 186 R. R. c.—sin que resulte acreditado el consentimiento del hijo o la aprobación judicial exigida».

Naturalmente, todo ello se refiere a la *falta o defecto* de consentimiento o de aprobación. Si uno u otra fuesen desfavorables o negativos, el supuesto escapa a la aplicabilidad del artículo 138, pues no se trataría de reconocimiento en el que se ha faltado a una prescripción de la Sección, sino que, cumplida tal prescripción, el resultado ha sido contrario al reconocimiento y éste, por ende, no llega a existir como acto jurídico completo.

5.º Que las posibles faltas a los artículos 135 y 136 (el 134 no contiene prescripción legal alguna, sino simple enunciado de derechos concedidos) no implican impugnabilidad de la declaración judicial de paternidad; es decir, que el artículo 138 no es referible a ellos, me parece evidente. Aparte otras consideraciones doctrinales, hay un argumento legal que juzgo irrefutable: la acción dirigida a obtener tal declaración judicial promueve, sin duda, una cuestión relativa al estado civil de las personas y, conforme al párrafo segundo del artículo 1.252, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

Por consiguiente, aun cuando la paternidad hubiese sido declarada faltando a las prescripciones de los artículos 135 o 136, el perjudicado por ella, al impugnar tal «reconocimiento», tropezaría con la barrera, en tesis general infranqueable, de la eficacia—también respecto de él—de la cosa juzgada (65).

Estas observaciones son válidas también para el artículo 137, que es complemento de los dos anteriores.

c) Pero, además de faltar el requisito de la naturalidad en el hijo, o de haberse faltado a las prescripciones de la Sección en el reconocimiento, es necesario, para que nazca la acción *ex* artículo 138, que con tal acto se haya causado un perjuicio a otra u otras personas.

¿A qué personas y a qué perjuicios se refiere el precepto?

En orden a las personas, parece evidente que el artículo 138 no ha querido referirse ni al autor del reconocimiento ni al reconocido. Cuanto al primero, porque si su voluntad ha sido consciente y libre, es irrevocable (66); y si no lo hubiere sido, podrá atacar el reconocimiento *como acto jurídico*, conforme a la doctrina del negocio jurídico; es decir, conforme a la regulación positiva del contrato, acción que—volveremos sobre ello—es distinta de la aquí examinada, ya que mira no al acto como reconocimiento sino al reconocimiento como acto. Cuanto al segundo, porque o lo aceptó—y si su aceptación estuvo viciada le competarán tam-

(64) *Op. cit.*, págs. 165 y 168.

(65) Cfr. MUCIUS SCAEVOLE: *Op. cit.*, pág. 425.

(66) Cfr. ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 74-77 y las citas allí consignadas.

bién las acciones correspondientes al acto jurídico de la aceptación—o, en otro caso, lo puede impugnar conforme al artículo 133-3.<sup>o</sup>. Queda, sin embargo, el caso en que, habiendo ya caducado esta acción, se entere de que falta el requisito de la naturalidad o de que se han faltado a las prescripciones de la Sección y que exista, además, perjuicio para él.

No creo, aun así, que el artículo 138 esté redactado pensando en él; y lo demuestra el hecho elocuentísimo de que la base 5.<sup>a</sup> de la Ley de 1888, precedente inmediato y vinculante de este precepto, dice: «...y reservando a *terceros* perjudicados el derecho de impugnar así los reconocimientos como las legitimaciones, cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley». También el Proyecto de 1851 hablaba de *terceros* interesados.

Y es curioso que, con referencia al artículo 330 del Código francés—en el que concurren estas circunstancias—, y para evitar las impugnaciones por falta de veracidad de los llamados «reconocimientos de complacencia» (impugnaciones frecuentes en Francia tras el divorcio del reconocido y la madre del reconocido), RALINCOURT propugna una reforma del citado precepto, o su interpretación jurisprudencial correctora, *en el sentido de limitarlo a terceros* (67).

Con todo, como el supuesto cabe dentro de la letra del artículo 138 de nuestro Código, y como su interpretación en tal sentido puede ser beneficiosa, no hay inconveniente en admitir la impugnación por el propio reconocido siempre que se den los dos requisitos necesarios para su ejercicio: también el de resultar perjudicado.

: Qué clase de perjuicio?

Sucede algo parecido. El artículo está redactado, seguramente, pensando en el perjuicio patrimonial. La expresión «terceros perjudicados» de la base 5.<sup>a</sup> tiene este sabor patrimonial y casi hipotecario que se adivina haber inspirado el artículo 138. Y, desde luego, el 128—único análogo, como veremos, al que examinamos—limita la acción de impugnación de la legitimación a los que se crean perjudicados *en sus derechos*.

Y esta fué, desde luego, la primera interpretación doctrinal del artículo 138. SÁNCHEZ ROMÁN, por ejemplo, escribía: «debiendo, sin duda, entenderse por *perjuicio* el que les cause el indicado reconocimiento de un hijo natural en sus derechos, que no pueden ser otros que los sucesorios» (68); y, en el mismo sentido, METIUS SCARVOLA se preguntaba: «¿y quiénes han de considerarse perjudicados para este efecto?... Todos aquellos—contesta él mismo—que por virtud del reconocimiento puedan experimentar una reducción en sus derechos sucesorios o perder éstos, por ejemplo» (69).

(67) *Loc. cit.*, principalmente VIII.

(68) *Op. cit.*, pág. 1040.

(69) *Op. cit.*, pág. 425.

También es ésta la orientación jurisprudencial:

La Sentencia de 24 de diciembre de 1913 declaró que «la facultad de impugnar la legitimación y el reconocimiento, otorgado a favor de hijos que no tengan la condición legal de naturales, consignada en los artículos 128 y 138 C. c., de modo claro y preciso se establece y confiere a los que se crean perjudicados o realmente lo hayan sido en sus derechos, y atendido que la actora asienta la acción ejercitada y funda su demanda en el hecho de ser sobrina carnal del difunto D. R. M., basta tomar en cuenta este parentesco, base primordial de la presente litis, para deducir como indudable consecuencia, que no siendo doña M. P. M. heredera forzosa de su citado tío, el testador fallecido, no le asiste derecho a oponerse a lo por él dispuesto», por lo que, «negada la acción a la demandante es innecesario entrar en el examen de la cuestión principal» que era la impugnación del reconocimiento por no tener el reconocido la condición legal de natural (70). La de 28 de abril de 1915 sentó la doctrina general de que «la acción para impugnar el reconocimiento de un hijo por carecer éste de las condiciones de natural o por haberse faltado en dicho acto a las prescripciones establecidas en el C. c., no es de carácter público, ya que el artículo 138 del mencionado Cuerpo legal sólo la atribuye a aquellas personas a quienes perjudique dicho reconocimiento». Y la de 10 de febrero de 1942 volvió a declarar que «como exigencia especial relativa a la acción impugnatoria del reconocimiento de la filiación natural, el artículo 138 C. c. establece que dicha acción sólo puede ser ejercitada por aquellas personas a quienes el reconocimiento perjudique, lo que significa que la repetida acción no es de carácter público y carecen de ella quienes no acrediten hallarse en la hipótesis del citado precepto», negando acción al demandante «toda vez que no es heredero forzoso del padre natural ni tampoco pariente del mismo en quien hubieren recaído los bienes constitutivos del caudal relicto en caso de invalidez del repetido reconocimiento, y ni siquiera podría considerarse perjudicada a tales efectos a doña M. G., de quien el actor dice, sin demostrarlo, traer causa, pues sus derechos a la cuota vidual, conforme al artículo 837 del Código no sufren modificación alguna por la concurrencia del hijo natural reconocido y el derecho eventual a la sucesión intestada que aduce el recurrente no es, en modo alguno, invocable cuando no se demuestra que puedan mediar las condiciones necesarias para la apertura de dicha sucesión».

PUIG PEÑA, en cambio, entiende que, teniendo en cuenta el criterio que en la casación existe para la reparación del daño

(70) Los tres hijos que en el testamento, otorgado durante su segundo matrimonio, reconocía el causante habían nacido estando él casado con persona distinta de la madre, con la que después casó en segundas nupcias, y uno de ellos, el primero, cuando la madre y después segunda esposa todavía estaba casada, a su vez, con distinta persona.

moral, así como que el honor y dignidad de la familia puede padecer porque lleve sus apellidos un hijo del dañado ayuntamiento, cualquiera que se considere afectado por tal situación podrá promover la nulidad del reconocimiento (71). Esta es también la opinión dominante en la doctrina francesa; pero téngase en cuenta que aquel Código no habla de «perjuicio», sino de «interés»: y no cabe invocar la socorrida imprecisión terminológica de nuestro Código por cuanto, en ocasiones, cuando concibe la acción como pública, ha empleado el término «interés» (cfr. art. 102, párrafo primero).

Con todo, como el artículo 138 no limita ni especifica la clase de perjuicios y como una interpretación progresiva aconseja incluir el perjuicio moral de la familia legítima, no veo inconveniente en aceptar esta solución, aunque siempre, como demuestra la orientación jurisprudencial transcrita, con criterio restrictivo (72).

De cualquier modo, material o moral, tiene que haber un perjuicio efectivo y objetivo, no meramente subjetivo (73). Los precedentes prelegislativos son bien reveladores a este respecto, y GARCÍA GOYENA comentaba así el artículo 127 del Proyecto: «Es necesario que el interés sea actual y de presente; no bastará un interés eventual y de futuro. Un hermano, por ejemplo, no podrá impugnar el reconocimiento de un hijo natural hecho por otro hermano aunque después de su muerte y en su herencia intestada pueda resultar perjudicado por los derechos hereditarios que el reconocimiento ha atribuido al hijo natural; el perjuicio puede, por mil causas, no resultar cierto y, de todos modos, no puede resultar cierto hasta la muerte del hermano; tendrá, pues, que aguardar hasta esta época para impugnar el reconocimiento». Y es que, de tal modo quería el Proyecto asegurar la realidad y ob-

(71) *Op. cit.*, pág. 82.

(72) Fuera de la familia legítima, y teniendo en cuenta el ámbito de la acción *ex* artículo 138, los supuestos de perjuicio moral no son tan numerosos y tan claros como se pretende. Suele citarse el caso de reconocimiento hecho por varón del hijo ya reconocido por la madre, por cuanto publica las relaciones sexuales de ésta con aquél. Observemos, sin embargo:

a) Que si no es el verdadero procreante, la acción que compete a la madre es la de nulidad por falta del presupuesto biológico.

b) Que si es el verdadero procreante y estaba casado no puede reconocerlo, conforme a lo expuesto al tratar del artículo 130. Su impugnación no nace del 138.

c) Que si es el verdadero procreante y podía casarse con la madre al tiempo de la concepción falta la base, el punto de partida de la acción de impugnación, puesto que aunque haya perjuicio—moral en este caso—no falta el requisito de la naturalidad. Y si en tales condiciones diese la causalidad de que se hubiera faltado a las prescripciones de la Sección con la impugnación *ex* artículo 138, no se desmentirían las relaciones sexuales; quizá se les diera, de momento, mayor divulgación.

(73) El «se crean» perjudicados del artículo 128 es una manera de expresarse relativa a la demanda y no a la sentencia. Y tanto sirve, en el peor de los casos, para defender la inclusión del perjuicio subjetivo en el artículo 138 como para, en base de éste, excluirlo del 128.

jetividad del perjuicio y hasta tal punto era respetuoso con la voluntariedad del acto, que prohibía la impugnación anterior a la muerte de su autor (74).

B) Con la determinación de los supuestos de actuación del artículo 138 C. c. no he querido demostrar que solamente en ellos es impugnabile el reconocimiento, sino únicamente que se trata de una acción específica en la que no caben otros supuestos—realmente existentes: pero con distinta base legal—de impugnación que los autores suelen incluir en él, según he expuesto al principio. Precisamente, el enunciado de las restantes acciones de impugnación servirá para situar mejor y perfilar el ámbito del artículo 138. Aunque su contenido no sea objeto del presente trabajo—ni siquiera en cuanto a duración—fácilmente puede deducirse de su simple enunciado:

a) Acción de nulidad de pleno derecho por falta del presupuesto biológico de la paternidad que, tanto el artículo 138 como el 132, presuponen existente. Nace del artículo 4.º en relación con el 129 del C. c.

b) Impugnación negocial por faltar la voluntad en el reconocimiento (hecho, por ejemplo, por el incapaz psíquico o determinado mediante violencia) o por hallarse viciada (error, dolo, intimidación) (75), o por defecto de forma en el acto: nótese que no me refiero ahora a la falta de formas prescritas en el artículo 131 C. c., de cuya cuestión ya he tratado, sino a los casos en que, acogida una forma legal, existen, a su vez, vicios formales en el instrumento: falta de autografía en el testamento ológrafo, notario incompetente, falta de testigos, etc. Es un aspecto de la invalidez del reconocimiento quizá un poco descuidado por la doctrina.

c) Impugnación discrecional por el propio hijo reconocido durante su menor edad. Acción nacida del artículo 133-3 C. c. (76).

d) Impugnación consecuente al ejercicio de una acción de estado preferente: de filiación legítima, por ejemplo.

## 6

Recapitulando un poco pudiéramos decir que nuestro sistema, más respetuoso con la prevalencia del elemento voluntario sobre el presupuesto legal que sus modelos francés e italiano, permite el reconocimiento unipersonal de hijos ilegítimos *stricto sensu*

(74) *Concordancias, cit.*, pág. 145.

(75) Admitida esta acción en la Sentencia de 25 de junio de 1900.

(76) Cfr., sin embargo, la Sentencia de 27 de junio de 1950 que la considera especie del género «acción ordinaria de orden general de declaración de nulidad de un acto inexistente». Y recuérdese también el sentido que atribuyen al 133-3.º NAVARRO AMANDI SÁNCHEZ ROMÁN, PÉREZ y CASTÁN en los lugares citados.

cuando por parte del autor único del reconocimiento no existe aquella cualidad impediende, aunque exista en el otro progenitor, o en aquél en relación con éste, silenciando lo a este último referente y en tanto en cuanto tal permisión no cause perjuicios efectivos y objetivos, solamente invocables por los perjudicados.

Confiere así nuestro sistema, a tal hijo ilegítimo *stricto sensu*, el estado civil de hijo natural reconocido con carácter pleno y regular, pero impugnabile, claudicante. Es un estado civil carente de firmeza, pero no presunto ni provisional.

En estas condiciones, ¿puede aceptarse, sin más, y con todas sus consecuencias, que la impugnabilidad reservada a los perjudicados es una acción de estado? Lo es en un sentido genérico, amplio; pero no le son aplicables, por su especial particularidad, todas las consecuencias de las acciones de estado propiamente dichas.

La inconveniencia de formar una masa homogénea, objeto de tratamiento unitario, con todas las llamadas «acciones de estado» ha sido perfectamente advertida por SAVATIER, quien, con referencia a los supuestos excepcionales de incoación o prosecución por los herederos de la acción de reclamación de legitimidad del causante (arts. 329 y 330 del *Code*)—acción declarada imprescriptible, respecto de él, por el artículo 328—, escribe: «Pero la acción de los herederos no es, en realidad, una acción de reclamación de estado; ellos no persiguen más que la herencia, acción pecuniaria extraña a las reglas de las acciones de estado, y puede extinguirse por transacción o por prescripción extintiva» (77). Y, en nuestra Patria, la ya citada Sentencia de 11 de diciembre de 1943, declaró que «no es admisible la equiparación que en el recurso se hace, a los efectos de la prescriptibilidad de las acciones, entre aquella por la que el interesado reclama su propio reconocimiento como hijo y aquella por la que otra persona, alegando derechos perjudicados que no pueden considerarse imprescriptibles, impugna el reconocimiento ya hecho, pues en la primera se ejercita un derecho que puede considerarse inherente a la personalidad del hijo y la segunda ataca una situación posesoria de un estado legal reconocido por ambas partes primariamente interesadas y, por tanto, cualquiera que sea la solución que se adopte en el primer caso, no puede extenderse al segundo, esencialmente diferente». Incluso algunos autores franceses e italianos anteriores a la reforma, que admiten el dogma de la imprescriptibilidad de las acciones de estado, añaden que cuando la acción se funde en un interés pecuniario, sólo será ejercitable en tanto que el interés mismo no haya prescrito (78); la misma apreciación hace en nuestra doctrina BONET RAMÓN (79).

Se impone, pues, alguna discriminación. Porque tiene razón

(77) *Op. cit.*, pág. 209.

(78) PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, pág. 715; DUSI: *Op. cit.*, pág. 658.

(79) *Op. y loc. cit.*

CICER (80) y en nuestra Patria DE CASTRO (81) cuando rechazan enérgicamente la clasificación de las acciones de estado en personales y patrimoniales. Pero ello no quiere decir que el conjunto de acciones que se consideran de estado no admita otra clasificación que la puramente formal entre acciones de reclamación y acciones de impugnación: dentro de éstas, atendiendo su sustantividad se advierte que unas afectan al estado civil o al parentesco del propio impugnante (desconocimiento de la filiación legítima, impugnación del reconocimiento *ex* artículo 133, párrafo 3.<sup>o</sup>), mientras que otras—las de los arts. 128 y 138—no afectan necesariamente al estado civil del impugnante (en el que, además, no existe parentesco con el reconocido), sino que tienden a evitarle un perjuicio generalmente económico.

La determinación de en qué medida el ejercicio de estas últimas acciones significa cuestión relativa al estado civil es importante y debe hacerse, precisamente, en base a lo positivamente regulado para, después de obtenida así la diferenciación, poder discriminar las consecuencias no reguladas expresamente.

## 7

Los autores que proclaman como dogma indiscriminable la imprescriptibilidad de todas las acciones de estado, lo hacen sobre la base doctrinal del concepto de orden público y sobre el argumento lógico de que la paternidad—con referencia a la acción de impugnación del reconocimiento—no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo y mucho menos—dicen—por un acto falso o mentiroso (82). Como base legal se aduce, en nuestro Derecho, el artículo 1.936 principalmente.

A) La noción de orden público resulta un tanto equívoca en relación con la extingüibilidad (sea por prescripción, sea por caducidad) de la acción *ex* artículo 138. Como dice ALBALADEJO, «el problema de la duración de las acciones tiene como vértice la consideración de que, por un lado, su larga duración deja inseguro el estado civil de las personas y, por otro, la duración corta puede provocar la consolidación de un estado que discrepe de la realidad» (83). Si se tiene en cuenta que el estado civil impugnante a través del artículo 138 no discrepa de la realidad y que está previsto por la ley como válido aunque impugnante, convendremos en que tiene mayor peso la primera consideración, al menos referida a la duración limitada, a la extingüibilidad de la acción.

(80) *Op. cit.*, págs. 48 y 49 de la 2.<sup>a</sup> ed.

(81) *Op. cit.*, pág. 97.

(82) DUST: *Op. cit.*, pág. 658; LAURENT: *Op. cit.*, pág. 121; PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, pág. 715; MARTY y RAINAUD: *Op. cit.*, pág. 912; BONSNET RAMÓN: *Op. y loc. cit.*; etc.

(83) *Op. cit.*, pág. 211.

Dice RALINCOURT, basándose en el testimonio que ofrecen las resoluciones de las llamadas «jurisdicciones inferiores», que la noción de orden público, noción esencialmente subjetiva y cambiante, mejor debe apoyar el mantenimiento del estado civil del hijo y la estabilidad de la familia que no el restablecimiento a ultranza de la verdad (84). Pues cuánta más fuerza no tendrá este argumento si lo referimos a un estado civil que descansa sobre la realidad biológica de la paternidad... Porque, además, los argumentos en contra que se deducen de una noción estricta de orden público son referibles sólo a las acciones de estado propiamente dichas, y nada oponen a su limitación temporal, sino al medio técnico adecuado, caducidad y no prescripción (85).

En cuanto al argumento de que «no se llega a ser padre del no hijo al cabo de treinta años» (LAURENT), es inoperante en nuestro caso porque la impugnabilidad nacida del artículo 138 C. c. presupone la paternidad.

Pero es que, además, prescrita tal acción de impugnación, no puede decirse que el hijo haya adquirido el *status* de hijo natural reconocido por el transcurso del tiempo, sino por el reconocimiento, y no se trata de un reconocimiento falso, mentiroso, de un acto jurídico incierto, sino de un acto regularmente otorgado en el que se silencia lo que la ley, conforme al especial sistema adoptado, abliga a silenciar (art. 132 C. c.); en el peor de los casos, la falsedad procedería de la ley y entonces habríamos de llamarla *ficción legal*. A lo sumo se tratará—en los casos de impugnabilidad por faltar a las prescripciones de la Sección—de un acto jurídico incompleto respecto de su esquema legal y en el que, entonces, la acción del tiempo lo completa.

Finalmente, si la noción de orden público exigiese la prevalencia a ultranza de la verdad en cuanto a la condición legal de natural en el hijo reconocido, si la falsedad, aun velada por la misma

---

(84) *Loc. cit.*, VII. Para D'ANGELO la imprescriptibilidad de las acciones de reclamación encontraría su razón de ser en estar puestas para tutela de un derecho de la personalidad duradero; por tanto, toda la vida de la persona, mientras que la duración de las acciones de impugnación tendría su fundamento en el interés político de excluir o sanar situaciones jurídicas defectuosas; fuera de estos casos permanecería firme el principio de la prescriptibilidad (*La filiazione legittima*, 1941, págs. 211 y sigs.).

(85) Cfr. DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 92. El orden público se manifiesta en el artículo 138 del C. c. en la limitación de los supuestos que son admitidos para modificar el estado civil regularmente conferido, conforme al artículo 130 (cfr. pág. 72).

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de enero de 1947, declaró que «comprendidos notoriamente los derechos de familia entre los que están fuera del comercio de los hombres, bien cabe entender, conforme al artículo 1.036 del Código civil, que el de impugnar la filiación es imprescriptible, siquiera el propio Código, ante la indiscutible razón moral y jurídica de evitar que la legitimidad de la descendencia quede indefinidamente incierta, limita su ejercicio fijando para el mismo términos que no son, ciertamente, de prescripción, sino de caducidad».

ley, fuese atacable en todo tiempo, ¿qué significado de orden público daremos a la *imposición* de paternidad legítima?

B) El artículo 1.936 C. c., como obstáculo legal concreto, no creo que pueda prevalecer tampoco.

Porque lo que está fuera del comercio de los hombres es el estado mismo y sus facultades: la posesión de estado no es, ciertamente, una *possessio ad usucapionem* y las facultades de estado no se extinguen por la falta de ejercicio.

Pero ya he dicho cómo, en este caso, lo que coniere el *status* al hijo natural reconocido no es el transcurso del tiempo sino el acto jurídico reconocimiento; hay una relación jurídica regularmente constituida, si bien expuesta a una modificación con efecto declarativo (retroactivo) si la persona legitimada para ello ejercita la facultad o la acción pertinente» (86).

Análogamente, el no ejercicio de la acción de impugnación que el artículo 138 confiere al perjudicado, no significa inacción o abandono de una *facultad de estado*, pues la legitimación activa que el precepto atiende no se refiere al *status* del impugnante sino al perjuicio—generalmente patrimonial—que le causa el *status* conferido a otra persona.

No creo tampoco, en suma, que el artículo 1.936 suponga obstáculo a la prescriptibilidad.

Frente a ello, las peculiaridades que he tratado de resaltar en la acción nacida *ex* artículo 138 C. c. la hacen subentrar mucho más fácilmente en el enunciado de los artículos 1.930-2, 1.932-1 y 1.961 del mismo Código.

Porque hay, además, un último argumento:

Si se considera lo minucioso que es este Título para señalar plazos de caducidad a las acciones en él concedidas—arts. 113, 118, 133-3 y 137—y que únicamente omite señalárselo a las que nacen del 128 y del 138, que son análogas entre sí y distintas de todas las demás, resulta un poco sospechoso el cómodo argumento de la laguna legal; parece más lógico pensar que el Código para ellas se remitió expresamente, a través de su silencio, a los artículos 1.930 y 1.964.

C) A la vista de todo lo expuesto y en base, principalmente, a este último argumento, me parece evidente que el legislador pensó limitar el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento o de la legitimación por los perjudicados, a través de la prescripción y no de la caducidad. Por otra parte, la aplicabilidad en estos casos del artículo 1.969 pudiera reportar ventajas de orden práctico.

Con todo, teniendo en cuenta que en una interpretación progresiva pudiera incluirse como condición legitimante el daño o perjuicio moral y que su resultado es modificativo de un estado civil—así, de cara al impugnado, sería impropia la aplicación del ar-

(86) DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 87.

tículo 1.935—, no veo tampoco inconveniente en admitir que sea más adecuado el concepto dogmático caducidad, aplicando entonces, por analogía, el mismo artículo 1.964, según propugna DE CASTRO (87).

D) Podrá especularse *de lege ferenda* sobre si el plazo de quince años del artículo 1.964 resulta demasiado largo; *de lege lata* su procedencia me parece insoslayable: no me parece válido el argumento de la aplicación analógica de los artículos 1.299 y 1.301 ó del 133-3 C. c. si se reduce el ámbito del artículo 138 a su contenido verdadero, pues su fuerza como argumento radica en la inclusión de las impugnaciones que he llamado negociales. Reducida aquélla a su verdadero ámbito, aparece más cercana a las acciones para las que el artículo 1.964 está pensado que a las rescisorias o de nulidad o a la de impugnación discrecional por el menor al llegar a su mayoría de edad.

Parece, en suma, que la acción nacida del artículo 138 C. c. prescribe—o, si se quiere, caduca—a los quince años. Transcurridos, el estado civil de hijo natural reconocido adquiere plena firmeza: ya no es legalmente modificable.

Digamos finalmente que si el derecho perjudicado había prescrito previamente, no es que prescriba anticipadamente la acción del artículo 138, sino que deja de haber persona legitimada para su ejercicio; es como cuando el reconocimiento no perjudica a nadie: pese a no reunir el hijo los requisitos del artículo 119 o haberse faltado a las prescripciones de la Sección, el reconocimiento no es impugnabile.

---

(87) *Op. cit.*, pág. 93 y nota 2.

# VIDA JURIDICA

## I. NOTICIAS

### A) Nacionales

#### Inauguración del curso en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Conferencia de D. Joaquín Ruiz Jiménez)

El pasado día 12 de febrero tuvo lugar la solemne apertura del Curso de Conferencias en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Comenzó el acto con la lectura de la Memoria del curso 1958-59 por el Secretario General del Instituto, señor García Gallo, dando cuenta de las diversas actividades desarrolladas durante dicho período de tiempo (labor de las distintas secciones, trabajo de los seminarios, conferencias y publicaciones). A continuación, el Catedrático de Filosofía del Derecho don Joaquín Ruiz-Jiménez Cortés pronunció el discurso inaugural, desarrollando el tema

#### «Derecho y diálogo»

Comenzó planteando el problema del diálogo como estructura fundamental de la convivencia humana. La misma vida humana es, constitutivamente, diálogo; el hombre dialoga consigo mismo, en un diálogo interior que tiene todo el valor del *nosce te ipsum*; pero este diálogo tiene también a verteerse al exterior, a las cosas, a otros hombres, a Dios. Pero, al lado de las funciones ontológica y lógica del diálogo, hay que destacar otra tercera función: su función política.

La concepción de la política como diálogo se enfrenta a la de la política como monólogo. Sólo una concepción política coloquial es congruente con la naturaleza del hombre. De ahí el interés de examinar la función constituyente y la función justificadora del diálogo.

Pero el diálogo político necesita un cauce y una tutela: esta es la misión del Derecho que, en sí mismo, cumple una función dialéctica, coloquial. El Derecho—conjunto de condiciones mínimas para que pueda haber convivencia—necesita del diálogo, que le suministra sustancia vital, y a la vez lo hace posible, por su valor de seguridad, lo estimula, por su valor de justicia y lo defiende, por su valor de libertad.

¿Cómo encauza el Derecho el diálogo humano? Aun en las manifestaciones más íntimas, como lo son el diálogo del hombre con su conciencia y con Dios, hay una repercusión externa que justifica un quehacer del Derecho en este sentido. De ahí el problema, delicadísimo, de la actitud del Derecho frente a la diversidad de creencias religiosas, problema que ha de resolverse con un criterio de tolerancia, con una solución pre-sidida por la idea del respeto a la libertad individual en orden a la acep-

tación de la fe. También la doctrina de la Iglesia insiste en condenar la imposición forzosa de la religión.

El diálogo del hombre con sus semejantes plantea también el problema del derecho a la lengua vernácula, independientemente de que se reconozca una primacía al idioma oficial. Pero es en las mismas instituciones típicamente jurídicas donde adquiere toda su dimensión la naturaleza coloquial y dialogante del hombre. Así, el negocio jurídico se nos revela como una concreción del diálogo social en momentos pacíficos, y el proceso viene a constituir el cauce jurídico de un diálogo entre contendientes.

Por último, el ordenamiento jurídico tutela también la esencial necesidad humana de diálogo cuando regula el derecho a la libre expresión del pensamiento, y cuando establece cauces adecuados para hacer posible el diálogo entre gobernantes y gobernados.

La disertación del Profesor Ruiz-Giménez fué seguida atentamente por un nutrido público que le aplaudió largamente.

El acto fué presidido por el Ministro de Justicia, a quien acompañaban en el estrado, con el Director del Instituto, señor Arcenegui, otras destacadas personalidades del mundo del Derecho.

J. FERRANDIS VILELLA

### Cuestiones relacionadas con la Administración de Justicia (Curso de conferencias en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos)

Bajo la presidencia del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo, don José Castán Tobeñas, se inauguró el Curso de Conferencias sobre «Cuestiones relacionadas con la Administración de Justicia», organizado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pronunciando la primera de las anunciadas el Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido, Presidente de la Audiencia Territorial de Valladolid, que disertó sobre el tema «Justicia-Poder».

Comenzó su docta conferencia exponiendo la necesidad del mantenimiento del principio de la independencia judicial y de la sumisión de los demás poderes del Estado al control de la Justicia, cuyo reconocimiento positivo se impone por la propia esencia de la concepción jurídico-política, y tras estudiar con todo detenimiento la organización de la justicia en la legislación de Gran Bretaña, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Portugal, Japón y Rusia, se detiene en el análisis del Poder Judicial en España, poniendo de relieve las imperfecciones pasadas y estableciendo en forma sintética, en dieciséis bases, las reformas que conceptúa más indispensables, propugnando el que la Justicia se constituya en Poder del Estado, que será integrado por el Tribunal Supremo y los Tribunales y Juzgados a él subordinados, correspondiendo a tal poder la exclusiva competencia para aplicar las leyes en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, sociales y laborales; recaba el sistema de autogobierno para el Poder judicial, representado por un Consejo Supremo, integrado por los cargos más

representativos de las carreras Judicial y Fiscal, y representación del Secretariado, Consejo que estará presidido por el Presidente del Tribunal Supremo, como Jefe del Poder Judicial, el que ostentará los títulos de Justicia Mayor del Reino e Inspector general de los Servicios de Justicia. Propone, asimismo, la constitución de un Alto Tribunal de Garantías en el que tendrán representaciones los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y el Consejo de Estado, que sería el competente para regular las relaciones entre los dichos poderes y resolver los conflictos que puedan surgir entre ellos. Solicita la supresión de todas las jurisdicciones especiales, subsistiendo únicamente la eclesiástica, con arreglo a la legislación concordada, y la castrense por razón del delito y del lugar. Respecto del ingreso en la carrera Judicial, que éste se verifique exclusivamente por oposición a ingreso en la Escuela, cuyo funcionamiento dependerá del Presidente del Tribunal Supremo, nombrándose a los alumnos, al terminar sus estudios, adjuntos judiciales adscritos a las Salas de las Audiencias para ejercer las funciones que se se les encomiende con el fin de lograr su perfecta formación.

Todos los nombramientos deberán estar presididos por el principio de antigüedad en sus dos clases de servicios y categoría, y las vacantes de Magistrados del Tribunal Supremo por tres turnos: de antigüedad, de oposición exclusiva entre funcionarios judiciales y fiscales, y por razón de méritos excepcionales.

El Presidente del Tribunal Supremo será nombrado por el Consejo Supremo con el Pleno de dicho Tribunal más los Presidentes y Fiscales de las Audiencias Territoriales, debiendo recaer el nombramiento en funcionarios de las carreras Judicial o Fiscal, con determinada categoría, o en doctores y licenciados en Derecho, si hubieren destacado notablemente a juicio unánime de la asamblea.

Considera indispensable la promulgación de la Ley Especial garantizadora de la libertad e independencia en el ejercicio de la función judicial, y el veto para la práctica de otra función ajena al cargo, excepción hecha de las de carácter científico, artístico o literario, debiendo regularse, asimismo, debidamente las incompatibilidades e incapacidades, robusteciendo los deberes de residencia y asistencia; cree oportuna una nueva demarcación judicial más en consonancia con la realidad presente, propugnando, por último, la creación de un cuerpo de Pelicía Judicial sólo dependiente del poder de este nombre y al servicio permanente de los organismos judiciales de quien únicamente recibirán y cumplirán órdenes.

JESÚS CARNICERO  
Magistrado

### Enajenación de bienes en la sociedad conyugal

Como inauguración del ciclo de conferencias que sobre la última reforma del Reglamento Hipotecario ha organizado el Centro de Estudios Hipotecarios en este Instituto, el profesor don Pascual Marín Pérez dió una conferencia sobre el artículo 1.413 del Código civil y su trascendencia en el Registro de la Propiedad.

Después de señalar la función que el Registro de la Propiedad está llamado a cumplir como instrumento de gran utilidad en la concepción social del derecho de propiedad, el profesor Marín expuso el contenido de su conferencia siguiendo la siguiente sistemática: I. Antecedentes históricos y consideraciones doctrinales. II. Derecho comparado. III. Crítica del precepto. IV. Problemas de la institución.

Al hablar de los antecedentes históricos hizo referencia el profesor Marín a los trabajos de don Manuel de la Cámara y de don Juan Roca Juan, publicados en este ANUARIO (t. XII, fasc. 2.º), y señaló con insistencia que la reforma del artículo 1.413 se debe a la rectificación del criterio individualista que el mencionado artículo tuvo en su redacción anterior por ser copia servil del Código civil francés, sin las atenuaciones del italiano de 1805 ni la visión progresiva de las legislaciones alemana, suiza e inglesa. Por otra parte, añadió, la necesidad de la reforma ya había sido puesta de manifiesto por don Eduardo de Hinojosa en 1907.

Además de los estudios mencionados citó como mejor doctrina en esta materia los estudios del profesor don Manuel Batlle y del notario don Antonio Rodríguez Adrados.

Refiriéndose al Derecho comparado volvió a ocuparse de la monografía del doctor Roca Juan, e hizo objeto a los autores de la reforma de severas críticas por haber copiado casi literalmente en el nuevo artículo 1.413 el Anteproyecto de la Comisión de reforma del Código civil francés y exigir sólo el consentimiento de la mujer para la enajenación de inmuebles y establecimientos mercantiles.

En cuanto a los muebles—no obstante su extraordinario valor en algunos casos—, la mujer, señaló el profesor Marín, sólo está protegida para el futuro, mientras que para las enajenaciones del pasado está expuesta a una posible insolvencia del marido. Siendo menester, por otra parte, que estas enajenaciones estén en contravención al Código o sea, fraudulentas; concepto éste de fraude, señaló el conferenciante, difícil de delimitar de los de fraude de acreedores, fraude de la Ley, dolo y abuso del derecho.

Por lo que afecta a la obligada reforma del Reglamento Hipotecario, señaló los antecedentes de los modernos artículos 95 y 97 de dicho texto legal en la redacción de 1947 y en la resolución de la D. G. R. y N. de 13 de enero de 1913, haciendo suya, por otra parte, la tesis de don Arturo Majada en cuanto a los problemas que se plantean con las legislaciones forales a este respecto.

La parte final de la conferencia la dedicó al aspecto procesal del problema, y en ella señaló las siguientes sugerencias: 1.ª La conveniencia de reservar los asuntos familiares a la jurisdicción llamada voluntaria—la que niega naturaleza procesal—por considerar más conveniente en este caso la acción de consejo que la contenciosa. 2.ª La conveniencia también de atribuir jurisdicción en estos actos a los registradores de la Propiedad y notarios, los cuales, por su preparación germánica, pueden captar mejor los problemas de la adscripción de la propiedad a la familia y la inti-

midad de esta última clase de relación ; y 3.ª La necesaria intervención del Ministerio Fiscal, como Magistratura de amparo y defensa en los supuestos de incapacidad de la mujer.

LUIS ALCÁZAR

### Premio Raimundo de Abadal Calderó

Por estimarlo de interés para nuestros lectores, damos noticia de la convocatoria de este premio, instituido en memoria del que fué Decano del Colegio de Abogados de Barcelona, don Raimundo de Abadal Calderó, dotado con la cantidad de cien mil pesetas y destinado a premiar una obra inédita (no publicada, ni premiada) sobre un tema de Derecho civil o mercantil vigente en España, cuyo contenido y exposición permita utilizarlo como instrumento de trabajo a los profesionales del Derecho.

R.

## II. NOTAS CRITICAS

### Los trabajos de Angel Sánchez de la Torre acerca de la troncalidad, abintestatos y legítima vizcaína

Desde noviembre de 1956 hasta el pasado año 1958 Angel Sánchez de la Torre ha publicado los siguientes trabajos tratando de los temas que encabezan este comentario: «Dos aspectos del Derecho vizcaíno» (Bilbao, Imprenta Amado, noviembre 1956), «El párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil y los abintestatos vizcaínos, según la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 15 de diciembre de 1953» (en «Estudios de Deusto», vol. 5.º, núm. 10, julio-diciembre 1957 y en Revista «Las Ciencias», año XXIII, núm. 1, Madrid, 1958); «Variabilidad e intangibilidad de la legítima vizcaína, Ley 7, título XXI del Fuero» (en «Estudios de Deusto», vol. VI, núm. 11, enero-junio 1958, y en Revista «Las Ciencias», año XXIII, núm. 3, Madrid, 1958), «El párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil (en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», noviembre 1958) y «Régimen jurídico de la legítima vizcaína» (en «Estudios de Deusto», vol. VI, núm. 12, julio-diciembre 1958).

Estos interesantes trabajos enfocan fundamentalmente tres puntos: uno se refiere a la troncalidad y su relación con la doctrina de los estatutos, según el § 3.º del art. 10 C. c.; otro, a los abintestatos vizcaínos y a la discusión de su vigencia en relación al mismo párrafo y artículo citados; el tercero, al examen de la variabilidad y la intangibilidad de la legítima vizcaína. Del segundo ya nos ocupamos en el número correspondiente a abril-junio de 1959 y por ello no insistiremos (\*) y, además, es ya agua pasada, pues los artículos 31 y 32 de la Compilación del Derecho civil fo-

---

(\*) Notemos, no obstante, que las citas que hace SÁNCHEZ DE LA TORRE, como argumentos a favor de la tesis derogatoria de las sucesiones abintestato forales, no son correctas pues las hace de modo incompleto. MORET y SILVEA no dijeron que los abintestatos de las provincias forales se rigiesen en todo por la ley de 16 de mayo de 1855, sino tan sólo en los determinados extremos que especialmente detallaron. Y ALONSO MARTÍNEZ después de repetir las especialidades forales vigentes en materia de sucesión intestada (habla en la página 239, del *«derecho Ley vigente en las provincias de régimen foral»*) añade en el *retazo de frase*, que SÁNCHEZ DE LA TORRE transcribe, a *ser obligatoria en todo el reino, sin excepción alguna, la ley de 1855*; pero añade, después de una simple coma, *«la cual estableció las importantes novedades: una, la que tras los parientes que están dentro del cuarto grado entran en la herencia abintestato los hijos naturales del difunto legalmente reconocidos, y otra, la de que, no existiendo parientes dentro del décimo grado, es llamado el Estado a suceder en la herencia por ende pero nada más, pues ni a MORET y SILVEA ni a ALONSO MARTÍNEZ se les ocurrió defender la derogación del régimen foral de los abintestatos por la ley de 1855 sino únicamente la introducción en aquél de retazos — que otros autores también negaron — en ciertos puntos concretos. Y es curioso que, de estos retazos, el de la introducción de los hijos naturales después de los parientes de cuarto grado, no pudo rezar para Vizcaya, donde aquéllos ya estaban llamados en lugar más preferente (a falta de descendientes legítimos).*

dal de Vizcaya, aprobada por Ley de 30 de julio último, la han resuelto definitivamente, recogiendo lo que nunca fué derogado, a pesar de algunas afirmaciones en contrario de la Audiencia de Burgos y del Tribunal Supremo. Nos limitaremos, por ello, a comentar las otras dos cuestiones enunciadas.

I. Al ocuparse el autor comentado, en la primera parte del primero de sus trabajos que hemos enumerado, del régimen jurídico de la troncalidad vizcaína comienza centrandó su estudio certeramente en la esfera social y jurídica donde se ha desarrollado la *familia troncal* o «*famille souche*» de Le Play, caracterizada por su estabilidad y su régimen patriarcal, continuada a base de la elección del hijo o, en su defecto, del colateral tronquero más capacitado para regir el patrimonio familiar.

Junto al jefe familiar o propietario del patrimonio troncal aparecen los *profincos* o personas pertenecientes al grupo familiar troncal con derecho a intervenir de algún modo en los actos del propietario. Como precisa Sánchez de la Torre: «El profinco no tiene *derecho a la propiedad*, sino un cierto *derecho a comprar la propiedad* (si se trata de venta voluntaria o forzosa de los bienes del propietario actual) o un *derecho a ser mentado cuando el propietario designa al futuro propietario* (en sucesión «*mortis causa*» testada) o a ser llamado por la ley (sucesión «*mortis causa*» intestada).»

Hay otro concepto más restrictivo y estricto del profinco que el autor destila de las leyes 8, 14, 18 y 19 del tít. XX y de las leyes 2 y 3 del tít. XVII del Fuero de Vizcaya, aplicado a los colaterales hasta cierto grado de la línea de donde procedan los bienes.

Pero del art. 10, § 3.º C. c. deduce otro concepto más concreto: «El límite a partir del cual existe troncalidad vizcaína es dentro del lindero de la común vizcaína, borrando para ello, en beneficio de la familia foral, las distinciones entre *vecindad de villa* y *vecindad de tierra llana*. A su vez, como el parentesco troncal tiene siempre dos términos, el pariente *posible interviniente* y el *pariente disponente actual*, tenemos que los vizcaínos a que se refiere la ley 15 del título XX del Fuero de Vizcaya son precisamente los *disponentes*, y no los *intervinientes*.» De lo que, en resumen, concluye:

«Es pariente troncal el pariente de cualquier vecindado civil vizcaíno, en cuanto que éste pueda disponer jurídicamente de algún bien raíz situado en jurisdicción de Tierra Llana de Vizcaya.»

«No puede hablarse, jurídicamente, de parentesco troncal:»

«1.º Cuando el parentesco es más lejano que el señalado en el Fuero, en su caso.»

«2.º Cuando no hay bienes raíces a que pueda referirse el tronco parental común, o están situados fuera de la Tierra Llana.»

«3.º Cuando el disponente actual («*inter vivos*»), («*mortis causa*») o («*abintestato*») de algún raíz situado en territorio de Tierra Llana no es civilmente vizcaíno.»

Hay que formular, ante todo, una evidente salvedad a la tercera conclusión de Sánchez de la Torre: Las transmisiones *inter vivos* a título oneroso de bienes raíces se rigen por el estatuto real, a tenor del § 1.º del

artículo 10 C. c. Por eso, conforme ha reconocido la S 4 julio 1955, el derecho de compra o retracto gentilicio de los tronqueros actúa sobre los bienes raíces de la Tierra Llana, cualquiera que sea la nacionalidad o regionalidad de vendedor y comprador. El § 3.º el art. 10 no exceptúa el § 1.º, que establece estatuto real, sino limita el estatuto personal ordenado en el 2.º en cuanto a las sucesiones *mortis causa*.

Nótese en este punto una lucha que la expansión de las villas plantea al texto de los fueros de tono ruralista. Las villas se han ensanchado rompiendo sus contornos para invadir con sus edificios territorios de infanzonado. El choque jurídico se ha producido y se ha querido interpretar a veces como lucha entre la aspiración centrípeta a la unificación del derecho nacional y la defensa regionalista de los fueros. Pero esto significa sacar la cuestión de sus cauces, estrictamente jurídicos, dentro de los cuales ha de tratarse, sin pretender añadir argumentos metajurídicos en pro de la posición más conveniente para uno de los intereses particulares en juego.

Los problemas del Derecho foral en sus relaciones con el común sólo han de resolverse jurídicamente, como afirmó hace años en este ANUARIO Ursicino Alvarez Suárez (I-4, 1.330). Hay que buscar, en cada caso, la razón de ser, la esencia de la institución foral y, con ese criterio, hay que juzgar objetivamente su conveniencia, y, en especial, realizar su aplicación a la vida jurídica.

Si unos colaterales tronqueros quieren ejercitar el retracto gentilicio respecto unas casas o unos solares en terrenos calificados de infanzonado, pero hoy ocupados por el ensanche de una villa, o sobre unos terrenos que se compraron para instalar una fábrica, o si reclaman la sucesión intestada troncal de un chalet de recreo, etc., etc., la cuestión ha de plantearse en su esencia—conforme la naturaleza de las cosas—sin pretender desencadenar una batalla entre el Derecho foral y el común. Por otra parte—e insistimos en la posición que nos parece metodológicamente correcta—, el Derecho no lo encontraremos más que parcialmente en el texto de las normas, ya que en su plenitud sólo podremos hallarlo viviendo el encaje de los fines de éstas en la realidad vital a la que van referidas. El tema central del Derecho son las relaciones jurídicas, como en Medicina son los enfermos; las normas, tal cual las recetas, sólo tienen una posición instrumental.

Precisamente la visión finalista con honda fundamentación sociológica ha sido siempre y sigue siendo fundamental en nuestros Derechos forales, orientados a la conservación de la unidad del patrimonio familiar agrario y a la continuidad de las tradiciones familiares.

A Sánchez de la Torre no se le escapa ese factor sociológico cuando observa que así se ha de vigerizar la consideración ética de la familia como unidad dotada de una virtualidad propia y que merezca el apoyo de la regulación jurídica se ha de requerir, por parte de los *colaterales llamados*, una especial *conciencia familiar*, portadora de ciertas aspiraciones comunes; y que: «De acuerdo con la vigencia foral, su proyección normativa habrá de tener en cuenta en las circunstancias del caso si se reúnen las condiciones objetivas captadas en el concreto desenlace jurídico que sirve precisamente a la institución familiar troncal considerada en sí misma.

como finalidad y razón justificadora de la legalidad foral, utilizando los criterios que la legalidad misma proporcione explícita o implícitamente. El problema es discernir si es bastante la vigencia de ciertos principios legales de troncalidad en un territorio y tiempo determinado para la aplicación de la legalidad troncal, *en todo caso*, sirva o no sirva a la pervivencia o la constitución de una estabilidad familiar concreta.

La única objeción que ponemos al autor es que no use de ese criterio *simplemente para interpretar, en el total sentido de esa palabra*, las normas forales, sino solamente *para interpretarlas restrictivamente*. Es decir, que lo utiliza de modo *parcial* (no total) y *con cierta parcialidad* (sin imparcialidad objetiva).

Este *parti pris* de restringir repercute también en la exigencia de los requisitos necesarios para calificar de troncal a una familia. Nos parece excesiva su opinión de que no debieran aplicarse las leyes troncales cuando se hayan perdido los vínculos de dependencia entre hermanos y hermanos y de parientes de orden más alejado o cuando el disponente no verifique directamente la explotación agrícola. Ya que tan sólo se trata de que la unidad patrimonial familiar se perpetúe en el caserío, independientemente de las accidentales separaciones o divergencias entre los proflincos o del modo indirecto que lo explotara el causante, ya que puede subsanarlo el adquirente tronquero apto para la explotación directa del caserío. Las normas que regulan la troncalidad más que a la protección de los miembros de una familia por sus condiciones personales defienden la continuidad de una organización familiar agraria, sociológicamente digna de protección. Sus paréntesis momentáneos no son suficientes para, escudándose en ellos, pretender que no pueda ser reanudada, impidiendo la libre elección del heredero único entre los proflincos colaterales tronqueros.

Recuerda el autor que el padre Luis Chalbaud, S. J., pretendió interpretar extensivamente las palabras *«los vizcaínos aunque residan en las villas»* del art. 10, § 3.º C. c. Según este ilustre jesuita: *«La referencia que hace [el § 3.º, art. 10 C. c.] a la Ley 15, título XX, aclara el concepto, porque si bien habla allí de vizcaínos vecinos de las villas, pero ha de tenerse presente que era una ley dada para el Señorío de Vizcaya y que, por tanto, el significado lógico de las disposiciones comentadas era tanto como decir «aquellos de mis súbditos, únicos a quienes puede obligar, que no están sujetos a las disposiciones civiles de este Fuero por no ser vecinos de anteiglesia, están, sin embargo, sujetos a ella en materia de troncalidad»*. Esto implicaba, como implica ese párrafo incluido en el Código civil, el reconocimiento del Estatuto real en cuanto se refiere a los bienes raíces del Infanzonado por la forma, modo y facultad de disponer de los indicados bienes en vida o en muerte *«aun cuando sus dueños sean extraños a dicha tierra»*, como dice don Manuel de Lecanda en su Memoria; y esto mismo acepta como doctrina natural y arreglado a derecho el señor Alonso Martínez en su obra *«El Código civil y las legislaciones forales.»* (Hagamos notar que este criterio fué aceptado, antes del Código civil, por el Tribunal Supremo en S. 8 junio 1874).

Pero Sánchez de la Torre opone a esta opinión la de Jado. Aparte de que la letra del Código civil no favorece la tesis del padre Chalbaud, hay

otros datos demostrativos de que el espíritu que se impuso al redactar el § 3.º; art. 10 C. c. estaba en este punto de acuerdo con su letra. Así la intervención del senador vizcaíno Martín Zabala y la respuesta que le dió al miembro de la Comisión de Códigos, Paso y Delgado. Y la rectificación por Alonso Martínez de su opinión primitiva aludida por el padre Chalbaud y expuesta en su obra *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, anterior al Código civil como la Memoria de Lecanda. Rectificación que, poco después de publicado el Código, apareció en la Revista de los Tribunales (tomo XXXIII, pág. 429 y sigs.) en estos términos: «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. El Fuero sólo rige para los vizcaínos, ya lo sean originarios o ya hayan adquirido este carácter por haber ganado vecindad.» Sánchez de la Torre aduce además otros argumentos más o menos afortunados. Pero, sin necesidad de apoyarse en ellos, la voluntad legal parece taxativa y clara—como expusimos en este ANUARIO al glosar el párrafo cuestionado.

Esto no empece que en el terreno constituyente no llegue a convencernos. Creemos que la finalidad del Fuero requiere la aplicación del estatuto real, aunque sólo sea cuando concorra el requisito *de que vizan en la propia Tierra Llana* descendientes, ascendientes o proñincos colaterales tronqueros del causante que sean labradores.

Nuestro punto de vista finalista pide esta ampliación que sólo por vía de reforma legislativa parece posible. En cambio, creemos que por camino interpretativo son admisibles restricciones con respecto a la determinación del concepto de bienes raíces a efectos de la aplicación del Fuero. El Tribunal Supremo excluyó las minas (Ss. 23 febrero 1882, 26 enero 1885, 23 diciembre 1885 y 14 abril 1886) y nosotros creemos que pudo extenderse la exclusión a chalets, solares, inmuebles destinados a viviendas de alquiler. La finalidad primordial del Fuero vizcaíno es *la defensa de la unidad e integridad del caserío y asus pertenecidos» y, en lo posible, su perpetuación a través de la misma familia troncal. Ratio*, que no es aplicable a aquellos otros bienes. De ese modo, además, se obtiene una solución justa de los problemas de fricción entre el Fuero y la expansión de las villas, respetado el espíritu de aquél.

Hoy, con la elevación a Ley de Compilación del Derecho foral de Vizcaya, se ha dejado la cuestión estatutaria como estaba en el Código civil, a cuyo título preliminar se remite el artículo 5.º de la Compilación. En cambio se ha resuelto en su art. 3.º, con criterio realista, el problema del avance urbano sobre la Tierra Llana.

II. Acerca de la *variabilidad e intangibilidad de la legítima vizcaína* plantea de entrada Sánchez de la Torre una importante cuestión previa: «No puede aludirse a las instituciones forales con nombre ajeno al que cada una tiene en el mismo ordenamiento foral. Por ejemplo, al decir que la legítima vizcaína es análoga al tercio de legítima estricta castellana, o al sostener que es análoga, por el contrario, al tercio de mejora

castellana, el Fuero no faculta para que ningún jurista castellanista «haga de su capa un sayo» y pretenda que la legítima vizcaína haya de regularse absolutamente igual que si fuera legítima o mejora (en las hipótesis dudadas) castellana. El jurista que incurra en tal defecto no tendrá absolutamente ningún vigor ni fundamento riguroso para pretender que sus divagaciones acerca del derecho común puedan ser luego aplicadas a su institución análoga en cualquier ordenamiento foral. Dicho inconveniente, aunque rara vez, en alguna ocasión ha sucedido. La razón para el confucionismo existe en algunas mentalidades que no sienten deseo de acercarse a la verdad de las cuestiones, y gustan de definir por aproximación. Sin embargo, tal equívoco es inadmisibile en todo momento». Y, más adelante, con criterio sociológico y finalista, razona que: «Las normas del Derecho castellano [relativas a la mejora] tienden a otorgar al testador las mayores atribuciones de disposición libre. Las del vizcaíno, a conceder al patrimonio familiar un instrumento óptimo de permanencia y de fortaleza, encastillando, bajo la imputación de dominio a un solo heredero preferido, un conjunto de intereses inviolables no gravables en ningún concepto y que reciben unas envidiables garantías de permanencia.»

De ello deduce el autor que deben ser inaplicables al Derecho de Vizcaya las directrices del art. 824 C. c. que tolera los gravámenes impuestos sobre la mejora al mejorado en beneficio de otros descendientes.

Rechazada esa razón de analogía, examina la ley 7.<sup>a</sup> del Tít. XXI del Fuero de Vizcaya, que en su preámbulo planteó el siguiente problema: «Otro sí dijeron: Que porque los padres, y otros que disponían de sus bienes, y herencia, así en vida como en muerte (allende de la tierra ratz con que apartaban a los otros hijos y profincos, y los excluían de sus bienes, legítima y herencia) muchas veces daban, y mandaban a los tales hijos y profincos, apartados, alguna suma de maravedís, u otros cualesquiera bienes, con algún gravamen, que en los tales maravedís, y bienes, los padres, o disponientes, ponían a los tales apartados: y muchas veces se dudaba si el dicho gravamen se podía poner, porque parecía que los tales bienes y maravedís sucedían en lugar de la legítima, en la cual no ha lugar gravamen y se seguían pleitos sobre ello...». La parte dispositiva de la Ley permitió el gravamen de lo recibido por el hijo apartado por encima de su legítima. El título de la ley, es «En qué caso se puede poner gravamen a los hijos». De todo ello deduce, *a contrario sensu*, Sánchez de la Torre que al hijo instituido heredero no se le pudo imponer gravamen ni vinculación alguna, y afirma que la razón de esa aparente paradoja se halla en el sentido antifeudal de Vizcaya, que hizo vislumbrar a los redactores del Fuero el peligro de que las vinculaciones y mayorazgos, de moda a la sazón en Castilla, se extendieran entre la nobleza vizcaína.

Jado dedujo otra cosa de la Ley 7.<sup>a</sup> del Tít. XII, pues en lugar de hacer interpretaciones *a contrario* indujo de *minus ad maius* que, si se permitía gravar al hijo apartado en cuanto se le dejara por encima de su cuota de apartamiento, con mayor razón podría gravarse al hijo favorecido *con tal de que fuera a beneficio de los descendientes del testador*; no,

por tanto, de cualquier otro pariente, como con más amplitud aceptó el padre Chalbaud.

Creemos que, esta ocasión, más que intentando leer en los textos del Fuero lo que no está escrito en ellos, debe resolverse según los usos y costumbres de la tierra, tan fundamentales para la comprensión de las instituciones forales. Y eso suponemos que es lo que han hecho los autores de la reciente Compilación del Derecho foral vizcaíno para decidir en su art. 27, que *«No podrá imponerse a los hijos, descendientes o ascendientes legítimos, sustitución o gravamen que exceda del quinto de los bienes, a no ser en favor de otros herederos forzosos. Tampoco podrá imponerse sustitución o gravamen sobre bienes troncales sino a favor de otro heredero tronquero»*.

J. VALLET DE G.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**CICU, Antonio: «El testamento». Traducción y notas al Derecho español por Manuel Fairén Martínez. Madrid (Revista de Derecho Privado), 1959; 367 páginas.**

La primera edición de la monografía de Cicu *Il testamento* se publicó en Milán en 1945. Comprendía cinco capítulos, en los que se estudiaban: la sucesión testamentaria (cap. I); concepto y caracteres del testamento (cap. II); el testamento como documento (cap. III); el testamento como negocio jurídico (cap. IV) y la revocación del testamento (cap. V). Posteriormente—en 1947—estos capítulos fueron incorporados a la obra *Le successioni (Parte generale. Successione legittima e del legittimarii.—Testamento)*. En 1951 publicó Cicu una segunda edición ampliada de la original monografía *Il testamento*, editada también, como las anteriormente citadas, por la casa Giuffré, de Milán. La ampliación consistió en la agregación de cuatro nuevos capítulos a los cinco de la primera edición, que se reproducían inalterados; los nuevos capítulos versaban sobre la vocación testamentaria (capacidad para recibir) (cap. VI), el heredero (cap. VII), el contenido del testamento (cap. VIII) y el ejecutor testamentario (cap. IX).

Esta segunda edición es la que ha servido de base para la traducción al español (aunque la editorial R. D. P. haya omitido la referencia a este dato). Reseñada en este mismo ANUARIO con ocasión de su publicación (1), nos cumple ahora, solamente, la recensión de la edición española.

Fairén Martínez ha traducido con extraordinaria fidelidad la obra de Cicu. No solamente con exactitud y corrección gramatical, sino con verdadera fidelidad al estilo de Cicu, cosa que no dejará de advertir el lector español habituado a la prosa del ilustre profesor de Bolonia. Fiel también, por otra parte, a las características de la obra traducida—en la que no figuran notas ni citas bibliográficas—el traductor se ha limitado en sus notas, intercaladas a pie de página en los lugares oportunos, a establecer las concordancias entre los preceptos del Código italiano y los de nuestro Código civil, que en dichas notas se transcriben o se resumen. Muy sucintas referencias a las opiniones de nuestra doctrina, sin acopio de citas, limitándose a recoger las de aquellos autores (exclusivamente de tratados o manuales) más representativos de la *communis opinio*. Con la misma concisión, pero sin omisiones notables, se alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El interés de la monografía original y el acierto con que ha sido traducida y anotada justifican el que auguremos a este libro una favorable acogida por los estudiosos y profesionales del Derecho.

J. FERRANDIS VILELLA

(1) En el fascículo 4.º del tomo V, octubre-diciembre de 1952, página 1420.

**CONSEJO DE ESTADO: «Recopilación de doctrina legal (1953-1954)».**  
**Madrid, 1959. Un volumen de 207 págs.**

Entre los juristas contemporáneos casi se ha convertido en un tópico hablar de la «publicación» o «politización» del Derecho privado (1). La invasión o ingerencia del Derecho público sobre el Derecho privado, se ha dicho, es un fenómeno de nuestro tiempo, en el que la autoridad del Estado y de su Administración se inmiscuyen en las relaciones más fundamentales y más mínimas de la vida del ciudadano. O sea, que los deberes, derechos y obligaciones de la persona se tienen por rebajados y mermados e, incluso eliminados, por razones de orden público o interés general.

Fueron los inveterados maestros del Derecho privado quienes dieron la primera voz de alarma; formados en las viejas tradiciones liberales denunciaban el fenómeno como un trastoque, como una erupción volcánica de las relaciones humanas, a lo ya consolidado y establecido. Si se dieron cuenta del cambio fué de un modo muy a su manera sin calar apasionadamente la fuerza revitalizadora que trae consigo la conquista de lo social en cuanto supone un modo más completo de la realización de la idea de Justicia. Hoy ya no cabe presentar en el mismo plano la vieja polémica «Derecho público-Derecho privado»; ha quedado superada en sus propios términos, en el mismo sentido del Derecho, en cuanto se entiende como un conjunto de normas con eficacia ordenadora cuyo carácter ambivalente produce entrecruces e influencias recíprocas. Por ello, el Derecho privado se ve vivificado por las ideas más compactas de lo social, enriqueciéndose, por otra parte, el Derecho público de la dogmática tradicional del Derecho privado. Extraviados están quienes puedan pensar que se produce una «ruina o crisis del Derecho privado» o los publicistas que solamente admiten la única y aglutinante esfera de lo público. Los esfuerzos de la doctrina administrativista actual son por lograr una ciencia sustantiva, independiente y autónoma; los más ilustres maestros recurren necesariamente a las figuras de la dogmática civilista, si bien el contenido y la forma estén remozados de nuevos presupuestos. Y ello es así, puesto que los programas políticos y administrativos no son más que la resultante de la interpretación formal de los derechos y obligaciones más esenciales de la persona humana, respecto de sí misma, y en cuanto a su proyección en la convivencia social. Y el monopolio de estas esencias lo tiene, y lo tendrá, el Derecho civil por su raíz ontológica, incluso cuando los ensayos políticos más extremos, como el actual de la República Popular China, parezcan haber borrado los rastros del mismo.

De cómo se vale la ciencia y doctrina de la Administración de las categorías civilistas nos lo muestra la publicación que reseñamos del Consejo de Estado español. Dividida la obra en catorce apartados (actividad administrativa, administración activa, consultiva, financiera, foral, de justicia, local, bienes de dominio público, bienes de propiedad privada, contratación administrativa, derecho nobiliario, fuentes de derecho, régimen jurídico de la administración y servicios públicos), queremos destacar el

(1) Cf. DEL VECCHIO, *Sobre la politicidad del Derecho*, en «La Ley» (Buenos Aires), 75 (1954) 1 ss.

empleo de las figuras civilistas por los órganos de la Administración. Tal sucede cuando se hace aplicación del artículo 3.º del Código civil, respecto de los efectos retroactivos, en los dictámenes de 12 diciembre 1953 y 29 abril 1954; de los artículos 339 y 407 del C. c., en cuanto a cuestiones que afectan a bienes inmuebles y a la condición que tienen las aguas en el dictamen de 27 febrero 1954; del artículo 350 del C. c., al autorizar a todos los propietarios, como dueños del suelo y del subsuelo, a hacer obras y excavaciones para alumbrar aguas, en el dictamen 12 febrero 1954; del artículo 1.091 del C. c., respecto de una cesión de contrata, en el dictamen 12 febrero 1954; del artículo 1.105 y 1.164 del C. c., en cuanto a una cláusula penal y el plazo de ejecución de las obras, en el dictamen de 24 octubre 1953; del artículo 1.129 del C. c., en lo referente a la pérdida de fianza como consecuencia de la rescisión culposa, en el dictamen de 27 febrero 1954; del artículo 1.152 y 1.154 del C. c., aplicables por vía supletoria en el dictamen de 24 octubre 1953; del artículo 1.204 del C. c., respecto al compromiso del destajista en cuanto a la totalidad de la obra para poder disfrutar de los beneficios de la revisión de precios, no implica novación contractual, sino que se agrega una obligación más, en el Decreto de 31 octubre 1953; y del artículo 1.744 y 1.745 del C. c., como fundamento de la de la obligación determinante del gasto.

Interesante, pues, este volumen de doctrina legal establecida en los dictámenes del Consejo de Estado que no sólo sirve para observar su pauta de interpretación, sino que revela la eficacia y permanencia de las garantías civiles.

JOSÉ BONET CORREA

**DE LA RICA Y ARENAL: «Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario».** Madrid, 1959. Publicación del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Un volumen de 269 págs.

El Reglamento Hipotecario promulgado con carácter definitivo por el Decreto de 14 de febrero de 1947, significó un verdadero perfeccionamiento con respecto al anterior de 1915, a decir del autor de esta obra, y desarrolló cumplidamente las normas de la reforma de 30 de diciembre de 1944, que habían sido recogidas en el texto refundido, hoy vigente, de 8 de febrero de 1946. Sin embargo, dice DE LA RICA, pese a su excelencia, el nuevo Reglamento necesitaba de ciertas correcciones y diversas ampliaciones, que los doce años transcurridos desde su vigencia habían puesto de relieve. Más que a deficiencias propias, su reforma obedece a la necesidad de ajustarlo a las nuevas normas legales que rigen muchas de las materias que el Reglamento regula desde el punto de vista registral o hipotecario. Tal ocurre con la reforma del Código civil, de la legislación de minas, de aguas, de expropiación forzosa, etc.; y al mismo tiempo había de recoger también las nuevas soluciones que la jurisprudencia y la práctica jurídica y notarial han ido dando a los nuevos problemas que la vida actual plantea, tal como el derecho de retorno, el de levantar nuevas plantas en las edificaciones o construirías bajo su suelo, el de garantizar con hipoteca las obligaciones su-

jetas a cláusulas de estabilización, el de estructurar el derecho de superficie, regulado por primera vez en la Ley del Suelo, etc.

De todos estos problemas hemos de fijarnos más atentamente en uno de ellos, pues además de ser una novedad legislativa, implica una alteración de la tradicional problemática de las obligaciones pecuniarias: el reconocimiento legal de las cláusulas de estabilización en los préstamos hipotecarios.

Hasta ahora lo clásico era la corrección legislativa de la depreciación del dinero, o bien la revaloración o desvaloración del mismo; las cláusulas de estabilización son los remedios privados, procedentes de la autonomía de la voluntad, mediante las cuales las partes se ponen al cubierto de los riesgos que tanto la depreciación como las alteraciones monetarias pueden originar en sus contratos. De ahí que al poder legislativo le correspondiese o corregir la situación de anormalidad o bien reconocer y sancionar su establecimiento, sobre todo cuando se ha implantado un régimen de excepción, que por su carácter imperativo y de fuerte restricción de autonomía de las partes, especialmente en materia patrimonial (respecto de los precios, rentas, créditos, capitales, etc.), pudiese conducir a interpretaciones restrictivas de invalidez o ilegalidad del régimen pactado. Sin embargo, se ha preferido escoger un camino distinto.

Con objeto de adecuar la realidad económica con la jurídica, distanciadas por el mantenimiento del principio nominalista en una época de signo inflacionista, respecto de las obligaciones pecuniarias, se acudió de un modo indirecto y particular a remediar ciertos sectores, como el del crédito, que se veían sensiblemente afectados y disminuídos. La contracción del crédito territorial e hipotecario, la caída mortal del mercado de cédulas hipotecarias, ha conducido a los juristas de este sector a tomar cartas en el asunto, tratando de poner coto y remedio al mal. Entre los medios a su alcance, y siguiendo el ejemplo de otras legislaciones extranjeras como la francesa, estaban las cláusulas de estabilización.

Con todos los respetos para el legislador, pero la verdad es que se trata de un parche absurdo e ilógico, tanto desde el aspecto económico como jurídico, clasificándose en la categoría raquítica de los simples remedos. En una auténtica política de estabilización, dichas cláusulas resultan, según se va consiguiendo el fin, medios de especulación en beneficio de los acreedores, sobre todo si se trata de cortar el movimiento inflacionista y se sigue una vía contraria o deflacionista. Desde el punto de vista jurídico se comete un atentado contra las categorías dogmáticas establecidas y aceptadas, concretamente respecto de las establecidas sobre deudas pecuniarias. Dichas deudas son de «suma» o «cantidad», deudas nominales, que por el aditamento de las cláusulas estabilizadoras quedan convertidas en deudas de valor. Pero no es en el fondo la conversión de una categoría dogmática en otra lo que reprobamos, pues, en definitiva, es lo que las partes pretenden para lograr su defensa, sino que sea la propia norma legal quien lo realice, contradiciéndose rotundamente en sus propios términos al mantener como principio general el sistema nominalista, sin querer reconocer los propios pecados de la inflación. Pero ante la injusticia patente sobre los acreedores, la amenaza de colapso y la perturbación y ocasionamiento de males sociales

más generales, al igual que sucedió en materia de arrendamientos rústicos respecto de la renta (art. 3.º de la Ley de 1942), se pretende atajar el mal con este remedio; pero, estas reformas no podían ser absolutas por su inconsecuencia; de ahí el aire provisional y tímido que adoptaron, bien patente en este último Reglamento. Se procede con cautela y parvedad y casi a título de ensayo. Se trata de dar validez a la modalidad de las llamadas cláusulas de escala móvil, pero con una serie de limitaciones en cuanto al módulo de valor (índice ponderado del coste de vida, del oro según el cobro de los derechos arancelarios y del precio del trigo que anualmente fija el Ministerio de Agricultura a efectos del pago de rentas), en cuanto a los intereses del capital prestado (excluyéndose) y en cuanto a la cuantía máxima de alza de un determinado tanto por ciento del precio o suma total, que más bien se trata de una corrección legal, de una cláusula de revisión, que de una propia cláusula de estabilización valorista. Al tratarse de precios oficiales, los que rigen el módulo de valor, tampoco se conseguirá establecer un poder adquisitivo real; sin embargo, se ha hecho así por los temores de la especulación.

En definitiva, la reforma supone más una contribución psicológica, con objeto de estimular las esferas del crédito privado, que una normación restauradora del equilibrio de las prestaciones pecuniarias, ante la pérdida de su valor adquisitivo. Pero de lo que estamos convencidos es que la confianza no se devuelve con simples bálsamos; el estículo al ahorro sólo se consigue con el respeto y la salud de los pequeños capitales, con la fortaleza y el equilibrio de nuestro sistema monetario y, mientras ello no se restablezca, el mal no puede ser vencido por los remedios pequeños. Es más, una vez que el plan de estabilización consiga sus efectos, las cláusulas de estabilización desaparecerán por inercia.

Bien está que se intente poner remedio, y la reforma es loable por ello; pero que nadie se rasgue las vestiduras si su eficacia es mínima, si apenas se consigue revivir dicho crédito. Si la inflación destruye el capital de ahorro nos preguntamos: ¿quién podrá ofrecer un crédito?

Por lo demás, el comentario que realiza el competente autor DE LA RICA es muy ilustrado y completo; recoge por orden alfabético del articulado todas las reformas introducidas al texto anterior, los motivos y precedentes que las determinaron, así como una interpretación de su significado y alcance.

JOSÉ BONET CORREA

**DE LOS MOZOS, Jose Luis: «La conversión del negocio jurídico», Barcelona (Bosch), 1959; 178 páginas.**

No abundan en nuestra literatura jurídica las monografías dedicadas al negocio jurídico. Elaborada la teoría del negocio jurídico en época relativamente reciente, no pudo trascender al articulado de nuestro Código civil; ciertamente, no ha dejado de ser ampliamente conocida en España, pues, desde muy pronto, fué introducida y aceptada por los traductores de obras alemanas e italianas y, en general, por los autores de tratados y manuales; en cambio, los autores de obras monográficas han descuidado,

con excepciones tan valiosas como poco frecuentes, el tema del negocio jurídico. Una de estas excepciones la constituye precisamente el libro de José Luis de los Mozos dedicado al estudio de la conversión del negocio jurídico.

Previa una consideración de los antecedentes históricos (Derecho romano, antiguo Derecho de Castilla) y unas indicaciones de Derecho comparado (Códigos alemán e italiano), el autor se enfrenta con la situación y fundamento del tema de la conversión. A su juicio, la conversión del negocio jurídico representa uno de los puntos de fricción entre la norma jurídica y la autonomía de la voluntad, fricción que puede en ocasiones resolverse a través de la norma dispositiva, en función correctora e integradora de la voluntad de las partes. Por tanto, no cabe encontrar el fundamento de la conversión en una voluntad presunta de las partes, es decir, en el argumento consistente en presumir que éstas hubieran querido implícitamente la conversión, puesto que, de ser así dicha voluntad habría previsto la nulidad y, por tanto, ya no sería tutelable. Su fundamento está en la norma que la establece, con la exigencia de que el negocio nulo contenga los requisitos de sustancia y de forma propios del negocio en que se ha de convertir. A la voluntad de las partes solamente se atiende en el supuesto de que sea evidentemente contraria a la conversión, pero nunca para basar en ella la presunta intención de que la conversión se opere.

Antes de dar el concepto de conversión, procede el autor a una delimitación conceptual y terminológica. Apartándose de aquellos autores que admiten un concepto genérico de conversión, diversificado en dos especies (conversión material y formal), de los Mozos se adhiere a la opinión de quienes solamente reconocen significado técnico a la llamada *conversión material*. Solamente a ésta se refiere su estudio; la define como «el medio jurídico, en virtud del cual un negocio nulo se salva de la nulidad convirtiéndose en otro distinto que sustituye al primero en la medida de lo posible, salvaguardando con ello hasta ese límite el fin perseguido por las partes». El negocio nulo ha de contener los requisitos de forma y sustancia propios del segundo negocio (elemento objetivo). La conversión no se produce cuando las partes hayan expresado una voluntad contraria a la conversión misma (elemento subjetivo).

Con este alcance y con el carácter de norma dispositiva puede admitirse la conversión en nuestro Derecho, obedeciendo al principio del *favor negotii*, por aplicación del juego que a tales normas concede el artículo 1.258 de nuestro Código civil. Su admisión se justifica, además, teniendo en cuenta los antecedentes de la institución en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico, la ausencia de prohibición legal que la impida, la admisión unánime por la doctrina y el reconocimiento expreso de algunos supuestos aislados de conversión tanto en el Código civil (art. 597) como en el Código de comercio (arts. 450, 463, 466 y 729).

Tras el estudio detallado de los presupuestos y requisitos de la conversión, la obra termina con una referencia a las figuras afines (confirmación, reproducción, nulidad parcial, reducción y ampliación del objeto del negocio, simulación y negocio indirecto), y con el examen de los supuestos más frecuentes de conversión reconocidos en la doctrina, con

especial mención de los que pueden considerarse admisibles en nuestro Derecho.

De los Mozos desarrolla su estudio con gran acopio de bibliografía y puntual examen de las teorías doctrinales. Quizá hubiera sido de desear una mayor y más directa atención a la jurisprudencia, especialmente para poner de relieve la interpretación dada por los Tribunales a aquellos preceptos en los que, como se señala, puede apoyarse la admisibilidad de la conversión en nuestro Derecho. Nos permitiríamos, además, oponer algún reparo a la forma en que han sido tratados ciertos puntos. Así, por ejemplo, al estudiarse «el objeto del negocio y su contenido» parece que no queda suficientemente precisado lo que se entiende por «objeto», e incluso se incurre en alguna confusión (en la página 115 se dice que en los negocios bilateales existen dos *prestaciones* principales, lo cual, en rigor, no puede referirse más que a los *contratos* bilaterales y no a la categoría genérica del negocio jurídico). Por lo que concierne a la causa, y con referencia al artículo 1.276 del Código civil, se afirma (pág. 109) que la «causa falsa» no invalida el negocio, afirmación difícilmente conciliable con el texto de dicho artículo: «La expresión de una causa falsa dará lugar a la nulidad...». Hay alguna otra afirmación un tanto desconcertante; así cuando se dice (pág. 81) que la moderna teoría de las fuentes «eleva al mismo rango» a la ley, a los principios generales del Derecho y a la jurisprudencia de los Tribunales.

Algunos pasajes acusan deficiencias de redacción o de puntuación, que les hacen resultar difícilmente inteligibles, o contienen erratas no siempre imputables a la imprenta: así, en la página 162 se alude a actos «en los que la *falta de forma* es requerida como requisito *ad solemnitatem*...» (ya se comprende que lo que se requiere es la forma, y no la «falta de forma»). Como último reparo, señalaríamos una excesiva fidelidad a las opiniones de Mosco, reproducidas en apoyo de todos los argumentos que se consideraran admisibles o en contra de todos los que se estiman rechazables.

J. FERRANDIS VILELLA

**GARCIA-GALLO, Alfonso:** «Manual de Historia del Derecho español». Madrid 1959. I (fascículo 1.º y 2.º), XIII + 456 páginas; II. Metodología histórico-jurídica. Antología de fuentes del Derecho español (fascículo 1.º), LV + 274 páginas.

La obra del profesor García-Gallo y su significado en los estudios sobre Historia del Derecho español son tan generalmente apreciados, que huelgan aquí comentarios y adjetivos. Bastará señalar la publicación de este su nuevo libro para que se advierta por todos la importancia que ello tiene para la ciencia jurídica. Acrecentada ahora, además, con la novedad llamativa de un cambio de sistema en la exposición, que parece suponer un distinto enfoque respecto al cometido de la Historia del Derecho. No se centra ya en la descripción del sistema del Derecho vigente en cada una de las sucesivas épocas históricas sino en «las instituciones jurídicas fundamentales» (p. IX), en las «que constituyen precisamente las bases de la vida social». «En su mayor parte—dice—las situaciones, relaciones y pro-

blemas que ésta plantea son siempre los mismos, aunque varían sus circunstancias: la necesidad de una ordenación, la posición del individuo en la sociedad, la existencia de la familia, la estructura de los grupos sociales, la utilización de las cosas, las violaciones del orden social, etcétera.» Se considera, por tanto, de más interés estudiar cómo los problemas han sido resueltos que seguir la evolución de unos conceptos abstractos que tan pronto se aplican a unos problemas como a otros (p. 18). Otra innovación, especialmente destacable por ser la que más se aprecia en los fascículos publicados, consiste en tratarse con detenimiento «algunas cuestiones fundamentales del Derecho» (p. IX).

Comienza la obra con una «Introducción» sobre la Ciencia de la Historia del Derecho español, en la que se trata de la historicidad del Derecho, del desarrollo de la historiografía jurídica, y de las orientaciones actuales en el estudio de la Historia del Derecho. La primera parte. «La evolución general del Derecho español», se divide en capítulos sobre los orígenes, el despertar de la cultura, la España prerromana, la romanización y cristianización, la aportación germánica, la formación del Derecho nacional, la recepción del Derecho común, la plenitud del Derecho nacional y la desnacionalización del Derecho español. La segunda parte se ocupa de «La teoría general del Derecho» y se divide en libros. El primero se titula «El concepto del Derecho» y se subdivide en capítulos sobre: el desarrollo de las ideas sobre el Derecho, origen y naturaleza del Derecho, el fundamento del Derecho y del concepto del Derecho. El libro segundo trata del «Derecho objetivo»; comienza estudiando las fuentes del Derecho (formulación del Derecho, costumbre, decisiones judiciales, ley, ciencia jurídica), para después considerar la vigencia del Derecho en el espacio y en el tiempo, el contenido del Derecho (materias, sistematización, reglas jurídicas, medios de expresión) y el conocimiento del Derecho (conocimiento e ignorancia, interpretación, estudio, juristas). Como sección separada, se van examinando los «sistemas de fuentes de las distintas épocas»: España primitiva, romana, visigoda, musulmana, de la alta Edad Media, de la baja Edad Media y de la Moderna (hasta el momento actual) (1).

El volumen segundo de la obra tiene un doble contenido. En la primera parte, sobre la «Metodología histórico-jurídica», se dan consejos al investigador, útiles para todos, aunque se dirijan al aprendiz de historiador. La segunda, la más extensa (2) es una Antología de textos, que, aunque se denomina de «fuentes del Derecho español», tiene una extensión mucho más amplia que el que esta designación parece indicar. Con el propósito de completar con ejemplos autorizados lo dicho sobre las distintas cuestiones tratadas en la segunda parte, la dedicada a «La teoría general del Derecho», se recoge un material abundantísimo y heterogéneo. Además de textos lega-

(1) Lo publicado llega hasta la página 456, § 600, quedando al comienzo del estudio dedicado a la literatura jurídica. Ha parecido conveniente, para la mejor orientación del lector, dar cuenta detenida del contenido de la obra, pues todavía no ha sido publicado su índice.

(2) Dado el carácter y finalidad del libro, no extrañará que no concuerde en los textos citados sea en más o en menos con los libros de Derecho civil, pues en éstos se busca con especial interés el germen de las disposiciones ahora vigentes, sobre todo en lo que se separan de la corriente jurídica dominante antes de la publicación del Código civil.

les, se aportan de la Biblia, Syllabus, San Isidoro, Santo Tomás, de fazañas, glosadores, de autores árabes, de Molina, Suárez, de Grocio, Pufendorf, Montesquieu, Kant, de Alvarez, Escriche, Savigny, largas citas de dos autores poco conocidos, pero de mucho interés, Bermúdez Pedraza y Juan Francisco de Castro, etc. La «Antología» será muy gustada por los estudiosos del Derecho civil. En los libros especializados sobre Derecho civil, la referencia a los textos citados se reducen a unas siglas inexpresivas; aquí, sin necesidad de gastar tiempo en la búsqueda, se encuentran recogidas en su integridad, ofreciendo de forma inmediata y viva, los antecedentes más importantes. La elección del material se ha hecho con criterio tan generoso, que sobre alguna cuestión, por ejemplo, sobre la costumbre, habrá de sorprender hasta a los especializados en ella (3). La «Antología», siempre instructiva y economizadora de esfuerzos, permite al lector sentirse en las diversas épocas de la Historia del Derecho, en la tremenda de las fazañas (se recogen las que, por ello, señala también Sánchez Albornoz), en el ambiente ergotista de la escolástica y en la ilusionada época de las luces; y volverá a sentir la delicia de la prosa de las Partidas, tan ingenua y tan cultivadamente poética. La distribución de rúbricas es muy cuidada (sigue, como se ha señalado, la distribución de materias de la Teoría general del Derecho, de la que sirve de ilustración y complemento), de modo que orienta al lector inmediatamente sobre el significado del texto, sobre su época y su autor (3). En fin, debe destacarse lo cuidado de la impresión, en la que apenas se advierten erratas, lo que es muy de agradecer dada la abundancia de los pasajes latinos (4).

F. DE C.

**MESA LAGO: «La reserva de prioridad». La Habana 1959. Editorial Lex. Un volumen de 169 páginas.**

Los estudios de Derecho hipotecario tienen en la Universidad de la Habana un impulsor benemérito en la persona del profesor Aguirre. Ahora, uno de sus más aventajadas y jóvenes discípulos publica esta obra sobre la reserva de prioridad, que comenzó siendo un trabajo de cátedra, se desarrolló posteriormente como tesis doctoral y adquiere definitivo ropaje con su publicación.

La obra trata de desarrollar la vieja máxima del Derecho romano «*prior in tempore potior in iure*» y los efectos que ella produce en el Derecho registral. Su plan de trabajo se desarrolla del siguiente modo: un breve estudio de la prioridad en el Derecho comparado, como base para investigaciones posteriores; el análisis general de las excepciones o modificaciones al principio de prioridad; el estudio de la permuta y proposición de rango; una exposición detallada de la reserva de rango; y, un análisis *in extenso* de las reservas de prioridad: la reserva de prioridad arrendaticia, las prestaciones y las certificaciones con reserva de prioridad.

(3) Lo publicado llega hasta la página 274, § 403, que comienza con la Ley de 25 de octubre de 1830, confirmatoria de los Fueros de Vascongadas y Navarra.

(4) Extraña que en la página 39, § 38, aparezca S. ANSELMO, *De veritate*, bajo la rúbrica "Los glosadores". ¿Se debe a haberse trasapelado una ficha?

La obra bien informada y documentada es un estudio comparado de gran utilidad para la doctrina hipotecaria de tradición civilista latina.

J. BONET CERREA

**PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel:** «En torno al concepto de Derecho Civil». *Acta Salmanticensia, Serie de Derecho, Tomo IV, número 1. Universidad de Salamanca, 1959; 118 páginas, con un prólogo del Excelentísimo señor don Antonio Hernández Gil.*

Juan Manuel Pascual Quintana, en este volumen de la Colección de Memorias y Trabajos científicos que, bajo el rótulo sonoro y castizo de «Acta Salmanticensia», viene publicando la Universidad de Salamanca, aborda un tema clásico para la doctrina civilista; un tema, capaz por sí solo de suministrar, incluso comparativamente, la talla intelectual del autor, que suele normalmente acometerse por virtud de una imposición reglamentaria: el artículo 20 del Decreto de 25 de junio de 1931. En estas condiciones emprendido el trabajo, dos actitudes radicalmente diversas son posibles. Una se da cuando el tema va ganando poco a poco interés y despertando inquietud, cuando el tema se va haciendo poco a poco apasionante. La otra, en cambio, se produce cuando el tema se contempla como puro formulismo, como trámite administrativo de preceptivo cumplimiento. Sólo la primera actitud coloca en el camino recto. La segunda, originariamente vaciada, conduce a un fracaso seguro. Pascual Quintana, al lanzar con estas líneas toda la inquietud que en él ha despertado el tema, nos confiesa la sinceridad de su vocación civilista.

Todo civilista se ha preguntado—ha tenido que preguntarse—alguna vez por el concepto de Derecho civil. Y esta pregunta, aparentemente sencilla en su formulación, es susceptible de suministrar una gran variedad de matices. Porque lo cierto es que cuando nos preguntamos por el concepto de Derecho civil podemos plantearnos el problema de cómo se define el Derecho civil o el de cómo se delimita la materia civil, que viene a ser, en rigor, lo mismo. Pero podemos preguntarnos también qué sentido tiene tomar un sector del ordenamiento jurídico y llamarlo Derecho civil o cuál es la diferencia radical que separa este sector de las demás partes del ordenamiento jurídico. Acontece que el problema conceptual del Derecho civil puede contemplarse, desde un punto de vista lógico-dogmático, como hallazgo de una definición, que permita encuadrar al Derecho civil dentro de alguna de las categorías lógicas, de tipo abstracto, elaboradas por la Teoría General del Derecho y puede también el problema de la determinación del concepto de Derecho civil pensarse, a la vez, como un problema de atribución de sentido: dilucidar qué sentido se debe atribuir a este hecho sumamente sorprendente de que separemos, independizándolo, del total ordenamiento jurídico, un sector, lo llamemos Derecho civil y lo tratemos de una determinada manera. Pascual Quintana enfoca el tema desde el primero de los puntos de vista citados: hallazgo de una definición y delimitación de la materia civil.

Situado ante este clásico y acuciante interrogante, Pascual Quintana inicia la investigación a través de una vía que es clásica también: la historia del concepto, partiendo del estudio de los textos y fuentes romanos

para pasar, después de un detenido examen del Derecho medieval y de la aportación de la Escolástica, al Derecho civil de la época codificadora. El resultado de esta investigación lo resume, mejor que nadie, el propio autor. Hay—nos dice—un «proceso de transformación del Derecho civil en Derecho nacional y privado que se alcanza y consolida con las Codificaciones» (página 45). Y añade: «con anterioridad, la significación del Derecho civil cabía entenderla desde distintos puntos de vista, ya como Derecho romano, ya como Derecho nacional, en razón a que presentaba diversos matices; por el contrario, desde un principio la expresión Código civil ha supuesto siempre el Derecho privado de un determinado país» (pág. cit.).

Sabemos así qué sentido tiene para el autor la evolución histórica del concepto de Derecho civil. Pero, ¿cómo es el Derecho civil en la actualidad? En la actualidad el Derecho civil se identifica con el Derecho privado. «El Derecho civil es el Derecho privado, y aún más, Derecho privado general.» Esta afirmación se repite a lo largo del libro (pág. 51, 62, 108, etc.). La calificación del Derecho civil como Derecho privado obliga al autor a examinar la distinción entre Derecho público y Derecho privado, que afronta decididamente. ¿Cuál es el criterio científico del que nos debemos valer para establecer esta distinción? No puede estimarse como elemento diferenciador el criterio tradicional de la «utilitas». La distinción más atinada—nos dice—es aquella que se sitúa en el «plano de las relaciones», las cuales, si bien como elemento discriminador pueden ser de utilidad para apreciar uno u otro campo, no deben confundirse con el interés.

Más aún que el problema dogmático de la distinción—cual es el criterio diferenciador—preocupa al autor el problema de las interferencias mutuas entre ambas partes del Derecho y el del primado de una de ellas sobre la otra, a lo que dedica muy atinadas observaciones. Existe hoy—afirma el autor (pág. 55)—una transformación en el campo del Derecho privado y como consecuencia de ella ha experimentado un nuevo giro del Derecho civil. La raíz principal de esta transformación arranca del Derecho público y trae su causa de moderno intervencionismo estatal y de las corrientes sociales del Derecho privado. Sin embargo, le parece al autor exagerado y excesivamente pesimista hablar hoy de una total absorción del Derecho privado por el público o de una total publicación del Derecho privado. Este conserva y conservará siempre un valor permanente que no puede desconocerse ni discutirse.

El Derecho civil no es sólo el Derecho privado, sino Derecho privado general. «Con ello se indica o, al menos, se pretende establecer a su vez la línea divisoria entre aquellas relaciones jurídicas que aun perteneciendo a la esfera privada, como anteriormente apuntamos, se regulan por el Derecho público, de aquellas otras que permanecen totalmente ajenas a cualquier intromisión de éste» (pág. 62). El Derecho civil es el Derecho privado general, dice el autor, porque, como ha escrito Castro, conserva el valor de *ius commune* y contiene las reglas jurídicas comunes o generales del Derecho privado. A este valor del Derecho civil como Derecho común dedica el autor, siguiendo orientaciones de De Buen y de Castro, algunas atinadas páginas (págs. 65-70), estudiando su carácter de Derecho suple-

torio de las leyes y ordenamientos especiales, incluso frente a las normas de índole administrativa.

Amplia y cuidadosamente ha sido analizado el problema de las llamadas «autonomías» o segregaciones del Derecho civil (págs. 71-108). Este tema le plantea al autor, ante todo, una cuestión de carácter general y primario: determinar el sentido que tiene este hecho notable de las «autonomías». ¿Quiere ello decir que se está produciendo una desintegración del Derecho civil? ¿O, tal vez, por exigirlo así la realidad jurídica, hemos llegado a una fase de especializaciones dentro del Derecho privado? Estas son las preguntas que preocupan al autor (pág. 105). Es cierto—contesta—que asistimos, que estamos asistiendo al tránsito, transformación y extinción de muchos conceptos; que toda una serie de coyunturas histórico-políticas y económicas están produciendo convulsiones y choques que llevan implícitas unas mutaciones de principios; innumerables preceptos del Código han quedado inservibles, en tanto que otros son insuficientes para acometer con base en ellos los problemas que el mundo actual plantea. No podemos negar, concluye el autor, que existe una profunda crisis de nuestras instituciones civiles, pero el remedio no se encuentra seguramente en esas «autonomías» que, a modo de deserciones, se pretende conferir a determinadas instituciones jurídicas.

El estudio concreto de estas «autonomías» se centra y se desarrolla a través de los problemas que plantean cuatro conocidas disciplinas o pretendidas disciplinas jurídicas: Derecho del trabajo, Derecho agrario, Derecho inmobiliario y Derecho mercantil. A este último y a sus problemas específicos—su situación dentro del Derecho privado, su naturaleza de Derecho especial, comercialización del Derecho civil, etc.—dedica el autor, acaso por natural impulso de su personal vocación, una mayor atención, mostrando un conocimiento cabal de las diversas cuestiones que se plantean y de las posiciones doctrinales mantenidas sobre ellas.

El libro se cierra con un capítulo dedicado a la «determinación del concepto». Después de examinar un grupo muy variado de definiciones propuestas por diversos autores, termina aceptando la definición de Hernández Gil, a su juicio la más completa, conforme a la cual el Derecho civil es «el Derecho privado general que tiene por objeto regular a la persona en su plena dimensión vital y económica, así como las relaciones jurídicas que dentro del orden legal y común establece con sus semejantes para el mejor cumplimiento de sus fines dentro de la comunidad de que es miembro y a cuya seguridad y estabilidad tiende».

Alguna mención merecen los elementos accesorios que son siempre datos importantes para calibrar el valor de un libro. El lenguaje empleado es claro y el estilo sencillo, correcto y fluído. El aparato bibliográfico es abundante y está manejado con soltura y con cuidado.

Estoy seguro, por todo ello, de que nos hallamos en presencia de un libro útil. Su sola lectura contribuye a hacernos revivir las preocupaciones e inquietudes que siempre hemos sentido en esta búsqueda de la base conceptual mínima de nuestra asignatura. El autor, fuertemente apoyado—incluso diríamos que preocupadamente apoyado—en la doctrina anterior, de la que no es posible nunca, y menos aún en un tema como éste, prescindir, va aportando

sus personales puntos de vista. La obra será además útil no sólo a las personas interesadas en contrastar opiniones sobre los problemas capitales del Derecho civil, sino también a aquellas otras que, a la hora de emprender, por exigencia del precepto académico a que antes aludíamos, la exposición de este mismo tema, echan de menos una guía o una ayuda.

Ha prologado el libro don Antonio Hernández Gil quien, en estas líneas breves, apunta dos ideas que pueden ser fecundas: una, que el Derecho civil, junto a otros muchos significados, tiene el de ser «exponente de un clasicismo en el arte y en la ciencia del Derecho»; además, que «el concepto básico en torno al cual adquiere su verdadero sentido el Derecho civil es el de la persona». «El estatuto jurídico de la persona: eso es, ante todo, el Derecho civil.» «Hay hoy como una general cruzada por los dominios y el predominio de la persona como idea central y esta polarización del Derecho civil en torno a la persona, al propio tiempo, un significado conservador y un significado innovador.»

Le da este prólogo pretexto a Hernández Gil para salir al paso de unas afirmaciones recientemente mantenidas por el profesor Guasp («Individuo y persona». Revista de Derecho privado, 1959, pág. 3 y ss.). Para Guasp la referencia a la persona sigue sin resolver el problema fundamental de la supervivencia del Derecho civil. No es la idea de «persona» el punto clave del Derecho civil, sino la idea de «individuo», porque individuo es una designación jurídica finalista, mientras que persona es una designación jurídica de carácter instrumental. La persona es, para Guasp, un concepto formal, elaborado por los juristas, «algo artificial, aunque necesario»: la aptitud formal para figurar como sujeto de derechos y obligaciones.

Hernández Gil se enfrenta con la tesis de Guasp. La persona—le dice—no es un concepto formal o instrumental. La persona es un *príus* para el Derecho. No es una creación del Derecho positivo. Es, antes que nada, una categoría ontológica, ética y social, y esto impone al ordenamiento jurídico unas determinadas exigencias a la hora de recoger jurídicamente esta realidad.

Ahora bien, ¿dónde radica la esencia de la persona que ha de servir de soporte a la ordenación jurídica?, se pregunta el autor. No es posible, no es correcto, tomar únicamente elementos aislados, como, por ejemplo la voluntad. Persona es «el ser libre destinado a coexistir». La libertad es consustancial con la persona y la define ética y socialmente «con vigor por lo menos análogo a como es definida antropológicamente a través de la racionalidad o de la figura humana. A ello cabría objetar que también la libertad es, como la voluntad, un dato aislado y unilateral y que lo definitivo es toda la dignidad de la naturaleza humana. No sólo la libertad —añade, quizá por esto, el autor—sino también la sociabilidad es esencial a la naturaleza de la persona. Por esto, la persona no es una antítesis de la sociedad, sino «un modo de ser dentro de ella». Así, lo personal lleva de suyo una vocación social y lo auténticamente social no puede desembocar nunca en la negación de la persona.

**RODRIGUEZ-VILLAMIL, José María:** «Legislación del Impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes. 4.<sup>a</sup> edición, comentada y concordada; volumen 584 páginas. Madrid, 1959.

El Autor, cuya presentación es innecesaria por ser sobradamente conocido como destacado especialista en la materia, califica la obra comentada como cuarta edición. En realidad, dado que se refiere a una nueva Ley y Reglamento, consecuencias inmediatas de los artículos 82 al 96 de la Ley de 26 de diciembre de 1957, puede ser considerada como un trabajo que se enfrenta, sino con una legislación nueva si, por lo menos, con las trascendentes modificaciones que estudia con interesante acopio de Jurisprudencia, no sólo de la dictada por el Tribunal Supremo, en su Sala 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo, sino también, trayendo a colación la del Tribunal Económico-Administrativo Central.

El contenido del libro, siguiendo al propio Autor, está integrado por: el texto de la Ley vigente, seguido de la tarifa, a continuación se inserta el Reglamento y luego un apéndice con un conjunto de formularios que facilitan al contribuyente el cumplimiento de las normas adjetivas del Reglamento.

La obra va precedida de una introducción en la que, tras de fijar el propósito que la ha presidido, se da una noticia general del Impuesto a partir del año 1900, con especiales referencias a las distintas Leyes que lo han regulado hasta llegar al Decreto de 21 de marzo de 1958, que publicó los textos refundidos de la Ley y Tarifa del Impuesto, vigentes a partir de 1 de mayo de 1958 y el Reglamento de 15 de enero de 1959.

Al exponer la Ley, se limita a la cita escueta de los preceptos, reservando para el Reglamento no sólo la mención de la Jurisprudencia más directamente aplicable, sino el comentario relativo a cada artículo.

Sería tarea impropia de una noticia bibliográfica, el detenernos en cada uno de los atinados comentarios que se hacen a cada artículo; por su interés, llamamos la atención, de un modo especial, en orden al comentario que merecen al Autor los números 9 y 10 del artículo 6.<sup>o</sup> del Reglamento que han sido semillero de constantes litigios preocuparse de materia que requiere matizar profundamente como son los contratos verbales y los contratos de venta concertados por correspondencia.

Los formularios, que a modo de apéndice se acompañan, son muy útiles para todos los que han de moverse en el campo objeto de las disposiciones comentadas; por último, el denominado «sumario alfabético» facilita, en gran manera, el manejo de la obra por las acabadas remisiones que, respecto de cada voz, se hacen a la Ley y Reglamento.

No queremos silenciar un hecho, que debiera ser imitado, y es el de que, además de recogerse al final de la obra una fe de erratas, el Autor, con posterioridad a la publicación del libro, advirtió una nueva errata, relativa al artículo 7.<sup>o</sup> del Reglamento; errata que subsanó mediante una circular dirigida a todos los que la habían adquirido.

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general.

ACETI, Guido: *Osservazioni critiche sull' intuizione del diritto come attività e suoi possibili sviluppi*, IM, año IX, Fascículo I, marzo 1958; págs. 115-133.

Valoración crítica de las propuestas del profesor Piovani, en su reciente argumentación en torno a la consideración de la intuición del derecho como actividad. Hasta ahora la ciencia del derecho y la filosofía jurídica, por motivos diversos, no estaban en condiciones de acoger, y menos de desenvolver, la intuición del derecho como actividad.

BIONDI, Biondo: *Diritto e Giustizia nel pensiero romano*, IM, año IX, Fascículo III, septiembre 1958; págs. 289-315.

Discurso de apertura leído el 30 de enero de 1958 por el autor en el Instituto Lombardo de Ciencias y Letras; en el cual se delimitan y conceptúan en el Derecho romano, hasta la época de Justiniano, las ideas de derecho y de justicia. Esta se muestra connatural a la noción misma del derecho. El derecho entraña un mandato, una *ratio*, pero en función de la justicia.

BUONINCONTRO, Maurizio: *Orientamenti del Diritto comparato*, DG, año 73, núm. 12, diciembre 1958; págs. 832-837.

Breves notas en torno al valor y significación del «Derecho comparado» como método de lograr una atmósfera jurídica de recíproca comprensión. Actualmente, pues, el estudio de las instituciones extranjeras ya no responde a una simple curiosidad o a una necesidad contingente y ocasional, sino a una investigación comparativa, que se sirve de un método que delimita y resuelve problemas de carácter general.

ELOLA, Javier: *El estudio del Derecho comparado, instrumento de la unificación jurídica internacional*, BIM, año XI, núm. 32, mayo-agosto 1958, págs. 19-33.

Ante el estado actual de la doctrina jurídica que ve en el Derecho comparado una fuente corruptora y disgregadora de las tradiciones y de las instituciones nacionales, y que considera al Derecho comparado a lo sumo

como una etapa preliminar de la unificación jurídica, el autor entiende que es preciso volver a destacar en primer plano la finalidad unificadora de las investigaciones y estudios comparatistas.

NADELMANN, Kurt H.: *Legislación uniforme frente a las convenciones internacionales como método para la unificación del Derecho internacional privado*, RCH, año XXVI, núm 104, abril-junio 1958; págs. 167-183.

Informe del autor a la X Conferencia interamericana de abogados, en el que se defiende, como único método, eficaz para lograr la unificación del Derecho internacional privado, la adopción de una legislación uniforme. Los convenios, por su naturaleza y características, no pueden rebasar su ámbito necesariamente limitado.

PASCUAL QUINTANA, Juan M.: *Sobre la esencia y caracteres del Derecho del Trabajo*, RDEA, año III, núm. 15, septiembre-octubre 1958; págs. 429-480.

Refiriéndose previamente al problema conceptual, al desarrollo histórico y a la autonomía e independencia del Derecho del Trabajo, defiende el autor esta designación de la rama jurídica en cuestión y la considera como «el Derecho relativo a la prestación profesional de servicios y a la fijación y cumplimiento de las condiciones de dicha prestación», siguiendo a Bayón y Pérez Botija.

PUIG PEÑA, Federico: *Jus publicum privatorum pactis mutare non potest*, RDEA, año III, núm. 14, julio-agosto 1958; págs. 349-354.

Breves comentarios en torno al principio indicado en el epígrafe con especial referencia a la renuncia a las leyes y a la renuncia de los derechos.

RODRÍGUEZ, Fausto E.: *Notas en torno a la cientificidad del Derecho comparado*, BIM, año XI núm. 31, enero-abril 1958; págs. 70-82.

Consideraciones generales sobre la naturaleza que ha de atribuirse al Derecho comparado como ciencia o como simple método. Entiende el autor que la categoría científica del Derecho comparado en nada contradice la configuración de un método propio de esa ciencia: el método comparativo.

RODRÍGUEZ, Fausto E.: *La importancia de la Ciencia histórica en la formación del jurista*, BIM, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre 1958; págs. 53-66.

La actual tendencia a destacar la realidad de la experiencia vital y cultural en que el Derecho consiste trae consigo la importancia que hoy se

da a la Sociología del Derecho, al Derecho comparado y a la Historia del Derecho. Especial significado de ésta en la valoración y evolución de las instituciones aztecas, ante la incontenible avalancha del sistema jurídico español.

ZASTAY, Imre: *Rechtsvergleichende Bemerkungen über den Code civil und das Bürgerliche Gesetzbuch*, ACP, Tomo 157, núms. 5-6, 1959; págs. 479-494.

Aspectos comparados del Código Napoleón y del Código civil alemán. El problema de la Parte General. Acciones de nulidad y de impugnación. Lesión. Intento de mejora de los Derechos nacionales respectivos.

ZWEIGERT, Konrad: *El Derecho comparado como método universal de interpretación*, BIM, año XI, núm. 31, enero-abril 1958; págs. 51-69.

No puede ofrecer duda la respuesta afirmativa a la pregunta de si el Derecho comparado debe ser empleado en la interpretación e integración de las normas jurídicas. El problema radica en los límites de este método. Indicación y valoración crítica de algunos de ellos. El método comparativo pretende obtener un «derecho ideal relativo» a base de la experiencia de las soluciones extranjeras..

## 2. Derecho de la persona.

BADENES GASSET, Ramón: *El negocio jurídico de fundación*, RJC, año LVIII, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 151-176.

Dentro del Derecho positivo vigente, el autor asigna al negocio de fundación estas notas: unilateral no recepticio, de finalidad variable con tal que sea lícita y no grotesca, arbitraria, frívola o ridícula; no caben fundaciones de interés particular; es requisito esencial la dotación; no requiere forma especial el negocio fundacional entre vivos; es admisible la fundación testamentaria; el reconocimiento se produce por la mera existencia, no teniendo la calificación de benéfica otro alcance que el atribuir ciertos beneficios; irrevocabilidad de la fundación a no ser que sea testamentaria.

DE LA VILLA, Margarita: *Tendencias de la legislación mexicana hacia la igualdad de condición jurídica*, BIM, año XI, núm. 32, mayo-agosto 1958, págs. 35-44.

Indicados los diferentes supuestos en que en el Derecho mexicano pudiera manifestarse una cierta desigualdad de tratamiento jurídico, estima la autora que en el sistema jurídico del país la igualdad de capacidad jurídica es la regla general y que sólo existen algunas excepciones debidas a

una finalidad protectora o bien a falta de concordancia entre los diversos textos legales.

GALGANO, FRANCESCO: *Per un'ipotesi sulla natura giuridica dei comitati*, IM, año IX, Fascículo I, marzo 1958; págs. 69-93.

Los «comitatos», como medio de suscripciones públicas con fines altruistas, sólo tienen una regulación fragmentaria en los artículos 39 a 42 del Código italiano. Falta una consideración completa de la institución por la doctrina, que oscila entre aproximar la figura al régimen de la asociación o al de la fundación. Crítica de estas posturas, arrancando el autor de la formación histórica de la institución.

NACIONALIDADE: *Da—portuguesa. Projecto de Decreto-Lei núm. 500*, BMI, número 79, octubre 1958; págs. 203-234.

Motivos y transcripción del Proyecto de Decreto-Ley sobre nacionalidad portuguesa.

PAPALE, ANTONIO E.: *La esecuzione degli ordini dei Tribunali contro la segregazione della razza negra*, IM, año IX, Fascículo I, marzo 1958; págs. 94-114.

Consideraciones en torno al problema de la segregación racial en Estados Unidos, arrancando de una indicación de las bases históricas de la misma y de los aspectos morales y filosóficos del problema. Entiende el autor que los miembros de una sociedad humana no deben quedar vinculados por leyes que impongan la segregación de ciertos individuos en base a su raza o color de piel.

RAVELO MARIÑO, AGUSTIN: *La capacidad de la mujer en las legislaciones modernas. Estudio especial en la vigente legislación cubana*, RDEA, año III, núm. 14, julio-agosto 1958; págs. 317-337.

Posición jurídica de la mujer en el Derecho cubano en materia de capacidad, matrimonio, patria potestad, tutela y ejercicio del comercio. Importantes reformas en los Códigos españoles.

RESCIGNO, PIETRO: *Un libro sulla rappresentanza*, RDDC, año V, núm. 1, enero-febrero 1959; págs. 86-100.

Amplio comentario crítico a la fundamental obra de Müller-Freienfels sobre la representación en el negocio jurídico; *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*. (Tübinga, 1955). Se valoran y enjuician críticamente los sucesivos capítulos de la obra.

TORO GARLAND, Fernando: *La doble nacionalidad. Comentario a la nueva Ley chilena sobre la misma*, RIDEA, año III, núm. 14, julio-agosto 1958; págs. 339-344.

Comentario a la Ley chilena de 12 de septiembre de 1957 que permite a los españoles adquirir la nacionalidad chilena y a los chilenos la española sin perder, respectivamente, la de origen. Comparación de la nueva Ley con las disposiciones de las Constituciones de 1833 y 1925.

### 3. Derecho de cosas.

GOLLNICK, Hartmut: *Eigentum am Überbau, insbesondere bei einer halbheidigen Giebelmauer*, ACP, Tomo 157, núms. 5-6, 1959; págs. 460-470.

En sentencias de 30 de abril de 1958 el BGH (Tribunal Supremo de Alemania occidental) se ha enfrentado por primera vez con una cuestión debatida desde decenios: la propiedad de las construcciones extralimitadas o construcciones que se salen de los linderos. El supuesto debatido se refería a la propiedad de un muro divisorio. Dificultad de supuesto por el juego de normas y principios no armonizables. Crítica de la posición jurisprudencial.

GOETZEN, Marcel: *La propriété industrielle et les articles 36 et 90 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (C. E. E.)* RTC, año 11, núm. 2, abril-junio 1958; págs. 261-303.

Examen de los artículos 36 y 90 del Tratado sobre la Comunidad económica europea, referente a las incidencias de ésta en el ámbito de la propiedad industrial. Se establece un régimen de autonomía parcialmente controlada. En el Mercado Común la propiedad industrial, en el más amplio sentido del término, sigue siendo un derecho exclusivamente nacional.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Obrigaçao de reembolso de despesas (ou benfeitorias) e ius tollendi*, BMI, núm. 80, noviembre 1958; págs. 13-51.

Con destino al Proyecto de reforma del Código civil portugués estudia el autor el problema del reembolso de gastos, distinguiendo entre útiles, necesarios y de mero lujo. Se alude después al reembolso de gastos «no patrimoniales» y a los presupuestos y eficacia del *ius tollendi*: en los casos previstos por la ley y en hipótesis análogas. Proyectos de articulado.

PIRES DA LIMA, F. A.: *Do usufruto, uso e habitaçao*, BMI, núm. 79, octubre 1958; págs. 35-104.

En forma de articulado, y destinado al Proyecto de reforma del Código portugués, ofrece el autor un estudio del usufructo, el uso y la habitación.

Detrás de cada artículo las notas exegéticas complementarias. El sistema adoptado es: disposiciones generales, derechos del usufructuario, obligaciones del usufructuario, extinción del usufructo, uso y habitación.

TZERMIAS, Pavlos: *Zur Regelung des Gebrauchs beim Miteigentum*. ACP, Tomo 157, núms. 5-6, 1959; págs. 455-460.

Examina el autor el problema de si en la copropiedad por cuotas la regulación del uso de la cosa común responde o no (y en caso afirmativo hasta qué punto) a los postulados que inspiran aquel tipo de comunidad. Referencia específica a la legislación alemana, en la cual el § 743, II, del BGB rompe con la idea de la comunidad por cuotas; el límite del uso de cada partícipe no se fija en atención a dichas cuotas, sino atendiendo al co-uso de los demás partícipes.

#### 4. Obligaciones y contratos.

ALBANESE, Bernardo: *La nozione del «furtum» nell' elaborazione dei giuristi romani*, IM, año IX, Fascículo III, septiembre 1958; págs. 315-326.

La noción del «furtum» romano es la idea central y matriz con la que se relacionan, en los Derechos modernos de base romana, la esfera del ilícito civil y una parte importantes del actual Derecho penal. Formación y evolución del concepto en el Derecho romano; fundamental también la noción para la fijación de los conceptos del daño, del dolo y el más general de las obligaciones *ex delicto*.

BARREIRO, Dositeo: *Responsabilidad sin culpa y culpa sin responsabilidad en los accidentes de tráfico*, RDEA, año III, núm. 14, julio-agosto 1958; págs. 297-314.

En el ámbito civil ha de llegarse abiertamente a la responsabilidad objetiva a través de las presunciones de culpa de los que manejan instrumentos normalmente peligrosos, como los vehículos automóviles. Este tipo de responsabilidad es admisible en el Derecho penal. El seguro de responsabilidad habrá de ser requisito indispensable para circular.

CARRESI, Franco: *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*. RDDC, año IV, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 591-602.

En el contrato per persona a designar, los dos aspectos problemáticos son los referentes a la función que desempeña la figura y a la estructura de la misma. Aquella influye en ésta, siendo en cierto modo causa de las doctrinas formuladas en torno a ella, acogiendo el autor la teoría según la cual, en tanto penda la designación del contratante, los efectos de contra-

to están en suspenso. Mecanismo jurídico de la designación o «concentración subjetiva».

DE ROVIRA MOLA, Alberto: *Contribuciones especiales y arrendatarios*, RJC, año LVIII, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 240-252.

Estudio exegético del artículo 108 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que permite al arrendador, en ciertos casos, exigir del inquilino un 6 por 100 anual del capital invertido en contribuciones especiales de los Ayuntamientos. Preceden unas consideraciones sobre los perfiles característicos de dichas contribuciones especiales.

GALVAO TELLES, Inocencio: *Contratos civis*, BMI, núm. 83, febrero 1959; págs. 114-283.

Exposición de motivos y articulado completo de la materia relativa a los contratos civiles con destino al Proyecto de reforma del Código portugués: compraventa, arrendamiento, comodato, mutuo, contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios, mandato, depósito, venta perpetua, venta vitalicia, juego y apuesta, transacción.

GESCHEMULLER, Bernardo: *La previsión por enfermedad en la Legislación social de la República Federal alemana*, RCH, año XXVI, núm. 104, abril-junio 1958; págs. 147-165.

La legislación alemana ha adoptado, con carácter uniforme, un sistema de seguro contra los riesgos de enfermedad para empleados, obreros y asegurados voluntarios. Indicación de los rasgos fundamentales de este seguro, que corre a cargo de unas Cajas aseguradoras de distintas clases, controladas por el Estado. Régimen de las Cajas, atención médica del asegurado, beneficios, etc.

GONZÁLEZ CARRASCO, Zacarías: *Acercu del saneamiento por los vicios ocultos de la cosa vendida*, FM, año III, núm. 5, enero-marzo 1959; págs. 3-20.

Noción y división de los vicios ocultos, vicios rehdibitorios, vicios en las fincas, en las cosas muebles (no animales ni ganados), en los animales y ganados; el problema de la prueba.

HÉMAR, Jean: *Les ventes avec primes*, RTC, año XI, núm. 3, julio-septiembre 1958; págs. 473-491.

Como medio de atraer clientela ha sido siempre usual el sistema de las ventas con prima, en el cual el comprador es «obsequiado» por el vendedor con objetos de naturaleza igual a los adquiridos o de otra forma cual-

quiera. El legislador francés, por ley de 20 de marzo de 1951, somete a ciertas trabas esta práctica comercial. El autor analiza las modalidades permitidas y las prohibidas.

JARDI, Enrique: *La responsabilidad civil derivada del delito*, RJC, año LVIII, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 227-239.

Crítica del vigente sistema español en orden a la responsabilidad civil emanada del delito o de la falta, a través de unas consideraciones históricas, teóricas y comparativas. Propone el autor la adopción de la práctica estructurada por los juristas ingleses, según la cual la responsabilidad derivada de hechos ilícitos puede ser exigida con independencia de la penal.

KOZOI.CHYK, Boris: *Relatividad de los conceptos jurídicos. (El enriquecimiento indevido o sin causa.)* BIM, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre 1958; págs. 41-51.

La relatividad supone variabilidad de un principio según las personas y las circunstancias. Manifestaciones en el tiempo y en el espacio del principio que prohíbe el enriquecimiento torticero a costa de otro. Relatividad intrínseca y extrínseca. Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Comparado.

MORINEAU, Oscar: *Diritto sostanziale e difesa giudiziaria*, IM, año IX, Fascículo I, marzo 1958; págs. 11-46.

Arrancando de un caso de prescripción de una acción de indemnización de daños por avería se enfrenta el autor, en el ámbito del Derecho internacional privado, con el problema de si el plazo de prescripción es una condición que afecta a la propia conservación del derecho sustancial o si, por el contrario, afecta sólo a la posibilidad de accionar ante los Tribunales. Criterios de «Common Law» y de «civil law».

FAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros*, BMI, núm. 79, octubre 1958; págs. 105-148.

Estudio destinado al Proyecto de reforma del Código civil portugués, que incluye un anteproyecto de articulado. Se consideran nulas las cláusulas que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa grave o por violación de normas de orden público. Validez de las cláusulas en orden a la responsabilidad objetiva. Invalidez de las referidas genéricamente a daños eventuales. Eficacia de las cláusulas válidas y posición del juez. En cuanto a la obligación de garantía por daños a terceros, se entiende que esta obligación no exime a la parte que causa el

daño de hacerse cargo de él, según lo dispuesto en el seguro de responsabilidad.

PAES DA SILVA SERRA, Adriano: *Obrigaçao de prestaçao de contas e outras obrigaçoes de informaçaõ*. BMI, núm. 79, octubre 1958; págs. 149-161.

Destinado también al Proyecto de reforma del Código civil portugués, ofrece el autor un estudio, seguido de articulado, sobre la obligación de rendición de cuentas y otras obligaciones de información. Supuestos de existencia de las obligaciones indicadas y ámbito de las mismas. La obligación de rendir cuentas existe cuando se administran negocios ajenos; la de información, cuando ésta sea precisa para la certidumbre o amplitud de un derecho.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Contrato para pessoa a nomear*, BMI, núm. 79, octubre 1958; pág. 163.

Considerado el contrato por persona a designar como un caso de contrato en interés de tercero, se analiza doctrinalmente la figura: Derecho portugués e italiano, naturaleza, legitimidad, ventajas de su regulación legal, requisitos, forma y publicidad, efectos. El estudio está destinado al Proyecto de reforma del Código civil portugués y, como siempre, termina con un articulado de la materia.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Obrigaçao de restituicão*, BMI, núm. 80, noviembre 1958; págs. 53-85.

Reglas y principios generales en torno a la obligación de restitución de un objeto, las cuales contribuirán a evitar faltas de regulación y a suprimir disparidades de tratamiento jurídico. Contenido y aspectos del deber de restitución. Destinado el trabajo al Proyecto de reforma del Código portugués, finaliza con el oportuno articulado de los principios expuestos.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Obrigações de sujeito indeterminado*, BMI, núm. 80, noviembre 1958; págs. 87-99.

Hipótesis de indeterminación de sujetos en la relación obligatoria, que conduce al autor a la conclusión, articulada, de que la persona del acreedor puede no estar determinada en el momento de constituirse la obligación, pero tiene que deducirse de la ley, del título constitutivo de la obligación o de las circunstancias. Nulidad del negocio en caso contrario.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Contrato de modificacão ou de substitucão da relação obrigacional*, BMI, núm. 80, noviembre 1958; págs. 101-135.

Alude el autor, por separado, al contrato por el que se modifica y al contrato por el que se sustituye por otra una relación obligatoria, atribui-

yendo a ambos carácter causal y no abstracto como en el Derecho alemán. Contenido y efectos de la modificación y de la sustitución; el problema de la forma del contrato modificativo o sustitutivo. Destinado el trabajo a la reforma del Código civil portugués, finaliza con un proyecto de articulado de la materia.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade do albergueiro, etc., pelas coisas introduzidas no albergue, etc.*, BMI, núm. 80, noviembre 1958; págs. 137-185.

Amplia consideración del problema de la responsabilidad de los posaderos en relación con las cosas introducidas por los huéspedes en las posadas: principio general, objetos de gran valor, extensión, cesación y exclusión de la responsabilidad, pactos especiales, supuestos análogos. Proyecto de articulado de la materia.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Reclamação judicial*, BMI, núm. 80, noviembre 1958; págs. 187-202.

Efectos del incumplimiento de la obligación una vez que haya tenido lugar el requerimiento judicial: deuda de cosa determinada, deuda de dinero, gastos hechos por el deudor. Proyecto de articulado de la materia, con destino al Proyecto de reforma del Código civil portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Enriquecimento sem causa*, BMI, número 81, diciembre 1958; págs. 5-245. Núm. 82, enero 1959; págs. 5-289.

Amplísimo estudio, destinado al Proyecto de reforma del Código civil portugués, sobre el enriquecimiento sin causa en sus aspectos generales (teoría de la *condictio* y de la *actio de in rem verso*) y en sus manifestaciones o supuestos concretos. Sigue un extenso anteproyecto de articulado de la materia.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Negócios abstractos. Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos*, BMI, número 83, febrero 1959; págs. 5-67.

Considerados los negocios abstractos como aquellos que funcionan al margen de su causa, y con independencia de ella, se indican los rasgos generales de dichos negocios para aludir después a la promesa de deuda y al reconocimiento de deuda como hipótesis especiales de negocio abstracto. Creación de las mismas por negocio unilateral, dispensa de prueba de la relación fundamental, forma, prueba de inexistencia de la causa.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Reparação do dano não patrimonial*, BMI, núm. 83, febrero 1959; págs. 69-111.

Delimitado el daño no patrimonial, se considera que éste puede ser objeto de satisfacción pecuniaria cuando sea suficientemente grave y merece-

dor de protección jurídica. En el cálculo de la indemnización debe procurarse a quien ha sufrido el daño la cantidad de dinero precisa para proporcionarle placeres capaces de compensar el daño, en lo posible. El estudio se destina a la reforma del Código civil portugués y va seguido de articulado.

RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo; PERÉ RALUY, José: *Subarriendos autorizados*. RJC, año LVIII, num. 2, marzo-abril 1959; págs. 215-226.

Estudio del artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que atenúa, en lo que a viviendas se refiere, la prohibición del subarrendar. Después de indicar las características y requisitos de la facultad de subarrendar concedida al inquilino, se delimita la figura del subarriendo autorizado: eficacia, limitaciones de orden administrativo, viviendas sometidas a normas protectoras.

SACCO, Rodolfo: *La presunzione di buona fede*. RDDC, año V, núm. 1, enero-febrero 1959; págs. 1-35.

En el presente número de RDDC contempla el autor dos aspectos de la presunción de buena fe. Se refiere, en la primera parte, a la buena y a la mala fe en relación al artículo 2.697 del Código civil italiano referente a la carga de la prueba: quien pretende hacer valer en juicio un derecho ha de probar los hechos que le sirven de fundamento; quien excepcione la ineficacia de tales hechos o la modificación o extinción del derecho ha de probar los hechos que fundamentan la excepción. En la segunda parte alude a la presunción de buena fe en relación con la letra de las normas: estado de las fuentes, buena fe y carga de la prueba. Aspectos en la legislación italiana de los problemas indicados.

SARAVIA, Guillermo A.: *La teoría del riesgo en la contratación administrativa*. BFD, año XXII, núms. 1-2, enero-junio 1958; págs. 53-75. Núms. 3-4, julio-diciembre 1958; págs. 501-524.

Continuación del trabajo del autor iniciado anteriormente. En los presentes números de BFD aborda el estudio de la teoría de la imprevisión en los contratos administrativos. Delimitado este tipo de contratos y la noción de lo imprevisible, se formula ya la teoría administrativa de la imprevisión: diferencia con figuras afines, imprevisión y fuerza mayor, imprevisión y lesión, imprevisión y error. Requisitos y efectos de la imprevisión. Referencia especial a la doctrina francesa.

SCHLESINGER, Piero: *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*. RDDC, año V, núm. 1, enero-febrero 1959; págs. 36-51.

Exégesis del artículo 1.188, párrafo 2.º, según el cual el pago hecho a persona no legitimada para recibirlo libera al deudor, siempre que el

acreedor ratifique dicho pago. Criterios para individualizar la relación obligatoria a la que se refiere la prestación. Mecanismo y eficacia de la ratificación: hipótesis diversas;

STEIN, Peter: *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, IM, año IX. Fascículo III, septiembre 1958; págs. 367-378.

Históricamente la categoría del *quasi delicto* ha tenido importancia en el desenvolvimiento y evolución de la reglamentación de la reparación del daño. Indicación de su originario significado en el Derecho romano y de la ulterior evolución que contribuyó a formar el concepto del cuasi-delito, tal como hoy se recoge en los Códigos modernos.

TOULEMON, André: *Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile*, RTC, año XI, núm. 4, octubre-diciembre 1958; págs. 697-707.

En materia de cláusulas de escala móvil la jurisprudencia ha tenido que enfrentarse con unas realidades surgidas de la práctica cotidiana de los negocios y no de la ley ni de la doctrina jurídica. Ello ha originado indecisiones en los fallos, dando lugar a una evolución del sentido general de la jurisprudencia, que el autor examina; se ha pasado en menos de veinte años por estas etapas: prohibición, tolerancia, justificación.

ZEUNER, Albrecht: *Zum Problem der überholenden Kausalität*, ACP, Tomo 157, núms. 5-6, 1959; págs. 441-454.

Aún no ha encontrado una solución unánime en Alemania el problema de hallar un correcto cauce jurídico a la llamada causalidad hipotética: producción del resultado dañoso (que obliga a indemnizar) también en el supuesto de que el motivo causante no hubiera tenido lugar; concurrencia de causas, existencia de una «causa reserva». Suele entenderse que más que de un problema de causalidad es un problema de imputación de daños. Examinada la causa reserva en sus distintos aspectos, se afirma por el autor que se parte de que el daño, en el sentido jurídico vigente, es una *diferencia* entre una situación real y otra posible; no cabe en modo alguno valorar indistintamente, en la apreciación de la *diferencia*, todas las circunstancias que hayan influido en cualquier forma en la relación de los interesados.

### 5. Derecho de familia.

BRUNS, Hans-Jürgen: *Unterhaltspflichtverletzung und Gleichberechtigung*, BFG, año VI, Cuaderno 4, abril 1959; págs. 129-133.

Recientemente el BGH ha decidido la cuestión de la no punibilidad de incumplimiento de la obligación de alimentos por parte del padre en el

supuesto de haber cumplido la madre dicha obligación. La doctrina es contraria a esta orientación. Problema de predominante matiz penal.

CORTESANI, Enrico: *Il comportamento prenuziale dei coniugi come causa di separazione personale*, RDDC, año IV, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 603-617.

En la calificación del comportamiento de los esposos en la fase que precede a la constitución del vínculo conyugal la presión de los motivos éticos es tan que intensa que a veces la lógica jurídica es sustituida por una «lógica afectiva» o «lógica sentimental». Se refiere el autor a la incidencia en el ámbito conyugal de ciertos hechos o situaciones anteriores al matrimonio que, conocidos en su momento oportuno, hubieran impedido la celebración del mismo: falta de virginidad, malas costumbres, enfermedad contagiosa, etc. Consideración doctrinal y jurisprudencial del problema. Valoración jurídica de distintas hipótesis.

ESSER, Georg: *Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Eherecht*, EF, año VI, Cuaderno 5, mayo 1959; págs. 177-188.

La Ley de equiparación de sexos de 18-VI-1957 pone fin a la desventajosa situación de la mujer casada en el Derecho alemán. Aspectos diversos del reconocimiento de la personalidad de la mujer en el nuevo Derecho matrimonial: divorcio, gestión del hogar, alimentos, actividad profesional, costas, contrato matrimonial, régimen patrimonial, etc.

GRASSI, Lucio: *La legge matrimoniale concordataria e la Costituzione della Repubblica*, DG, año 73, núms. 8-9, agosto-septiembre 1958; págs. 580-598.

El sistema matrimonial italiano, surgido de los Pactos de Letrán, da lugar a ciertas diferencias entre católicos (que pueden elegir forma de matrimonio) y no católicos (que no tienen tal elección). El autor examina esta y otras diferencias a la luz del artículo 3 de la Constitución que reconoce igualdad de derecho a todo ciudadano sin distinción de religión.

HEINSICH, Manfred: *Zur Beendigung und Nichtigkeit von Adoptionen im künftigen Recht*, EF, año VI, Cuaderno 4, abril 1959; págs. 135-140.

Aspectos y propuestas en torno a una futura reglamentación de la adopción en el Derecho alemán. En materia de terminación y nulidad del vínculo de adopción propugna el autor la concesión a las partes de la posibilidad de liberarse de las obligaciones que dicho vínculo impone.

LANSKY, Ralph: *Neue Wege zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland*, EF, año VI, Cuaderno 5, mayo 1959; págs. 193-195.

Aspectos diversos y problemas concretos que plantea el ejercicio de las pretensiones alimenticias en territorio extranjero. Convenios internacionales.

MEYER-STOLTE, Klaus: *Vinkulierung der Gesamtvermögensgeschäfte (Auswirkungen des § 1.365 BGB n. F. auf das Grundstücksrecht)*, EF año VI, Cuaderno 6, junio 1959; págs. 228-234.

El nuevo § 1.365 del BGB condiciona la disposición de un cónyuge sobre su patrimonio como un todo («Vermögen im ganzen») al consentimiento del otro. Presupuestos y mecanismo de eficacia de la norma; repercusiones posibles en el Derecho inmobiliario.

PAIRES MARCAS, Manuel: *La investigación de la paternidad en el Derecho catalán y en el Código civil español*, BIM, año XI, núm. 31, enero-abril 1957, págs. 9-50.

La investigación de la paternidad en el Derecho catalán sobre la base esencial del Derecho canónico se ha regulado con un sentido ampliamente permisivo, contrario al adoptado por el Código civil. Es inadmisión la aplicación a Cataluña de los preceptos de éste, mantenida a veces por el Tribunal Supremo.

STÉFANOPOULOS, Konstantin G.: *Das Recht der Mitgift in Griechenland*, ACP, Tomo 157, núms. 5-6, 1959; págs. 494-511.

Rasgos y mecanismo del sistema dotal en el Código civil griego, que considera como *dote* (Mitgift) toda prestación patrimonial a entregar al marido, *ad onera matrimonii*, por parte de la mujer o de un tercero por cuenta de ésta. El sistema se establece mediante el «contrato de dote», excepción al principio de que el matrimonio no produce efecto alguno en el ámbito patrimonial, regla ésta de carácter general en el Código griego.

THEIERFELDER, Hans: *Echter und unechter Zugewinn*, EF, año VI, Cuaderno 6, junio 1959; págs. 225-227.

El régimen legal de bienes introducido en Alemania por la Ley de equiparación de 1957 es el de «comunidad de ganancia», que impone al cónyuge que haya *aumentado* su patrimonio una nivelación de la «ganancia» con el otro (que no haya aumentado el suyo o le haya aumentado menos). Es preciso fijar con precisión cuándo existe un aumento real y efectivo y cuándo uno sólo aparente.

ZUR NEDEN, Margaret: *Nochmals: Beendigung und Nichtigkeit von Adoptionen*, EF, año VI, Cuaderno 6, junio 1959; págs. 234-235.

Breves apostillas al artículo de Heinsich, comentando y rectificando algún punto concreto. El trabajo indicado se reseña en esta sección y se refiere a los problemas que plantea la terminación y la nulidad del vínculo de adopción.

## 6. Derecho de sucesiones.

COELLO GALLARDO, Antonio: *Examen del artículo 1.057 del Código civil*, FM, año II, núm. 2, enero-marzo 1958; págs. 3-9. núm. 3, abril-septiembre 1958; págs. 3-14.

Comentario al artículo 1.057 del Código civil: forma de designación del contador-partidor, capacidad para serlo, caracteres del cargo, facultades, formalidades y valor de la partición hecha por el contador.

DE LA TORRE, Angel S.: *Los problemas de la sucesión abintestato en el Derecho foral de Vizcaya*, RDEA, año III, núm. 15, septiembre-octubre 1958; págs. 481-495.

Comentario a la sentencia de 15 de diciembre de 1953, dictada por la Audiencia Territorial de Burgos en torno al problema de la sucesión intestada en Vizcaya. Según el fallo, el párrafo 3.º del artículo 10 no afecta para nada a los abintestatos de Vizcaya ni a las sucesiones intestadas de los bienes troncales sitos en el Infanzonado; procede el artículo 912 y siguientes, lo mismo en la determinación del orden de suceder que en la cuantía y extensión de los derechos sucesorios.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón: *El derecho de acrecer*, RCH, año XXVI, núm. 103, enero-marzo 1958; págs. 2-32.

Concepto, presupuestos y funcionamiento del derecho de acrecer en la legislación chilena.

LUCQUE, Juan-Emilio: *Trato fiscal del fideicomiso-catalán*, RJC, año LVIII, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 179-190.

Consideración jurídico-fiscal del fideicomiso condicional *si sine liberis decesserit*. El instituto entraña unas transmisiones de dominio, y la Hacienda devenga sus correspondientes cuotas tributarias. Interferencias de los aspectos fiscales en los de Derecho propiamente sustantivo.

PAJARDI, Piero: *Riflessioni e appunti sul sistema dei modi di accettazione dell' credità*, RDDC, año V, núm. 1, enero-febrero 1959; págs. 79-86.

Tienen escasa importancia las diferencias técnicas entre los modos de adquirir la herencia en el Derecho justiniano y el moderno, reduciéndose a simples variaciones que no trascienden al terreno dogmático. El Derecho moderno refleja inalterado el Derecho justiniano.

PUIG PEÑA, Federico: *Ultima voluntas testatoris modis omnibus conservare debet*, RDEA, año III, núm. 15, septiembre-octubre 1958; págs. 497-505.

Comentario al principio según el que la voluntad testamentaria ha de coaservarse por todos los modos, en relación con el carácter del testamento como negocio solemne y las posibles excepciones a este rigorismo formal.

## II. DERECHO HIPOTECARIO

GÓMEZ PAVÓN-MARÍN, Rafael: *Algunos de los grandes problemas hipotecarios*, RDEA, año III, núm. 15, septiembre-octubre 1958; págs. 401-427.

Consideraciones críticas y propuestas de posibles reformas de algunos de los fundamentales problemas registrales: la titulación privada, la posesión y la buena fe del tercero contempladas ante el sistema registral español.

REGISTRO PREDIAL: *Execução da obrigatoriedade do—*, BMI, núm. 79, octubre 1958; págs. 235-259.

Motivos y transcripción del texto del Proyecto de Decreto-ley portugués sobre ejecución del postulado de obligatoriedad de inscripción en el Registro predial en los concejos en que ya estuviera organizado el catastro geométrico de propiedad rústica. En el mismo número de BMI se recoge el dictamen de la Cámara Corporativa en torno al Proyecto (págs. 235-332) con propuestas de reforma.

REGISTRO PREDIAL: *Execução do principio da obrigatoriedade do—, Decreto-Ley*, núm. 40.603, BMI, núm. 80, noviembre 1958; págs. 229-257.

Motivos y texto del Decreto-ley portugués sobre obligatoriedad de inscripción en el Registro predial en los concejos que ya tengan organizado el catastro geométrico de propiedad rústica.

## III. DERECHO MERCANTIL

### 1. Parte general.

NADELMANN, Kurt. H.: *Una disposición del Código uniforme de comercio americano, sobre conflictos de leyes*, BIM, año XI, núm. 32, mayo-agosto 1953; págs. 85-88.

En Estados Unidos se ha redactado un Código uniforme de comercio que se espera llegue a regir en todos los Estados de la Unión. En el artículo 105 del título I contiene una disposición sobre conflictos de leyes.

según la cual, cuando el contrato tenga una relación razonable con el Estado de la nación o extranjero, las partes pueden elegir el derecho aplicable; de no hacerlo regirá el Código. Comentario del precepto en cuestión, adoptado al introducir el Código en el Estado de Massachusetts.

TOMASI, Albert: *La nouvelle loi allemande sur les cartels*, RTC, año II, núm. 1, enero-marzo 1958; págs. 35-61.

El 1 de enero de 1958 entró en vigor en la República Federal alemana la Ley de 27 de julio de 1957 contra las limitaciones a la libre competencia. Aspectos esenciales de esta Ley sobre los «cartels»: principio general prohibitivo, excepciones al mismo, convenciones limitativas de la concurrencia, control de monopolios, prohibición de ejercer presiones y discriminaciones injustas, aspectos procesales, ámbitos excluidos de la ley.

## 2. Comerciantes y sociedades.

HERZOG, J. L.: *A propos des agents commerciaux*, RTC, año XI, núm. 2, abril-junio 1958; págs. 249-259.

Existen discrepancias en el Derecho francés en torno a la posición en general y en particular de los «agentes comerciales». Se pretende que la ley establezca un estatuto de la profesión, que el autor no estima necesaria tras un examen de los posibles tipos y situaciones del agente comercial.

MINERVINI, Gustavo: *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*. RDDC, año IV, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 618-636.

Aspectos jurídicos y consecuencias prácticas de la concepción funcional de la empresa, que no debe concebirse como una mera producción o cambio en el mercado, sino, con un sentido más amplio, como una actuación en el mercado según fines de interés general. Apoyo constitucional de la llamada «funcionalización» de la empresa. No caben subrogados en este sentido.

POLO DíEZ, Antonio; GAY DE MONTELLA, Rafael; MASSO ESCOFET, Cristóbal: *Valoración del fondo de comercio*, RJC, año LVIII, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 199-214.

Ponencias presentadas a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en 1957-1958 por los autores. Polo Díez, «Valoración del fondo de comercio»; Gay de Montella, «Elementos constitutivos del fondo de comercio como valor incorporab»; Masso Escofet, «Criterios y métodos de valoración del fondo de comercio».

### 3. Cosas mercantiles.

ABRAHAMMS, Raymond.: *L'aval de la lettre de change*, RTC, año XI, núm. 3, julio-septiembre 1958; págs. 493-509.

Con el subtítulo «Carácter de la presunción del art. 130, núm. 6, del Código de Comercio (art. 31, párr. 4, de la Ley Uniforme)» se enfrenta el autor con un problema muy discutido en el Derecho cambiario francés y belga: la posibilidad o no de destruir por prueba en contrario la presunción de que, a falta de indicación en este sentido, el aval de la letra se reputa otorgado por el librador.

DE MARCHI, Giorgio: *Onerosità e gratuità dell'avallo e delle garanzie personali in generale*, RDDC, año IV, núm. 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 637-650.

El problema de la onerosidad o gratuidad del aval está confusamente tratado en la doctrina y en la jurisprudencia, por lo cual el autor emprende un examen de conjunto del problema. Comienza señalando la imprecisión de los conceptos «onerosidad» y «gratuidad»; hace aplicación de los mismos a los actos de garantía, especificando luego las conclusiones en relación con el aval cambiario. No se muestra conforme el autor con la posición doctrinal de identificar la relación causal con la existente entre avalante y avalado, aparte de lo mal que se concilia esta proposición con los principios cambiarios de la autonomía y de la abstracción.

ROTONDI, Mario: *Interés comparado del estudio de la letra de cambio en el Derecho inglés*, RFDC, núm. 16, diciembre 1958; págs. 71-84.

Frente al sistema cambiario continental, plasmado sobre todo en la Ley Uniforme de Ginebra, se alza el sistema anglosajón basado en la Ley cambiaria inglesa. Indicación de los principales aspectos de ésta en vista a una posible unificación con el sistema de la Ley Uniforme.

### 6. Derecho de quiebra.

LAMBERT, Guy: *Les droits du mari en cas de faillite ou d'admission au régime judiciaire de sa femme*, RTC, año II, núm. 4, octubre-diciembre 1958, págs. 709-722.

En la nueva regulación de la quiebra en el Derecho francés se han hecho extensivas, al marido de la mujer comerciante, reglas que antes sólo se aplicaban a la mujer para el caso de quiebra del marido. Esta nueva regulación, que coloca en una situación desventajosa al cónyuge varón, es examinada por el autor, distinguiendo según que aquél se haya o no opuesto al ejercicio por la mujer de una profesión comercial.

TARANLINO, Jacinto R.: *Efectos de la quiebra en el Derecho tributario argentino*, BFD, año XXII, núms. 3-4, julio-diciembre 1958; págs. 421-472.

Iniciado el trabajo en otro número de la misma revista, se refiere en el presente a la acción por créditos tributarios en caso de quiebra del contribuyente.

TORRES DE CRUELLS, Joaquín: *Comentario a la jurisprudencia concursal del Tribunal Supremo del año 1958*, RJC, año LVIII, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 191-199.

Comentario a la sentencia de 17 de marzo de 1958 en torno al problema de los efectos que para los actos del quebrado tiene la retracción de la declaración de quiebra. Interpretación del artículo 878 del Código de Comercio. Declara la sentencia que esta norma determina de forma inequívoca la nulidad de todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado en el período comprendido dentro de la fecha de retroacción, declarada y firme en la quiebra, siendo inoperantes frente a este principio los preceptos de Derecho hipotecario que, por referirse a situaciones distintas, no han previsto el estado de desmembramiento de la masa de una quiebra.

#### IV. DERECHO PROCESAL

##### 2. Parte general.

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto: *Nuevo Convenio Internacional sobre procedimiento civil*, BIM, año XI, núm. 32, mayo-agosto 1958; págs. 89-90.

El 1 de marzo de 1954 se modifica el Convenio de La Haya sobre procedimiento civil suscrito en 17 de julio de 1907. La reforma se reduce a retoques de escasisimo significado. Se ha desaprovechado la ocasión para regular algunos extremos de la cooperación procesal internacional.

ANDRADE DELGADO, Octavio: *Pacto de cuota litis*, RFDC, núm. 16, diciembre 1958; págs. 35-44.

Concepto del pacto y referencias históricas. Derecho venezolano actual: posibles variantes de la cuota litis.

FERNÁNDEZ-BRAVO AVILA, Luis: *El intrusismo y la L.A.U.*, FM, año II, núm. 4, octubre-diciembre 1958; págs. 9-14.

Advertencia sobre el fenómeno, en aumento, de la asistencia jurídica de intrusos en el campo de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

FLORIO, Franco: *Rilevanza giuridica dei fatti imputabili alle organizzazioni internazionali e giurisdizione italiana*, IM, año IX, Fascículo I, marzo 1958, págs. 47-67.

Valoración de la posición de la jurisdicción italiana según la cual, en las controversias de las organizaciones internacionales con ciudadanos italianos, dichas organizaciones gozan o no de inmunidad jurisdiccional según que puedan o no considerarse como sujetos de Derecho internacional, debiendo también tenerse en cuenta si la relación controvertida depende de una manifestación de «poder público».

GIANNOZZI, Giancarlo: *Note per un'indagine sull' inattività delle parti nel processo*, RDCC, año V, núm. 1, enero-febrero 1959; págs. 52-78.

Un fenómeno frecuente en los estudios de Derecho procesal es la acentuación de la importancia del formalismo. Ello ha dado lugar a recusables excesos. El autor se enfrenta con un problema que revela estos excesos e incongruencias: la inactividad de las partes. Consideración unitaria, desde un punto de vista procesal, de esta inactividad y de sus efectos, en especial el efecto de la extinción, que es el fundamental y constante, en que confluyen todos los supuestos de inactividad regulados por el ordenamiento procesal italiano.

GOLDSCHMIDT, Roberto: *La acción preventiva*, RFDC, núm. 15, agosto 1958; págs. 29-43.

Ponencia al V Congreso Internacional de Derecho Comparado. Entiende el autor que las acciones destinadas a evitar o prevenir un daño futuro (acción de abstención) debe proceder siempre contra actos antijurídicos futuros, sin que el bien así protegido constituya necesariamente un derecho absoluto.

LOPES CARDOSO, Eurico: *A oralidade e a apelação no nosso processo civil*, BIM, núm. 80, noviembre 1958; págs. 203-276.

Límites y alcance del principio de oralidad procesal y relaciones de la misma con la apelación. Comunicación presentada por el autor a la Academia de Ciencias de Lisboa, con vistas a la revisión del Código portugués de proceso civil.

Voss, Ekkehardt: *Zur Versagung der Anerkennung sowjetzonaler Scheidungsurteile analog § 328 I Nr. 1 in Verbindung mit § 606 a ZPO n. F.*, EF, año VI, Cuaderno 5, mayo 1959; págs. 189-192.

Consideraciones de alcance meramente práctico en torno a la eficacia o ineficacia (y a su reconocimiento o falta del mismo) de las sentencias de divorcio dictadas por tribunales de la «zona» soviética en el territorio de la República Federal.

4. **Procesos especiales.**

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto: *Nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, BIM, año XI, núm. 31, enero-abril 1958; págs. 83-106.

Estudio de conjunto de la nueva Ley española sobre la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. Se compara con la Ley de 1888 y se la considera, en general, como muy superior a la legislación derogada.

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto: *La ejecución de las sentencias arbitrales en México*, BIM, año XI, núm. 32, mayo-agosto 1958; págs 45-64.

Indicadas las notas y aspectos fundamentales de la institución del arbitraje en el Derecho mexicano, se centra el autor en el problema de la ejecución de los laudos arbitrales: laudos emitidos en el distrito o territorios federales, laudos emitidos en otros territorios o en el extranjero, laudos mercantiles y laudos laborales. Problemas derivados del silencio de los Códigos procesales.

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto: *La ejecución de sentencias arbitrales*, BIM, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre, 1958, págs. 9-39.

Ponencia al V Congreso Internacional de Derecho Comparado. Después de sintetizar las distintas ponencias nacionales sobre la materia se ofrecen unas conclusiones de carácter general, advirtiéndose que más que de ejecución debe hablarse de reconocimiento, no limitándose éste a las sentencias condenatorias. Unificación de los puntos de vista en los Estados Federales. Conveniencia de un texto uniforme internacional. Extranjería de la sentencia.

CAPELLETI, MAURO: *La voz «Amparo» en la Enciclopedia del Diritto*, BIM, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre 1958, págs. 63-67.

Reproducción del artículo publicado en el tomo I de la «Enciclopedia del Diritto» (en publicación por la Editorial Giuffrè) sobre el juicio de amparo en la legislación mejicana y su comparación con el recurso italiano de legitimidad constitucional de las leyes.

HERZOG, J. L.: *Le vidence des lois du 18 décembre 1956 et du 7 mars 1957 sur la compétence en matière de conflits individuels du travail*, RTC, año XI, núm. 1, enero-marzo 1958; págs. 1-33.

Indicación de las reformas que en materia de competencia, con respecto al conocimiento de las cuestiones surgidas de los contratos entre ciertas categorías de trabajadores y comerciantes y sus empleados, han introducido en la legislación francesa las leyes de 18-XII-1956 y 7-III-1957.

ORDEMANN, Walter: *Die Einreichung und Rücknahme der Einstellungsbe-willigung und des Fortsetzungsantrages in der Zwangsversteigerung*, ACP. Tomo 157, núm. 5-6, 1959: págs. 470-478.

Consideraciones prácticas sobre el mecanismo de suspensión y continuación de la subasta forzosa en la legislación alemana en base a la autorización del acreedor.

SEQUERA, Carlos: *Recursos contra la declaratoria sin lugar de las excepciones de fondo opuestas por el demandado victorioso*, RFDC, núm. 15, agosto 1958: págs. 9-27.

Posición del demandado en cuanto a la posibilidad o no de entablar recurso en el supuesto de que alguna de las excepciones por él formuladas sea rechazada, aun triunfando dicho demandado. El problema en el Derecho venezolano.

#### 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 = Anales 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 = Boletín da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.  
 BIR = Bolletino 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. Londres).

- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).  
 L = La Ley (Buenos Aires).  
 LQ = The Law Quarterly Review. (Londres.)  
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
 MLR = The Modern Law Review (Londres).  
 NC = The North Carolina Law Review.  
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).  
 P = Protor. 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).  
 RDI.C = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
 RDI.P = Revista de Derecho (La Paz).  
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).  
 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).  
 RFDDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Caracas).  
 RFDMM = 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).  
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).  
 RH = Revue Historique de Droit français et étranger (Paris).  
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).  
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).  
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).  
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (Paris).  
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).

- RLSG = Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche (Roma).  
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).  
RJD = Revista jurídica Dominicana.  
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.  
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).  
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.  
RL = Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).  
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).  
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
RPR = Rivista de Diritto Processuale (Padua).  
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
RS = Rivista delle Società (Milán).  
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).  
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).  
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).  
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Publico (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).

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

1. *Inscripción de escritura de división y adjudicación de herencia.—Inscripción de aguas de dominio privado.—Partición por albaceas-contadores partidores.*

a) Dados los términos en que aparecen redactados la escritura de inventario y relación de bienes y los asientos del Registro, es forzoso estimar que tan sólo figura inscrito el derecho hereditario sobre las fincas del causante puesto que no se adjudican bienes concretos ni cuotas o partes indivisas de los mismos, y únicamente se hace constar que los inmuebles forman parte de la herencia y, por tanto, es erróneo tratar de impedir que al amparo de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 83 de su Reglamento se proceda a inscribir la escritura de división y adjudicación de herencia, en virtud de la cual se transforma el derecho abstracto de los interesados en las correspondientes participaciones concretas.

b) El artículo 71 del Reglamento Hipotecario, autoriza que las aguas de dominio privado puedan tener acceso al Registro como cualidad de una finca o como entidad independiente, con la consideración de bienes inmuebles, según el número 8 del artículo 334 del Código civil. En este supuesto, deberán describirse con las circunstancias prescritas en el párrafo primero, que aparecen cumplidas en la detallada descripción hecha en el título que reproduce la que consta en las inscripciones practicadas anteriormente, sin que deba exigirse la descripción de la finca, en donde nacen las aguas, suficientemente determinadas, puesto que ya figura en la inscripción primera y, además no aparece exigida por el artículo 71 citado.

c) El causante, en su testamento, confirió amplísimas facultades a los albaceas, a los que nombró igualmente liquidadores y contadores partidores de su herencia y en la que prohibió toda intervención judicial, con lo cual atribuyó a los nombrados, más que la misión de paralizar el juicio de testamentaría, la de procurar evitarlo, por la división y adjudicación de los bienes, y aun cuando los contadores deban cumplir su encargo en el plazo de un año a partir del requerimiento que le hicieron los herederos, si antes no lo hubieren realizado, como no se ha justificado que les haya sido hecho, cabe estimarse cumplida su función dentro del plazo legal.

a) La exigencia legal de que se observe en la partición posible igualdad y se adjudiquen a los coherederos cosas de la misma naturaleza y calidad, no debe entenderse infringida porque en la determinación de los lotes no se haya seguido la forma usual, puesto que ésta no vincula al contador, el cual puede realizar las operaciones necesarias para distribuir el haber partible como lo verificó en el documento calificado, en el que se adjudican a los seis hijos clara y terminantemente todos los bienes del difunto. (Res. de 3 de febrero de 1959. «B. O.» de 17 de febrero de 1959.)

2. *Es inscribible una escritura de venta de dos casas y constitución de renta vitalicia autorizada y presentada en el Registro con anterioridad a un mandamiento judicial que ordenó la prohibición de disponer de una tercera parte indivisa de los inmuebles vendidos.*

a) El principio de prioridad que aparece recogido en los artículos 17, 24 y 25, entre otros, de la Ley Hipotecaria, y por virtud del cual el título que primero ingresa en el Registro obtiene preferencia respecto de los posteriores, aun cuando no se halla suficientemente regulado, exige, lógicamente desarrollado, que los documentos presentados sean despachados por el orden de presentación en el Diario, si bien los Registradores al calificar deberán tener en cuenta todos los documentos presentados y los asientos en vigor a fin de cumplir rectamente su función.

b) Según resulta del expediente, el día 3 de mayo de 1946 fué presentada en el Registro la escritura otorgada el día anterior, por la que don Joaquín Martín Royo vendió a don Juan Reverter Matamoros el pleno dominio de dos fincas, y se estipuló en favor del primero y de su esposa una renta vitalicia de 4.800 pesetas anuales, escritura que fué retirada con el fin de satisfacer el Impuesto de Derechos Reales y presentada de nuevo dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, habiendo ingresado mientras tanto un mandamiento judicial que ordenó, en primer lugar, la cancelación de las inscripciones practicadas a favor del titular registral, cuyo despacho inmediato por el Registrador removió el obstáculo que impedía la inscripción de la escritura.

c) Según dispone el artículo 24 de la Ley, se estimará como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, y como la extensión de este asiento no permite que pueda inscribirse o anotarse ningún otro título que se le oponga o sea incompatible por el que se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble, es forzoso concluir que debe ser inscrita la expresada escritura en cuanto a la totalidad del dominio de los inmuebles vendidos sin limitarla a sólo las dos terceras partes, puesto que ningún obstáculo se oponía a ello, una vez cumplida la primera de las disposiciones contenidas en el mandamiento judicial de referencia.

d) La anotación de prohibición de enajenar, establecida en los artículos 26 y 42 de la Ley Hipotecaria, tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio y determina para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro mientras duran sus efectos al privar al titular de realizar actos dispositivos, pero no impide, conforme se deduce del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y de reiterada doctrina de este Centro cristalizada en el

artículo 145 del Reglamento Hipotecario vigente, que puedan tener acceso aquellas transferencias o gravámenes constituidos con anterioridad a la anotación, todo ello sin perjuicio de la facultad que asista a los interesados, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria para acudir a los Tribunales de Justicia y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos. (Res. de 7 de febrero de 1959. «B. O.» del 23 de febrero de 1959.)

3. *No es inscribible una escritura de préstamo hipotecario, con asiento de presentación caducado, cuando la capacidad del deudor hipotecante aparece en el Registro limitada por una anotación de mandamiento judicial de fecha posterior a la escritura citada, que se practica para hacer constar la declaración de la quiebra.*

a) El Código de Comercio procura proteger los intereses de los acreedores del quebrado y evitar que el insolvente con su conducta pueda realizar actos dispositivos en perjuicio de aquéllos, y por ello decreta en el párrafo segundo del artículo 878 la indisponibilidad patrimonial no sólo desde el momento de la declaración de quiebra, sino que retrotrae los efectos y declara la nulidad de todos los actos realizados durante el período sospechoso, es decir, a partir de la fecha que el Juez determine como momento en que realmente cesaron los pagos por parte del comerciante, de tal suerte que los síndicos pueden reclamar los bienes que se hallaren en poder de terceros y disponer de ellos como si estuvieren bajo el dominio del quebrado cuando la declaración sea una confirmación tardía de una situación de insolvencia precedente.

b) Esta posición, justificada por la naturaleza propia de las relaciones mercantiles y un elemental deseo de protección de los intereses en conflictos, puede dar lugar cuando se trate de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de titulares comerciantes, a situaciones especiales que requieren una cuidadosa aplicación de las normas, a fin de que no resulten perjudicados otros intereses igualmente dignos de amparo, como son los de aquellos titulares que inscribieron sus derechos con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y que se hallan protegidos por el principio de la fe pública registral.

c) Si bien no ofrece dificultades la solución, que deberá ser necesariamente negativa en los supuestos en que el tercero adquiriera su derecho después de practicada la anotación de quiebra por aparecer en el Registro la falta de disponibilidad del titular inscrito, no resulta tan evidente cuando el acto se hubiere otorgado con anterioridad a la anotación y que se presentase a inscripción con posterioridad, toda vez que podría estimarse por la indeterminación del auto judicial acerca de la fecha a que se han de retrotraer los efectos de la declaración de quiebra, que el acto dispositivo se había realizado dentro de dicho período.

d) La finalidad del Registro de la Propiedad de asegurar el tráfico jurídico, se menoscaba por el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio que puede perturbar situaciones consolidadas al establecer un sistema de retroactividad, peligro que aumentaría si no se fija exactamente la fecha a partir de la que comienza por lo que ha declarado la jurisprudencia

imprescindible, que se determine por el juzgador el momento preciso en que el comerciante sobreyó el pago corriente de sus obligaciones, y tanto si se estima la declaración de quiebra como una incapacidad, como si constituye una prohibición de enajenar, es lo cierto que producirá efectos en el Registro sólo respecto de los actos realizados por el quebrado posteriores a la declaración o a la fecha a que deba retrotraerse la misma.

e) El carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca, puesto de relieve tanto por el artículo 1.875 del Código civil como por los 145 y 159 de la Ley Hipotecaria en vigor, no permite que se pueda acceder a la pretensión de la inscripción de la escritura de préstamo hipotecaria, deducida por el interesado, cuando la capacidad del deudor hipotecante aparece en el Registro limitada por la anotación practicada para hacer constar que ha sido declarada en quiebra. (Res. de 24 de abril de 1959. «B. O.» del 30 de mayo de 1959.)

#### DERECHO MERCANTIL

*No puede constituirse válidamente una sociedad de responsabilidad limitada en la que los únicos socios son el marido y la mujer y a la que se aportan exclusivamente bienes gananciales.*

a) Esta cuestión, muy vivamente controvertida en la doctrina y jurisprudencia, plantea la compleja situación, de la Sociedad particular constituida por los dos cónyuges, la cual al igual que todo contrato entre esposos, se halla influenciada, desde el «De mutato amorem invicem apollarentur», del Derecho romano, por la tendencia desfavorable que basada en la teoría de la «unitas carnis» observaba en las relaciones entre marido y mujer una falta de libertad y de desprendimiento tal que les ha de impedir llevar al debate de sus intereses la lucidez e independencia esenciales a todo contrato.

b) Las principales dificultades para la constitución de una sociedad de esta clase se derivarían: 1.ª De posibilidad de eludir el principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales que el artículo 1.320 del Código civil, en relación con el párrafo segundo del artículo 1.315, impone, al establecer que después de celebrado el matrimonio no se puede alterar el régimen económico de la sociedad conyugal, ni atentar al mismo desvirtuando su naturaleza y efectos propios; 2.ª De la dejación de los poderes que al marido corresponden como tal —autorización marital— y como jefe de la comunidad de bienes, según el artículo 59 del mismo Cuerpo legal, y 3.ª De la multiplicación de ocasiones para donaciones entre cónyuges—prohibidas por el artículo 1.334—que podrían resultar, ya de la desigualdad de las aportaciones respectivas de los esposos, ya de una desigual distribución de beneficios.

c) Estos fuertes obstáculos, que podrían ser invocados en numerosos casos particulares, provocaría, no obstante, si se generalizara la cuestión, la exclusión de toda Sociedad entre esposos, y privaría arbitrariamente a estos últimos de múltiple posibilidad que les permitirían, sin el menor fraude,

desenvolver sus negocios en situaciones en que no existe otro medio mejor que la Sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales, lo cual unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y a la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos—ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código civil, entre otros, contemplan situaciones especiales—permitiría concluir afirmando la validez de las Sociedades entre esposos siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encuentre un fraude o un acto contrario a la Ley.

d) En el caso concreto de este expediente la Sociedad aparece constituyéndose exclusivamente por las aportaciones de bienes gananciales hechas por marido y mujer, por lo que «Mardel, S. L.» resulta de hecho integrada por bienes que presuntivamente, tienen ese mismo y único origen y carácter que conservan al no proceder de dos patrimonios distintos, sino de uno solo y, por tanto, marido y mujer, de hecho contratan también, en nombre de la Sociedad conyugal, lo que—no sin cierto fundamento, y aun cuando por su naturaleza jurídica la comunidad conyugal no goce de una personalidad independiente de la de los esposos—califica el Registrador de supuesto de auto-contratación no permitida por la Ley, ilicitudes que se agravan, porque al crearse, además, un patrimonio separado del propio ganancial, se atenta el principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código civil. (Res. de 16 de marzo de 1959. «B. O.» de 4 de abril de 1959.)

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios

(Sentencia del Tribunal Supremo 8 abril 1958) (\*)

SUMARIO: 1. La problemática jurídica planteada por el régimen de control de cambios.—2. La postura del Tribunal Supremo español.—3. Los caracteres esenciales del régimen normativo del control de cambios.—4. La nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley.—5. Los criterios de la doctrina y de la jurisprudencia comparada.—6. Las conclusiones para el Derecho español.

#### 1. *La problemática jurídica planteada por el régimen de control de cambios.*

La implantación en España del régimen de «control de cambios» data desde la «Ley de Ordenación Bancaria» (Base 7.<sup>a</sup>), que tuvo realidad efectiva por el Decreto-Ley de 25 de junio de 1928, el cual creó un «Comité Interventor del cambio extranjero» con objeto de realizar una serie de operaciones de intervención y control en el cambio, al tratar de contener una baja en la cotización exterior. Dentro de esta línea de política económica surge, por Orden de 31 de agosto de 1930, una entidad que había de concentrar todos sus servicios de una manera adecuada: el «Centro Oficial de Contratación de Moneda». Tal régimen de control se confirma en el año 1936, al reorganizarse en Burgos un «Comité de Moneda Extranjera», el cual, al finalizarse la guerra civil y al perderse la casi totalidad de las reservas oro del Banco de España, y al verse el país en la necesidad de seguir una política de reconstrucción hubo de mantenerse necesariamente para lograr el sistema de control total de los pagos exteriores. Todo este conjunto de atribuciones se ponían en manos del llamado «Instituto de Moneda Extranjera» que la Ley de 25 de agosto de 1939 hacía depender del Ministerio de Industria y Comercio (luego sólo de Comercio), recibiendo un capital de veinte millones de pesetas procedentes de la liquidación del antiguo «Centro Oficial de Contratación de Moneda». Dicho Instituto se concibió como un órgano cuyas facultades se pueden agrupar en tres aspectos principales: a) Facultad de intervención en el cambio extranjero; b) Centralización completa de todos los ingresos y pagos con el exterior y, como consecuencia, facultad de realizar las operaciones derivadas de ello; c) Facultades de autorización y reglamentación de las operaciones financieras que los particulares efectuarán con el exterior (1). Además, una Ley de

(\*) Un resumen de la sentencia ya fué publicado en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XII-3 (1959), 1141.

(1) El conjunto de normas que regulan el control de cambios es el siguiente: Decreto-ley de 14 de marzo de 1937, sobre cesión de moneda ex-

Delitos monetarios, de 24 de noviembre de 1938, establecía las prohibiciones y las infracciones delictivas en relación a las operaciones financieras con el exterior (2).

Con esta organización, que implica un control con el exterior del tipo llamado flexible, ha funcionado en estos treinta y dos años el régimen monetario español. La competencia en materia cambiaria, incluso la fijación del tipo de cambio quedó bajo la jurisdicción del Ministerio de Comercio, realizándose las transacciones exteriores a través de un sistema de licencias (de restricción cuantitativa) para la importación y exportación. La entrada de España como asociada al «Fondo Monetario Internacional» ha introducido pocos cambios en esta situación, ya que subsiste en lo esencial una separación de cuestiones; es decir, que el «Instituto Español de Moneda Extranjera» es el organismo encargado de las relaciones con dichas instituciones internacionales y es quien facilita la fracción oro o dólares de la cuota de cien millones de dólares que España debe aportar a las mismas (art. 3.º del Decreto de 4 de julio de 1958). El Banco de España interviene a los fines de facilitar, de acuerdo con el Ministerio de Hacienda, los créditos al Estado para el pago de la fracción de las cuotas abonables en pe-

---

tranjera y valores; Orden de 20 de marzo de 1937, sobre importación de divisas por extranjeros; Orden de 12 de enero de 1938, sobre cesión de divisas procedentes de la venta de inmuebles sitos en el extranjero; Decreto de 24 de noviembre de 1939, que aprueba los Estatutos del Instituto Español de Moneda Extranjera; Orden de 31 de marzo de 1943, sobre pago en pesetas a los exportadores del importe de sus aportaciones; Ley de 31 de diciembre de 1944, sobre pagos en el extranjero y relaciones del Tesoro con el Instituto referido; Decreto-ley de 21 de febrero de 1947, que hace depender al Instituto Español de Moneda Extranjera de la Subsecretaría de Economía Exterior; Orden de 29 de marzo de 1947, que crea el Comité Permanente del Instituto Español de Moneda Extranjera; Orden de 19 de diciembre de 1947, sobre venta de bienes y valores españoles en el extranjero; Orden de 6 de diciembre de 1947, modificada por la de 30 de enero de 1948, sobre disponibilidades de divisas para el tráfico de viajeros a través de nuestras fronteras; Ley de 4 marzo de 1948 dando normas sobre cesión, depósito y disponibilidades de divisas, oro y valores de cotización internacional; Orden de 12 de mayo de 1948, sobre rentas, valores y bienes españoles radicantes en el extranjero; Decreto de 3 de diciembre de 1948, sobre cambios especiales, exportación, importación, relacionándose con la Orden de igual fecha y de 5 de enero y 7 de octubre de 1949; Decreto de 21 de julio de 1950, sobre mercado libre de divisas, según Instrucción de 28 de julio de 1950; Orden de 21 de julio de 1950, autorizando a los viajeros para entrar y salir del territorio nacional con las cantidades de billetes del Banco de España que en la misma se señalan; Orden de 3 de agosto de 1951, sobre divisas para los españoles que salgan al extranjero.

(2) Respecto de las normas que sancionan los delitos monetarios, cfr. Ley de 20 de febrero de 1942, sobre competencia del Juzgado y Tribunal de delitos monetarios por evasión de capitales; Decreto de 20 de febrero de 1942, que sanciona el fraude de divisas; Decreto de 11 de diciembre de 1951, que ratifica el vigor de la Ley de 24 de noviembre de 1938; Orden de 25 de abril de 1952, que interpreta el artículo 7 del Decreto de 20 de febrero de 1942; Decreto de 27 de junio de 1952, que sanciona la importación de productos básicos con pago en pesetas; Ley de 20 de diciembre de 1952, que da normas para redactar el texto refundido de la Ley sobre Contrabando y Defraudación de 11 de septiembre de 1953.

setas (art. 3.º) y, además, es el depositario en España de los haberes en pesetas del «Fondo Monetario Internacional» y del «Banco Mundial» (3).

De este conjunto normativo puede apreciarse la legalidad y legitimidad del régimen español de control de divisas que, al igual que otros instaurados en el extranjero (4), ha pretendido como finalidad inmediata salvaguardar la estabilidad de la moneda nacional mediante un control sobre las operaciones financieras que influyen sobre la balanza de pagos. Tal sistema responde, más que nada, a concepciones económicas según una técnica bancaria. Ahora bien, con ello se establece un conjunto normativo de carácter administrativo y penal, donde se producen unas consecuencias indirectas para el ámbito del Derecho privado (civil, mercantil e internacional privado), que repercuten sobre dos puntos esenciales: en cuanto a la validez y eficacia de la obligación contraída sin autorización, y, en cuanto a la posibilidad del acto de cumplimiento o pago de la misma.

Al haber enjuiciado, nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de abril de 1958, aunque sólo de una manera incidental, la cuestión de la validez de una obligación pecuniaria contraída sin la autorización del «Instituto Nacional de Moneda Extranjera», como consecuencia de haberse celebrado un contrato de compraventa por un residente en el extranjero, nos ha movido a esclarecer y deslindar una situación que nuestro más alto Tribunal soslaya, por razones de procedimiento, aunque no obstante, aborda el problema de pasada y da unas razones y fundamentos jurídicos que creemos no son del todo satisfactorios (4 bis).

### 2. *La postura del Tribunal Supremo español.*

La Sentencia de 8 de abril de 1958 aborda el recurso interpuesto por A. L. M., contra la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de La Coruña, en autos de mayor cuantía, sobre declaración de propiedad. Si resumimos el supuesto de hecho resulta: que A. L. M., demandado, alega contra C. L. P., demandante, que no es copropietario de la mitad de una finca indivisible, que alberga una explotación harinera, debido a que la compra de su mitad en pro indiviso, adquirida de A. M. M., es nula de derecho e ineficaz, por ser el vendedor un residente en el extranjero, el cual realizó dicha venta sin la autorización precisa del «Comité de Moneda Extranjera». Dado el carácter social y prohibitivo de la Ley de 24 de noviembre de 1938, el demandado alega en casación que dicho ordenamiento

(3) Cfr. la nota de SARDÁ a la obra de H.M.M., *Economía del dinero y de la banca*, trad. esp. de MARTÍNEZ MÉNDEZ, Barcelona, 1950, pág. 628.

(4) Cfr. SOCIÉTÉ DES NATIONS: *Rapport sur le contrôle des changes*, Genève, 1938.

(4 bis) Ya la S. 3 julio 1936 no sancionó la nulidad del contrato, a pesar de contravenir la disposición gubernativa monetaria (Decreto 29 mayo 1931), por ser disposición dictada con posterioridad a la perfección del contrato, y ser cuestión nueva en el recurso, no pudiendo afectar en modo alguno a su eficacia jurídica y cumplimiento. También en la S. 3 octubre 1957 fue alegada la nulidad en base al artículo 4.º de C. c., por infracción de la Ley de 24 noviembre 1938, pero el Tribunal Supremo no la admitió, alegando una imposibilidad procesal.

es de orden público, y exige que sea automáticamente aplicada la casación impuesta por el artículo 4.º del Código civil, pues el contrato se celebró contraviniendo una prohibición legal.

Siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, se establece, en el segundo considerando de esta sentencia, la siguiente doctrina:

«Que con abandono completo de su postura procesal, el demandado en el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la infracción legal del artículo cuarto del Código civil, al no haber hecho aplicación la sentencia recurrida del precepto que contiene, en relación estrecha y directa con las disposiciones de la Ley de 24 de noviembre de 1938, sobre delitos monetarios, y especialmente con los párrafos 16 y 17 de su artículo primero, también infringido, motivo que es desestimable, pues, según reiteradísima jurisprudencia, son ineficaces en casación los motivos referentes a cuestiones nuevas no discutidas en el pleito, debiendo ser reputadas como cuestiones nuevas a todos los efectos, las suscitadas con posterioridad a los periodos de alegación y discusión, no pudiendo cometer la Sala sentenciadora infracciones legales que se refieren a cuestiones que por primera vez se suscitan en el escrito interponiendo el recurso de casación, además de que, como ha declarado esta Sala en su sentencia de 19 de octubre de 1944, el artículo cuarto del Código civil, aparte de que se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica como resorte para dar impulso a la casación, no ha de ser interceptado con criterio rígido, sino como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que se trata, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que el problema que se suscita recae, en realidad, sobre una materia que reviste gran complejidad y no puede quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo, como sucede en el caso de los presentes autos, en que no aparece cuáles fueron las condiciones especiales en que se realizó la venta de la mitad del inmueble discutido situado en España propiedad de residente, estableciendo el artículo 13 de la Ley de 4 de mayo de 1948, que la omisión o falsedad de las declaraciones exigidas por esta Ley, el incumplimiento de cualquiera de sus preceptos o la realización de cualquier acto que tienda a eludirlas, queda sujeto a la Ley de Delitos monetarios, pues para sancionar con nulidad la compraventa, sería necesario precepto claro y terminante, que no aparece dentro de la legislación que regula esta materia, cuyo contenido revela que la autorización del Instituto de Moneda Extranjera, se ha exigido como medio de vigilancia, pero sin que se deduzca claramente que el propósito del legislador haya sido sancionar con la nulidad del pleno derecho el negocio civil, provocando la consiguiente inseguridad en el tráfico jurídico, para que pueda apreciarse de oficio por los Tribunales ordinarios en casos como el presente, que en ningún momento se ha afirmado en instancia que la compraventa careciera de eficacia por

omisión del que ahora se pretende requisito esencial de la repetida autorización del Instituto de Moneda Extranjera, y sobre el cual, como es lógico, no se produjo prueba, ofreciendo en casación los caracteres de una cuestión nueva y como tal admisible por estar comprendida en la causa quinta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el presente momento procesal es incuestionable causa de desestimación» (5).

La tesis de la validez de los actos realizados contra lo dispuesto por el régimen de control de divisas, que aduce el Tribunal Supremo, nos parece correcta y exacta. Ahora bien, lo que si no nos parece suficientemente exacta y clara es la interpretación que se hace del artículo 4.º del Código civil, como tampoco la necesidad de apoyarse en este argumento para deducir la validez y eficacia de dichos actos o contratos celebrados por las partes contraviniendo el régimen de control. Han sido, pues, tales precisiones las que nos han conducido a una exégesis más detenida del tema.

### 3. Los caracteres esenciales del régimen normativo del control de cambios.

Se afirma por el Tribunal Supremo que «el problema que se suscita recae en realidad sobre una materia que reviste gran complejidad» y «no puede quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo 4.º, como sucede en el caso de los presentes autos», pues, se trata de una «Ley cualquiera».

En realidad, el problema suscitado por la sentencia no es tan complejo como a primera vista parece, ni tampoco se trata de una Ley cualquiera. La existencia de una múltiple y copiosa legislación sobre la materia que regula el régimen de control de cambios, según vimos, no quiere decir que por eso el problema que se plantea sea de gran complejidad. Las dificultades que se presentan por el conflicto entre ese complejo de normas especiales y las comunes no radica en su número, en este caso. En cuanto normas de carácter específico y extravagante han sido dictadas para normar los efectos de determinados actos y transacciones que repercuten sobre el ordenamiento común, concretamente sobre las *modalidades de pago*.

Tampoco se trata de una «Ley cualquiera», si con esa expresión se quiso entender una norma de rango inferior, sin mayor alcance o desdichada. Por el contrario, se trata de un complejo normativo integrado de «Leyes-Leyes» o «importantes», amén de otras de rango inferior como Decretos, Ordenes e incluso, Instrucciones. Además, el rango normativo, alto o bajo, carece de transcendencia, pues la autoridad de la Ley es la misma con uno u otro rango. El propio Tribunal Supremo ha manifestado, recientemente (6), que «bajo la denominación general de Leyes se comprenden, además de éstas, los reglamentos, decretos, instrucciones, circulares, órdenes dictadas de conformidad con las mismas por el Gobierno en virtud de sus atribuciones», y a tal efecto, declara nulos de pleno derecho los actos que vulneran las órdenes de la Presidencia del Gobierno. Intuimos la razón de ca-

(5) Cfr. *Jurisprudencia civil*. Edición oficial del Ministerio de Justicia, LXVIII (1959), 53.

(6) S. 18 diciembre 1958.

hícar este conjunto normativo o, más concretamente, la Ley alegada de 1938, como de «Ley cualquiera»: se trata de debilitar el carácter de norma sustantiva, de rebajar hasta lo más mínimo su rango, para no considerar infringido lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil.

Este modo de forzar los argumentos y el carácter de las normas conduce a una interpretación inexacta. A nuestro juicio, conocer el carácter verdadero de las normas, y el mandato contenido en ellas, es la primera tarea que es necesario emprender para lograr su recto sentido y las consecuencias que de las mismas se derivan. Una vez conocidas estas cuestiones, podremos ver la procedencia y validez de los actos o contratos.

Por lo que respecta al carácter de las normas, vemos cómo las que regulan el control de cambios tienen una naturaleza eminentemente administrativa. Tal carácter se deduce del modo de proceder el Estado y del contenido establecido en dichas normas. A este respecto, afirma LEMKIN (7) que mediante estas disposiciones el Estado administra según un plan los fondos de divisas de la economía nacional, lo que implica la creación de un centro de disposición de estos fondos, y decidir qué pagos internacionales son considerados como útiles desde el punto de vista de los intereses de la economía nacional distribuyendo las divisas para satisfacer las necesidades de los particulares que participan en el movimiento de pagos, cuando se consideran urgentes e indispensables. De aquí que los bienes y valores, cualesquiera que sea su naturaleza (instrumentos de pago, valores mobiliarios, créditos, bienes muebles e inmuebles que sean susceptibles de convertirse en medios de pago internacional), se someten al control del Estado. O sea, que el Estado, a través de sus órganos de la administración crea un ordenamiento material de divisas para evitar la fuga de capitales al extranjero (causa inicial) y de este modo evitar un desequilibrio en la balanza de pagos (causa final). En definitiva, el control de cambios se limita a impedir las transferencias de capitales con fines no legítimos, tanto por parte de sus ciudadanos como de los extranjeros (8).

Este ordenamiento material del control de cambios crea unos organismos gubernamentales, como ocurre con nuestro «Instituto Español de Moneda Extranjera», que tienen una personalidad pública en cuanto órganos de la Administración central, que imprimen al régimen de control, según advierte VIGNES (9), un aspecto más reglamentario que legislativo. La función gubernamental de la autoridad, al establecer las bases legales del control de cambios, traza los principios dominantes que fijan la amplitud de los movimientos de los cambios. De aquí que, como observa CHAPEL (10), en la mayor parte de los países que impusieron el control, se haya establecido en virtud de los poderes administrativos habituales, tanto por el ejer-

(7) LEMKIN: *La réglementation des paiements internationaux*, París, 1939, pág. XXI.

(8) Sobre las finalidades y el objeto que pretende el control de cambios (fr. VITO: *Economía política. La moneda, el crédito e i sistemi monetari attuali*, 12 ed., Milano, 1958, pág. 253 y sigs.

(9) VIGNES: *Organisation administrative du contrôle des changes*, en «Le contrôle des changes», París, 1955, pág. 2 y sigs.

(10) CHAPEL: *Le régime administrative du contrôle des changes dans l'U. B. E. L.*, en «Revue Internationale de Science Administrative» (1953), 3.

cicio de un poder reglamentario como mediante un poder de control. Dicho poder de control no se halla restringido al territorio nacional; al alcanzar primordialmente a los acreedores residentes fuera del país y al afectar también a los deudores domiciliados en el extranjero y a los capitales poseídos en el exterior por residentes y nacionales, se puede decir con NUSSBAUM (11), que se trata de un moderno tipo de legislación completamente extraterritorial.

Dentro de este régimen normativo del control de cambios otro carácter dominante es el penal. Y se comprende, pues se trata de un régimen adoptado bajo la égida de una economía dirigida, la cual supone la ordenación más concreta y la más estricta vigilancia del movimiento de capitales; por ello, ha de intensificarse el rigor para los infractores. Como advierte VITU (12), el control económico es eficaz si los individuos no pueden sustraerse de las prescripciones y mandatos de la autoridad dirigente. Con objeto de lograr su cumplimiento e intimidar al trasgresor se adoptaron las normas penales sobre el control de cambios, proveyéndoles un procedimiento.

En España, según quedó expuesto (13), se mantiene, igualmente, una Ley de Delitos monetarios (penal y procesal) donde se advierte, además, un predominio del arbitrio judicial, enumerándose los hechos punibles bajo dos fines principales: la reglamentación de los pagos internacionales, realizados sin la autorización correspondiente, y el control y la movilización de los medios de pago internacionales, o nacionales, sin aquella autorización. Las características de la sanción o pena (multa e, incluso, adición de prisión hasta el máximo de tres años, según la Ley de 24 de noviembre de 1933) son: de ser «intimidativa», respecto a los posibles culpables y «satisfactoria», en cuanto a los intereses del Estado lesionados por la infracción.

Advertidos, pues, del carácter administrativo y penal de este complejo normativo del control de cambios, surge inmediatamente la pregunta: ¿La contravención de estas normas implica la sanción dada por el art. 4.º del Código civil?

#### 4. *La nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley.*

En la sentencia que comentamos se afirma que el artículo 4.º «aparte de que se limita a formular unos principios de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica como resorte para dar impulso a la casación, no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que

(11) NUSSBAUM: *Money in the Law National and International*. Brooklyn, 1950, pág. 485. También PERROUD: *De l'extension extraterritoriale des lois de police comme conséquence de l'autonomie de la volonté*, en «*Revue de droit international*», 33 (1906), 34.

(12) VITU: *Réglementation des changes et droit pénal*, en «*Le contrôle des changes*», París, s. a., pág. 73 y sigs. También BIANCHI: *Carattere delle norme penali volutarie*, en «*Giurisprudenza della Cassazione penale*», I (1947), 138.

(13) Véase más arriba cap. I, nota 2, y UBIERNA: *Régimen legal español de la moneda extranjera*, 2.ª ed., Madrid, 1949.

la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trata, haya de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad» (13 bis).

Creemos que una interpretación del artículo 4.º en tal sentido conduciría a una anarquía judicial y la autoridad de las leyes se vería completamente relajada. El artículo 4.º, si bien está formulado de un modo general es debido a que no se refiere de un modo particular a las leyes civiles, sino también a todas las normas del ordenamiento jurídico; y sabido es también cómo la ubicación o sede de esta norma en el Código civil no afecta o restringe para nada el ámbito material de aplicación de la misma; al ser un principio de gran generalidad lo es en función de su amplio campo de aplicación. Es que, según advierte el profesor DE CASTRO (13 ter), «el artículo 4.º, como las demás disposiciones contenidas en el título preliminar del Código civil, se aplica a toda clase de leyes; ya pertenezcan, conforme a su naturaleza, al Derecho público o al privado». Por tanto, cualquier violación legal, en cuanto desobediencia al mandato legislativo, pueden acarrear la sanción de nulidad (14). Añade el citado profesor, que se utiliza el término ley en el sentido de norma del Estado (Ley, en sentido técnico, Decreto, Orden) y sólo quedan fuera las disposiciones de carácter excepcional y las que carezcan del valor de normas sustantivas.

Ahora bien, para que tenga la condición de nulo un acto realizado contra lo dispuesto en la Ley es otro aspecto. Este «criterio flexible» a que se ha referido la sentencia lo entendemos, con el mismo profesor DE CASTRO, en el sentido de que para aplicar debidamente el artículo 4.º, es necesario tener en cuenta que la nulidad no se origina por cualquier disparidad o disconformidad del acto respecto de la Ley. El artículo 4.º se refiere a «actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley», y para saber cuándo existe tal contradicción ha de considerarse el *mandato contenido en la Ley* y el *carácter del acto*. Respecto de la naturaleza del mandato legal, añade, el artículo 4.º ha cambiado de signo la presunción con que se enfrenta la nulidad; en vez de ser negativo, como normalmente correspondería a su carácter sancionador, es positivo, por entenderse que el Derecho no ampara jurídicamente lo contrario al Derecho; su texto indica que hay que atender, primero, a la naturaleza de la norma contradicha (15). Al decir, «salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez», implica que la Ley puede exceptuar el acto de la nulidad de modo expreso, y no

(13 bis) La misma doctrina es mantenida por la S. 19 octubre 1944. (13 ter) DE CASTRO: *Derecho civil de España. Parte General. I. Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, 3.ª ed., Madrid, 1955, página 598, quien afirma en la nota 3 que no tienen hoy utilidad, dado el efecto general del precepto, las distinciones antiguas entre leyes de utilidad pública y a favor de cierta clase de personas, de orden público y de interés privado, patrimoniales y no patrimoniales y otras semejantes.

(14) La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de octubre de 1946 manifiesta que el artículo 4.º es aplicable en toda materia.

(15) La Sentencia del T. S. 13 junio 1947 dice que el artículo 4.º no puede prevalecer contra lo dispuesto en preceptos especiales.

puede haber dificultad en que la excluya de forma tácita (16). Sería erróneo deducir la nulidad automáticamente, del hecho de que un acto no reúna los requisitos señalados en la Ley o de que esté, en parte o en su conjunto, prohibido por una Ley. No debe de olvidarse, continúa diciendo DE CASTRO, que el Derecho puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, la nulidad se produce de un modo inmediato y necesario cuando la Ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito. Pero, añade, hay bastantes casos en los que la Ley rechaza tácitamente la sanción de nulidad: así por ejemplo, cuando la Ley no pretende la ineficacia misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral o cuando se señale otro tipo de sanción, más o menos grave, como una pena.

Respecto del carácter del acto, añade este profesor, el artículo 4.º repudia el acto dirigido contra la Ley, no a todo acto no conformado según los preceptos legales. Ello explica que se admita la eficacia, más o menos amplia, como convalidables o parcialmente válidos, de actos no realizados conforme al patrón legal. El caso más llamativo es el de la nulidad parcial de los negocios jurídicos, por la que se mantiene la validez de un negocio jurídico, no obstante, la nulidad de parte de su contenido, constituyéndose el negocio con aquella otra parte que sea conforme a la Ley. Tampoco pueden considerarse nulos los actos incompletos, los complejos y en ciertos supuestos donde cabe separar el acto preparatorio y su resultado.

Una vez vista la temática del artículo 4.º consideremos cómo juega en función de las leyes de control de cambios; pero antes de sacar las conclusiones para el Derecho español veamos cómo se ha planteado la cuestión en el Derecho comparado.

##### 5. *Los criterios de la doctrina y de la jurisprudencia comparada.*

En el ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia comparada se advierten, fundamentalmente tres posiciones: a) La de quienes consideran, sin más, nulo el acto o negocio celebrado, que contraviene el régimen de control de cambios; b) La de quienes advierten, con carácter relativo, que la validez del negocio depende de la severidad con que los diferentes sistemas jurídicos tratan el vínculo contractual; c) La de aquellos que consideran válido el negocio jurídico, a pesar de ir contra lo dispuesto en el régimen de control.

Dentro del primer grupo se destaca principalmente la opinión de NUSSBAUM (17). Según este autor, «muchas veces, al decretar las prohibiciones destinadas a servir de protección a la moneda, se ha dejado de expresar claramente si los negocios realizados en contra de la prohibición habían de ser nulos en el terreno del Derecho civil». «La cuestión, cree, debe ser resuelta afirmativamente, porque sólo de este modo pueden alcanzar su

(16) En el mismo sentido, CASTÁN: *Derecho civil español común y privado*, I (Madrid, 1949), 206 y 207.

(17) NUSSBAUM: *Teoría jurídica del dinero*, trad. esp. de SANCHEZ SERA. Madrid, 1933, pág. 107.

objeto de una manera efectiva las disposiciones protectoras; en el Derecho alemán, tiene aplicación a este caso la presunción de nulidad del § 134 del Código civil» (18). El Tribunal Supremo alemán, añade, se ha pronunciado en una jurisprudencia constante (19), por la nulidad de los negocios sobre divisas contrarios a la prohibición. De lo que se trata, explica, es de saber si la obligación se ha constituido o no. En este respecto, la *lex loci contractus* debe ser competente en todos aquellos casos en que hayan sido quebrantadas las prohibiciones de la misma. Hay que rechazar, en absoluto, la opinión que considera lícito el pacto encaminado a eludir los efectos de esas prohibiciones, estipulando, por ejemplo, la sumisión a un Derecho extranjero, o designando un lugar extranjero para el cumplimiento del negocio. El principio de la «autonomía de la voluntad», concluye, no puede llevarse tan lejos. Posteriormente, este autor confirma su posición (20), y manifiesta que los contratos subsiguientes a la implantación del sistema de control, o los que sean concluidos violando sus disposiciones, son nulos. No hay, en cambio, objeción alguna que hacer—concluye— a los pactados bajo condición expresa o implícita, de que el permiso será acordado o a los convenidos en la creencia honesta de que no era necesario tal permiso (en tal caso la condición debe resultar del contrato).

La cuestión tiene un alcance internacional: el problema de la validez o nulidad de las convenciones contrarias a las leyes extranjeras sobre divisas.

Los Tribunales ingleses, al examinar la posibilidad de anular eventualmente las convenciones contrarias a una legislación extranjera, han recurrido a un argumento que se desprende de los postulados del Derecho internacional: tales contratos violan la *comitas gentium* y se encuentran, por tanto, en contradicción con el principio de la defensa del orden legal en los países amigos, el que no puede ser violado por las convenciones privadas. Pero como el fin del orden público es la defensa de las leyes del Estado, y ésta no se extiende a las leyes extranjeras, resulta que todos los razonamientos y argumentaciones deben apoyarse únicamente en las reglas de derecho interno y en las construcciones jurídicas vinculadas al orden público en un determinado país. Concretamente, MANN (21) sostiene que se considera concluida la convención o contrato bajo la condición de que las autorizaciones necesarias de la administración del control de cambios serán concedidas, resultando caduco el contrato si no se concediera. LEVY-ULLMAN (22) hace ver también como en el caso de que se contratase sin autorización, la sanción será la de la nulidad de las obligaciones.

(18) A esta tesis parece adherirse el traductor y anotador SANCHO SERAL, al señalar la correspondencia del artículo 4.º de Código civil español.

(19) Cfr. Reichsgericht, 16 marzo 1920, 19 noviembre 1920, 13 febrero 1922, 26 octubre 1922, 19 diciembre 1923.

(20) NUSSBACH: *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. argentina de SCHOOF. Buenos Aires, 1954, pág. 632.

(21) MANN: *Legal Aspects of Money, with especial reference to comparative and Private International Law*. London, 1938, pág. 334. Cfr. también la *Exchange Control Act*. London, 1947, pág. 33.

(22) LEVY-ULLMANN: *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, en «Annales de Droit commercial», (1921), 279.

Esta misma dirección es seguida por la legislación holandesa de control de cambios (23). Pero tanto la jurisprudencia inglesa como la legislación holandesa tienen un carácter fragmentario, pues, ni la legislación belga, ni la francesa, ni la italiana, contienen tales disposiciones de Derecho privado. Como observa LEMKIN (24), este es el camino seguido por la jurisprudencia en materia de contratos violatorios de las prescripciones legales extranjeras cuya nulidad se ha fundado, generalmente, en el hecho de ser contrarios a las buenas costumbres, argumento deducido de la excepción de orden público de la *lex fori*, la que no constituye una limitación a la aplicación del Derecho extranjero, sino a la autonomía de las partes. Es decir, que aquí se contemplaron por la jurisprudencia contratos que implicaban contrabando y tráfico de estupefacientes, que ejercen una influencia desmoralizadora y corrompen la moral.

Los conflictos de Derecho internacional privado han venido a resolverse, en gran parte, por el «Acuerdo de Bretton Woods», donde, en su artículo 8.º § 2 (b), se acuerda que cada Estado contratante se compromete a no reconocer fuerza obligatoria a los contratos que contravienen la reglamentación de control de cambios en vigor de otro Estado contratante a condición de que el mantenimiento de esta reglamentación sea aprobado por el «Fondo Monetario Internacional» (24 bis). Tal disposición supone una reacción frente a la tendencia jurisprudencial dominante (25).

b) La segunda tendencia advierte, con carácter relativo, que las situaciones de hecho deben ser separadas en cada caso y no es posible establecer reglas generales.

SCHOÖ (26) dice que es de suma utilidad la aplicación del principio, bien establecido, de que cada caso debe ser contemplado conforme a la propia ley de la obligación, lo que quiere decir que ésta debe ser considerada sin contemplar si anula o da validez a una convención o si su resultado es conciliable o no con un sistema legal que no sea el de la propia ley. En algunos casos, concluye, sus efectos tendrán que ser dejados de lado en virtud de la excepción de orden público del foro, pero no es posible establecer *a priori* una norma amplia que acepte o rechace la validez de las restricciones extranjeras de cambio.

Dentro del terreno internacional, DOMKE (27) distingue y afirma que si el juez no debe pronunciar una condena que obligue a cumplir en un país

(23) Art. 30, *Devezenbesluit*, 10 octubre 1945.

(24) LEMKIN: *La réglementation des paiements internationaux*, *Traité de droit comparé sur les devises, le clearing et les accords de paiement*, París, 1939, pág. 359.

(24 bis) Cfr. GOLD: *Das Währungsabkommen von Bretton Woods vom 22.7.1944 in der Rechtssprechung*, en *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 19 (1954), 601.

(25) Cf. MEYER: *Recognition of Exchange Controls after the International Monetary Fund Agreement*, en *Yale Journal*, 62 (1953), 867 y sigs.; DELATME: *De l'élimination des conflits en matière monétaire réglée par les Statuts du Fonds monétaire international et de ses limites*, en *Clunet*, 81 (1954), 332.

(26) SCHOÖ: *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, Buenos Aires, 1940, pág. 894.

(27) DOMKE: *Nouveaux aspects des restrictions de transfert en droit international privé*, en *Clunet*, 64 (1937), 995.

extranjero actos que están prohibidos, los compromisos a que se refiere el fallo deben considerarse como válidos, con la sola reserva de que no puede demandarse en justicia una condena contra la parte que se ha encargado de la operación, lo que no excluye de que en caso que obtenga ésta éxito en su gestión, pueda reclamar la retribución prometida, y en caso contrario, pueda discutirse el reparto de los riesgos.

Más radical es FRANKENSTEIN (28), para quien la violación de las prescripciones aduaneras extranjeras y las prohibiciones extranjeras a la importación o la exportación, no tienen influencia alguna sobre la validez del contrato. La jurisprudencia americana también reconoce la validez de tales convenciones y no toma en cuenta para nada las prohibiciones legislativas extranjeras (29).

Posturas más relativas son las de VON BAR y SCHOO. Según VON BAR (30), «por extenso que sea el campo de la libre actividad de la voluntad de las partes... jurídicamente el primer problema es saber qué pueden (es decir, que teniendo derecho a) querer las partes—con el efecto de que el derecho atienda a esa voluntad y le conceda fuerza vinculante—; por tanto, antes de que dejemos a la voluntad de las partes de su derecho, necesitamos saber a que derecho territorial hemos de preguntar los límites de esa voluntad particular». Incluso DICEY-KELTH (31), que atribuye fundamentalmente a la voluntad de las partes el poder de determinar la ley competente para la validez o nulidad del negocio, presupone en este punto una intención de las partes ajustadas a *bona fide*.

SCHOO (32) concluye que para conciliar algunos de los fallos estudiados con las normas jurídicas fundamentales sobre conflictos de leyes, encuentra de suma utilidad la aplicación del principio bien establecido de que cada caso debe ser contemplado conforme a la propia ley de la obligación, lo quiere decir que ésta debe ser considerada sin contemplar si anula o da validez a una convención o si su resultado es conciliable o no con un sistema legal que no sea el de la propia ley.

Una aplicación concreta de los principios relativistas, y la posibilidad de adoptar una u otra solución, es la que VAN HECKE (33) expuso con arreglo al Derecho belga. Al no decirse nada por el Reglamento número 29, que regula el control de cambios, respecto a la validez de las obligaciones contraídas, cree que pueden adoptarse dos soluciones, según el Derecho común: 1.ª Si las partes consideran implícitamente que su convención no será firme hasta que se obtenga la autorización necesaria, el contrato será concluido

(28) FRANKENSTEIN: *Internationales Privatrecht*, I, 229, cit. por SCHOO.

(29) RASHEA: *Foreign Exchange Restrictions and Public Policy in the Conflict of Laws*, en «Michigan Law Review», 41 (1943), 777 y sigs.; FREUTEL: *Exchange Control, Freezing Orders and the Conflict of Laws*, en «Harvard Law Review», 56 (1944), 30 y sigs.

(30) VON BAR: *Internationales Privatrecht*, II, 4, cit. por SCHOO.

(31) DICEY-KELTH: *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, London, 1932, pág. 864.

(32) SCHOO: *Op. cit.*, pág. 911.

(33) VAN HECKE: *Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales*, en «Revue de la Banque», 12 (1953), 860.

válidamente bajo la condición de obtener la autorización (art. 1.181 del Código civil belga); 2.ª Si las partes han decidido no pedir autorización, violan deliberadamente la reglamentación y el contrato será imputado como nulo por causa ilícita (art. 1.133 del Código civil). Cree este autor que pueden presentarse así dos soluciones: tener el contrato por válido, y entonces su inejecución vinculará la responsabilidad contractual del deudor, o bien admitir que el contrato es nulo en cuanto conduce a una prestación imposible, y, entonces se podrá plantear la cuestión de la *culpa in contrahendo* para el deudor. Pero la ausencia de jurisprudencia, concluye VAN HECKE, no permite dar una respuesta afirmativa a ambas soluciones expuestas.

c) Entre los representantes de la tercera posición pueden citarse, fundamentalmente, a ROBLOT y ASCARELLI. Según ROBLOT (34), por lo que respecta a las repercusiones que ejerce el control de cambios sobre la eficacia jurídica de los actos reglamentados, las normas del control son reglas de Derecho público que alteran la puridad de las relaciones privadas, pero que esta alteración se puede considerar de formas muy diversas: ya superponiéndose a las normas del Derecho privado, sin modificar sus soluciones, o bien, alterándose profundamente el Derecho común de las obligaciones y contratos. A este respecto es necesario considerar las restricciones que implica la reglamentación de cambios respecto a los derechos privados y tomar en cuenta las repercusiones que ejerce el control de cambios sobre la eficacia jurídica de los actos reglamentados. En cuanto a la primera cuestión, cree este autor que desde el punto de vista del Derecho privado, y en las legislaciones de tipo francés, la necesaria obtención de una licencia o autorización afecta a la ejecución del contrato; pero no a su conclusión, ya que el contrato tiene su fuerza obligatoria en el intercambio de consentimientos y la sola operación material de exportación o importación de moneda supone una autorización administrativa. En tal sentido cita ROBLOT la sentencia de la *Cour de cassation* de 27 de enero de 1947 (35), donde se manifiesta que el Tribunal no pone en duda la validez de un contrato de venta libremente concluido entre una sociedad francesa y una sociedad belga; lo que es necesario examinar son las consecuencias de la falta de su realización. Por tanto, la validez del contrato es indiscutible al distinguirse entre *el acto de disposición* (que tiene validez por sí mismo, al celebrarse de acuerdo con las normas del Derecho común) y su *realización* (sometida a una autorización).

ASCARELLI (36) advierte, igualmente, que las normas restrictivas sobre valuta extranjera no implican ilicitud de la obligación de pagar una deuda de valuta extranjera, sino tan sólo el deber de exigir los pagos con transferencia de valuta extranjera, objeto de la obligación; por tanto, no se deriva una imposibilidad permanente y absoluta de la prestación, conside-

(34) ROBLOT: *Réglementation des changes en droit privé*, en «Le contrôle des changes». París, s. a. pág. 25 y sigs.

(35) Se trataba de la «Société de Wolf Cosyns c/ Société Beernaert frères et fils», no publicada, cit. por ROBLOT.

(36) ASCARELLI: *Legislazione sulle divise e principi generali delle obbligazioni*, en «Foro italiano» (1938), 850, e *In tema di finanziamenti rimborsabili all'estero*, en «Foro italiano» (1951), 720.

rada como implicativa de un objeto o de una *res extra commercium*, sino que la misma norma se limita a influir sobre la modalidad de la ejecución de la prestación misma.

La jurisprudencia de diversos países, como la austriaca (37), la alemana (38), la holandesa (39), la suiza y la dinamarquesa (40), también se pronuncia sobre la validez del contrato.

#### 6. *Las conclusiones para el ordenamiento español.*

La Sentencia de 8 de abril de 1958, objeto de nuestro comentario, añade en su segundo considerando que «para sancionar con nulidad la compraventa, sería necesario precepto claro y terminante, que no aparece dentro de la legislación que regula esta materia, cuyo contenido revela que la autorización del Instituto de Moneda Extranjera, se ha exigido como medio de vigilancia, pero sin que se deduzca claramente que el propósito del legislador haya sido sancionar con la nulidad de pleno derecho el negocio civil».

A nuestro juicio, la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en esta parte del segundo considerando es certera y correcta. El que no conste precepto claro y terminante que no sancione la nulidad del contrato es debido a una razón que, a mi modo de ver, es también válida para los demás ordenamientos que la han eludido: la de que la legislación de control de cambios no es de carácter sustantivo, sino meramente adjetivo.

El carácter meramente adjetivo de la legislación de divisas se deriva de la esencia reglamentaria y administrativa que contiene, así como del alcance de su propio contenido. Dicha normación no fué dada para regular los elementos constitutivos de los negocios jurídicos o de los contratos, ni pretendió sustituir, ni alterar las normas comunes o sustantivas que los regulan, sino que adjetivamente se referían a un aspecto parcial de los mismos (la modalidad de pago) en cuanto era la materia específica que prescribían con objeto de lograr su finalidad de control. Se trata, pues, de sancionar e imponer unas determinadas condiciones en cuanto a las consecuencias que se derivan del ejercicio de los derechos que implican un acto o negocio jurídico patrimonial o, más concretamente, que implican una transmisión de dinero (moneda, divisas, valores, etc.). Por tanto, no se pretende con dichas normas alterar el régimen de los contratos ni del negocio jurídico, aunque se produzca como consecuencia necesaria una alteración en la modalidad de pago, lo cual puede tener ciertas consecuencias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas. De ahí que surgieran en la práctica de los negocios internacionales una serie de cláusulas de estilo, pactadas por las partes, por las que se condicionaba el cumplimiento del contrato a que se cumpliera el evento, o sea, la concesión de la autorización necesaria (41). Lo cual demuestra que el negocio no carecería de

(37) Cfr. S. 19 diciembre 1923, en «Rechtsprechung», IV (1924), 56; S. 10 febrero 1925, en «Rechtsprechung» (1925), 35; S. 12 febrero 1936, en «Juristische Blätter» (1936), 176.

(38) Cfr. S. 24 junio 1937, en «Juristische Wochenschrift» (1937), 2288.

(39) Cfr. LEMKIN: *Op. cit.*, pág. 362.

(40) Cfr. ROBLOR: *Op. cit.*, págs. 31 y 32.

(41) En la práctica alemana, y después en casi todos los países, se so-

efecto a causa de la normación de control de cambios, sino en virtud del pacto establecido por las partes.

Además, es que el carácter meramente adjetivo del régimen de control tampoco pretendía alcanzar más, ya que su finalidad concreta era prohibir la salida de capitales, valores y divisas sin un control debido. Para intimidar la voluntad de los ciudadanos le bastaba sancionar su conducta, pero no los negocios por ellos realizados; de ahí el carácter meramente penal que caracteriza dicha legislación. La imposición de una pena y no la sanción de la nulidad del negocio es patente y tácitamente así se concluye; de lo contrario, el legislador hubiese adoptado una forma explícita y más precisa.

A este respecto, la legislación española, en la «Ley Penal y Procesal de delitos monetarios», de 24 de noviembre de 1938, especifica los supuestos que fueron infringidos por una de las partes, ahora sujeto del recurso de casación aquí comentado, a quien dicha legislación impone únicamente como sanción una pena. Se dice en los apartados 16) y 17) del artículo primero de dicha Ley lo siguiente: «Se reputarán delitos de contrabando monetario, las acciones y omisiones siguientes: 16) Los ingresos y abonos de pesetas en cuentas de residentes en el extranjero, y la movilización del saldo de dichas cuentas, sin autorización del expresado Comité; 17) Los pagos en pesetas por cuenta de residentes en el extranjero, sin mediar autorización del Comité citado» (42). Y, en cuanto a la sanción, se dice que los que contravengan estas disposiciones son autores de delitos monetarios y se les sanciona con *multa*, que podrá llegar hasta el décuplo del importe del contrabando o del atesoramiento y, si el Juez lo estimare justo, con la adición de prisión hasta el máximo de tres años. Siempre que sea posible, añade, y con independencia de las penalidades prescriptas, el Juez acordará el comiso de las cantidades o efectos que constituyan la materia del delito.

Vemos cómo la infracción de la legislación de control de cambios no da base para el planteamiento de un recurso de casación, sino para proceder simplemente de oficio o en virtud de denuncia (art. 12 de la citada Ley de 1938). Es que no basta que se dé simplemente un acto contra la ley para que proceda la aplicación del artículo 4.º, según dejamos aclarado, pues es el contenido, «lo dispuesto en la Ley», lo que allí se sanciona. Si la ley no dispone la nulidad del acto o contrato, ¿cómo se va a entender que es un acto contra lo dispuesto por ella?

---

han añadir cláusulas como éstas: «Las mercancías no serán entregadas ni exigibles hasta que el permiso de cambio sea acordado»; «El contrato quedará sin efecto si el permiso de cambio no es acordado»; «El importador podrá rescindir el contrato por serias razones resultantes de los términos en que sea acordado el permiso». Cfr. NUSSBAUM: *Op. cit.*, pág. 633.

(42) El Decreto de 5 de julio de 1937 declaraba que «las circunstancias actuales exigen una exquisita vigilancia en los movimientos de fondos en relación con el extranjero, con el fin de evitar perturbaciones que, en definitiva, podrían perjudicar a la Economía nacional». Con tal fin se prohibió la libre disposición de saldos en pesetas a favor de residentes en el extranjero, y para movilizar dichos fondos dispuso la necesidad de una autorización.

Gracias a que contamos con una tradición romanista (43) en la que se clasifican las leyes, precisamente, bajo el punto de vista de su sanción y que se pueden discriminar con arreglo a ella. Según esta clasificación, existen:

a) *Leges perfectae*, aquellas que declaran nulo el acto realizado contra ellas.

b) *Leges minus quam perfectae*, las que castigan con una pena sin declarar la nulidad del acto.

c) *Leges imperfectae*, las que no imponen nulidad ni pena, sino que tratan de evitar de otro modo el acto o sus consecuencias.

d) *Leges plus quam perfectae*, las que sancionan con nulidad y pena.

De donde se advierte que las normas que regulan el control de cambios son del tipo de las llamadas «*leges minus quam perfectae*», porque sancionan con una pena sin declarar la nulidad del acto. Esto las caracteriza debido a que su contenido se refiere a un aspecto muy parcial y adjetivo respecto de las normas sustantivas. Las leyes de control de cambios sólo tratan de regular el desplazamiento de capitales, aunque ello traiga como consecuencia una alteración en la forma de pago de las obligaciones. Al ser normas excepcionales, su interpretación tiene que ser estricta y su alcance no puede ir más allá de lo dispuesto por las mismas. Si la legislación de divisas no pretende ir contra la validad del negocio y sí tan sólo declarar ilícitas las consecuencias que produce el efecto de su incumplimiento, es que de este modo nos pone el límite de su interpretación y aplicación.

En definitiva, las leyes de control de cambios son normas de carácter secundario y, por ello, no afectan a la eficacia del negocio jurídico, ya que tan sólo imponen un requisito formal: la autorización gubernativa. De aquí que el artículo 4.º no tenga aplicación para esta clase secundaria de normas. Como advierte el profesor CASTÁN (44) a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 1915, «el artículo 4.º se aplica a normas de verdadera eficacia sustantiva y no a normas secundarias». Y el profesor DE CASTRO (45) añade que «las leyes fiscales y administrativas que imponen requisitos formales, si otra cosa no se dispone expresamente, no acairean la nulidad del acto en que tal requisito falte, sino sólo la sanción o multa». Es que las normas que rigen el control de cambios no han tenido por objeto disciplinar la formación del negocio, sino únicamente sancionar un aspecto de su resultado, por lo que ha de extenderse exclusivamente a tal resultado lo por ellas contemplado.

La conclusión que sacamos es, en definitiva, la misma que la de nuestro más alto Tribunal, la de la eficacia y validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios, pero sin necesidad de recurrir a una interpretación desmesurada é improcedente del artículo 4.º de nuestro Có-

(43) ULPANO, I, 2, cfr. BAVIERA: *Leges perfectae, minus quam perfectae ed imperfectae*, en «*Scritti giuridici*», I (Palermo, 1909), 109 y sigs.; GIOFFREDI: *La sanzione della legge e la perfectio della norma giuridica*, en «*Archivio penale*» (1946).

(44) CASTÁN: *Op. cit.*, I-1 (1951), 384.

(45) DE CASTRO: *Op. cit.*, I-1, 599, n. 4.

digo civil, a pesar de que existe el acierto de señalar un resultado certero, tanto por lo que afecta al acto en sí como a sus repercusiones con los terceros, pues es indudable (y de mucha importancia este aspecto) que de no ser así provocaría la consiguiente inseguridad en el tráfico jurídico y, además, podría ser un expediente mediante el cual las partes lo utilizaran para dejar incumplidos sus compromisos. La cuestión tiene importancia para el régimen de las obligaciones y, como ha expuesto el juez MORENO MOCHOLI para otro ámbito especial (46), cabe independizar el contrato y sus peculiares efectos de la sanción o pena, de la ilegalidad o ilicitud que implica la trasgresión de las leyes especiales, pues ni los Tribunales, ni las Fiscalías están llamados a declarar la responsabilidad civil subsidiaria aneja a la criminal, en el sentido de pronunciarse sobre la validez y eficacia del vínculo contractual en que la trasgresión tuvo lugar. Tampoco existe precepto que conceda directamente acción al perjudicado por el control para atacar el ser del contrato. De ahí que la ineficacia por la ilegalidad del acto alcance sólo aquella parte del negocio afectado por la ilicitud, que al no ser la esencial del mismo, puede separarse sin detrimento de la esencia del acto, por no haber precepto expreso que declare la nulidad total y absoluta. Con razón concluiremos con este autor que dichas legislaciones especiales no impiden que se venda ni impiden los negocios jurídicos base del comercio; la legislación de control de cambios se limita a impedir la evasión de capitales y divisas en perjuicio de la colectividad, del Estado y de los propios usuarios.

La conclusión de que no existe nulidad del negocio jurídico, que es base de la traslación de divisas o de capitales, está en conexión con el otro problema fundamental que la legislación especial de control plantea respecto de la posibilidad o imposibilidad del cumplimiento al faltar el objeto específico de la prestación. Si fuese nulo el negocio contraído sobraría el planteamiento de la cuestión de su cumplimiento por falta del objeto de pago, lo cual sería otro medio de violar y evadirse de los compromisos contraídos. Pero esto ni lo ha querido ni lo pretende la legislación especial de control de cambios ni las decisiones de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, las cuales tienen que ser objeto, por separado, de un análisis más amplio.

JOSÉ BONET<sup>1</sup> CORREA .

*Colaborador científico del C. S. I. C.*

(46) MORENO MOCHOLI: *La legislación de tasas y el contrato de compraventa*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 180 (1946), pág. 456.

## 2. «*ius variandi*» del titular de la acción cambiaria en caso de quiebra del demandado

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1959)

SUMARIO: I. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. --II. ANTECEDENTES. --III. COMENTARIO: a) *Planteamiento del problema*, b) *Ejercicio de la acción cambiaria, según el artículo 516 del Código de comercio*, c) *La insolvencia como presupuesto del «ius variandi», en el artículo 516*, d) *La quiebra como supuesto de insolvencia en el artículo 518*.

### I. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

CONSIDERANDO: Que el problema a resolver en el presente recurso, se circunscribe a la interpretación que deba darse al párrafo segundo del artículo quinientos dieciocho del Código de comercio, en relación con el párrafo primero del mismo y del artículo quinientos dieciséis, en el aspecto y sentido de determinar si dirigida la acción ejecutiva dimanante de una letra de cambio contra su aceptante y declarado éste en estado de quiebra, puede el tenedor de la cambial ejercitar la acción de retorno contra el librador o cualquier otro responsable de su pago, sin ningún otro requisito, como sostiene la parte ejecutante y recurrente; o si, por el contrario, y como sostiene la parte recurrida y determinan las sentencias de instancia para ejercitar la acción de retorno en caso de quiebra del deudor ejecutado, se precisa esperar a que se declare su insolvencia y se haga excusión en sus bienes conforme a la norma general que establecen los artículos quinientos dieciséis y párrafo primero del quinientos dieciocho citado.

CONSIDERANDO: Que del estudio del tantas veces citado precepto se desprende que en su redacción claramente determina que el derecho que concede lo es para el caso de declararse en quiebra el ejecutado; y como quiera que la declaración de quiebra precede a la graduación de créditos y a la determinación de la solvencia o de la insolvencia total o parcial del quebrado, con el consiguiente convenio o reducción de créditos, no puede ofrecer la menor duda de que establece una excepción a la norma general y que, como ya declaró esta Sala en su sentencia de 7 de noviembre de 1900, desde el momento de la declaración de quiebra queda expedita la acción contra los restantes responsables para lograr el completo pago, pues de lo contrario, el Código no hubiera empleado el término «declaración de quiebra», sino el adecuado de «convenio entre los acreedores y el quebrado» o «de fijación de la insolvencia total o parcial del quebrado y determinación del porcentaje de los débitos a percibir por los acreedores»; teoría confirmada en un todo por la sola existencia de dicho párrafo segundo del

artículo quinientos dieciocho, pues de admitir lo contrario y haber de esperarse a la determinación de la insolvencia del deudor primeramente perseguido y hacer excusión en sus bienes caso de quiebra del mismo, era totalmente innecesario el precepto estudiado, al quedar sometido a la norma general del párrafo primero del artículo quinientos dieciséis tantas veces referido.

CONSIDERANDO: Que sentada la anterior doctrina procede declarar haber lugar al recurso entablado por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y basada en interpretación errónea y violación de los preceptos fijados en relación al artículo cuatrocientos cincuenta y nueve del Código de comercio y de la doctrina contenida en la reseñada Sentencia de esta Sala casando la recurrida, sin hacer expresa declaración sobre las costas del recurso y con devolución al recurrente del depósito que constituyó para entablarlo.

## II. ANTECEDENTES

El Banco B. descuenta una letra financiera en la que aparece como librador L., beneficiario de la facilidad crediticia en la relación subyacente, y como librado aceptante A., hijo de L. La cuantía de la cambial es de 150.000 pesetas.

Llegado el día del vencimiento de la letra y presentada ésta al aceptante por el Banco B., no se paga. El Banco hace levantar en tiempo y forma protesto por falta de pago y demanda en juicio ejecutivo al aceptante A. Durante la tramitación de este juicio se declara en quiebra a A. Los autos del ejecutivo se acumulan al juicio universal de quiebra, pero el Banco B. solicita y obtiene el desglose de la letra al objeto de seguir acción en vía de regreso contra su librador.

El librador L. no reconoce la firma en diligencias preparatorias, y el Banco B. lo demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, después de haberse celebrado acto de conciliación sin avenencia.

El demandado contesta la demanda, sosteniendo la falsedad de la firma y negando toda relación comercial con el Banco B.

La sentencia de primera instancia parte de la veracidad de la firma del librador, sobre la base del informe pericial, pero desestima la demanda del Banco B por considerar que no es suficiente la mera declaración de quiebra del ejecutado, sino que *es preciso continuar en aquel juicio universal hasta llegar a la venta de los bienes, al convenio con el quebrado o a cualquier situación que impida la efectividad del crédito total o parcialmente, ya que sólo entonces se puede hablar de previa excusión.*

Sostiene la sentencia del Juzgado que el artículo 516 del Código de comercio exige para que se pueda dirigir la acción cambiaria contra un obligado después de haber sido intentada contra algún otro, la insolvencia del primer demandado, y que la insolvencia a que se refiere el artículo 516 la aclara el 518 en el sentido de que *es necesario en todo caso previa excusión de los bienes del primer ejecutado, porque cuando el párrafo segundo de este artículo dice que «lo mismo se verificará en el caso de declararse en*

quiebra el ejecutado...» se refiere a la excusión que indica el párrafo primero.

Recurrida en apelación esta sentencia, la Audiencia Territorial la confirma íntegramente.

Contra la sentencia de la Audiencia recurre en casación el Banco B., alegando como motivo, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción por interpretación errónea y violación de los artículos 516 y 518 del Código de comercio, en relación con el artículo 459 del mismo cuerpo legal, e infracción de la doctrina legal recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1900 y 26 de febrero de 1892.

El Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 1959 estima el recurso, fundamentando su doctrina en los Considerandos que acabamos de transcribir, y en segunda sentencia, revocando la de primera instancia, condena a L. a pagar al Banco B. la cantidad importe de la letra, más los gastos de protesto e intereses legales, sin hacer expresa declaración sobre costas.

### III. COMENTARIO

A) *Planteamiento del problema.*—La tramitación normal de las acciones cambiarias a través del cauce procesal del juicio ejecutivo y el sistema de recursos existente en el Derecho español (1), son razonables que determinan que las cuestiones de Derecho cambiario lleguen a nuestro Tribunal Supremo o a través de problemas de competencia o a través de juicios declarativos en los que, excepcionalmente, se sustancian acciones cambiarias.

El fallo que comentamos corresponde, precisamente, a un pleito en el que una acción cambiaria se ejercita a través del procedimiento declara-

---

(1) En el ordenamiento español, el sistema de recursos aplicable al juicio sumario que la Ley de Enjuiciamiento civil conoce con el nombre de «juicio ejecutivo» admite contra la sentencia dictada en juicio ejecutivo sólo el recurso de apelación en ambos efectos y contra la sentencia que resuelve la apelación únicamente el recurso de casación por quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio, pero no por infracción de Ley o de doctrina legal.

Esta reducción impuesta legalmente en el cuadro de las impugnaciones contra las sentencias dictadas en juicios ejecutivos, en atención a que por la naturaleza misma del proceso puede promoverse otro juicio sobre el mismo objeto, tiene una enorme trascendencia en el ámbito del Derecho cambiario español. La falta de una completa construcción jurisprudencial de doctrina sobre letras de cambio viene determinada precisamente por aquel mecanismo procesal. De aquí el interés que para el estudio del Derecho cambiario tienen sentencias como la que comentamos.

El artículo 1.476 de la Ley de Enjuiciamiento civil admite contra la sentencia dictada en juicio ejecutivo la apelación en ambos efectos; el 1.694, n.º 3, excluye el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal en los juicios ejecutivos, aún cuando lo admite, en su último párrafo, por quebrantamiento de alguna de las formas del juicio expresadas en el artículo 1.693.

V. GRASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1950, págs. 828, 1.504 y 1.594.

tivo ordinario de mayor cuantía, que llega por la vía de la casación al Tribunal Supremo.

La Sentencia tiene, pues, ante todo, el interés de la excepcional, de lo raro, porque, desgraciadamente, escasa es la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal en materia de letra de cambio.

Pero tiene, además, el interés, teórico y práctico que le da la entidad del tema cambiario debatido. Se trata, en definitiva, de determinar si ejercitada la acción cambiaria contra un obligado y declarado éste en quiebra, se puede dirigir la acción contra los demás, o hay que esperar a que se haga previa excusión en los bienes del primer demandado. La sentencia de instancia recoge esta última solución: hay que llegar a la previa excusión, y sólo puede hablarse de excusión cuando en el procedimiento de quiebra se realicen los bienes, se concluya un convenio, o se desemboque, en definitiva, en una situación que evidencie la imposibilidad total o parcial de la satisfacción del crédito cambiario insinuado en la masa.

La Sentencia de casación, al contrario, acoge la otra solución, la mantenida en el recurso y que estimamos acertada: la declaración de quiebra del obligado cambiario ejecutado deja, sin más, expedita la acción contra los restantes responsables del pago de la letra.

El nudo de la cuestión se resuelve, en definitiva, en un problema interpretativo, como acertadamente apunta el recurso y recoge el primer Considerando de la Sentencia de casación. Hay que determinar qué significado tiene la insolvencia a que se refiere el artículo 516 del Código de comercio y cuáles son los supuestos de insolvencia y las consecuencias jurídicas previstas para ellos en el artículo 518.

B. *El ejercicio de la acción cambiaria según el artículo 516 del Código de comercio.*—El artículo 516 del Código de comercio establece la llamada solidaridad cambiaria (responsabilidad del aceptante, del librador, de los endosantes y, aunque no está en la letra de este precepto, de los avalistas, al pago de la cambial) y el modo de hacer efectivas estas responsabilidades.

El primer tema—la llamada solidaridad cambiaria—no ofrece particular interés en el pleito resuelto por la sentencia comentada, sino en cuanto condiciona al segundo, esto es, al modo de proceder el tenedor para hacer efectiva la responsabilidad de los obligados cambiarios, que es el que constituye nudo de la cuestión debatida (2).

Con respecto a la forma de actuar el acreedor cambiario para hacer valer su derecho frente a los firmantes de la letra, se deducen del artículo 516 las siguientes reglas:

1.ª Admisibilidad del ejercicio de la acción «per saltum». El tenedor no está obligado a observar un orden cuando ejercita su acción; puede elegir como demandado a cualquiera de los obligados cambiarios, en vía directa o en vía de regreso.

2.ª Prohibición de la acción conjunta. El tenedor puede sólo deman-

(2) Respecto al tema de la llamada solidaridad cambiaria, V. en nuestro Derecho, GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1955, pág. 560.

dar a alguno de los obligados cambiarios. No puede proceder simultáneamente contra dos o más de ellos. Este principio excluye tanto la posibilidad de simultanear la acción directa con la regresiva como la de demandar conjuntamente a obligados en regreso de grado diverso.

3.º Condicionamiento del *ius variandi* del acreedor. Elegido el obligado cambiario y ejercitada contra él la acción, el tenedor sólo puede variar y dirigirla contra otro obligado en caso de insolvencia del primer demandado.

Las dos últimas reglas citadas contrastan abiertamente con lo establecido en la Ley uniforme de Ginebra en los párrafos segundo y cuarto del artículo 47. En efecto, según estos párrafos. «el portador tendrá derecho a proceder contra todas estas personas (contra los que hubieren librado, endosado o avalado una letra de cambio) individual o colectivamente, sin que les sea indispensable observar el orden en que se hubieran obligado» y «la acción intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás, aunque sean posteriores en orden a la que fué primeramente demandada» (3).

Contrastan también las reglas citadas con las que regulan las obligaciones solidarias en el Derecho civil español, hasta tal punto que sirven para marcar especialidades de la llamada «solidaridad cambiaria». En efecto, el artículo 1.144 del Código civil dispone que «el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo» (4).

El *ius variandi* del acreedor en el Derecho cambiario uniforme y en las obligaciones solidarias civiles el Derecho español, permite desistir de la acción ejercitada por el titular contra uno de los obligados y dirigirla posteriormente contra otros. En el Derecho cambiario español, por el contrario, se condiciona minuciosamente este *ius variandi*: intentada la acción contra algunos de los obligados en la letra no podrá el tenedor dirigirla contra los demás sino en caso de insolvencia del demandado.

Y es en este punto concreto del tema en el que arranca el litigio planteado ante nuestro Tribunal Supremo y resuelto en la sentencia que comentamos.

El *ius variandi* del acreedor cambiario queda condicionado legalmente a la insolvencia del demandado. Pero ¿qué es insolvencia en el artículo 516 del Código de comercio? ¿En qué consiste, cómo se manifiesta y cómo se acredita esta insolvencia?

C) *La insolvencia como presupuesto del «ius variandi» en el artículo 516.*—La insolvencia es, sin duda, uno de los conceptos jurídicos más im-

(3) Para aquellos países que han incorporado el Derecho uniforme de Ginebra, v. el artículo 151, párrafo 4.º, del Código de comercio francés; el artículo 54, párrafo 4.º, de la ley cambiaria italiana; el artículo 47, párrafo 4.º, de la W.O. alemana; el artículo 1.044, párrafo 4.º, del Código de las obligaciones suizo.

(4) V. sobre esta diferencia, GARRIGUES, obra cit., págs. 572 y 573.

El artículo 1.831 del Código civil español excluye el beneficio de excusión en la fianza cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor (n.º 2).

precisos en su significación. La frecuencia de su uso ha gastado el rigor de la acepción y ha contribuido a convertir al vocablo a una peligrosa anfibología. Se habla así, con diverso alcance, de una insolvencia en sentido vulgar, de una insolvencia en sentido legal y de una insolvencia judicial o declarada.

Y hasta la propia etimología del vocablo se presta al equívoco, porque *in solvens* es, en sentido etimológico, el que no paga, mientras que, en el rigor de los conceptos, insolvencia e impago son términos absolutamente distintos. La insolvencia es, en principio, la situación del patrimonio incapaz de satisfacer los créditos que sobre él pesan. El incumplimiento, por otra parte, se da desde el momento en que el crédito no se satisface, aunque el patrimonio del deudor esté en situación de atender al cumplimiento de la obligación. Incumplidor es el que no paga, aunque pueda; insolvente, el que no puede pagar (5).

Este, volvemos a repetir, en línea de principio. Porque hay situaciones en que el deudor, aun teniendo un patrimonio saneado con aptitud para el cumplimiento de sus obligaciones no puede realizar este cumplimiento puntualmente, por imposibilidad momentánea o pasajera, por iliquidez, por falta actual de medios de pago. Pero en este caso no hay insolvencia, porque existe un patrimonio con dimensiones suficientes para atender las responsabilidades que sobre él gravitan. No se puede cumplir, pero hay bienes suficientes para responder de este incumplimiento (6).

Al contrario, puede existir insolvencia sin que haya habido incumplimiento. El patrimonio es incapaz, pero ha podido venir atendiendo las obligaciones—a través, por ejemplo, de un endeudamiento excesivo—o ha podido suceder, por ejemplo, que no se hayan presentado aún créditos al cobro.

A través de lo que llevamos ya dicho puede comprenderse fácilmente que la solvencia—como aptitud de un patrimonio—y la insolvencia—como ineptitud o incapacidad de un patrimonio—no son hechos, sino modos de ser, o mejor, modos de estar un patrimonio. De aquí deriva precisamente toda la dificultad del conocimiento de la solvencia o de la insolvencia de un patrimonio.

Cualidades del mundo de lo económico, atributos de una entidad económica, para conocerlos directamente habría que entrar en el sujeto de que se predicaban, en el patrimonio, y analizarlo, descubrirlo y describirlo. Sólo a través del espejo de una contabilidad real podría reflejarse, en definitiva, la solvencia o insolvencia de un patrimonio. Pero ante la imposibilidad de conocer así, directamente, los modos de estar el patrimonio del deudor en orden al cumplimiento de sus obligaciones, la insolvencia se conoce o se consi-

(5) V. BONELLI: *Del fallimento*, en el «Commentario al Codice di Commercio», Vallardi, Milano s. f., I, pág. 49 y sigs.

GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1956, página 417 y sigs.

(6) La insolvencia, para nosotros, no es incumplimiento sino irresponsabilidad, en el sentido de que supone una situación patrimonial del deudor que no le permite responder actualmente del cumplimiento total de sus obligaciones. Apunta este concepto a la *Haftung*. La lectura de los artículos 1.071 y sigs. del Código civil parece abonar esta opinión.

tata por sus efectos. La insolvencia, en una palabra, se revela a través de la verificación de hechos exteriores, visibles, apreciables.

El artículo 518 es el que viene a aclarar cuándo existe la insolvencia que el artículo 516 requiere para que el acreedor insatisfecho pueda variar la dirección de su acción en busca de un deudor solvente.

El artículo 518 del Código de comercio determina en qué casos puede variar de dirección la acción cambiaria intentada ya contra algún obligado. Dos párrafos contiene el artículo, en los que se prevén distintos supuestos de hecho. El primero de ellos se refiere a la excusión total de los bienes del deudor ejecutado y satisfacción parcial del crédito del ejecutante. El segundo, al supuesto de la declaración de quiebra del ejecutado. Estos son los dos casos de aplicación concreta del *ius variandi* previsto en el artículo 516 y condicionado a la insolvencia del primer demandado. La insolvencia, pues, o se revela a través del hecho de la excusión de los bienes y de su insuficiencia para cubrir el crédito, o está ya judicialmente declarada.

La doble disposición del artículo 518, pone de manifiesto, en primer lugar, que la insolvencia del artículo 516 no es sinónima de quiebra; esto es, que puede existir, legalmente, una insolvencia, sin que esté judicialmente declarada. En efecto, según el primer párrafo del artículo 518 el acreedor insatisfecho que ha realizado excusión en los bienes del deudor cambiario, puede proceder, por insolvencia de éste, contra otro obligado en la letra, aún cuando esa insolvencia no haya sido judicialmente declarada en un procedimiento concursal.

Esto demuestra que la Ley admite la posibilidad de que exista insolvencia sin que ésta esté judicialmente declarada.

Y esta afirmación no se deduce en nuestro Derecho, exclusivamente del artículo que estamos contemplando, sino de una serie de preceptos positivos que se refieren a la situación de insolvencia como cosa distinta del estado de quiebra o de concurso.

Es curioso realizar—y no se ha hecho—una búsqueda de nuestros textos positivos para la construcción de un concepto legal de insolvencia (7). En el Código civil se mencionan en multitud de ocasiones las palabras solvencia, insolvencia e insolvente. Así, en los artículos 1.071 y 1.072 (responsabilidad de los coherederos por la parte del insolvente), 1.129, 1.º (pérdida del

(7) Díez-PICAZO en su artículo *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero*, A. D. C., 1959, XII, 1, págs. 184 y sigs., mantiene la tesis de que en nuestro Código civil insolvencia es sinónimo de insuficiencia patrimonial, y no de concurso o de quiebra. El concurso y la quiebra, según Díez-PICAZO, exigen una insolvencia cualificada por la concurrencia de especiales circunstancias, y en abono de sus tesis, recoge, en la nota 256 de su trabajo, una serie de artículos del Código civil en los que parece, en principio, que bajo el concepto de insolvencia yace siempre el de insuficiencia patrimonial. Creemos que no se ha hecho anteriormente una exégesis más cuidada que ésta a la búsqueda de un concepto legal de insolvencia en nuestro Código civil.

En el Derecho italiano, PROVINCIALI: *Manuale di Diritto Fallimentare*, 3.ª edición, I, Milano, 1955, pág. 164, parte precisamente de las referencias a la insolvencia en el *Codice civile* como hecho constitutivo, apto para crear, modificar y extinguir derechos, y fundamenta en esta base su distinción entre *insolvenza e insolubilità*.

beneficio del plazo por el deudor); 1.139 (no responsabilidad de los deudores solidarios de obligación indivisible en caso de insolvencia de uno de ellos); 1.145 (efectos internos de la solidaridad en caso de insolvencia de uno de los codeudores); 1.206 (la insolvencia del nuevo deudor, en caso de novación, no hace revivir, en principio, la acción del acreedor contra el deudor primitivo) (8); 1.292 (rescisión de pagos de obligaciones no exigibles, hechos en estado de insolvencia); 1.467 (extinción de la obligación de entrega de la cosa, en caso de insolvencia del comprador); 1.529 (el cedente del crédito no responde la solvencia del deudor); 1.700, núm. 3.º (extinción de la sociedad civil por insolvencia de cualquiera de los socios); 1.829 (derecho del acreedor de pedir otro fiador cuando el primero viniere al estado de insolvencia); 1.833 (responsabilidad del acreedor negligente en la excusión, en caso de insolvencia del deudor); 1.844, y 1845 (efectos internos de la fianza de los cofiadores en caso de que alguno de ellos resultare insolvente), y 1.846 (responsabilidad del subfiador en caso de insolvencia del fiador).

En otras ocasiones, nuestro ordenamiento jurídico civil considera expresamente la insolvencia como concepto distinto del concurso o la quiebra. El artículo 1.660 del Código civil es curioso, a este respecto, porque se refiere en su número 3.º al caso de que «el censatario haya sido declarado en quiebra, concurso o insolvencia». Así se contempla una insolvencia, como supuesto diverso del concurso o de la quiebra, pero que tiene que estar declarada. El artículo 1.732, al tratar de la extinción del mandato, fija en su número 3.º como causas de la misma la «muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario». Y el 1.843, al enumerar los casos en que el fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal, establece en su número 3.º el caso de «quiebra, concurso o insolvencia».

La mera recopilación de estos artículos sirve, al menos, para poner de manifiesto que la situación económica de insolvente, distinta de la insolvencia judicialmente declarada, es también relevante como elemento integrador de supuestos legales previstos y dotados de especiales consecuencias jurídicas en nuestro Derecho civil.

También en el Derecho mercantil podemos encontrar, a través de sus preceptos positivos, referencias a los conceptos de solvencia e insolvencia. Así, en el Código de comercio, el artículo 348 (el cedente de un crédito no responde de la solvencia del deudor); el 618 (el buque vendido queda afecto a la seguridad del pago de la indemnización al capitán si después de haberse dirigido la acción contra el vendedor resultare éste insolvente); el 887 (clases de quiebra, argumento de la tesis que sostiene que toda quiebra supone la insolvencia), y, en sentido diverso e inexacto, el artículo 545 (que se refiere a la «solvencia de la caución»); en la Ley de Sociedades Anónimas los artículos 31 (el aportante de un derecho de crédito responde de la solvencia del deudor); 104, número 3.º (valoración de los créditos en los casos en que hubiere disminuído la solvencia del deudor) y 170 (en caso de

(8) Es interesante en este artículo la diferencia entre *insolvencia pública* e *insolvencia conocida del deudor*. En esta distinción claramente se pone de manifiesto que la insolvencia puede no estar declarada.

insolvencia de la Sociedad los liquidadores deberán solicitar la declaración de suspensión de pagos o de quiebra).

En la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 el concepto de insolvencia, como se sabe, pierde su sentido y admite clasificaciones inadecuadas a su naturaleza (v. art. 8, párr. 6.º) (9).

Pero lo que nos interesa resaltar aquí es que nuestras leyes mercantiles exigen algunas veces como elemento fáctico de los supuestos de sus normas la previa declaración judicial de la insolvencia (el encontrarse en estado de quiebra); mientras que en otros casos se refieren escuetamente a la insolvencia.

No la mera insolvencia, sino la quiebra, es presupuesto necesario para que se produzca la disolución de las Sociedades (art. 221, núm. 3.º del Código de comercio; art. 222, núm. 3.º, del Código de comercio; art. 150, último párrafo de la Ley de Sociedades Anónimas; art. 30, último párrafo de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); para que se extinga el seguro contra incendios (art. 401); para que se reduzca o liquide el Seguro sobre la vida (art. 429); para que se levante el protesto por falta de pago antes del vencimiento de la letra (art. 510); para que el portador negligente del cheque pierda su derecho contra el librador (art. 537, la quiebra o la suspensión de pagos del librado); para que puedan exigir fianza el asegurador o el asegurado en el seguro marítimo y, si no se presta, rescindir el contrato (art. 787).

Por el contrario, en otras ocasiones, el elemento integrador del supuesto de hecho es la insolvencia, sin más. Así, por ejemplo, en el artículo 608, ya mencionado, en el que basta que el vendedor haya resultado insolvente—aun cuando no esté declarado en quiebra—para que el capitán pueda afectar el buque vendido a la seguridad del pago de la indemnización que le corresponda, según los pactos celebrados con el naviero. Y así también sucede en el artículo 516, base de nuestro tema, y en otro precepto que tiene para nosotros gran interés debido a similitud con aquél: el artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, sucesor inmediato del artículo 164 del Código de comercio (10).

(9) V. GARRIGUES: *Curso* cit., II, págs. 512 y sigs.; TORRES DE CRUELLS: *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, pág. 371 y sigs.

(10) Los párrafos segundo y tercero del artículo 164 disponían lo siguiente:

«En las acciones accionativas, mientras no estuviese satisfecho su total importe, responderán del pago de la parte no desembolsada, solidariamente y a elección de los Administradores de las Compañías, el primer suscriptor o tenedor de la acción, su cesionario y cada uno de los que a éste sucedan, si fueran transmitidas, contra cuya responsabilidad, así determinada, no podrá establecerse pacto alguno que la suprima.—Entablada la acción para hacerla efectiva contra cualquiera de los enumerados en el párrafo anterior no podrá intentarse nueva acción contra otro de los tenedores o cedentes de las acciones, sino mediante prueba de insolvencia del que primero o antes hubiere sido objeto de los procedimientos.» La similitud de estructura y de contenido de la norma citada con la del art. título 516 es bien patente. Del Código de comercio y sin modificaciones sustanciales, la norma pasó al artículo 45 de Ley de Sociedades Anónimas que actualmente dispone: «El cesionario de acción no liberada responde solidariamente con todos los cedentes que le precedan, y a elec-

El artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas ofrece a los administradores de la Sociedad, para hacer efectivo el pago de la parte de la acción no desembolsada, unos modos y formas idénticos a los que establece para el tenedor cambiario el artículo 516 del Código de comercio: no hay un orden lineal para proceder en el ejercicio de la acción; no se admite la acción conjunta, y se condiciona el *ius variandi* del acreedor a la insolvencia del que primeramente hubiera sido demandado (11).

Pero al artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas y a su antecedente inmediato—el 164 del Código de comercio de 1885—les falta un desarrollo similar al que el artículo 518 ofrece respecto del 516 del Código de comercio. No se tasan en aquéllos, cuáles son los casos de insolvencia que pueden dar lugar al ejercicio del *ius variandi* en ellos reconocido.

En materia cambiaria sí. El artículo 518 aclara que la insolvencia, o se comprueba a través de la efectiva constatación de la falta de bienes bastantes para la satisfacción del crédito, o está ya judicialmente declarada.

El primer caso no ofrece aquí problema. El acreedor cambiario ha hecho excusión de los bienes del deudor demandado y en ellos no ha encontrado masa suficiente para la satisfacción del crédito.

D) *La quiebra como supuesto de insolvencia en el artículo 518.*—Es el segundo de los casos previstos en el artículo 518 el que plantea la cuestión litigiosa debatida en el pleito: el caso de declaración de quiebra del ejecutado. Y el problema que se plantea es el siguiente: ¿Basta la simple declaración de quiebra de ese deudor, o es necesario además que se compruebe en juicio concursal abierto la insuficiencia de los bienes para la satisfacción completa del crédito cambiario?

Las Sentencias de instancia que hemos dicho, como ya hemos dicho, esta última solución. Pero la fundamentan en la base falsa de una errónea interpretación—denunciada en el recurso—del artículo 518. La interpretación con-

---

ción de los administradores de la Sociedad, del pago de la parte no desembolsada. La responsabilidad de los cedentes durará tres años, contados desde la fecha de la respectiva transmisión.—Cualquier pacto contrario a la responsabilidad solidaria así determinado será nulo. Entablada la acción para hacer efectiva la responsabilidad contra cualquiera de las personas mencionadas en el párrafo anterior, no podrá intentarse nueva acción contra otro de los obligados al pago, sino mediante prueba de la insolvencia del que primeramente hubiera sido demandado.»

(11) El artículo 283 del Código de comercio de 1829 se limitaba a establecer la responsabilidad de los cedentes al pago de la parte no desembolsada, pero no dictaba ninguna norma acerca del *ius variandi*. Sobre el derogado artículo 164 del Código de comercio, v. BENITO, LORENZO: *Manual de Derecho mercantil*, III, Madrid, 1920, pág. 303; GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, 1.ª edición, I, Madrid, 1936, pág. 252; GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, I, 3.ª edición, Zaragoza, 1951, pág. 213, nota 27; LANGLE: *Manual de Derecho mercantil español*, I, Barcelona, 1950, pág. 604. Sobre el artículo 45 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, v. GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, 2.ª edición, Madrid, 1953, págs. 405 y sigs., que al comentar las características de la solidaridad de los cedentes precisa que el *ius variandi* se rige por el mismo principio recogido en el artículo 516 en materia de solidaridad cambiaria. V. también GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 197; URÍA: *Derecho Mercantil*, Madrid, 1958, pág. 196.

junta de los dos párrafos de este artículo lleva al Juez a afirmar que la frase «lo mismo se verificará» con que comienza el último párrafo del artículo 518 se refiere a la necesidad de excusión, que exige el párrafo primero. Y aquí está el error, en identificar los supuestos de hecho previstos, respectivamente, en los párrafos primero y segundo del artículo 518, cuando, en verdad, la frase «lo mismo se verificará» apunta una identidad de consecuencias jurídicas, pero en una diversidad de supuestos de hecho.

En otras palabras; la consecuencia jurídica es, en definitiva, la misma en los dos párrafos: la posibilidad de ejercitar el *ius variandi*. Mientras que los supuestos de hecho son diversos: la excusión de los bienes, en el párrafo primero; la declaración de quiebra, en el segundo.

Ciertamente, la frase «lo mismo se verificará» puede inducir a confusión, porque la identidad de las consecuencias jurídicas sancionadas en los dos párrafos no es perfecta. Por ésto hemos dicho anteriormente que la consecuencia jurídica es la misma, *en definitiva*, aun cuando no sea completamente idéntica en ambos casos. Y es que la diferencia viene forzosamente impuesta por la diversidad de supuestos. En el párrafo primero se prevé que el portador haya podido percibir una parte de su crédito y se dispone, como consecuencia, *que pueda dirigirse contra los demás por el resto*. La frase *lo mismo se verificará* se debe referir, pues, a la posibilidad de dirigirse contra los demás, no a la satisfacción parcial del crédito.

La tesis mantenida en el recurso y acogida por la Sentencia de casación encuentra sólidos argumentos. El primero es el basado en la interpretación literal del mismo precepto; la frase «lo mismo se verificará» hay que referirla a la posibilidad de dirigir la acción contra los demás ya prevista en el párrafo primero. Y el supuesto de hecho que produce aquí esta consecuencia jurídica es «el caso de declararse en quiebra el ejecutado». Simplemente *el declararse*, sin más. La Ley no exige más actos procesales que la declaración de quiebra. No hay que esperar, pues, a otras fases del procedimiento concursal.

Y la historia del artículo 518 aporta también un fuerte apoyo a la tesis. El artículo 518 del Código de comercio de 1885 es producto de la refundición en uno solo de los artículos 537 y 538 del Código de comercio de 1829. Decían así éstos: «Artículo 537. Si hecha excusión en los bienes del deudo: ejecutado para el pago o reembolso de una letra, sólo hubiere podido percibir el portador una parte de su crédito, podrá dirigirse sucesivamente contra los demás, por lo que todavía alcance, hasta quedar enteramente reembolsado. Artículo 538. Constituyéndose en quiebra el deudor contra quien se procede por el reembolso de una letra, puede el portador dirigir sucesivamente su acción contra los demás responsables a la letra: y si todos resultaren quebrados, tiene derecho a percibir de cada masa el dividendo que corresponda a su crédito, hasta quedar éste cubierto en su totalidad» (12).

(12) Parece que el sistema es original en el Código de SÁINZ DE AÑIBINO. Ni en la tradición cambiaria española, ni en los textos de Derecho positivo que pudieron haber inspirado al legislador de 1829 hemos encontrado precedentes de este sistema de *ius variandi*. Las Ordenanzas de Bilbao recogen un sistema de responsabilidad *in solidum* de los obliga-

Obsérvese, cómo el precepto, en su versión del Código de SAINZ DE ANDRINO, no ofrece dificultad alguna en punto al tema que nos ocupa. Y la doctrina que comentó el viejo precepto coincidía en afirmar que bastaba que se declarase la quiebra, y que ésta se acreditase, sin necesidad de esperar al éxito del concurso, para que pudiera el portador de la letra dirigirse contra los demás responsables (13).

dos cambiarios y un regreso *per saltum*. Incluso prevén la cadena de quiebras.

En su capítulo XIII, en el número XXII, calificaban la obligación *insolidum* del librador y de los endosantes. En el número XXIII disponían que el pago en regreso se haría en elección o voluntad del creador de la letra. Y el número XXIX establecía que «... podrá el tenedor continuar, si quiere, las diligencias contra el Aceptante, y tendrá derecho dentro de quatro años de recurrir contra el dador, o endosantes, y qualquiera *insolidum*». El número XLIII de las Ordenanzas decía así: «Y porque ha sucedido, y en adelante puede suceder, que alguna o algunas Letras se hallen en poder de sus tenedores, con la desgracia de haber faltado a su crédito el Librador, Aceptante y Endosante, en cuyos concursos suele haver variedad de convenios, y pagamentos de sus quiebras, ajustándose uno (v. gr.) en veinte por ciento, otro en treinta, o quarenta, et cetera, de que ha resultado muchas dudas, y diferencias, en razón de la práctica que acerca de sus recursos debían observar sus tenedores para la cobranza de sus prorratas, y para que en adelante se proceda con claridad y justificación, se ordena, y manda, que los tales tenedores de semejantes Letras acudan en virtud de ellas, y sus pretextos, a formar sus pretensiones contra todos los fallidos interesados...». Pero del ejemplo que pone se deduce que no se trata de participar en cada quiebra por el importe íntegro de su crédito, sino por la parte no percibida en las quiebras anteriores.

Resulta, por otra parte, evidente que SAINZ DE ANDRINO no se ha inspirado, en este caso, en el modelo francés.

En Francia el artículo 140 del Código de comercio disponía. «Todos los que han firmado, aceptado y endosado una letra de cambio están obligados solidariamente para con el portador.»

Y el artículo 164 decía así: «El portador de una letra de cambio protestada por falta de pago, puede ejercitar su acción en garantía, o individualmente contra el librador o alguno de los endosantes, o colectivamente contra los endosantes y el librador. La misma facultad tiene cada uno de los endosantes respecto al librador y los endosantes que le preceden.»

La ley austríaca de cambio de 1763, renovada en 1765 y 1822, establece un regreso en orden lineal según la cadena de los endosos hasta llegar al librador.

El Código de las Dos Sicilias, de 26 de marzo de 1819, reproducía en su artículo 163 el artículo 164 del Código francés que acabamos de transcribir, y en su artículo 139 reproducía el 140.

El Código prusiano, después de establecer el derecho del portador de dirigirse contra el aceptante o contra los endosantes, o contra el librador, sin necesidad de someterse a un orden, disponía en su artículo 1.127 que respecto a la facultad de variar su acción, el portador goza de los derechos expresados en el artículo 1.059 y siguientes». Y en estos artículos se establecía que el portador podía variar la dirección de su acción si no quedaba completamente satisfecho después de las veinticuatro horas de haber presentado la letra para su cobro, en cuyo caso debía hacer extender el protesto y ya podía reclamar de nuevo su pago contra otro de los obligados cambiarios.

(13) Al tratar de las acciones que resultan de la falta de pago de la letra, bajo el Código de comercio de 1829, escribe MARTÍ DE EIXALA, en sus *Instituciones del Derecho mercantil de España*, 6.<sup>a</sup> edición revisada por

La opinión doctrinal no varía cuando el artículo 518 del Código de comercio de 1885 fusiona los artículos 537 y 538 de su antecesor (14).

DURÁN Y BAS, Barcelona, 1873, pág. 241: «Podrá dirigir (el portador) está acción contra cualquiera de los indicados sujetos (acceptante, librador, endosantes y avalistas); pero una vez constituida contra uno de ellos no es permitido reconvenir a otro sin que conste la insolvabilidad del demandado.» Y añade más adelante: «Si el portador, después de haber escudado los bienes de uno de los deudores no resultase enteramente cubierto de su crédito puede dirigirse sucesivamente contra los demás por lo que resta; si el ejecutado se constituyó en quiebra, podrá desde luego el portador dirigirse contra cualquiera de los mismos codeudores.»

VICENTE Y CARAVANTES, en su *Código de comercio extractado*, 4.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1850, pág. 218, escribe comentando el artículo 538: «No se exige en este caso la prueba de la insolvabilidad del quebrado al portador, porque ésta no puede hacerse hasta la conclusión del concurso, y sería duro e injusto hacer aguardar al portador para cobrar la letra el resultado definitivo de la quiebra. Así, pues, con sólo el testimonio de la declaración de la quiebra puede el portador dirigirse contra los demás responsables.»

NAVARRO ZAMORANO: *Tratado legal sobre las letras de cambio, libranzas, vales pagarés...*, Madrid, 1845, en la página 146 escribe: «El portador puede dirigir la acción ejecutiva que nace de la letra protestada en tiempo y forma no sólo contra el deudor principal, sino también contra los garantes.» Y afirma después: «El portador no está obligado a entablar su acción primero contra los unos y después contra los otros; puede dirigirla contra los dichos acceptantes, librador, endosantes y avalistas que mejor le convenga. Intentada la acción contra uno de ellos en la manera y forma antes expuesta, no puede ejercitarla contra ningún otro, sino en caso de insolvabilidad absoluta o parcial del demandado. Si el deudor ejecutado no tiene bienes suficientes de modo que el portador sólo hubiere podido percibir una parte de su crédito, podrá dirigir su acción sucesivamente contra los demás deudores por lo que todavía alcance hasta quedar enteramente reembolsado. Para que en los casos de insolvencia total o parcial del deudor ejecutado proceda la acción ejecutiva contra los otros responsables, además de los requisitos que dejamos expuestos en el párrafo anterior, debe acompañarse un testimonio suficiente de la primera ejecución, por el que conste que hecha excusión en los bienes del deudor ejecutado no han bastado éstos al pago completo del crédito, sino que sólo se ha podido pagar con ellos tal cantidad, o ninguna, si no existían bienes, o si existían, si se han cubierto con ellos deudas preferentes. Constituyéndose en quiebra el deudor contra quien se procede por el reembolso de una letra, puede el portador dirigir sucesivamente su acción contra los demás responsables a las resultas de ella. La quiebra es un acontecimiento que envuelve al portador en unos procedimientos largos y fatigosos, que, generalmente hablando, no le ahorran el tener que acudir después a reclamar parte de su crédito de las demás responsables a las resultas de la letra, porque es bien sabido que en las quiebras siempre es menor el activo que el pasivo, y de consiguiente que los créditos no privilegiados jamás se cobran por completo. La insolvabilidad parcial del deudor ejecutado no podrá el portador probarla hasta la conclusión del concurso, y sería harto injusto obligarle a aguardar el resultado definitivo de la quiebra, para dirigir su acción contra los otros responsables a las resultas de la letra. Por eso se le dispensa en este caso de la obligación a que en dos casos anteriores le sujetó su propia elección, pudiendo, desde el momento en que el deudor ejecutado se constituye en quiebra, dirigirse contra los demás responsables sin necesidad de tener que justificar el extremo de la insolvencia total o parcial del primero, apoyada tan sólo en el testimonio de la declaración de quiebra.»

GONZÁLEZ HERRERA: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1853, página 331, afirma que así en el caso de que alguno o algunos se consti-

Y también le interpretó acertadamente nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de noviembre de 1900, cuya doctrina se alega por el recurrente como infringida por la sentencia de la Audiencia (15).

tuyan en quiebra, podrá repetir contra los que quedan, sin esperar el resultado de ésta, porque sería injusto esta dilación...».

GÓMEZ DE LA SERRA Y REUS: *Código de comercio...* anotado y concordado, Madrid, 1878, pág. 222, escriben: «Téngase en cuenta que, según expresa este artículo, basta que el deudor se constituya en quiebra y, por tanto, que esto se acredite sin necesidad de esperar el éxito del concurso para que pueda el portador de la letra dirigirse contra los demás responsables.»

(14) Los anotadores del *Código de comercio de 1885, comentado y concordado con el anterior y los extranjeros por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1886, pág. 85, al referirse al segundo párrafo del artículo 518, afirman expresamente que basta que el deudor se declare en quiebra para que pueda el portador de la letra dirigirse contra los demás responsables, y que la declaración de quiebra se acredite sin necesidad de esperar al resultado del concurso.

En la moderna doctrina española, v. VICENTE Y GUELLA: *Los títulos de crédito*, 2.ª edición, Zaragoza, 1942, pág. 323; LANGLE: *Manual de Derecho mercantil español*, tomo II, Barcelona, 1954, pág. 410; URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, pág. 621; GARRIGUES: *Tratado cit.*, II, página 573.

(15) La Sentencia de 7 de noviembre de 1900 es interesantísima, porque, partiendo de que la acción puede ejercitarse contra cualquiera de los demás coobligados desde el día de la declaración en quiebra del demandado en primer lugar, consideró este momento como *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo de la acción cambiaria.

Reproducimos aquí los considerandos de esta Sentencia:

«Considerando, que, si bien el portador de letras protestadas, una vez que entable acción de reembolso, con arreglo al artículo 516 del Código de comercio, contra uno de los responsables al pago, no puede según la misma disposición dirigirse contra los demás, es con la salvedad del caso de insolvencia del demandado, y que el artículo 518 determina congruentemente que desde el momento que dicha insolvencia se demuestre haciendo excusión de los bienes del deudor ejecutado, o por haberse declarado éste en quiebra, con cuyos actos se patentiza el detrimento de la efectividad de la acción, queda ésta expedita contra todos los demás para lograr el completo pago, y podrá ejercitarla simultáneamente contra los que estuvieren quebrados, siendo muy oportuna esta aclaración que contiene el artículo 518, para evitar que, amparándose los coobligados al reembolso de la letra en el precepto general del artículo 516, pretendieran ceñir al portador a las peripecias y dilaciones del procedimiento que incoara, aunque ya estuviese demostrado por la excusión de bienes o por la declaración de quiebra que el ejecutado carecía de perfecta solvencia.

Considerando: que el tiempo para la prescripción extintiva de las acciones se cuenta desde el día en que éstas pueden ejercitarse y, por consiguiente, que para la prescripción de la acción del portador de una letra de cambio contra los coobligados al pago, corre desde que quedó expedito contra ellos, según queda dicho, por la insolvencia del primer demandado, demostrada en la excusión de bienes o por declaración de su quiebra.

Considerando: que, por lo expuesto, y constando que el endosante, contra quien se dirigió la Sociedad general, fué declarado en quiebra el 13 de febrero de 1890 y que hasta el 18 de noviembre de 1895 no interpuso judicialmente la Sociedad, por más que siguiere gestionando en la quiebra de aquél, la sentencia declaraba justamente que la acción ejercitada en este pleito quedó prescrita por el lapso de tres años, con arreglo al artículo 950

El precepto no admite otra interpretación, realmente; cualquier otra diversa, ni es lógica, ni es sistemática. Y es que en buena lógica institucional debe bastar para el juego de la norma del párrafo segundo del artículo 518 la mera declaración de quiebra del deudor cambiario demandado, porque la quiebra supone la insolvencia, manifestada a través de uno de los indicios que la Ley considera suficientes para basar una declaración concursal, como son la solicitud del propio deudor (en la quiebra voluntaria), la ejecución infructuosa, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, o el incumplimiento del convenio aprobado en la suspensión de pagos. La declaración de quiebra se apoya en uno de estos hechos, que la Ley considera indicios de insolvencia. El deudor viene declarado en quiebra, lo cual supone la insolvencia. Por ello, no podemos compartir la tesis de la sentencia comentada cuando afirma en su Considerando segundo, que el hecho de que la declaración de quiebra deje expedita la acción contra los restantes responsables supone una excepción al principio general del artículo 516, en cuanto que la declaración de quiebra precede a la determinación de la solvencia o de la insolvencia total o parcial del quebrado. No hay excepción, sino, a nuestro juicio, aplicación de la norma del artículo 516, porque la declaración de quiebra supone un caso de insolvencia. Lo que puede haber querido decir la Sentencia es que en el caso de que no bastara la simple declaración, sino que fuese necesaria la excusión, sobraría el párrafo segundo del artículo 518. Y la confusión parece patente en el Considerando que comentamos, porque, *in fine*, se refiere al párrafo primero del artículo 516, cuando este artículo consta de un único párrafo (16).

del Código, y no incurre en ninguna de las infracciones alegadas en los cuatro primeros motivos del recurso, porque la obligación solidaria, que el artículo 516 y siguientes establecen y regulan en favor del portador de la letra, es, en los términos precisos de los mismos que excluyen los preceptos generales del Código civil.

*Considerando 7:* que la sentencia no consigna como fundamentos, cual supone el recurso, los conceptos de que el portador de la letra haya de valerse «necesariamente» de la acción ejecutiva, de que, una vez declarado el demandado en quiebra, deba aquél dirigirse contra los demás deudores, y de que la reclamación en juicio de quiebra no interrumpe la prescripción, sino como queda expresado, que la quiebra del demandado deja expedita la acción contra los demás deudores y corriente la prescripción desde aquel momento en favor de los que no han sido demandados y que son ajenos a la quiebra.

V., para el problema del punto de partida del plazo prescriptivo, nuestro trabajo *Notas sobre la prescripción cambiaria*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1955, núm. 57, pág. 104, en el que nos referimos expresamente a esta Sentencia.

Sin embargo, la Sentencia de 26 de febrero de 1892, que se invoca también en el recurso como base de la doctrina legal infringida, se refiere a un supuesto diverso y mantiene una doctrina no aplicable al caso debatido en el pleito que comentamos. Sin duda, por ello, el Tribunal Supremo, en el fallo que nos ocupa, se refiere exclusivamente a la Sentencia de 7 de noviembre de 1900 (Considerando segundo) y a la doctrina contenida en ella (Considerando último).

(16) Se trata aquí de un problema inverso al que contemplábamos antes. Insolvencia no es sinónimo de quiebra; pero quiebra supone insolvencia. La cuestión, como se sabe, es debatida. V. un buen análisis del

Con la declaración de quiebra ya viene a faltar la solvencia del deudor y ya queda abierto, sin más, el cauce del artículo 516. Y no puede sorprender que ello sea así, si se realiza una interpretación sistemática de los preceptos. El 510 del Código de comercio autoriza el protesto por falta de pago antes del vencimiento de la cambial y abre al portador el derecho de regreso por la simple declaración de quiebra del librado, aún no aceptante, precisamente, porque la confianza en el pago de la letra cuando el crédito del librado desaparece a causa de *insolvencia judicialmente declarada*. ¿Cómo no se va a autorizar el *ius variandi* en caso de quiebra del obligado demandado? No tiene sentido que se exija una previa excusión en los casos de quiebra—esa curiosa excusión de las sentencias de instancia, que se considera hecha, por ejemplo, cuando se llega a un convenio—cuando aun en los casos en que la excusión es un beneficio del fiador, como lo es en el artículo 1.830 del Código civil («el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor») no tiene lugar en el caso de quiebra o concurso del deudor (artículo 1.831, 3.º), porque como afirma nuestra doctrina civilista, la declaración de estar el deudor en cualquiera de esas situaciones acredita por sí sola el estado de insolvencia (17).

Resulta, de otra parte, extraño que se exija una excusión posterior a la declaración de quiebra cuando muchas veces la excusión precede a la declaración de quiebra.

El inciso final del párrafo segundo del artículo 518 se refiere al supuesto especial de la cadena de quiebras de los coobligados. Naturalmente, aquí la norma es diversa, porque no hay posible variación a la busca de un deudor solvente y por ello se exceptúa este caso de la regla que prohíbe la acción conjunta y de la que admite únicamente la reclamación por la parte no obtenida anteriormente (v. artículo 516 y párrafo primero del 518) (18).

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

problema y una exposición de las doctrina en RAMÍREZ: *La quiebra*, I, Barcelona, 1959, págs. 587 y sigs.

(17) La afirmación es de CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, IV, 8.ª edición, Madrid, 1956, pág. 705.

(18) Sobre este punto, v. RUBIO: *La declaración de quiebra y los créditos pendientes*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, edición separata, Madrid, 1959, págs. 27 y sigs.

### 3. Crédito documentario revocable y compraventa subyacente

(Comentario a la Sentencia del T. S. de 21 de noviembre de 1958)

ANTECEDENTES: La sociedad demandante, domiciliada en León, vendió a la sociedad demandada, domiciliada en Barcelona, ciento veinticinco vagones de trigo, conviniéndose, en un momento posterior, que el precio se haría efectivo mediante una apertura de crédito documentario. Por orden del comprador (sociedad demandada) el Banco de Santander, sucursal de León, comunicó a la demandante que había abierto a su favor un crédito documentario revocable por la suma de 1.475.000 pesetas, contra entrega de boletos negociables definitivos o, en su defecto, certificaciones del Servicio Nacional del Trigo endosadas a favor de la demandada; el Banco advirtió al beneficiario del crédito (sociedad demandante) que estaban permitidas las disposiciones parciales. Las operaciones concertadas se desarrollaron normalmente hasta la suma de 1.056.304.50 pesetas. Hallándose pendiente de disposición el resto del crédito documentario, el Banco comunicó a la sociedad demandante (beneficiario) que siguiendo las indicaciones del ordenador (sociedad demandada) había procedido a la cancelación del crédito documentario respecto de la parte no dispuesta. Revocado el crédito, la demandante exigió a la demandada el cumplimiento del contrato; ésta se negó a recibir el trigo pendiente de entrega y a abonar el precio fijado.

La demandante pidió al Juzgado que por haber incumplido la demandada sus obligaciones como compradora, se declarasen resueltos los contratos de compraventa celebrados y se condenase a la sociedad demandada a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de los contratos pendientes. La demandada alegó en la contestación que la revocación del crédito documentario entrañaba automáticamente la resolución de la compraventa en punto a las entregas pendientes, por lo cual no cabía hablar de incumplimiento del contrato sino de ejercicio de una facultad resolutoria libremente pactada. Tanto el Juzgado como la Audiencia aceptaron la tesis de la demandada y la absolvieron. La demandante interpuso recurso de casación basándose en que la eventual revocación del crédito documentario no implica el ejercicio de una hipotética facultad resolutoria de la compraventa por parte del comprador. El recurso fué desestimado por el Tribunal Supremo fundándose, entre otros, en los siguientes:

CONSIDERANDO: ...que para el pago de las entregas parciales contra documentos la sociedad traída al procedimiento abrió un crédito documentario con el carácter de revocable en el Banco de Santander, en León, forma de pago y apertura de crédito que, aun sin haberse convenido previamente, fué

aceptada por los contratantes, reconociendo así la vendedora la posibilidad por parte del comprador de revocar el crédito con la natural consecuencia de dar por terminada la operación cuando lo estimara conveniente; deduciéndose en consecuencia de tales hechos que la modalidad de pago establecida y admitida por la entidad mercantil vendedora, se hallaba en este caso específico tan ligada al contrato principal por la falta de plazo señalado para su cumplimiento y ser éste de tracto sucesivo sin fijación tampoco de límite o fecha para las entregas parciales, que la subsistencia del contrato quedó supeditada a la del crédito documentario, quedando así sometida a la voluntad de una de las partes la ejecución y duración del contrato y si la constituyente del crédito hizo uso de manera unilateral de la facultad revocatoria que como ley del contrato se le reconoció, imposibilitó en la manera pactada la firmeza o cumplimiento del convenio para el que aquél fué establecido, por lo que al entenderlo así la Sala de instancia interpretó correctamente la relación contractual...

CONSIDERANDO: Que ante la acertada interpretación dada por el Tribunal *a quo* a las relaciones contractuales habidas entre los litigantes, no pueden prevalecer los motivos tercero y cuarto del recurso... fundado el primero en los conceptos dispares de interpretación errónea y aplicación indebida del artículo mil doscientos ochenta y dos del Código civil y de los usos del comercio que se concretan en la práctica y regulación de los llamados créditos documentarios...

#### COMENTARIO

El crédito documentario, institución joven, nacida en los círculos comerciales y bancarios y alimentada por sus usos, traspasa pocas veces el umbral de los tribunales. En esta ocasión lo ha traspasado a fin de que éstos decidan sobre el influjo de la revocación del crédito documentario en la compraventa subyacente. A este problema se dedica la última parte (III y IV) del comentario. Por ser sumamente singular el supuesto contemplado por la sentencia, analizaremos con algún detalle (II) cuáles son los rasgos que en el presente caso caracterizan la apertura de crédito documentario. Como introducción al estudio de estos temas hemos creído conveniente exponer brevemente la función económica y estructura jurídica de la apertura de crédito documentario (I).

I. Las ventas entre plazas lejanas, singularmente aquellas que cristalizan en operaciones de exportación e importación, presentan de ordinario una doble característica: el largo tiempo que transcurre entre la conclusión del contrato y su total ejecución, y la circunstancia de que, con frecuencia, el comprador y el vendedor se desconocen mutuamente. La necesidad de que las mercancías sean transportadas desde el establecimiento del vendedor al del comprador plantea un problema de financiación de la compraventa: el vendedor deseará obtener el precio en el momento de entregar las mercancías al porteador; el comprador no querrá abonar el precio antes de recibir o, incluso, revender las mercancías. Ninguno de los dos estará dispuesto a

soportar la carga financiera de la operación en el tiempo requerido para el transporte de las mercancías. A ello contribuyen no sólo evidentes motivos de economía comercial, sino la apuntada circunstancia de desconocerse recíprocamente el comprador y el vendedor. Al desprenderse de las mercancías el vendedor no tiene la seguridad de que éstas van a ser recogidas y pagadas por un comprador desconocido, el cual puede negarse, a causa de una baja de precios o de haberse aprovisionado en mejores condiciones, a liquidar la operación; este riesgo no es ciertamente eliminado por la posibilidad de un juicio en una plaza lejana o en un país extranjero. De otra parte, el comprador que paga las mercancías antes de recibirlas y comprobar su estado, no tiene la certeza de que el vendedor (cuya honestidad y solvencia profesionales ignora) remitirá efectivamente las mercancías pactadas en estado apto para su reventa. El mecanismo de la compraventa a crédito es, por tanto, difícilmente practicable en las ventas entre plazas lejanas: ninguno de los contratantes se sentirá inclinado, por lo general, a realizar anticipadamente su prestación. De ahí la necesidad de arbitrar un procedimiento que eludiendo los inconvenientes señalados haga posible una venta internacional en la que comprador y vendedor ejecuten simultáneamente sus correspondientes prestaciones: pago del precio y remisión de las mercaderías. Desde el siglo XIX los círculos comerciales y bancarios de Europa y América han venido esforzándose por encontrar este procedimiento. Y tras un largo camino, en cuyas etapas no podemos detenernos (1), se ha llegado a establecer la forma de pago que se conoce con el nombre de apertura de crédito documentario.

Cuando en un contrato de compraventa se estipula que el pago ha de realizarse mediante apertura de crédito documentario en un determinado Banco, el comprador deberá dirigirse a este Banco a fin de que abra en favor del vendedor un crédito documentario por el importe de las mercancías vendidas. Además de mencionar el importe, el comprador (ordenador del crédito) deberá indicar al Banco qué tipo de crédito solicita (2), y qué

---

(1) Para el estudio de los diversos procedimientos de la mediación bancaria en el pago de las operaciones de exportación e importación *vid.* GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, Madrid 1958, págs. 578 y sigs., LORUSSO, *Tecnica del Commercio Internazionale*, tomo I, 3.<sup>a</sup> edición, Milán 1959, págs. 31 y sigs. y STOUFFLET, *Le Crédit Documentaire*, París 1957, págs. 10 y sigs.; para el examen de esta cuestión en el Derecho inglés *cfr.* DAVIS, *The Law relating to Commercial Letters of Credit*, 2.<sup>a</sup> edición, Londres 1956, págs. 13 y sigs. Los diversos procedimientos de la mediación bancaria en las ventas internacionales no suponen, sin embargo, otras tantas etapas que se sucedan cronológicamente. Junto a la forma más avanzada (crédito documentario) coexisten las más antiguas e imperfectas que, aunque en medida decreciente, continúan practicándose en el comercio internacional. Las primitivas modalidades de la mediación bancaria en el pago de las ventas internacionales son, en síntesis, las siguientes: intervención de los Bancos como simples mediadores, en su doble versión de: pago contra documentos y aceptación contra documentos; contribución de los Bancos a la financiación de la venta, sea mediante la fórmula del descuento documentario, sea a través del denominado pago por aceptación bancaria. Ninguna de estas modalidades satisface cumplidamente los deseos de seguridad de comprador y vendedor. Sólo la apertura de crédito documentario proporciona la seguridad requerida.

(2) El ordenador deberá manifestar si el crédito documentario ha de ser revocable o irrevocable, confirmado o no confirmado, transferible, divisible,

documentos deberá presentar el vendedor para percibir el crédito. Supuesto que el crédito documentario acompaña, de ordinario, a una venta CIF, estos documentos serán, por regla general, el conocimiento de embarque, la póliza de seguro y la factura (3). Si el Banco, después de considerar los riesgos de la operación, accede a la petición del ordenante, comunicará al vendedor (beneficiario) la apertura de crédito documentario mediante el envío de la carta de crédito (*letter of credit, lettre de crédit*); en la carta de crédito se señalarán los documentos que han de presentarse y demás condiciones que han de ser cumplidas por el beneficiario con el fin de hacer efectivo el crédito. Una vez que el beneficiario haya cumplido las obligaciones que como vendedor le incumben, presentará al Banco los documentos requeridos; examinados y aprobados éstos por el Banco, el beneficiario hará efectivo el crédito. El Banco remitirá los documentos al ordenador, quien al recibirlos satisfará al Banco el importe del crédito y demás gastos que se hubiesen ocasionado (4). La apertura de crédito documentario supera las dificultades que casi siempre se presentan, según hemos visto, en la ejecución de las ventas internacionales. Al recibir la carta de crédito el vendedor obtiene la seguridad de que si cumple sus obligaciones le será abonado el precio de la compraventa: el precio le será adeudado no sólo por un comprador desconocido y lejano, sino también por un establecimiento solvente como es el Banco acreditante. El comprador tiene asimismo la certeza de que el Banco abonará el precio de la compraventa únicamente cuando el vendedor haya presentado los documentos relativos a las mercancías objeto de la compraventa (5). El problema de la financiación de las ventas entre plazas lejanas

etcétera; también ha de indicar el modo en que el Banco ha de hacer efectivo el crédito: mediante pago en metálico, aceptando la letra librada por el vendedor, o descontando la letra girada sobre el ordenador. Para una clara y detallada exposición de estas diferentes modalidades véase GARRIGUES, *Contratos Bancarios* cit. págs. 585 y sigs.

(3) Para un estudio de estos documentos cfr. MENÉNDEZ, *La venta CIF*, Madrid 1955, págs. 153 y sigs. El documento de transporte puede consistir en una carta de porte o en un documento similar. Los documentos señalados son los que de ordinario se exigen en la apertura de crédito documentario. Pero pueden agregarse otros: certificaciones de origen, certificados de peritaje o análisis, etc. Es completamente imposible hacer una enumeración exhaustiva; la realidad ofrecerá siempre hipótesis nuevas. El caso resuelto por la sentencia comentada es, como hemos de ver (II), bastante original.

(4) A menos que el Banco haya exigido de antemano al ordenante el depósito del importe y posibles gastos. En efecto, la apertura de crédito documentario no supone necesariamente concesión de crédito por parte del Banco. Normalmente ocurrirá así (apertura de crédito impropia), pero es también posible que el Banco imponga al ordenante el previo abono del importe y gastos del crédito documentario; cfr. GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, págs. 599-600. Como señala WIELE, (*Das Dokumenten-Akkreditiv und der anglo-amerikanische Documentary Letter of Credit*, 2.<sup>a</sup> edición, Hamburgo 1957, pág. 19) el crédito documentario nada tiene que ver conceptualmente con el crédito: la concesión de crédito es un problema interno a debatir entre el Banco y el comprador (ordenante).

(5) Un riesgo subsiste, sin embargo, para el comprador: el de la calidad de las mercancías. Para atajar este peligro, el comprador puede indicar al Banco que en la carta de crédito exija al vendedor la presentación de un certificado de calidad. Aún en este supuesto podría ocurrir que la persona u organismo llamado a expedir el certificado faltase a su deber de veracidad. Pero

encuentra también, en la mayoría de los casos, adecuada solución en la apertura de crédito documentario. Merced a la intervención del Banco el vendedor obtiene el importe de las mercancías en el momento de desprenderse de los documentos representativos, y el comprador no se ve obligado a satisfacer el precio hasta que las mercaderías lleguen a su poder (6).

La apertura de crédito documentario se traduce en una compleja relación jurídica que se desarrolla entre tres personas: el Banco acreditante, el ordenador del crédito (comprador) y el beneficiario (vendedor) (7). En torno a la naturaleza jurídica de esta relación se han elaborado muy variadas teorías tanto en el Derecho continental (8), como en el Derecho anglosajón (9). La doctrina más autorizada entiende que estructuralmente la apertura de crédito documentario irrevocable supone una delegación acumulativa o imperfecta de deuda (10): el Banco asume frente al beneficiario la deuda del ordenador, quien no por ello se ve liberado de su obligación de pagar el precio al vendedor. La delegación acumulativa de deuda por parte del Banco se apoya en una previa relación de cobertura o provisión (entre el Banco y el ordenador: apertura de crédito, cuenta corriente, depósito) y en una relación de valor o valuta (entre el ordenador y el beneficiario: contrato de compraventa provisto de una cláusula especial que establezca el pago mediante apertura de crédito documentario). La delegación acumulativa de deuda es independiente de la relación de provisión y de la relación de valuta (11).

este riesgo, también posible en orden a los restantes documentos, es inevitable en toda transacción. Como dice DAVIS (*The Law* cit. pág. 10), *an entire absence of risk would mean an absence of business*.

(6) No obstante, la financiación de la compraventa respecto de la persona del comprador no siempre es realizada por la apertura de crédito documentario. Según hemos visto (nota 4), el Banco puede o bien conceder crédito en sentido técnico al comprador, o bien exigir de éste el previo abono del importe del crédito documentario. Por el contrario, la financiación de la compraventa en orden a la persona del vendedor es satisfecha en todo caso por la intervención del Banco. La apertura de crédito documentario puede servir incluso para financiar la previa adquisición de las mercancías revendidas por el vendedor. Así ocurre tanto en las hipótesis de transferencia del crédito documentario y apertura de crédito subsidiario, como en los supuestos de *packing credits* (en su doble modalidad de *red ink clause* y *green clause*).

(7) A estos tres elementos personales característicos de toda apertura de crédito documentario se suma en la hipótesis de crédito documentario confirmado un cuarto elemento: el Banco confirmante que al compromiso del Banco acreditante agrega su compromiso firme de satisfacer el importe del crédito al beneficiario. Para el significado de esta modalidad vid. infra III.

(8) Una completa revisión crítica de las teorías formuladas (representación, mandato de crédito, cesión del crédito, contrato a favor de tercero, etc.) se encuentra en el Comentario de POLO a la sentencia de 5 de enero de 1942, R. D. P., 1942, págs. 592 y sigs.

(9) GUTTERIDGE-MEGRAH estudian con detalle en su obra *The Law of Bankers' Commercial Credits* (Londres 1955, págs. 16 y sigs.) las diversas teorías mantenidas en el Derecho inglés: *the offer and acceptance theory, the guarantee theory, assignment and novation theories*. Lo mismo hace en relación con el Derecho norteamericano WIELE en su libro *Das Dokumenten-Akkreditiv*, cit. págs. 98 y sigs.

(10) Vid por todos GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, págs. 601 y sigs.

(11) La autonomía del crédito documentario frente a la relación de valor se expresa enérgicamente en el artículo 1 de las *Reglas de Lisboa a cuyo tenor*: "Un crédito documentario constituye, por su naturaleza, una operación indepen-

La enorme difusión que pronto alcanzó la apertura de crédito documentario en la práctica del comercio internacional, hizo patente la necesidad de establecer normas uniformes para esta modalidad de la intervención bancaria en las ventas entre plazas lejanas. La unificación se consiguió primeramente en el ámbito nacional (12), y más tarde en el orden internacional. La Cámara de Comercio Internacional fué la encargada de lograr la unificación de las reglas relativas a la apertura de crédito documentario. Fruto de las tareas de la Cámara de Comercio Internacional son las *Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios*, elaborados en la reunión de Viena de 1933 y revisados en la sesión de Lisboa de 1951. Las *Reglas y Usos Uniformes* han sido adoptados por las Asociaciones Bancarias de la mayoría de las naciones (13). ¿Qué valor hemos de otorgar a las *Reglas y Usos Uniformes*? Con frecuencia sus preceptos son expresamente incorporados a los formularios bancarios de apertura de crédito documentario; en este supuesto las *Reglas de Lisboa* se transforman en normas contractuales. En otras ocasiones los formularios invocan las *Reglas de Lisboa* sin reproducir sus preceptos o guardan silencio sobre la observancia de las *Reglas y Usos Uniformes*: en ambos casos las *Reglas de Lisboa* habrán de ser aplicadas supletoriamente como usos mercantiles. Así lo entiende la doctrina que estimamos más fundada (14) y éste parece ser también el criterio de la sentencia comentada que en el segundo de los considerandos reproducidos habla de «la aplicación indebida... de los usos de comercio que se concretan en la práctica y regulación de los llamados créditos documentarios».

II. La apertura de crédito documentario cuya función económica y estructura jurídica hemos expuesto sucintamente, ofrece en la realidad de la vida mercantil formas y modalidades muy variadas. Veamos cuáles son los rasgos que dentro de la rica tipología del crédito documentario caracterizan el supuesto contemplado y resuelto por la sentencia.

En la presente hipótesis la apertura de crédito documentario no se inserta en una operación de exportación e importación, sino en una compraventa entre plazas lejanas pero situadas dentro del territorio nacional (León y Barcelona). Esto es ciertamente excepcional pero no anómalo. La apertura de crédito documentario ha surgido para satisfacer las especiales necesidades sentidas en el comercio internacional y es en esta esfera donde todavía hoy encuentra el crédito documentario su principal campo de aplicación. Pero nada impide que se practique esta forma de pago en las operaciones del comercio interior cuando así convenga a los intereses del comprador y del vendedor.

---

cliente del contrato de venta en que pueda estar basado, y al que los Bancos permanecen completamente ajenos».

(12) En Alemania se elaboró el *Regulativ des Akkreditivgeschäfts der Berliner Stempelvereinigung* de 1 de enero de 1923; en Francia las «Cláusulas y modalidades aplicables a las aperturas de crédito documentario» de la *Union syndicale des Banquiers de Paris* de 1924.

(13) Los únicos países bancariamente relevantes que no han aceptado la autoridad de las *Reglas de Lisboa* son el Reino Unido y demás países de la *Commonwealth* (a excepción del Pakistán).

(14) Vid. GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, págs. 642 y WIELE, *Das Dokumenten-akkreditiv und der anglo-amerikanische Documentary Letter of Credit*, cit. pág. 26.

La circunstancia de referirse la apertura de crédito documentario a una compraventa que no rebasa el ámbito nacional, no desdibuja el contenido jurídico-mercantil del crédito documentario. Podrá afectar al aspecto jurídico-público de la operación excluyendo la intervención de los organismos llamados a autorizar y controlar las exportaciones e importaciones; mas desde el punto de vista del Derecho mercantil bancario es indiferente que la apertura de crédito documentario se utilice como medio de pago de una venta nacional o internacional (15).

Otra peculiaridad del caso comentado es la relativa a la prestación documentaria impuesta al beneficiario en la carta de crédito. La apertura de crédito documentario presupone de ordinario una venta CIF cuya correcta ejecución asegura en beneficio común de vendedor y comprador. De ahí que en la hipótesis normal de apertura de crédito documentario el beneficiario venga obligado a presentar al Banco el documento referente al transporte de las mercancías, la póliza o certificado de seguro y la factura. Salvo instrucciones contrarias del ordenador del crédito, el Banco se considera autorizado para exigir y aceptar tan sólo estos documentos y no otros (16). Mas el ordenador del crédito puede indicar al Banco que además de estos tres documentos fundamentales exija al beneficiario otros documentos; o bien que en lugar de los tres documentos reseñados deban ser presentados por el beneficiario documentos diferentes. Esto último ha ocurrido justamente en el caso comentado. Según se desprende de los resultandos de la sentencia, el importe del crédito documentario abierto en favor de la sociedad demandante era pagadero «contra entrega de boletos negociables definitivos o, en su defecto, certificaciones del Servicio Nacional del Trigo, endosados convenientemente a favor de la sociedad demandada. La circunstancia de que no sean exigibles los tres documentos clásicos, sino únicamente los boletos o certi-

(15) Los derechos y obligaciones del ordenador del crédito, Banco acreditante y beneficiario serán iguales en uno y otro supuesto; en ambos serán de ordinario aplicables, como norma contractual o en concepto de usos mercantiles, las *Reglas de Lisboa*. El carácter nacional o internacional de la operación será, en cambio, relevante a efectos de Derecho Internacional Privado.

(16) Así lo reconoce expresamente en el artículo 15 de las *Reglas de Lisboa*, a cuyo tenor: "Los Bancos se consideran autorizados, salvo instrucciones diferentes, a aceptar la entrega de los documentos que ellos juzguen necesarios, en forma apropiada, o sea:

a) En el tráfico marítimo:  
—Juego completo de conocimientos marítimos en forma negociable y transmisible;

—Póliza o certificado de seguro transmisible;  
—Factura.

b) En el caso de expedición por vía interior:  
—Juego completo de conocimientos fluviales en forma negociable y transmisible, o

—Resguardo fluvial, o

—Resguardo de ferrocarril, o

—Duplicado de carta de porte, o

—Carta de porte ferroviaria en forma negociable y transmisible.

—Póliza o certificado de seguro transmisible;

—Factura..."

En los dos apartados siguientes se determinan con igual criterio los documentos exigibles en los supuestos de tráfico postal y tráfico aéreo.

ficaciones del Servicio Nacional del Trigo, hace ciertamente que nuestro caso sea peculiarísimo, pero no elimina el carácter documentario del crédito abierto en favor de la sociedad demandante. Para que así ocurriera y el crédito hubiera de calificarse como crédito simple (*open or clean letter of credit*) (17), sería preciso que a la percepción del importe del crédito por el beneficiario no acompañase ninguna entrega de documentos al Banco.

El Banco advirtió en la carta de crédito al beneficiario que estaban permitidas las disposiciones parciales del crédito abierto a su favor. Quiere esto decir que por indicación expresa del Banco el crédito documentario era *divisible*. A medida que el beneficiario fuese presentando los documentos relativos a expediciones parciales de las mercancías vendidas, el Banco abonaría las fracciones del crédito documentario correspondientes a estas entregas parciales (18). La divisibilidad es la característica normal del crédito documentario. Así se desprende del artículo 36 de las *Reglas y Usos Uniformes* a cuyo tenor: «Salvo instrucciones en contrario, los Bancos tendrán la facultad de pagar, aceptar o negociar contra expediciones parciales, aun en el caso en que el crédito señalare el nombre del buque, cuando se hubiere efectuado el embarque parcial por dicho buque» (19). Dado que salvo instrucciones contrarias del ordenador el crédito se reputa divisible, podría, tal vez, pa-

---

(17) Creemos que la expresión "crédito simple" propugnada por el Profesor GARRIGUES (*Contratos Bancarios cit.* pág. 592) es la que mejor traduce los términos ingleses *clean or open letter of credit*. Esta modalidad se caracteriza porque la prestación del Banco no está subordinada a la presentación de documento alguno por parte del beneficiario. Como consecuencia, el crédito simple se utiliza tan sólo cuando falta una de las razones que motivan la apertura de crédito documentario: mutuo desconocimiento de comprador y vendedor. Pero el *clean credit* puede cumplir la misión de financiar la venta entre plazas lejanas si el Banco adelanta por cuenta del comprador el importe del precio. El hecho de que el Banco no reciba ningún documento y no disponga, por tanto, de ninguna garantía, es causa de que este tipo de crédito se conceda únicamente cuando el ordenador sea un establecimiento de elevado *standing* financiero. Cfr. DAVIS, *The Law cit.* pág. 24.

(18) Normalmente la divisibilidad del crédito documentario se traduce en la posibilidad de efectuar expediciones parciales de las mercancías y de hacer efectivo escalonadamente el crédito a medida que se presenten los documentos correspondientes a las expediciones realizadas. Mas cuando el crédito documentario se considera transferible y divisible, este segundo término adquiere un significado distinto al inicialmente señalado. En esta segunda hipótesis la divisibilidad se refiere no a la posibilidad de expediciones parciales sino a la posibilidad de sucesivas transferencias parciales del crédito documentario en favor de diversas personas. Como indican gráficamente GUTTERIDGE-MEGRATH (*The Law of Banker's Commercial Credits cit.* pág. 11) la divisibilidad permite aquí *the splitting of the credits in favour of more than one beneficiary*.

(19) Esta disposición ha sido inerteemente criticada por G. MARAIS (*Du crédit confirmé en matière documentaire*, 2. edición París 1953, pág. 109), STOUFFLET (*Le crédit documentaire cit.* pág. 315) y VIDAL SOLA (*Crédito documentario irrevocable*, Barcelona 1958, pág. 174), quienes señalan que el artículo 36 de las *Reglas de Lisboa* es contrario a los principios generales del crédito documentario y puede poner en peligro los intereses del comprador, ordenador del crédito. Estas críticas exageran los peligros que el artículo 36 suponen para el comprador. Por haberse transformado esta disposición en una condición general de la mayoría de los formularios de apertura de crédito documentario, el ordenador tendrá conocimiento de la misma y podrá excluirla solicitando un crédito documentario indivisible o indicando que no deberán admitirse expediciones par-

recer inútil el destacar expresamente la divisibilidad del crédito documentario indicando en la carta de crédito que están permitidas las disposiciones parciales. Esta mención no es, sin embargo, irrelevante. Cuando nada se dice a este respecto en la carta de crédito, el Banco puede discrecionalmente admitir expediciones parciales o rechazarlas, y efectuar pagos fraccionados del crédito documentario o denegarlos. Si el ordenador quiere excluir el libre arbitrio del Banco sobre este punto, deberá exigir en la solicitud de apertura de crédito documentario que se mencione expresamente el carácter divisible del crédito (20).

Debe destacarse, finalmente, que el crédito documentario abierto en favor de la sociedad demandante era revocable. Por ser muy discutido el concepto de crédito documentario revocable y por fundarse la tesis de la sentencia en un pretendido influjo especial del crédito revocable sobre la compraventa subyacente, analizaremos independientemente en el siguiente apartado el concepto y características del crédito documentario revocable.

III. Según cuáles sean los términos en que está concebido el compromiso asumido por el Banco frente al beneficiario, el crédito documentario se califica como «revocable», «irrevocable», «confirmado» y «no confirmado». Durante algún tiempo se pensó que bajo esta cuádruple terminología se englobaban tan sólo dos modalidades diferentes del crédito documentario: por una parte, el crédito irrevocable o confirmado en el que el Banco asume una previa obligación de pago, respecto del beneficiario; por otra parte, el crédito revocable o no confirmado en el que el Banco no contrae frente al beneficiario un compromiso firme, reservándose la facultad de dejar sin efecto el crédito en cualquier momento. Aunque no faltan restos de esta antigua concepción en los formularios de la Banca y en la doctrina (21), hoy puede considerarse abandonada la equiparación del crédito documentario irrevocable y el confirmado, así como la identificación del crédito revocable con el no confirmado. En la actualidad se reconoce la completa independencia de estas cuatro modalidades, contraponiéndose el crédito documentario irrevocable al revocable, y el crédito documentario confirmado al no confirmado.

ciales. Por otra parte, estas críticas están en desacuerdo, como señala GARRIGUES (*Contratos Bancarios cit.*, pág. 591 nota 13), con la práctica generalmente seguida.

(20) De igual modo habrá de proceder el ordenador cuando quiera eliminar en todo caso la posibilidad de expediciones parciales y pagos fraccionados del crédito documentario. Sólo cuando en la carta de crédito se indique la admisibilidad o inadmisibilidad de las expediciones parciales, se verá el Banco privado de la facultad de decisión que, según el artículo 36 de las *Reglas de Lisboa*, le corresponde. Vid. ZAHN, *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, Berlín 1958, pág. 27.

(21) Sin embargo la confusión persiste en algunos sectores bancarios y en parte de la doctrina. Así, como denuncia el Profesor GARRIGUES (*Contratos Bancarios*, pág. 587, nota 9), en algunos formularios de la Banca española se equiparan los términos "crédito confirmado" y "crédito irrevocable". Parte de la doctrina italiana sigue inexplicablemente confundiendo el crédito confirmado con el irrevocable (por ejemplo, FIORENTINO, *Le Operazioni Bancarie*, Nápoles 1952, págs. 253 y sigs. y POLCO, *Il sistema del Diritto delle Banche*, Milán 1959, págs. 433-434). La práctica bancaria inglesa, en contra de lo que opina STOFFLER (*Le crédit documentaire cit.*, pág. 35), distingue hoy inequívocamente el crédito irrevocable y el crédito confirmado; vid. DAVIS, *The Law relating to Commercial Letters of Credit cit.*, pág. 30.

Fundándose en que intervenía tan sólo un Banco en la apertura de crédito documentario, la doctrina asociaba, en un primer momento, la distinción entre crédito irrevocable y revocable a la relación jurídica establecida entre el Banco y el ordenador, y hacía depender la contraposición entre crédito confirmado y no confirmado de la relación Banco-beneficiario. El crédito se consideraba irrevocable cuando el ordenador no podía revocar el mandato hecho al Banco, y revocable cuando podía dejar, sin efecto el encargo conferido; el crédito confirmado suponía que el Banco contraía un compromiso firme frente al beneficiario mientras que en el crédito no confirmado el Banco no quedaba vinculado (22). Pero este criterio distintivo se basaba en una reducida visión del crédito documentario (intervención de un sólo Banco), y se vio pronto desbordado por la realidad de los formularios y condiciones generales de los Bancos. Para la práctica bancaria la distinción entre las cuatro modalidades citadas del crédito documentario descansa en la circunstancia de que en la operación intervengan uno o dos Bancos. Cuando en la apertura de crédito documentario aparece tan sólo un Banco, habrá que precisar si el crédito es irrevocable o revocable. Si en el crédito documentario participan dos Bancos, será además necesario determinar si el crédito es confirmado o no confirmado. Estas modalidades del crédito documentario son claramente definidas en las *Reglas y Usos Uniformes* de Lisboa. Según el artículo 4 de estas *Reglas* «el crédito revocable no constituye un vínculo jurídico entre el Banco y el beneficiario. Por tanto, podrá en todo momento ser modificado o revocado sin que sea avisado el beneficiario». El artículo 5 § 1 destaca que «el crédito irrevocable implica un compromiso en firme del Banco emisor, así como la obligación de dicho Banco, frente al beneficiario o, eventualmente, frente al beneficiario y a los tenedores de buena fe de los giros emitidos, de cumplir las cláusulas de pago, de aceptación o de negociación previstas al abrirse el crédito, a condición de que los documentos o, eventualmente, los documentos y los giros presentados, estén de acuerdo con las cláusulas y condiciones del crédito». El artículo 5 párrafo 2 fija el concepto del crédito confirmado: «Cuando un Banco emisor encarga a otro Banco de confirmar su crédito irrevocable y este otro Banco procede en consecuencia, la confirmación implica un compromiso en firme por parte del Banco que confirmó a partir de la fecha en que dió su confirmación». Al crédito no confirmado se refiere el artículo 6 cuando dice que «el crédito irrevocable puede ser notificado al beneficiario por medio de otro Banco sin compromiso para este último (23).

De la definición del artículo 4 de las *Reglas* de Lisboa se desprende que en el crédito documentario revocable el beneficiario no tiene la certeza de que el Banco hará efectivo el crédito documentario. Falta, pues, una de las

(22) Esta era la opinión de la antigua doctrina alemana: vid. por todos REICHARDT, *Das Akkreditiv*, "Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht" tomo 88, pág. 4.

(23) La doctrina dominante señala, de acuerdo con las transcritas definiciones de las *Reglas de Lisboa*, el significado de estas modalidades del crédito documentario. Vid. GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, pág. 580; STOFFLER, *Le Crédit Documentaire*, págs. 33 y sigs.; ZAHN, *Zahlung und Zahlungssicherung* cit. págs. 20 y sigs.; WIELE, *Das Dokumenten-Akkreditiv*, págs. 27 y sigs.

razones determinantes de la moderna forma de pago genéricamente conocida con el nombre de apertura de crédito documentario (24). Esta circunstancia explica que la doctrina haya dudado de la utilidad o conveniencia del crédito documentario revocable (25), de su inclusión dentro de la apertura de crédito documentario y aun de su propia denominación (26). En el crédito revocable el beneficiario no goza, en efecto, de una firme posición jurídica: el Banco puede, por propia iniciativa o acatando las instrucciones del ordenador, negarse en todo momento a hacer efectivo el crédito documentario. Hasta el momento en que el beneficiario percibe el importe del crédito, descuenta la letra u obtiene la aceptación del Banco, no se establece propiamente ninguna relación jurídica entre el Banco y el beneficiario (27). El envío de la carta de crédito tiene un valor puramente informativo en el supuesto de apertura de crédito documentario revocable (28); el Banco no contrae obligación alguna frente al beneficiario, ni siquiera la de comunicarle su propósito de dejar sin efecto el crédito documentario revocable.

IV. El beneficiario de un crédito documentario revocable se encuentra, por tanto, en una incierta situación en punto a la percepción del precio de la compraventa; es posible que el precio le sea abonado por el Banco: puede ocurrir que ante la negativa del Banco se vea obligado a dirigirse al comprador con el fin de percibir el precio. Pero la sentencia comentada pretende hacer todavía más insegura la posición del beneficiario de un crédito documentario

(24) Como señala DAVIS (*The Law relating to Commercial Letters of Credit*, pág. 36) la razón de ser de la carta de crédito estriba en que *a certainly is substituted for a chance*.

(25) En el caso *Cape Abestos Co. Ltd. v. Lloyds Bank* el Juez BAILHACHE declaró rotundamente que, en su opinión, los créditos revocables eran totalmente inútiles, y que si él fuese un vendedor nunca aceptaría tal tipo de crédito (cita de DAVIS, pág. 35). Por su parte, indica ZAHN (*Zahlung und Zahlungssicherung*, pág. 37) que el crédito documentario revocable presenta frente al procedimiento de pago contra documentos, ventajas tan sólo en el caso de que se haya encargado del pago y recogida de documentos un segundo Banco. Al ser aceptados los documentos por el segundo Banco decae la facultad de revocar el crédito, mientras que en el supuesto de *documents against payment* la posición del vendedor no es segura hasta el momento en que el comprador acepta los documentos.

(26) Refiriéndose al Derecho norteamericano dice WIELLE (*Das Dokumenten-Akkreditiv* cit. págs. 91-92) que la *revocable letter of credit* no encaja realmente dentro de los créditos documentarios, y que por esta causa se ha propuesto sustituir su denominación por la de *authority to pay*. Pero al cambio de nombre se ha objetado que los comerciantes tienen hoy plena conciencia de lo que significa un crédito documentario revocable, y que una nueva denominación obligaría a educar de nuevo a los comerciantes.

(27) STOFFLET (*Le Crédit Documentaire*, pág. 294) manifiesta que en la actualidad el banquero que abre un crédito documentario revocable, no tiene la intención de conceder un derecho al beneficiario. WIELLE (*Ob. cit.* pág. 34) indica que en el crédito documentario revocable no se producen, en un principio, relaciones jurídicas entre el Banco y el beneficiario. Por estas razones la naturaleza jurídica de la apertura de crédito documentario revocable no es igual a la del crédito documentario irrevocable. Como señala GARRIGUES (*Contratos Bancarios*, pág. 602, nota 30), "cuando el crédito tiene carácter revocable la delegación es simplemente una *delegatio solvendi*, supuesto que el Banco no contrae ninguna obligación frente al acreedor".

(28) Cfr. LORUSSO, *Tecnica del Commercio Internazionale*, cit. I, pág. 194.

revocable. En opinión del Tribunal Supremo el crédito documentario revocable afecta también en el presente caso a la subsistencia del propio contrato de compraventa. La revocación no se limita a dejar sin efecto el crédito documentario, sino que va más allá: penetra en el contrato subyacente para hacerlo ineficaz.

Entendemos que la tesis de la sentencia no es irreprochable. De la circunstancia de haber concertado como modo de pago una apertura de crédito documentario revocable no cabe deducir que el comprador (ordenador del crédito) se ha reservado la facultad de resolver el contrato; tampoco puede atribuirse a la revocación del crédito documentario el efecto de resolver el contrato subyacente. A ello se oponen varias razones que expondremos a continuación.

De manera unánime se señala la independencia del crédito documentario y el contrato de compraventa, y así lo reconoce inequívocamente el artículo 1 de las *Reglas* de Lisboa cuyo texto hemos reproducido antes (nota 11). Podría, sin embargo, pensarse que esta norma proclama únicamente la independencia del crédito documentario respecto de la compraventa, pero no la autonomía de la compraventa en relación con el crédito documentario. Mas si se admite que la promesa del Banco es ajena a las incidencias del contrato subyacente y que el crédito documentario continuará surtiendo sus peculiares efectos aunque la compraventa llegue a ser ineficaz, con mayor razón deberá aceptarse que el contrato de compraventa debe mantenerse alejado de las vicisitudes del crédito documentario. La realización del crédito documentario o su revocación afectarán únicamente a una de las obligaciones dimanantes de la compraventa (pago del precio): en el primer caso se habrá extinguido esta obligación; en el segundo desaparecerá el medio de pago especialmente establecido y el vendedor dispondrá tan sólo de la acción directa frente al comprador. Pero en ambos supuestos subsistirá el contrato de compraventa, fuente de variadas relaciones entre comprador y vendedor.

Si de la relación genérica entre compraventa subyacente y crédito documentario descendemos a las particularidades del crédito documentario revocable, comprobaremos también la inadmisibilidad de la tesis de la sentencia. La revocabilidad del crédito documentario no está ligada conceptualmente a la facultad del comprador de resolver la compraventa. La revocabilidad de la apertura de crédito documentario puede basarse en las instrucciones que desde un principio comunicó el ordenador al Banco, o representar una imposición del Banco al ordenador. A la solicitud de un crédito documentario irrevocable responderá el Banco, en muchas ocasiones, con una negativa (29), indicando, al propio tiempo, que estaría dispuesto a conceder

---

(29) Así sucederá cuando el comprador es un empresario de escaso *standing*. En tal caso, el Banco abrirá un crédito documentario irrevocable tan sólo cuando el ordenador abonase previamente el importe y gastos de la apertura de crédito; mas puede ocurrir que el abono previo sea una carga financiera que el ordenador no puede soportar. Por estas razones el Banco propondrá la concesión de un crédito documentario revocable, modalidad que permitirá al Banco, en todo momento, considerar, atendiendo a la situación financiera del ordenador, estado del mercado, etc., si conviene o no a sus intereses la realización del crédito.

un crédito documentario revocable a la persona designada por el comprador. Si el solicitante acepta la contrapropuesta del Banco, el carácter revocable del crédito documentario nada tendrá que ver con una hipotética voluntad de reservarse el comprador la facultad de resolver el contrato. Esta hipotética voluntad puede faltar incluso cuando la revocabilidad del crédito documentario ha sido indicada *ab initio* por el ordenador; tal indicación obedecerá con frecuencia al deseo de evitar los elevados gastos provocados por la apertura de crédito documentario irrevocable (30).

Mas aun cuando la revocabilidad del crédito documentario hubiese sido determinada por la voluntad de reservarse el comprador la facultad de resolver la compraventa, tampoco sería posible otorgar a la revocación del crédito documentario el efecto de producir la resolución del contrato de compraventa. Este es precisamente el criterio de la sentencia comentada, en la que se dice: «si la constituyente del crédito hizo uso de manera unilateral de la facultad revocatoria que como ley del contrato se reconoció, imposibilitó en la manera pactada la firmeza o cumplimiento del convenio para el que aquél fué establecido». En efecto, en el crédito documentario revocable debe distinguirse una relación interna entre el ordenador y el Banco, y una relación externa entre éste y el beneficiario. Si el ordenador desea que el crédito documentario sea revocado, deberá dirigirse con este fin al Banco; éste siguiendo las instrucciones del comprador, revocará el crédito concedido al beneficiario (31). Pero puede ocurrir que el Banco haga caso omiso de estas instrucciones y no revoque el crédito, o bien, que aun no mediando instrucciones del ordenador, el Banco decida revocar el crédito documentario (32). La revocación no presupone necesariamente una previa indicación del comprador. Además, y esto es lo realmente decisivo, la revocación del crédito documentario se produce en la relación externa (entre Banco y beneficiario), y corresponde siempre al Banco. El ordenador no está legitimado para revocar el crédito documentario mediante una declaración de voluntad directamente dirigida al beneficiario. La revocación del crédito se realiza, por tanto, en virtud de una declaración de voluntad del Banco (33). Para que esta declaración del Banco provoque la resolución del contrato de compra-

(30) A causa de la obligación asumida por el Banco, el crédito documentario irrevocable es más caro que el revocable. El Banco suele percibir una comisión especial al conceder un crédito irrevocable; cfr. ZAHN, *Zahlung und Zahlungssicherung* cit. pág. 36.

(31) Aunque algunos autores (por ejemplo GESSLER-HIFFERMEIL, *Kommentar zum HGB*, 2. edición 1950, III, § 343) desconocen la existencia de una relación interna y otra externa en el crédito documentario revocable, y opinan que el comprador está legitimado para revocar directamente el crédito, es indudable la existencia de estas dos relaciones en la apertura de crédito revocable. Afirma a este respecto ZAHN (*Zahlung und Zahlungssicherung*, pág. 57) que el comprador no está legitimado para intervenir en la relación externa entre el Banco y el beneficiario y que sólo al Banco corresponde revocar el crédito documentario.

(32) Según gran parte de la doctrina, el Banco puede revocar libremente el crédito documentario, aunque incurra en responsabilidad frente al ordenador cuando obre sin esperar o acatar sus instrucciones. Vid. entre otros, Forco, *Il Sistema del Diritto delle Banche* cit. pág. 434 y ZAHN, *Ob. cit.* pág. 57.

(33) Cfr. WIELE, *Das Dokumenten-Akkreditiv* cit. pág. 90 y ZAHN, loc. cit.

venta, sería preciso que el Banco actuase como representante del comprador. Sólo la circunstancia de que en la apertura de crédito documentario el Banco actuase como representante del comprador, haría posible que la declaración del Banco pudiese influir en la suerte de un contrato al que es completamente ajeno. Pero en la apertura de crédito documentario el Banco actúa en nombre propio, no en nombre del ordenador. Al analizar la naturaleza jurídica del crédito documentario la doctrina ha rechazado terminantemente la tesis que considera al Banco como representante del ordenador (34). Si la facultad de revocar el crédito corresponde al Banco y éste no actúa como representante del comprador, es evidente que la revocación del crédito, en contra de lo que afirma la sentencia, no puede producir la ineficacia del contrato de compraventa subyacente.

CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ

---

(34) La tesis de la representación no tiene presente, como ha señalado ASQUINI (*Pagamento mediante rimborso di Banca*, "R. D. C." 1922, I, pág. 223, nota 1), que el Banco asume el pago en nombre propio: si el Banco se obligase a pagar en nombre del comprador la operación no proporcionaría al vendedor las ventajas que éste busca (reforzar su crédito con la adición de un segundo deudor de mayor solvencia que el primero).

## II. SENTENCIAS

A cargo de Luis ALCAZAR, F. BUENO ARUS, Luis DIEZ-PICAZO, Carlos FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gabriel GARCÍA CANTERO, Justo GÓMEZ-YSABEL, Antonio del HOYO, Domingo IRURZUN, Antonio MORO, José M.<sup>a</sup> PEÑA, José PÉREZ RALUY, y José A. PRIETO, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general.

1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: EQUIDAD: ÉTICA CONTRACTUAL: [Véase S. 4 de julio de 1959; III-22.]

2. JERARQUÍA DE NORMAS: SUMINISTRO DE MADERA: ORDEN DE 3 DE JULIO DE 1948: *Es inexacto que al recurrente le estuviese prohibido desprenderse de la madera adquirida, por imperio de la mencionada disposición, la cual, por tanto, no supone fuerza mayor que impida el suministro de madera.*

COMPRAVENTA: PRECIO TASADO: NULIDAD: *Son inaplicables las Ordenes de 8 de enero de 1940 y 29 de septiembre de 1942 sobre precios máximos de vehículos automóviles usados, cuando hay un desconocimiento absoluto del precio o valor «inicial» de los mismos, módulo de previo conocimiento y de necesaria probanza por quien denuncia el abuso, para que pueda ser así tachada la enajenación.* [S. 24 de octubre de 1959; no ha lugar.]

3. INTERPRETACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS: ANALOGÍA: [Véase S. 4 de julio de 1959; III-2.]

4. NULIDAD POR INFRACCIÓN DE LEY: *La infracción del art. 4.º del C. c. requiere invocar la disposición legal que, al ser incumplida, dé origen a la nulidad del acto; el incumplimiento de la obligación de inscribir a los asalariados en el régimen de seguros sociales puede ser causa de sanciones laborales, pero no puede convertir al obrero en arrendatario.*

DOCTRINA LEGAL: *No basta una sola sentencia para constituir doctrina legal, útil en casación.*

ACTOS PROPIOS: *La infracción del principio «nadie puede volver sobre sus propios actos» exige que sean concluyentes e indubitados y no aparezcan enervados por la propia conducta de la otra parte.* [S. 24 de octubre de 1959; no ha lugar.]

La dificultad de este pleito radica en la apreciación de la prueba, dado lo contradictorio de los hechos aportados. La actora pretendía la condena a rendir cuentas y a la restitución de cierta suma por parte del encargado o

administrador de un molino; éste pretendía ser arrendatario, y en confirmación de ello presentó un recibo de renta. Las relaciones entre las partes databan de 1931, y en ocasiones la actora denominaba arrendatario al demandado y otras encargado o apoderado, mientras que éste último había actuado como tal apareciendo así en varios documentos oficiales. Declara el tercer Considerando que «ha de respetarse la soberanía de la Sala de instancia en apreciación de la prueba, cuando, como en este caso, no se impugna ésta por error evidente de hecho, y el de derecho no lo demuestran los preceptos alegados». Es de notar la apreciación del penúltimo Considerando que estima «significativo que tratándose de un arrendamiento que se dice iniciado en 1931, el supuesto arrendatario no haya podido presentar más que un solo recibo del pago de la renta», pero no se impugna su autenticidad.

5. ABUSO DEL DERECHO: [Véase S. 9 de junio de 1959; III-3.]

6. JUICIO DE DESAHUCIO DE LA L. E. C.: COMPETENCIA OBJETIVA: *Es competente el Juzgado de la 1.ª Instancia para conocer del desahucio de un solar destinado a actividades mercantiles o industriales.*

EL PRINCIPIO DE RESPETO A LOS ACTOS PROPIOS EN CASACION: *La doctrina de los actos propios, es materia de interpretación, sólo impugnabile por el cauce del núm. 1 del art. 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil.*

ACTOS PROPIOS: CONCEPTO: *Los actos propios, para que sean eficaces en derecho, precisan que se practiquen como expresión del consentimiento, con el propósito de crear, modificar o extinguir algún derecho.* [S. 3 de abril de 1959; no ha lugar.]

7. AUSENCIA: DEFENSA DEL DESAPARECIDO: FACULTADES DEL JUEZ: *El prudente arbitrio que el art. 181 del C. c. otorgan al juez, no puede extenderse hasta prescindir de toda clase de garantías en defensa de los intereses del ausente y todas las provincias judiciales y actos del defensor han de encaminarse a la conservación del patrimonio del ausente.*

AUSENCIA: REAPARICIÓN DEL AUSENTE: LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR ACTOS REALIZADOS EN SU AUSENCIA: *El ausente reaparecido puede ejercitar acciones de nulidad de los contratos celebrados en su representación o que afecten a sus bienes, si concurre causa bastante para ello.*

AUSENCIA: RESCISIÓN Y ANULACIÓN DE ACTOS REALIZADOS EN LA FASE DE DESAPARICIÓN: *Las normas sobre rescisión de contratos celebrados en representación del ausente, se refieren a contratos válidos y no afectan a los viciados de nulidad, respecto a los que es intrascendente la existencia de lesión en los términos exigidos para la rescisión.*

PROCESO SOBRE NULIDAD DE RESOLUCIONES DICTADAS EN EXPEDIENTES DERIVADOS DE SITUACIONES DE AUSENCIA: LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL: *Aunque el Ministerio Fiscal haya intervenido como representante o defensor en las ac-*

*tuaciones de jurisdicción voluntaria cuya nulidad se pretende, no hay términos hábiles para que dicho Ministerio intervenga en el proceso de nulidad, con una representación que cesó al reaparecer el ausente.*

**JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: VALOR DE SUS RESOLUCIONES: IMPUGNACIÓN:** *Cualesquiera que sean los efectos de las resoluciones de expedientes de jurisdicción voluntaria, dentro de los mismos, no hay obstáculo para que en juicio ordinario se planteen cuestiones que puedan afectar a dichas resoluciones, especialmente las de nulidad.*

**RECURSO DE CASACIÓN: SENTENCIAS SOBRE NULIDAD DE ACTUACIONES:** *Contra las sentencias dictadas en proceso incidental o autónomo sobre nulidad de actuaciones, no se da el recurso de casación por infracción de ley.*

**RECURSO DE CASACIÓN: ACTOS PROPIOS:** *No cabe impugnar en casación la cuantía señalada en la instancia por la parte impugnante, sin oposición de la adversa. [S. 31 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

**8. SIMULACIÓN:** *La simulación ha de incluirse en la categoría de inexistencia.*

**NULIDAD, ANULABILIDAD, INEXISTENCIA, RESCISIÓN:** *Todos estos son términos distintos y perfectamente diferenciados. [S. 9 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

**9. NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO: COMPRAVENTA POR PRECIO SUPERIOR AL DE TASA:** *No procede decretar la nulidad, cuando no ha podido acreditarse en el pleito que el precio pagado por el camión usado era superior al de tasa. [S. 18 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

**10. REPRESENTACIÓN: COMUNIDAD DIRIGIDA Y REPRESENTADA POR UN SINDICATO: LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS COPROPIETARIOS:** *Carecen de legitimación activa los copropietarios, por sí solos, pues no pueden reclamar para sí únicamente, ni tampoco en beneficio de la comunidad, como es norma general, en casos como el presente en que hay un sindicato que dirige y representa a la entidad y que ya tenía conferido legítimamente a otras personas el poder para formular reclamaciones.*

**EXPEDIENTE DE DOMINIO: PODER DEL SÍNDICO: EXTENSIÓN DE SU PODER: ACLARACIONES:** *Si el Sindicato, rector de la comunidad, acordó, en uso de sus facultades, instar el expediente, y expresa y nominalmente autoriza para presentarle en él al síndico que, en efecto, lo promovió, es indiscutible que también le facultó para las incidencias del mismo y las manifestaciones que hubiera de hacer en él.*

*Por ello, como el expediente debía comprender toda la finca y, en el escrito de iniciación de dicho expediente, se habían omitido las reservas contenidas en el apartado G de la cláusula decimoprimeras de la escritura de venta, era indispensable, si los solicitantes habían de proceder con la honra-*

dez debida, que suplieran esa omisión, y, dados los términos vagos e imprecisos de esa cláusula, era muy conveniente que se aclarasen, como así se hizo.

**EXTENSIÓN DEL PODER DEL SÍNDICO: RATIFICACIÓN POR PARTE DEL SINDICATO:** Dado que en sesión del Sindicato se acordó pagar los gastos del expediente, y, en otra sesión posterior, después de que varios interesados pidieron la anulación parcial del expediente, se aprobó la gestión del mismo y su inscripción registral, no hay la menor duda de que el Sindicato rector revalidó el encargo: que había dado al síndico para instar el expediente, y su gestión y manifestaciones en él [S. 23 de octubre de 1959; estimatoria en parte.]

11. **LA PRUEBA EN CASACIÓN:** Si se alega error de hecho en la apreciación de la prueba no se pueden citar como infringidos artículos sobre valoración de la prueba, pues, para ello habría que basar el recurso en error de derecho.

**DEFECTO FORMAL DEL RECURSO:** Hay que citar el concepto en que se estima cometida la infracción de los artículos que se invoquen, pues si no, el recurso es inadmisibile. [S. 30 de octubre de 1959; no ha lugar.]

12. **DOCUMENTOS PRIVADOS: RECONOCIMIENTO: VALOR PROBATORIO:** No constituye reconocimiento legal de los documentos privados a que se refiere el artículo 1.225 C. c., la simple afirmación de la autenticidad de los mismos hecha por simples escritos de las mismas casas que los expidieron. [S. 12 de marzo de 1959; no ha lugar.]

13. **REQUERIMIENTO NOTARIAL: SIGNIFICADO:** En el requerimiento, como acto unilateral del que lo interesa, se pueden comprender todas las expresiones que una parte desee hacer saber a otra, ya como una declaración de voluntad o simplemente como notificación. [S. 20 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

14. **PRUEBA: PRESUNCIONES:** La estimación de la prueba de presunciones incumbe, por su naturaleza, al Tribunal sentenciador, pudiendo únicamente prosperar los recursos de casación e injusticia notoria cuando se impugne la existencia y realidad del hecho base, o cuando la deducción no se sujete a las reglas indeterminadas del criterio humano. [S. 23 de septiembre de 1959; no ha lugar.]

15. **PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: ACCIÓN PARA RECLAMAR UN CRÉDITO FRUCTÍFERO: RECONOCIMIENTO:** La prescripción de una acción para exigir un crédito fructífero no puede empezar a contarse sino desde el último pago de intereses hecho por el deudor, pues hasta que se deja de abonar dicho interés contractual hay un reconocimiento indudable de parte del deudor de la obligación, por no ser lógico presumir que se paguen intereses sin una obligación preestablecida a que respondan.

**CASACIÓN: FALLO PERJUDICIAL PARA EL RECURRENTE:** La naturaleza del recurso de casación sólo permite que se dé sobre extremos del fallo que perjudi-

quán a la parte recurrente, y como lo acordado por la Sala «a quo» favorece a ésta al declarar mancomunada la obligación, el motivo es recusable.

CASACIÓN: ADHESIÓN DEL RECURRIDO EN LA VISTA: *La adhesión presentada a este motivo del recurso por el Letrado de la parte recurrida en el acto de la vista, ha de rechazarse porque tal unión o avencencia al recurso ajeno se halla fuera de toda norma legal en casación, en la que sólo es admisible el recurso cuando a su tiempo se preparó y a su tiempo se formalizó. [S. 10 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

## II. Derechos reales.

1. LEGISLACIÓN PROTECTORA DEL PATRIMONIO ARTÍSTICO NACIONAL: *El artículo 41 de la Ley de 13 de mayo de 1933 no contiene prohibición alguna, ni siquiera limitación al derecho de disponer, creando sólo una obligación de tipo administrativo, sin estatuir sanción para el incumplimiento, sin perjuicio de la posible acción administrativa para corregir la omisión y ejercitar el derecho de tanteo, cuando tenga conocimiento de la transmisión efectuada.*

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: PAGO HECHO POR UN TERCERO: IMPUESTO DE DERECHOS REALES SATISFECHO POR EL VENDEDOR: *Decretada la validez de la venta no ofrece duda de que el comprador estaba obligado a abonar el impuesto de referencia, por lo cual verificado su pago por el vendedor sin que conste la expresada voluntad en contra de aquél, debe reputarse hecho en su utilidad y viene obligado a resarcirlo conforme al artículo 1.158 del Código, civil. [S. 15 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Los tres requisitos que legitiman el ejercicio de la acción reivindicatoria son: título bastante, identificación inequívoca de la cosa reivindicada y posesión o detentación por el demandado.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA: TÍTULO UNIVERSAL: TESTAMENTO EN FAVOR DE HEREDERO ÚNICO: PARTICIÓN: *Aun siendo evidente que el título universal de herencia es insuficiente por sí solo para vindicar fincas determinadas, precisamente porque no basta para la atribución de bienes determinados, es muy otra la situación que en el caso se contempla, porque tal atribución, respecto de la madre, es obra de la partición, en la que le fué adjudicada específicamente una porción indivisa de la finca que pasó así a su dominio; y la institución a favor de la hija, única heredera, la erige sin más en titular «in toto» de todos los derechos pertenecientes a su madre y causante existentes en su patrimonio al tiempo de su óbito.*

FIDE PÚBLICA REGISTRAL: ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA: VICIO RESULTANTE DEL MISMO REGISTRO: *Cuando por error del Juzgado, en un procedimiento de apremio seguido contra el titular de la mitad indivisa de una finca, se adjudicó al mejor postor ejecutante la totalidad de la misma, no puede este adjudicatario alegar la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria para*

*amparar una transmisión que era viciosa en sí y viciosa también desde el punto de vista registral.*

**INEXACTITUD REGISTRAL: ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN: ACCIÓN REIVINDICATORIA:** *Habiendo incidido en error sustancial el auto judicial al adjudicar al rematante una porción de finca ajena al titular ejecutado, y entablado procedimiento contradictorio encaminado a la declaración del derecho a vindicar la porción de finca que inequívocamente pertenecía a la actora y a poner de acuerdo el Registro con la realidad, la circunstancia de que la mitad de la finca vindicada no estuviese inscrita no puede obstar a que una vez recurrida la inexacta inscripción se acomode a los términos que de la sentencia resultasen; y al disponer así la sentencia impugnada hizo acertada aplicación del apartado c) del artículo cuarenta de la Ley Hipotecaria y de las normas concordantes de su Título VII mediante la declaración de nulidad de un asiento obtenido en procedimiento judicial. [S. 2 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

**OBSERVACIONES:** Tan sólo una aclaración parece exigir esta acertada sentencia, respecto a la frase que se contiene en el Considerando tercero, según la cual «la institución a favor de la hija, única heredera, la erige sin más en titular...» El testamento no erige «sin más» al llamado en titular de los derechos pertenecientes al causante. El testamento firme por el fallecimiento del testador crea a favor del llamado un derecho nuevo, no existente en el patrimonio del causante, que es el «ius delationis» e inviste al instituido de una cualidad jurídica que le permite emitir una declaración de voluntad con eficacia para provocar la adquisición hereditaria. La aceptación —salvo los casos excepcionales en que al instituido le esté vedada la repudiación—, es imprescindible. Admitida la forma no solemne e incluso la tácita, en nuestro derecho la aceptación está muy simplificada. Y en cuanto al caso de autos, la propia conducta procesal de la instituida al entablar la acción reivindicatoria, supone el convencimiento de su propia titularidad dominical e implica una tácita aceptación de la herencia a que está llamada sin concurrencia con ningún otro sujeto. (D. I.)

**3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: ALEGACIÓN DE TÍTULO DOMINICAL POR EL DEMANDADO:** *Para la procedencia de la acción reivindicatoria se precisa la anulación del título de dominio, más o menos firme, que alegue el demandado.*

**LEGITIMACIÓN DE ROTURACIONES ARBITRARIAS: NATURALEZA DEL EXPEDIENTE: TÍTULO DE DOMINIO:** *La tramitación del expediente y acuerdo legitimatorio que lo finaliza, es materia de índole puramente administrativa, si bien el certificado de tal acuerdo legitimatorio venga a integrar un título de dominio legalmente creado por la Administración, con efectos civiles bastantes para determinar la inscripción en el Registro de la Propiedad.*

**NULIDAD DE TÍTULO DOMINICAL: CERTIFICADO DE LEGITIMACIÓN DE ROTURACIONES ARBITRARIAS:** *Dado el carácter estrictamente administrativo del expediente sobre legitimación de roturaciones arbitrarias, si en juicio ordinario se demanda la nulidad de la legitimación, no pueden los Tribunales hacer pronunciamiento alguno en ningún sentido, so pena de incurrir en abuso o exceso de jurisdicción, por ser materia reservada a la competencia de la Administración en el adecuado recurso contencioso-administrativo.*

REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Formulada demanda con súplica de declaración de nulidad de unas legitimaciones de roturaciones arbitrarias concedidas al demandado y consecuentemente se declarase la reivindicación de los terrenos legitimados, incurre en incongruencia la sentencia que, desestimando la nulidad antecedente se pronuncia sobre la procedencia de la acción reivindicatoria, subsiguiente a tal petición de nulidad.* [S. 21 de mayo de 1959; ha lugar.]

4. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Admitida la titularidad de los actores e identificada la finca determinando su alcance y delimitación del lindero Norte, es visto que las obras realizadas por las entidades demandadas lo fueron más allá de dicha línea con apropiación de terrenos de los demandantes, por lo que resulta clara la concurrencia de los tres esenciales requisitos que la Ley exige para que pueda prosperar la acción reivindicatoria que los demandantes ejercitan.*

REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Los argumentos secundarios y los empleados a mayor abundamiento de otros principales, no pueden implicar incongruencia.* [S. 25 de junio de 1959; no ha lugar.]

5. TERCERÍA DE DOMINIO: COPOSESIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS: LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL COPOSEEDOR DE BUENA FE: *Declarado por el Tribunal como evidente el uso, la administración y disposición de servicio por el tercerista de los bienes destinados al desenvolvimiento del negocio, y que estos actos que realizó ininterrumpidamente entrañaban una verdadera posesión de indiscutible buena fe y a título de dueño, basada en la convicción de que le pertenecían en su mitad indivisa, la circunstancia de que en la ocasión del embargo los bienes muebles objeto de la traba estuvieren de hecho en la posesión del ejecutado no supone la extinción de la posesión por parte del otro comunero como se pretende en el recurso, olvidando el efecto y la índole del fenómeno de la coposesión.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: IMPUGNACIÓN: *No puede afirmarse que sea irracional o absurdo suponer, como ha hecho la Sala sentenciadora, que tratándose de negocios comunes de construcción, lo sean igualmente los elementos destinados a la explotación conjunta y los productos, rendimientos y beneficios de sus actividades.* [S. 27 de abril de 1959; no ha lugar.]

6. TERCERÍA DE DOMINIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: PROHIBICIÓN TEMPORAL DE ENAJENAR VEHÍCULOS AUTOMÓVILES IMPORTADOS: *Verificada la venta e inscrita en el Registro de Obras Públicas una vez transcurrido el plazo de dos años a que el Decreto de 11 de septiembre de 1953 redujo la obligación de no transferir los vehículos automóviles importados, y siendo la enajenación anterior al embargo decretado, es claro que el adquirente tiene título hábil para ejercitar con éxito la tercería dominical.* [S. 25 de junio de 1959; no ha lugar.]

7. ACCIÓN DE DESLINDE: REQUISITOS: *La acción de deslinde requiere como supuestos fundamentales el dominio de la finca cuyo deslinde se pretende y la confusión de linderos con otra propiedad del demandado.*

**ACCIÓN DE DESLINDE DE FINCAS INSCRITAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD:** *Siendo demandante y demandado propietarios de sendas fincas de linderos imprecisos o indeterminados, es procedente el deslinde solicitado, sin que para ello pueda ser obstáculo la inscripción en el Registro de la Propiedad.*

**FE PÚBLICA REGISTRAL: ÁMBITO: CIRCUNSTANCIAS DE HECHO DE LAS FINCAS INSCRITAS:** *A pesar del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, es dudoso que la fe pública registral ampare la inscripción en cuanto a límites, extensión, etc.*

**ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO: ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA:** *A los efectos de este precepto, una acción de deslinde, por sí, y en cuanto no contenga otras pretensiones, no puede estimarse contradictoria del derecho de propiedad, sino antes bien confirmatoria del mismo, en cuanto delimitadora de su verdadero objeto. [S. 13 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

**8. COMUNIDAD: DERECHOS DE LOS COMUNEROS:** *Es de esencia de la comunidad, lo mismo en cuanto a la propiedad que en cuanto al usufructo, que cada uno de los participantes en ella tenga sobre la totalidad los mismos derechos que corresponden a cada uno de los comuneros por su respectiva participación.*

**JUICIO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: LEGITIMICIÓN ACTIVA EN CASO DE COMUNIDAD:** *La comunidad no priva de acción a uno de los condueños o cousinguleros para que accione en beneficio de todos y de la comunidad, aunque no lo exprese nominalmente en sus escritos.*

**JUICIO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: LEGITIMACIÓN PASIVA:** *No es obstáculo para el ejercicio de esta acción de desahucio que haya otros ocupantes en situación análoga pero independiente de la del demandado, pues es perfectamente admisible que el actor convenga el desalojo de uno de los ocupantes de la casa y no de los demás, a quienes no demanda. [S. 1 de julio de 1959; ha lugar.]*

**9. DAÑOS Y PERJUICIOS: MALA FE:** *La mala fe por su carácter interno no puede derivarse de actos ajenos, como son el requerimiento para devolver la finca, a menos que determinen reacciones en el sujeto, que la acrediten, pues ha de deducirse de la conducta del poseedor y de sus propios actos. [S. 21 de mayo de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]*

**10. DESAHUCIO PRECARIO:** *Ocupado el piso por uno de los condueños, no cabe decidir en un sumario juicio de desahucio por precario los complejos problemas pendientes entre las partes. [S. 30 de junio de 1959; ha lugar.]*

**11. SERVIDUMBRES PREDIALES: CONSTITUCIÓN: ARTÍCULO 541 DEL CÓDIGO CIVIL:** *La singular manera de constituirse alguna servidumbre predial por «destinación del padre de familia» exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) dos fundos pertenecientes a un solo propietario; b) un estado de hecho entre ambos, del cual resulte por signos visibles y evidentes que uno presta al otro un servicio determinante de una servidumbre si cualquiera de*

ellos perteneciera a distinto dueño; c) que esos signos demostrativos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común, el «padre de familia»; d) que uno de los fundos sea enajenado por éste, estando subsistentes esos signos, es decir sin haberlos hecho desaparecer con anterioridad o sin pactar algo sobre la subsistencia de tal servidumbre, requisito que también se cumple cuando se trata de la enajenación parcial o división en ambos casos de una misma finca, mediante la existencia y subsistencia de esos signos al realizarse la separación por los expresados actos jurídicos.

**SERVIDUMBRE DE PASO: CONSTITUCIÓN:** *Obró acertadamente la Sala al apreciar que, por tratarse de una servidumbre rústica de paso, de naturaleza aparente y discontinua, sólo puede ser adquirida por algunos de los medios que reconocen los artículos 539 y 540, y, sin desconocer la forma especial constitutiva o adquisitiva del artículo 541, no lo aplica por no concurrir, según su soberana apreciación de la prueba, los supuestos a que se contrae. [S. 30 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

12. **SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: SIGNO APARENTE: RECONSTRUCCIÓN MURO:** *Es título suficiente para que continúe activa y pasivamente la servidumbre establecida en el artículo 541 del C. c. la existencia de un signo aparente hacia el exterior que la releva, sin que importe que esta circunstancia se haya hecho o no constar en el Registro de la Propiedad. El derribo del muro donde estaban los huecos y su reconstrucción respetando la situación anterior, no supone modificación ni renuncia a la servidumbre. [S. 3 de abril de 1959; no ha lugar.]*

13. **SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: LEGITIMACIÓN PASIVA:** *La extensión y límites en que pueda lícitamente ejercitarse un derecho de servidumbre sólo puede ventilarse entre los respectivos dueños de las fincas, siendo ajeno al proqeso el interés que pueda ostentar el arrendatario del local situado en la finca dominante.*

**CONGRUENCIA:** *La condena a los propietarios de que hagan desaparecer de los huecos las instalaciones dedicadas a escaparates para exhibición de los artículos que se venden en los establecimientos mercantiles situados en el edificio dominante hay que entenderla comprendida en la petición de cierre de los huecos destinados no sólo a luces y vistas sino a aquel fin.*

**AGRAVACIÓN DE SERVIDUMBRE:** *La exhibición de artículos que llaman la atención del público agrava de modo notable la servidumbre de luces y vistas constituida.*

**INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD:** *La inscripción del gravamen en este Registro no puede tener entre las partes mayor extensión que el convenio que le sirve de título. [S. 9 de junio de 1959; no ha lugar.]*

14. **TERCERO HIPOTECARIO: BUENA FE:** *Para apreciar la buena fe lo esencial es que adquirente desconozca que la realidad jurídica no concuerda con el Registro.*

**TERCERO HIPOTECARIO: BUENA FE:** *La apreciación de buena fe en el adquirente constituye un problema de hecho, cuya apreciación está atribuida a los tribunales de instancia. [S. 6 de julio de 1959; no ha lugar.]*

15. **HIPOTECA EN GARANTÍA DE UNA OBLIGACIÓN FUTURA:** *Aun cuando la obligación futura dependa del cumplimiento de una condición suspensiva, la hipoteca existe como derecho real de garantía a favor del crédito que se otorgue cuando la condición se cumpla, gozando hasta ese momento de los privilegios de la publicidad.*

**HIPOTECA DE SEGURIDAD: EFECTIVIDAD DEL PRÉSTAMO CONCEDIDO POR EL INSTITUTO DE CRÉDITO PARA LA RECONSTRUCCIÓN NACIONAL: ENTREGA EXTRAHIPOTECARIA:** *Declarado por la sentencia recurrida —sin impugnación adecuada en el recurso—, que el préstamo concertado por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional tuvo efectividad, o sea que hubo una fijación de deuda garantizada por la hipoteca constituida, es obvio que la escritura adquirió plena vida legal y fuerza ejecutiva para instar el procedimiento sumario hipotecario, aunque la entidad prestamista hiciera entrega de la cantidad objeto del préstamo por medios extrahipotecarios, pero, en definitiva, determinante del cumplimiento de la condición suspensiva para la eficacia de la escritura de hipoteca.*

**HIPOTECA EN GARANTÍA DE UN CRÉDITO CONCEDIDO POR EL INSTITUTO DE CRÉDITO PARA LA RECONSTRUCCIÓN NACIONAL: DESTINO DE LA CANTIDAD ENTREGADA EN PRÉSTAMO:** *Aun cuando las cantidades entregadas a los deudores hipotecarios no fueran destinadas por éstos a la reconstrucción del inmueble para cuya finalidad se les otorgó el crédito, ello no menoscaba el derecho del acreedor hipotecario, que puede en tal caso declarar resuelto el préstamo y exigir la devolución de las cantidades entregadas, intereses, costas y gastos.*

**CASACIÓN: FORMULACIÓN DEL RECURSO:** *Al invocar la infracción por aplicación indebida y violación de los artículos mil ochocientos cincuenta y siete, párrafo primero y mil ochocientos sesenta y uno del Código civil en relación con los ciento cuarenta y dos, párrafo primero y ciento treinta y uno de la Ley Hipotecaria, el recurso adolece de la tacha formal de no adaptarse a lo previene el art. 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que por sí solo es constitutivo de inadmisión y, en trámite resolutorio, se convierte en causa de desestimación. [S. 18 de abril de 1959; no ha lugar.]*

**HECHOS:** En 1945 el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional concede un préstamo de 188.000 pesetas, cuya entrega ha de efectuarse así: a) 80.000, una vez presentada al Instituto la escritura inscrita; b) sucesivas cantidades contra presentación de las certificaciones de obra, por su respectivo importe. La última entrega, mediante acta notarial. En garantía de la devolución del préstamo, intereses y costas, los deudores solidarios hipotecaron el solar de que eran propietarios por terceras partes indivisas.

En 1952 se decreta una anotación preventiva de embargo sobre la expresada finca, y en el mismo año, el titular de esta anotación, sobre la base de que en el Registro de la Propiedad no consta la declaración de obra nueva, que no se ha intentado reconstruir la expresada finca, y que no se

había hecho constar en el Registro la entrega de los plazos estipulados —lo que habría constituido perfeccionamiento del contrato real de préstamo—, deduce demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, con la súplica de que se declare que aquella hipoteca había quedado sin eficacia y solicitando su cancelación.

La demanda fué desestimada en ambas instancias y el T. S. declara no haber lugar al recurso de casación planteado.

### III. Derecho de obligaciones.

1. INDEMNIZACIÓN POR CAUSA DE MORA: SUS REQUISITOS: *La indemnización por causa de mora en el incumplimiento de obligaciones dinerarias o de pago de cantidad, requiere la existencia de una obligación constituida y que el obligado por ella deje de cumplirla, en cuyo caso la indemnización de daños y perjuicios queda sustituida por el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, por el interés legal.*

INTERESES MORATORIOS: CARÁCTER ILÍQUIDO DE LA PRESTACIÓN: *Siendo precisa la tramitación del procedimiento para que por la sentencia recaída se fijara la cantidad líquida que debía pagar el demandado, no es procedente la condena al pago de intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, ya que dichos intereses sólo se deben desde la firmeza de la sentencia. [S. 5 de mayo de 1959; ha lugar.]*

3. DEUDA DE INTERESES: PACTO DE SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE LOS INTERESES: SU CARÁCTER: *Pactado que se suspendería el devengo de intereses por precio aplazado si los arrendatarios de los locales no los desalojaban en un determinado plazo, este pacto no tiene el carácter de una sanción o cláusula penal sino que es una compensación de la privación de beneficios que la demora suponía.*

CONVENIO SOBRE PAGO DE IMPUESTOS: VALIDEZ: *No se oponen a ella los preceptos fiscales, que se refieren únicamente a la relación de los contribuyentes con la Hacienda pública, sin entrar en las relaciones puramente privadas que establezcan los particulares entre sí, con arreglo a lo autorizado por el artículo 1.455 del C. c.*

DERECHO DE CRÉDITO: ABUSO DEL DERECHO: *No se produce cuando no se sigue el daño que necesariamente integra esta figura jurídica.*

PACTO COMPROMISORIO: NULIDAD DEL PACTO: *Es nulo el pacto compromisorio cuando no se prevé como forzoso un número impar de árbitros y se encomienda a persona extraña a las partes la elección de tercer compoedor. [S. 9 de junio de 1959; ha lugar.]*

4. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: BUENA FE DEL DEUDOR: ARTÍCULO 1.107 DEL CÓDIGO CIVIL: *Adquirida en firme la cosa para atender a las nece-*

sidades de la industrialización de la aceituna recogida en el año mil novecientos cincuenta, al formalizar el contrato pudo y debió preverse, con mediana reflexión, el hecho de que la falta de cumplimiento irrogaría perjuicios al comprador, así imposibilitado para el desarrollo de su empresa. [S. 10 de octubre de 1959; no ha lugar.]

5. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS SINILAGMÁTICOS POR INCUMPLIMIENTO: ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: *La resolución de los contratos sinalagmáticos fundada en el incumplimiento de una de las partes de su respectiva prestación, puede tener lugar con eficacia: Primero, por la declaración de voluntad de la otra, hecha extraprocesalmente, si no es impugnada luego en juicio con éxito; y segundo, por la demanda de la perjudicada cuando no opta por el cumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios realmente causados, siempre que se acredite, además, una actitud o conducta persistente y rebelde de la adversa a la satisfacción de lo pactado, o un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo o irreformable, lo impida.*

OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS: ÁMBITO: ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL: *Por imperio de este precepto, el actor, que cedió al demandado las leñas de un monte de su propiedad a cambio de ciertas operaciones de limpieza, pudo y debió colaborar como propietario cerca de la Administración del Estado, para que las operaciones de corta y extracción de leña se efectuaran reglamentariamente a fin de atender a la base económica del vínculo previsto previsto por las partes. [S. 22 de junio de 1959; no ha lugar.]*

6. CONCURSO DE ACREEDORES: INEFICACIA FRENTE A CONCURSADO MENOR: *Es nulo e inexistente el concurso de acreedores necesario instado contra una menor, por deudas de su madre y, en consecuencia, en nada le afecta a aquélla siendo su situación jurídica la anterior a haberse declarado.*

COSA JUZGADA: MENOR INSUFICIENTEMENTE REPRESENTADA: *Carecen de la eficacia de cosa juzgada las sentencias dictadas en pleitos de reconocimiento de créditos en cuanto se refiere a la menor por carecer el síndico de legitimación para representarla.*

PAGO INDEBIDO: *En cambio, los pagos realizados dentro de un concurso cuya nulidad no se ha instado, por deudas reconocidas como tales por quien ostentaba la representación de la sindicatura, con intervención judicial no pueden calificarse de indebidos. [S. 7 de octubre de 1959; ha lugar.]*

ANTECEDENTES: Las actoras estuvieron declaradas en concurso de acreedores, conjuntamente con su madre, siendo menores de edad y sujetas a la patria potestad de ésta, en dos ocasiones, una ante un Juzgado de Madrid, concurso voluntario que fué anulado a instancia del Ministerio Fiscal velando por los intereses de las menores porque sobre el patrimonio de éstas pretendían los acreedores hacer efectivas deudas de la madre; y otra, en concurso necesario ante el Juzgado de Navalcarnero, cuya oposición inició el Ministerio fiscal y formalizó luego una de las demandantes por llegar a la mayoría de edad, la cual solicitó la nulidad del concurso, obteniendo sentencia favorable en la que se declaraba que el proceder de los acreedores en el concurso había sido doloso.

Con base en tal sentencia se pide una indemnización de daños y perjuicios contra los acreedores que habían cobrado sus créditos con cargo al patrimonio de la menor. Otra hermana de ésta acumula otra acción de indemnización sin pedir previamente la nulidad del concurso en cuanto a ella. El T. S. revoca la sentencia en cuanto a la primera demanda y la deja subsistente en lo que afecta a la segunda.

7. IMPOSIBILIDAD LIBERATORIA: PRINCIPIO «AD IMPOSIBILIA NEMO TENETUR»: ARTÍCULO 1.184 DEL CÓDIGO CIVIL: *No puede merecer el concepto de imposible la obligación contraída para obtener, dentro de un plazo, la cancelación de las cargas que pesan sobre la finca.*

SANEAMIENTO POR EVICCIÓN: GRAVÁMENES OCULTOS: *No son aplicables los artículos 1.474 y siguientes cuando los gravámenes no eran ocultos e ignorados, sino conocidos y previstos, e incluso designadas las personas que debían efectuar la cancelación de los mismos que se acordaba y el plazo durante el cual debía tener lugar.*

NOVACIÓN: *No habiendo quedado acreditado que haya tenido perfección el contrato que se menciona, desde el momento que no aparece cumplida la condición suspensiva a que fué sometida su celebración, falta por ello el vínculo preciso, eficaz y necesario para que se dé, por sustitución, una obligación nueva. [S. 3 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

8. NOVACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO DE SUBARRIENDO: *Si en un contrato de fecha posterior a otro se advierten modificaciones respecto al primero, tanto en cuanto al número de locales que comprende, como a las rentas y estipulaciones accesorias, hay que afirmar la independencia de ambos contratos, pese a que en el último de ellos, las partes, con ignorancia del valor de los términos, indicaron que el mismo constituía una «prórroga» del anterior. [S. 3 de julio de 1959; ha lugar.]*

NOTA: Se ejercitaba una acción resolutoria por expiración de plazo referente al subarriendo de unos locales de espectáculos que databa de 1951, aunque en este contrato, de contenido diverso de otro anterior, de abril de 1946, se dijera que se trataba de una prórroga de este último. El diferente contenido de uno y otro contrato lleva al Tribunal Supremo a afirmar que el segundo supuso una novación extintiva del primero, y no meramente modificativa, como había entendido la Audiencia Territorial. La cuestión de las fechas era del máximo interés, pues de ser una u otra la antigüedad del subarriendo dependía que el mismo gozara o no del beneficio de prórroga forzosa. (J. P. R.)

9. PAGO POR COMPENSACIÓN: REQUISITOS: LIQUIDEZ: *Si bien por la compensación que extinguen los créditos en la cantidad concurrente, esto sólo puede operarse con éxito en el supuesto de ser perfectamente conocidos los extremos compensatorios que permitan estimar sin duda el montante de ambas cantidades y nunca es posible si uno de ellos pende de una liquidación no practicada en el proceso por falta de la oportuna prueba sobre el particular, prueba que recae sobre la parte que alega tal medio liberatorio de su obligación.*

**PRUEBA DE PRESUNCIONES:** *No resulta arbitrario presumir que el hecho de obrar en poder de la actora determinados recibos librados por los acreedores del demandado, inducía a creer que su pago lo realizó aquélla y no éste.* [S. 24 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

10. **INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS:** *Del hecho de que en el mismo día y con números correlativos del protocolo, se otorgasen una escritura de préstamo hipotecario y otra de participación en beneficios entre los mismos interesados, no puede deducirse que se dé entre ambos contratos la «interdependencia siquiera aparente» que afirma la Audiencia, ni menos que la estipulación que prohíbe ceder el crédito hipotecario se extienda hasta impedir la cesión de los derechos resultantes del contrato de participación en los beneficios. Y es forzoso concluir que, dados los términos claros y precisos, sin posible duda sobre la intención de los contratantes, dichos contratos son distintos por completo e independientes en absoluto.* [S. 13 de octubre de 1959; ha lugar.]

11. **PROMESA DE VENTA: SU NATURALEZA Y EFECTOS:** *La promesa bilateral de compra y venta recíprocamente aceptada ha sido construida por la doctrina jurisprudencial patria como un verdadero precontrato, que para su consumación no requiere una nueva y especial manifestación de voluntad, bastando la ya manifestada para que se declare su fuerza obligatoria entre las partes.*

**COMPRAVENTA: DETERMINACIÓN DEL PRECIO: DERECHO FORAL NAVARRO:** *El precio ha de tenerse por cierto, cuando se pactó que fuera fijado por dictamen de peritos nombrados por las partes, sin que el Derecho foral prohíba la determinación del precio por terceros.* [S. 2 de febrero de 1959; no ha lugar.]

La entidad Hidráulica de S. convino con doña A. A. la ocupación de la parte de terreno necesario para el emplazamiento de una canal de conducción de cierto aprovechamiento hidráulico, mediante abono del precio que había de fijarse por peritos. En ese contrato, que afectaba, según parece, a todos los propietarios de terrenos situados en el recorrido del canal, se contenía una cláusula especial, sólo referente a la demandante, del siguiente tenor literal: «Si doña... decidiese vender los prados afectados por el canal de conducción, la Sociedad Hidráulica se los comprará previo acuerdo».

La sentencia recurrida llega a la conclusión de que los pactos establecidos en el contrato y cláusula adicional, que se deja transcrita, responden a una unidad de propósito y constituyen una promesa, por cuya virtud la Sociedad demandada viene obligada a comprar, si la señora A. se decidía a vender, el prado en la tasación que señalen los peritos, uno nombrado por cada parte y un tercero en caso de discordia.

El T. S. no da lugar al recurso.

La razón de la desestimación parece fundarse en que «ninguno de los motivos de casación se enderezan a combatir el proceso interpretativo» (considerando 2.º) y que partiendo de la interpretación dada por la Sala al contrato, la sentencia era correcta. La sentencia de instancia, después de interpretar el contrato, decía que había una promesa bilateral de comprar y vender recíprocamente aceptada; que esta promesa constituye un precontrato;

que para la eficacia del precontrato no es necesaria una nueva manifestación de voluntad; que el precio estaba determinado porque era aplicable, según el contrato, a la promesa, el mismo dictamen de peritos previsto para la primera venta en firme. Como esta interpretación no se impugna, el recurso se desestima, ya que no se han cometido las infracciones denunciadas (falta de consentimiento, de objeto y de causa, art. 1.262; indeterminación del precio, artículo 1.451 en relación con el 1.447; contrato de arbitrio de una de las partes, artículo 1.256 incongruencia, etc).

Parece querer decir el T. S. que si le hubiese abierto la vía para examinar él la interpretación del negocio (denunciándole, v. gr., infracción de los artículos 1.281 y sigs.) acaso su opinión hubiera sido distinta. Efectivamente, era dudoso que se tratara de una «promesa bilateral recíprocamente aceptada», si el fenómeno sólo se producía «si la señora A. decidía vender». Por otra parte, llegado el caso la venta debía producirse «previo acuerdo».

Pero el tema de interpretación, dice el T. S., ha quedado «al margen del recurso y, por ello, para juzgar la procedencia de los motivos, se precisa partir de ellas». (L. D. P.)

12. COMPRAVENTA: PRECIO CIERTO: PERFECCIÓN DEL CONTRATO: *Se considera con precio cierto la compraventa con acuerdo de las partes de que éste se determine en forma conocida. Acordado por los contratantes tener como precio cierto el fijado por los tribunales, los gravámenes y contribuciones que pesen sobre el objeto de la compraventa serán de cuenta del comprador desde el instante mismo de su perfección. [S. 21 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

13. RETRACTO DE COLINDANTES: CARACTER RÚSTICO DE LA FINCA: *El carácter de finca rústica que aparece en la certificación del Registro de la Propiedad se encuentra desvirtuado en su contenido por los actos realizados por el propio titular al ir haciendo segregaciones de parcelas que vende como solares y para viviendas.*

FINALIDAD: *No se cumple la finalidad de este retracto cuando lo que se pretende por el retrayente es adquirir los terrenos para parcelarlos, aumentando los minifundios. [S. 31 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

14. RETRACTO DE COLINDANTES: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *Las normas reguladoras del retracto legal han de ser interpretadas en forma restrictiva y con sujeción forzosa a los términos que la condicionan.*

FECHA DE CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISIÓN: *Es el actor a quien pertenece señalar, por ser acto positivo y tratarse de una situación subjetiva, cuál sea el día en el que ha tenido conocimiento de la compraventa efectuada, cuando la enajenación no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad.*

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: INTERRUPCIÓN DEL PLAZO: *Para que el acto de conciliación interrumpa el plazo de caducidad se requiere que tenga lugar la consignación del precio.*

Concordancias.—Véase sentencias: 9 de julio de 1958; 28 de febrero y 23 de marzo de 1956, 11 y 12 febrero 1959, 2 de abril de 1956, 4 de febrero de 1957, 22 de abril de 1958.

15. RETRACTO DE COLINDANTES: CÓMPUTO DEL PLAZO: *El hecho de que la finca se haya inmatriculado en el Registro con arreglo al art. 205 de la Ley Hipotecaria no impide que el plazo de nueve días se cuente a partir de la fecha de la inscripción, sin que la circunstancia de que el edicto no se haya publicado dentro de los tres meses en el tablón de anuncios del Ayuntamiento —lo que ha de provocar la cancelación del asiento—, no permita que aquella fecha pueda ser inicio del día fatal en que la acción debe ejercitarse.* [S. 1 de junio de 1959; no ha lugar..]

No deja de llamar un poco la atención la doctrina establecida por esta sentencia. En efecto, las inscripciones de fincas al amparo del art. 205 de la Ley, son canceladas de oficio, por el Registrador, si en el plazo de tres meses el titular no devuelve el edicto justificativo de la publicidad de su adquisición. En el presente caso, el edicto se expuso en el Ayuntamiento transcurridos los tres meses que señala la Ley. Había, pues, transcurrido el plazo y la inscripción debía de haber quedado sin efecto.

16. PRÉSTAMOS USURARIOS: LEY DE 23 DE JULIO DE 1908: *Dando la sentencia de instancia como probado que se entregaron por el prestamista catorce mil pesetas y se hicieron figurar como entregadas veinticuatro mil, sin que tal declaración haya sido combatida en el recurso, es evidente que la Sala sentenciadora aplicó rectamente el artículo primero de la mencionada Ley.* [S. 25 de abril de 1959; no ha lugar.]

17. PRÉSTAMOS USURARIOS: LEY DE 23 DE JULIO DE 1908: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES: JUSTIFICACIÓN: *La facultad concedida a los Tribunales por el artículo 2.º de la mencionada Ley para que formen libremente su convicción, en cada caso, es una medida necesaria para combatir el mal de la usura, de ordinario encubierta de manera que hace difícil al prestatario la prueba directa de su existencia con acatamiento a la valoración asignada a los medios de prueba.*

PRÉSTAMOS USURARIOS: FACULTADES DEL TRIBUNAL SUPREMO: *Aunque una reiterada jurisprudencia ha extendido a esta Sala en casación el uso de la especialísima facultad de resolver en materia de usura, hay que armonizar esa facultad discrecional con las exigencias y limitaciones propias del recurso de casación. Y para que éste no se convierta en una tercera instancia, debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la Audiencia, en tanto no resulten en manifiesta disconformidad con las circunstancias procesales.*

PRÉSTAMOS USURARIOS: LEY DE 23 DE JULIO DE 1908: APLICABILIDAD A LOS CONTRATOS MERCANTILES: *La mencionada Ley es aplicable a los contratos mercantiles, si bien al estar presididos por la idea de lucro, debe autorizarse*

para ellos una mayor libertad en la contratación y aplicarles la norma especial cuando circunstancias muy calificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso.

**PRÉSTAMOS USURARIOS: CONTRATOS MERCANTILES: INTERÉS Y FINALIDAD:** *Por sí sólo el interés del doce por ciento pactado no es elemento suficiente para que se repunte usurario el préstamo mercantil. Ese factor debe completarse con la finalidad a que se destina la suma prestada, que es la que figura en el propio documento («dedicaría al desarrollo comercial del establecimiento mercantil de su propiedad») y no a hacer frente a las letras que tenía protestadas e impagadas el prestatario, como erróneamente creyó la Sala. [S. 26 de noviembre y 3 de julio de 1959.]*

**18. PRÉSTAMOS USURARIOS: CRÉDITOS CANCELADOS:** *Los créditos cancelados no pueden ser materia de reclamación de usura. [S. 3 de julio de 1959; no ha lugar.]*

**19. ADMINISTRACIÓN DE BIENES AJENOS: DEBER DE RENDICIÓN DE CUENTAS.** *Este deber existe no sólo en la sociedad sino también en la comunidad de bienes y, en general, en todo caso de administración, gestión, disposición o cobro de bienes ajenos. [S. 22 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

**20. CONTRATO DE CORRETAJE:** *No hay contrato de corretaje cuando la compraventa se perfeccionó en virtud de un concurso anunciado al público por la entidad compradora, pues la libre concurrencia de aquél es incompatible con las gestiones eficaces que constituyen la causa de la mediación. [S. 23 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

En el primer considerando de la sentencia del T. S. se describe así este contrato atípico: «El contrato de corretaje supone y tiene por natural contenido la intervención activa de una persona —mediador— bien para informar a otra de la simple ocasión y oportunidad de la conclusión de otro contrato, ora para prestar, mediante una prima, los servicios atinentes a conseguir la coincidencia de voluntades entre sujetos que desean formar entre sí un vínculo o negocio jurídico principal al que se endereza en calidad de instrumento el preparatorio de corretaje, con la particularidad de que, salvo pacto, el premio o prima únicamente se debe en el supuesto de que este último llegue a feliz término gracias a las actividades del mediador... por ser, en esencia, un contrato de resultado positivo, según la doctrina y los distintos ordenamientos...»

**21. SOCIEDAD CIVIL PARTICULAR: DE COLABORACIÓN PROFESIONAL: EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD:** *El contrato de Sociedad en general y el de colaboración profesional en especial presentan, en lo referente a su extinción, dos diferencias de carácter especial que les separan de los demás, cuales son que, así como en éstos prevalece la norma jurídica de que el contratante lo hace para sí y para sus sucesores y el que nadie puede separarse de una obligación válidamente contraída, sin el consentimiento de los demás, el contrato de Socie-*

*dad*, constituido «*intuitu Personarum*», se disuelve por la muerte natural, la interdicción civil o la insolvencia de cualquiera de los socios (n.º 3.º del artículo 1.700) y por la voluntad de alguno de éstos (n.º 4.º), siempre que esta renuncia, en las de duración indeterminada, sea hecha de buena fe, en tiempo oportuno y poniéndola en conocimiento de los demás socios.

SOCIEDAD CIVIL: EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DE UNO DE LOS SOCIOS: LIMITACIONES: *Las limitaciones que se impone a la extinción de la sociedad por voluntad de uno de los socios se dirigen a impedir un posible abuso en nombre del interés social y a evitar que quede en manos de uno de ellos el medio de disolverla sin otra regla que su voluntad, bien si carece de razón o ya si atiende a causar un perjuicio a las otras partes.*

SOCIEDAD CIVIL: EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DE UNO DE LOS SOCIOS: BUENA FE: OPORTUNIDAD: *La buena fe y la oportunidad de la renuncia han de estimarse por presunción «iuris tantum», ya que para que se produzca la mala fe o la oportunidad es preciso acreditar que concurren los hechos que en el artículo 1.706 se mencionan. La buena y la mala fe son cuestiones de hecho de la competencia del Tribunal sentenciador.*

SOCIEDAD CIVIL: COLABORACIÓN PROFESIONAL: LIQUIDACIÓN: *Esta Sociedad, de tipo personal y profesional envuelve una modalidad de tan esenciales perfiles y peculiares rasgos que no admite, en su liquidación, ser sometida a tratamiento legal general, sin quebra del principio de justicia que en toda extinción debe imperar, y es por esta razón por lo que el juzgador, poniendo en ejecución principios de ética y normas de equidad, arbitrase una fórmula en virtud de la cual se denegaba el desatojamiento de uno de los socios del local en que tenían sus instalaciones, propiedad de su contrario, a menos que se le abonara la indemnización que se establecía. [S. 20 de junio de 1959; no ha lugar.]*

22. SOCIEDAD: EXTINCIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Pueden instar la extinción de la Sociedad los herederos del socio fallecido, actuando conjuntamente y en beneficio de la masa hereditaria.*

SOCIEDAD: FORMA VERBAL Y FINALIDAD MERCANTIL: *La sociedad pactada verbalmente, aunque tenga indudable finalidad mercantil, se rige por las normas de las sociedades civiles de carácter particular.*

SOCIEDAD: DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD: *La disolución de una sociedad no equivale a su extinción inmediata, sino que determina el comienzo de un periodo de liquidación, durante el cual la entidad social sigue existiendo como persona jurídica con su patrimonio, ínterin no terminen las operaciones liquidatorias.*

DEMORA EN LA LIQUIDACION *La demora infundada en la realización de las operaciones liquidatorias de la sociedad acarrea la pervivencia de aquella, operándose una especie de comunidad de bienes, mientras no tengan las mismas su adecuado y legal finiquito.*

**PROLONGACIÓN DE LA SOCIEDAD: FRAUDE COMERCIAL, ÉTICA CONTRACTUAL Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO:** *Aparte de apreciarse méritos para estimar producida una especie de prolongación de tal sociedad, no obstante el acuerdo de disolverla, lo contrario equivaldría a sancionar el fraude comercial y consagrar un enriquecimiento injusto, en favor de quien indebidamente dispuso de los medios sociales para operaciones por él sólo realizadas y de las que pretende atribuirse la totalidad de los beneficios logrados, en contra de los más elementales principios de ética contractual, que, por tanto, los tribunales no pueden amparar.*

**SOCIEDAD CIVIL: LIQUIDACIÓN: DEDUCCIÓN POR GESTIÓN DEL NEGOCIO: PRINCIPIOS DE EQUIDAD:** *No puede hablarse de violación de preceptos legales en punto a normas reguladoras del contrato de sociedad, por la circunstancia de que en la sentencia de instancia, al liquidarse la sociedad, se disponga una deducción en favor de uno de los socios por su gestión al frente del negocio, pues ello se inspira en motivos de equidad, sumamente atendibles y correctos.*

**INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS: ANALOGÍA:** *No cabe cuando se trata de dos casos que el legislador ha regulado de muy distinta forma.*

**COMUNIDAD HEREDITARIA: EJERCICIO DE ACCIONES POR LOS HEREDEROS:** *Pueden todos los herederos, actuando conjunta y unánimemente, ejercitar en beneficio de la masa hereditaria indivisa los derechos de su causante.*

**ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA:** *Constituye aceptación tácita el ejercicio de una acción que sólo con el título de heredero se puede ejercitar. [S. 4 de julio de 1959; no ha lugar.]*

**23 ARBITRAJES: ARBITRAJES DE DERECHO PÚBLICO (CORPORATIVOS Y SINDICALES):** *No son aplicables a estos arbitrajes las normas de la ley común en materia de arbitrajes de derecho privado. [S. 30 de abril de 1959; no ha lugar.]*

El demandante, titular de una empresa de exhibición de películas cinematográficas, demandó a la casa distribuidora reclamando una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato.

Previamente había deducido su pretensión ante la Comisión Mixta de Arbitraje del Sindicato Nacional del Espectáculo, como es preceptivo según el Reglamento de 1.º de octubre de 1949, que regula las relaciones entre las empresas distribuidoras y las exhibidoras de películas. La citada Comisión había desestimado la reclamación por caducidad, ya que, conforme a las citadas normas reglamentarias, debía haberse interpuesto en un plazo de treinta días.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda y el T. S. declara no haber lugar al recurso, con fundamento en las siguientes razones:

**CONSIDERANDO:** Que en la institución del arbitraje, esencialmente una, para dirimir o solucionar conflictos, cabe distinguir tanto doctrinalmente como en la práctica, diversos aspectos o concepciones que tendentes al mismo fin, tie-

nen su origen o regulación en diferentes campos del derecho; y así debe diferenciarse el arbitraje de tipo privado de carácter general regulado en el Código civil, la Ley de Enjuiciamiento civil y actualmente en la Ley de 22 de diciembre de 1953, del arbitraje de tipo corporativo exigido a sus miembros por diversas Cámaras, Colegios o Consulados de carácter público, que regulan por sus respectivos estatutos, y, por último, el arbitraje ordenado por los organismos paraestatales o infraestatales, establecido con carácter obligatorio para regular las relaciones entre los asociados o sindicatos para quienes fué establecido y que se rige por los reglamentos o estatutos sindicales; o sea, que prescindiendo de la institución en el derecho internacional y actuando únicamente en su aspecto de derecho privado, deben diferenciarse dos grupos de arbitraje, el genuinamente privativo y voluntario para los particulares, regulado en la legislación común, comprensivo del primero de los grupos enunciados, y el de derecho público de entidades infraestatales o paraestatales, regulado en los estatutos o reglamentos, de carácter forzoso y a que se incluyen los dos últimos grupos referidos, conforme la propia Ley de 1953 admite en su articulado.

CONSIDERANDO: Que haciendo aplicación de la anterior doctrina al caso que se resuelve, aparece evidente que las relaciones entre las empresas distribuidoras y las exhibicionistas de películas, encuadradas en el Sindicato Nacional del Espectáculo, entidad paraestatal, se regulan con carácter obligatorio en los Reglamentos al efecto dictados, en la actualidad el de 1.º de octubre de 1959 y con anterioridad en los que le precedieron, los cuales establecen una forma especial de arbitraje de tipo preceptivo para los sindicatos que «se obligan a aceptar y agotar la vía sindical para la resolución de las diferencias que surjan en la interpretación y cumplimiento de los contratos...», artículo 6.º, y buena prueba de ello es que la cláusula 21 del contrato debatido no es de tipo compromisorio privado con los requisitos exigidos en los artículos 990 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino que es una aceptación y sumisión a cuanto ordena el reglamento de referencia; y siendo ello así decae el primer motivo del recurso, amparado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de dicha Ley ritualaria y que se basa en inaplicación de los artículos citados anteriormente, en relación a los 51 y 267 de la misma, interpretación errónea de los 1.254 y 1.258 del Código civil y no aplicación del 1.225 del mismo cuerpo legal por no ser aplicables los preceptos de referencia al arbitraje de derecho público como el contemplado; aparte de la forma no correcta de formular el recurso al acumular los dos motivos o casos del artículo 1.692 en uno y no haber sido alegado en el juicio la falta de solemnidad del otorgamiento de escritura pública, en que se basó al motivo estudiado, lo que significa un hecho nuevo que no puede ser objeto de recurso.

CONSIDERANDO: Que por las propias razones consignadas en el razonamiento precedente, debe desestimarse el segundo motivo del recurso, por la vía de los números primero y séptimo del 1.692 y que denuncia la violación de los artículos 1.254 y 1.255 del Código civil y no aplicación de los 1.283 y 1.289 del mismo cuerpo legal, por entender el recurrente que la excepción de cosa juzgada sólo podría haber nacido si el fallo arbitral hubiera entrado en él.

fondo del asunto, pero no, si como en el caso presente sucedió, se limitó a estimar caducada la acción entablada; sobre todo si se tiene en cuenta el precedente del artículo 28 del Reglamento citado, que claramente establece el plazo de caducidad aplicado y que, con los restantes preceptos que contiene vincula y obliga a los encuadrados en el Sindicato.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso, amparado también en los números primero y séptimo del artículo 1.692, se basa en infracción, sin especificar el concepto en que se denuncia, lo que ya sería bastante para desestimar, del párrafo primero del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no puede prosperar, puesto que ni las partes renunciaron al arbitraje, ni los dirimientes dejaron de emitir su fallo en el plazo marcado, pues, por el contrario, el propio recurrente promovió la vía arbitral y ésta funcionó dictando resolución declarando caducada la acción que se ejercitaba y el mismo actor entonces y hoy recurrente, se aquietó y consintió la resolución, sin promover contra ella los recursos que el propio reglamento le concedía, que por otra parte, no podía interponer la sociedad demandada, al resultar beneficiada por la resolución de referencia; y en consecuencia no hubo conformidad de las partes en desistir del arbitraje y no se dan los presupuestos que el artículo 800 exige para que cese en sus efectos el compromiso, aun en el supuesto, inaceptado, de que tal precepto fuera aplicable al arbitraje de derecho público.

CONSIDERANDO: Que por último y como cuarto motivo del recurso, por la vía también de los números 1.º y 7.º del 1.692, se denuncia la inaplicación del artículo 1.265 del Código civil, por entender el recurrente concurrió en dolo en su contraparte al presentar a la firma de su cajero el recibo de devolución del importe del impuesto de derechos reales devengado por el contrato en cuestión, haciendo contar que no se había autorizado la importación de la película contratada, no siendo ello cierto; y teniendo en cuenta que la alegación afectaría al fondo del problema planteado y se hubiera podido discutir y resolver dentro del procedimiento de arbitraje especial que fué denegado por estar presentada la reclamación fuera del término para ello concedido; es evidente que la sentencia impugnada al mantener este criterio y denegar su jurisdicción para entrar en el fondo del problema, para nada podía estudiar la alegación sobre concurrencia del dolo de referencia y no rozar al precepto que se cita como infringido y debe desestimarse tal motivo del recurso; máxime que lo que en definitiva se aduce sería, en su caso, constitutivo de vicio de incongruencia, atacable por la vía del número 2.º del artículo 1.692 pero nunca por el número 1.º o el 7.º en que se apoya el recurrente.

24. CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE: ÁMBITO DE EFICACIA: *Sometidas a amigables componedores cuantas dudas surgieran en la interpretación de un contrato, deben llevarse ante los árbitros todos los litigios derivados de este contrato.*

CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE: RÉGIMEN TRANSITORIO: *La Ley de 22 de diciembre de 1953 puede ser aplicada a las cláusulas compromisorias pac-*

*tadas con anterioridad a su entrada en vigor, aunque el procedimiento para conseguir su ejecución se hallare iniciado en dicha fecha. [S. 28 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

25. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CULPA POR OMISIÓN DE VIGILANCIA Y CELO: *Hay responsabilidad cuando no se ha agotado toda la diligencia que exigía la naturaleza de la cosa y las circunstancias de tiempo y de lugar, omitiendo la vigilancia y el celo precisos para estimar como fortuito el hecho originario. [S. 30 de junio de 1959; ha lugar.]*

El día 1.º de agosto de 1955 se produjo en Madrid una explosión, seguida de incendio, por combustión espontánea de película almacenada en los locales de unos laboratorios cinematográficos. Este incendio se propagó a la finca contigua, destruyendo el domicilio y la clínica del actor, por lo que éste demandó la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado estimó la demanda de indemnización, pero la Audiencia revocó este fallo y absolvió de ella a la Sociedad demandada.

El T. S. declara haber lugar al recurso, con fundamento en las siguientes consideraciones:

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que en nuestra legislación no está admitido el sistema objetivista para determinar la responsabilidad de los daños sufridos por un tercero derivados de los actos más o menos lícitos del actor; no lo es menos que el sistema subjetivista viene evolucionando en la doctrina y en la jurisprudencia, mediante, unas veces, invirtiendo la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a acreditar que obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda la prudencia y la diligencia precisas para evitarlo por entender que no sólo lo contrario a la ley es ilícito, sino que debe ir acompañado de la diligencia, el elemento esencial para la exoneración de responsabilidad, como declaran las sentencias de 23 de diciembre de 1952 y 24 de marzo de 1953; otras veces exigiendo esa misma diligencia en el ejercicio de las acciones legítimas, sentencia de 14 de febrero de 1944, aclarando la de 5 de junio de 1922, la obligación en tales casos de asegurarse de su alcance y consecuencia para evitar perjuicios a terceros; y determinando la de 23 de febrero de 1950, que un acto lícito en sí, puede dar lugar a culpa si no se realiza con la prudencia que las circunstancias del caso exigían: para llegar a concretar en la de 25 de marzo de 1954 que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo que prevenir y no se hallaba completa la diligencia: consecuencia todo ello de la aplicación a la responsabilidad extracontractual regulada en los artículos 1.902 y siguientes del Código civil de la teoría de la culpa contractual prevista en el artículo 1.104 del mismo cuerpo legal, en que no sólo se exige la diligencia simple, sino lo que se derive de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, como claramente determinan las sentencias de 14 de diciembre de 1894, 2 de marzo de 1904 y 25 de febrero de 1928, entre otras muchas.

CONSIDERANDO: Que sentada la anterior doctrina y haciendo aplicación de ella al caso controvertido, se desprende que si bien las instalaciones de «Madrid Films, S. A.» reunían casi todas las condiciones reglamentarias vigentes al producirse el siniestro, gozaba de la concesión de las autoridades gubernativas precisas para su funcionamiento y podía considerarse como una instalación modelo en su clase con cuantos adelantos científicos se conocían en aquel entonces en el ramo de la conservación y resguardo de películas en cuya constitución entraba la nitrocelulosa; lo cierto y positivo es que no se observaron la totalidad de tales condiciones, puesto que sólo estaba autorizado para laboratorio y depósito de película virgen, cuando científicamente la auto-combustión es la vieja debido al proceso lento de la descomposición del producto citado y el almacén estaba construido sin ajustarse estrictamente a los planos aprobados que no contenían el patio contiguo a las edificaciones limítrofes y que actuó de chimenea que incrementó el incendio y tenía almacenadas las películas antiguas en el sitio destinado a laboratorio y almacén de celuloide virgen en el plano; y como quiera que el proceso de disociación de la nitrocelulosa y el grave peligro que ello encerraba por la producción de gases combustibles susceptibles de inflamación espontánea, era conocido, como lo demuestra el contenido del artículo 33 del Reglamento de establecimientos incómodos, insalubres o peligrosos de 17 de noviembre de 1925 y no ofrece duda, por conformidad de las partes, de que el siniestro se produjo pese a todas las previsiones, ocasionado daños al actor-recurrente y se da entre uno y otro relación de causalidad; es evidente que no se agotaron todas las diligencias que exigía la naturaleza de la cosa y las circunstancias del tiempo y del lugar, omitiendo la sociedad recurrida la vigilancia y el celo precisos para poder estimar como fortuito el hecho originario que le exoneraría de responsabilidad; por lo que al no poder apreciarlo así la sentencia recurrida ha infringido por inaplicación e interpretación errónea los artículos y la doctrina legal reseñados en el razonamiento precedente y debe prosperar el primer motivo del recurso...

#### IV. Arrendamientos de cosas.

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NATURALEZA: *El arrendamiento no ostenta el carácter de derecho real en cuanto a la relación inmediata y directa de la persona con la cosa que caracteriza al derecho real, ya que el arrendatario precisa de la actuación del arrendador para hacer efectivo su derecho, como lo demuestra el artículo 1.554, número 3 y el 1.559 del C. c.*

DESSALOJO DE SUBRENDATARIOS DE UN ANTIGUO ARRENDATARIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *El nuevo arrendatario no se halla legitimado para pedir la resolución de un contrato de subarriendo otorgado por un anterior arrendatario, pues la eficacia de los contratos de arriendo y subarriendo sólo puede quedar anulada a instancia de quien en ella intervino pero no el arrendatario actual. Sólo al arrendador le corresponde la acción para pedir la extinción del arrendamiento anterior que llevaría consigo la del subarriendo. [S. 18 de marzo de 1959; ha lugar.]*

NOTA: Es frecuentísimo en la práctica el supuesto de otorgamiento de un contrato de arrendamiento relativo a local ocupado en todo o en parte por el subarrendatario del antiguo arrendatario; por las razones que se exponen en las máximas jurisprudenciales transcritas es evidente la falta de legitimación del nuevo arrendatario para pedir la resolución del contrato subarrendaticio y subsiguiente desalojo del subarrendatario y aun para ejercitar contra este último la acción de desahucio por precario, ya que ésta supone en el actor un derecho de posesión sobre la cosa, que el nuevo arrendatario no ostensa por el mero hecho del arrendamiento —contrato consensual— sino por la efectiva *traditio* de la cosa arrendada. No es en cambio rigurosamente cierto que sólo el arrendador ostente legitimación para obtener una declaración de extinción del arriendo y subsiguiente desalojo del subinquilino, ya que el propio T. S. en S. de 16 de febrero de 1954 consideró legitimado al efecto al anterior arrendatario otorgante del contrato de subarriendo; véase también una S. de 9 de enero de 1957 en que la acción fué ejercitada conjuntamente por el arrendador y el antiguo subarrendador. (J. P. R.)

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS: INFRACCIONES CONTRACTUALES: *El conocimiento de las infracciones contractuales no supone el consentimiento de las mismas.*

DERECHO DE RETENCIÓN: *El artículo 453 del Código civil no es aplicable al arrendatario, pues éste es sólo poseedor civil de su derecho de arrendamiento y tenedor por el dueño conforme al art. 432 del Código civil, por lo que al extinguirse el arrendamiento retiene la cosa viciosamente.*

CUESTIONES COMPLEJAS EN EL JUICIO DE DESAHUCIO: *La doctrina que estima que sólo procede el desahucio cuando entre las partes no hay otros vínculos que los derivados del arrendamiento, u ocupación en precario, carece de aplicación, cuando por actos del arrendatario se pretende introducir confusión en las relaciones contractuales creando situaciones que, a su arbitrio, harían imposible el juicio de desahucio.*

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA: *La excepción de incompetencia debe ser expresamente alegada y objeto de petición en la súplica de la contestación. [S. 5 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

NOTA: Téngase en cuenta respecto a la máxima jurisprudencial relativa a la incompetencia, la doctrina contenida en la sentencia del T. S. de 2 de enero de 1951 con arreglo a la cual la incompetencia por razón del grado de jurisdicción, en términos generales, puede ser estimada de oficio. (J. P. R.)

3. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CLÁUSULA «EN DEPÓSITO»: *La afirmación que hace la Sala de que el objeto del contrato fué un arrendamiento de industria no se desvirtúa por el hecho de que en una de las condiciones del contrato se exprese que «el locatario recibe todo lo inventariado, en concepto de depósito», toda vez que esta cláusula no tiene otra interpretación que la de constituir una garantía de restitución de toda la maquinaria y enseres, lo que no desnaturaliza la finalidad arrendaticia de la industria.*

DEPÓSITO CON FACULTAD DE USO: COMODATO: *Aunque fuera estimable que dados los términos de dicha condición contractual —es decir, que la maquinaria hubiera sido entregada en concepto de depósito—, el depositario tuviera*

*autorización para servirse de lo depositado en su poder, el pretendido depósito sería entonces comodato, que es esencialmente gratuito, y el haberse pactado un canon mensual prueba que se trata de un arrendamiento de industria. [S. 2 de octubre de 1959; desestimatoria.]*

4. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SOLAR: CONCEPTO: *No existe una noción unitaria de solar.*

FINCA URBANA: HABITABILIDAD: EDIFICACIONES: *Si de la finca urbana no forma parte integrante una edificación, cualquiera que sea la solidez de su fábrica, o la edificación es inhabitable, o siendo habitable, no constituye el objeto principal de la relación jurídica, el arrendamiento queda al margen de la Ley especial, sin que deba preoqupar si la finca, excluida ya de tal ordenamiento, responde al concepto de solar o si la edificación merece la calificación de permanente o provisional. El módulo conforme al que ha de apreciarse la habitabilidad de un edificio es distinto según el destino —vivienda o local de negocio— a que haya de dedicarse. La inhabitabilidad de un edificio ha de referirse al momento de constitución de la relación arrendaticia.*

La HABITABILIDAD EN CASACIÓN: *La cuestión de la habitabilidad, en sus elementos básicos, es de mero hecho, pero en su calificación a efectos del pleito es un problema estrictamente jurídico, pudiendo impugnarse en casación las decisiones sobre tal tema en la vía del art. 1.692 n.º 1 de la L. E. C. [S. 12 de marzo de 1959; ha lugar.]*

NOTA: En el primero de los «Considerandos» de la sentencia se pone de manifiesto la plurivalencia del concepto «solar» al contrastar las concepciones diversas que sobre el particular acusan el Derecho fiscal —arts. 497 y 587 del texto articulado de la Ley de régimen local de 1945— en el Derecho administrativo —art. 1 de la Ley de 15 de mayo de 1945, art. 3 del Reglamento de 23 de mayo de 1947 sobre Ordenación de solares y arts. 63 y 142 de la Ley de 12 de mayo de 1946— y en el Derecho social agrario —art. 2 de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 (art. 2.º, 2, primero del texto refundido de 29 de abril de 1959)—. No tiene ello mayor trascendencia en el Derecho arrendaticio urbano, pues como pone de manifiesto acertadamente la sentencia, saliendo al paso de una preocupación infundada, frecuente en la práctica, la noción de solar es virtualmente irrelevante a efectos de la L. A. U., siendo por ello totalmente incorrecto hablar de arrendamiento de solar como una categoría arrendaticia específica contrapuesta al arrendamiento tolerado por la Ley especial. Son las ideas de edificación y habitabilidad las que sirven para discriminar los arriendos de Derecho común y de Derecho especial en cuanto al objeto sobre que recaen. En cuanto al concepto de habitabilidad, decisivo para la inclusión o exclusión del arriendo en el marco de la L. A. U. nótese el criterio amplísimo de ésta que incluye en su ámbito el arriendo de chozas, chabolas, barracones y casetas (art. 91 L. A. U.). (J. P. R.)

5. CESIÓN DE LOCALES DESTINADOS A DEPÓSITO O ALMACENES: LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL JUICIO PARA OBTENER LA RESOLUCIÓN: *Dichos locales son viviendas según la ley (art. 10 L. A. U. anterior), y si el arrendador pretende la resolución del contrato, para que tal acción pueda prosperar es condición esencial que se demande también al cesionario, quien podrá excepcionar aduciendo el consentimiento del actor (art. 36, L. A. U. anterior).*

ARRENDAMIENTO URBANO: SITUACIONES CREADAS BAJO LA VIGENCIA DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR: INTRODUCCIÓN DE UN CONSOCIO EN EL LOCAL ARRENDADO: *La demandada introdujo en el local litigioso como consocio, hace muchos años, a un pariente suyo, y por tanto la legislación reguladora de tal situación jurídica no puede ser la vigente, sino la anterior.* [S. 21 de octubre de 1959; no ha lugar.]

6. RUINA PARCIAL: RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: *Para que la declaración de ruina de la finca, realizada por la autoridad municipal, ponga fin al arrendamiento y, en consecuencia, carezca el arrendatario de acción para pedir la ejecución de obras dimanantes del arrendamiento, es preciso que la ruina y el desalojo sean totales y, en base a ello, haya ejercitado el arrendador la oportuna acción resolutoria.*

REPARACIONES EN LA COSA ARRENDADA: LEGITIMACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: *Los artículos 1.554 del Código civil y 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente conceden al arrendatario el derecho de pedir las reparaciones u obras necesarias en la cosa arrendada para que continúe sirviendo para lo convenido en el contrato; derecho que el arrendatario podrá ejercitar, siempre que continúe vigente el contrato, tanto si la autoridad competente ha ordenado las obras, como si no ha existido tal orden.* [S. 10 octubre de 1959; estimatoria en parte.]

7. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRA NECESARIA: *Lo es la reparación de la reconocida existencia actual de goteras a fin de conservar el local subierto en el estado de servir para el uso convenido.* [S. 23 de septiembre de 1959; no ha lugar.]

8. L. A. U. DE 1956: INDEMNIZACIÓN AL ARRENDATARIO POR PERTURBACIÓN CAUSADA POR EL ARRENDADOR: *La indemnización del art. 116 de la L. A. U. no puede asimilarse a la de la acción ordinaria de daños y perjuicios, sino que es inherente a la perturbación causada y por el solo hecho de esta última debe decretarse en la cuantía mínima legal.*

COSTAS CAUSADAS AL ARRENDATARIO EN ANTERIOR PROCEDIMIENTO: *La indemnización del art. 116 de la L. A. U. no puede extenderse al pago de las costas impuestas al arrendatario en el procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria, mediante el cual el arrendador perturbó al arrendatario en su posesión, si este último, emplazado en el procedimiento, se abstuvo de comparecer.* [S. 3 de marzo de 1959; ha lugar.]

9. ARRENDAMIENTO URBANO: PERTURBACIONES EN EL LOCAL: *Las acciones que reconoce el artículo 116 en relación con el art. 115 de la vigente L. A. U. en favor del arrendatario contra el arrendador que le haya perturbado en su posesión, para lograr que tal perturbación cese, no se circunscriben al caso de una perturbación parcial que consista en una desposesión limitada de la cosa arrendada, sino que se extienden al caso de desposesión total o despojo de la misma cosa. Esto se desprende de los términos de la Ley y de la lógica más elemental, a la que contraría, ya que cuando la vulneración del derecho*

*del arrendatario fuera limitada, tuviera éste acción para conseguir que la perturbación cesara, y se le negase tal acción cuando la desposesión de la cosa arrendada fuera total o absoluta. [S. 21 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

En el caso discutido, la perturbación derivaba de la falta de entrega de la llave del local. (J. A. P.)

10. DERECHO DE RETRACTO: PERMUTA: *No cabe incluir el contrato de permuta dentro de los casos que el art. 47 de la L. A. U. establece como presupuesto necesario para que proceda la acción de retracto.*

ACCIÓN DE SIMULACIÓN: *Es diferente de la acción de impugnación establecida en el art. 53 de la L. A. U. y habrá de ejercitarse con arreglo a las normas del derecho común.*

ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *No cabe acumular las acciones de simulación y de retracto, conforme al art. 154 de la L. E. C. puesto que el Juez que debe conocer de la acción principal es incompetente por razón de la materia para conocer de la acción acumulada dada la cuantía de ésta. [S. 11 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

11. DERECHO DE RETRACTO: VENTA DE TODA UNA FINCA EXCEPTO EL PISO YA VENDIDO A LA INQUILINA: *Los arrendatarios de los pisos de la finca transmitida no pueden ejercer el derecho de retracto, por no darse la circunstancias de los arts. 63 y 64 de la Ley de 1946, cuando la propietaria sólo vendió un piso a su propia inquilina, y después la totalidad de la finca menos dicho piso a la misma persona. [S. 28 de octubre de 1959; ha lugar.]*

12. DERECHO DE RETRACTO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *El art. 148 de L. A. U. exige la consignación de las rentas en los procedimientos en que puede tener lugar el desalojo de un piso, pero no cuando el inquilino ejercita la acción de retracto que no da lugar a una resolución que imponga el lanzamiento. [S. 29 de junio de 1959, 27 de junio de 1959, 28 de septiembre y 7 de octubre de 1959.]*

13. DERECHO DE RETRACTO: PROCEDENCIA: *En los casos de división de la cosa común, siempre que no se haya adquirido por herencia o legado, artículo 47, 3.º L. A. U. [S. 5 de mayo de 1959; ha lugar.]*

14. DERECHO DE RETRACTO: ORDEN DE PRELACIÓN EN LAS NOTIFICACIONES: *El orden de prelación establecido en el art. 68 de la Ley de 1946 es obligatorio en las ventas sucesivas de pisos de una finca, pero no cuando el propósito de vender todos los de una finca se manifiesta simultáneamente. [S. 6 de junio de 1959; no ha lugar.]*

15. DERECHO DE RETRACTO: NOTIFICACIÓN AL INQUILINO: *Ha de contener todos los requisitos exigidos en el art. 58 de la L. A. U., por lo que si no se expresaba el precio de la transmisión, el inquilino no podrá tener conocimiento*

to de la venta, y en consecuencia no puede servir de base para el cómputo del plazo. [S. 27 de junio de 1959; no ha lugar.]

16. PRÓRROGA FORZOSA: CAMBIO DE ARRENDADOR POR ADQUISICIÓN EN SUBASTA: ARRENDAMIENTO NO INSCRITO: *El adquirente de una finca, por compra en pública subasta, no es tercero respecto al contrato de arrendamiento otorgado por el anterior propietario y aunque el arriendo sea de duración superior a seis años y no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad se halla obligado a respetar el derecho de prórroga forzosa que la L. A. U. otorga al arrendatario, pues es continuador directo de los derechos y obligaciones del arrendador, de quien lo adquirió por compra en escritura formalizada como resultado de un procedimiento ejecutivo.* [S. 6 de mayo de 1959; no ha lugar.]

17. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL ARRIENDO DE VIVIENDA. RENOVACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: *El mero hecho de extender y pasar al cobro un recibo a nombre del inquilino, tras la defunción de éste, no supone una renovación del contrato de arriendo en favor de los ocupantes de la vivienda.* [S. 21 de febrero de 1959; no ha lugar.]

18. TRANSMISIÓN «MORTIS» CAUSA DE LOCAL DE NEGOCIO; CÓNYUGE VIUDO: *A todo heredero único, o conjunto de los varios, concede la L. A. U. la facultad de suceder a su causante en el vínculo locativo, por lo que, mientras la herencia no sea dividida, ninguno de los herederos puede ser lícitamente privado de su derecho a advenir arrendatario en concepto de heredero y menos el cónyuge superstite que, a su calidad de heredero, une la de socio miembro de la sociedad de gananciales en liquidación.*

CARÁCTER DE HEREDERO DEL CÓNYUGE: *El cónyuge viudo es a efectos adquisitivos heredero forzoso aun concurriendo con otros legitimarios, testamentarios o abintestato.* [S. 14 de febrero de 1959; ha lugar.]

19. L. A. U. DE 1947: CONCEPTO DE NECESIDAD: *Basta que, por razonamientos aducidos y por los elementos de prueba aportados a los autos pueda abrigarse la convicción de que no se trata de un mero propósito caprichoso o de mera conveniencia.*

NECESIDAD POR RAZÓN DE MATRIMONIO: *La necesidad surge desde el momento en que el matrimonio vaya a contraerse aunque no se haya verificado todavía.* [S. 27 de febrero de 1959; no ha lugar.]

20. NO USO PARA NEGOCIO: *Si un local no sirve de instrumento a un negocio, el local arrendado deja de ser de negocio, no obstante a ello, la pura vigilancia del local, no permanente, si no se ejercita en él función fabril o comercial. El no uso, para negocio, del local arrendado constituye un cierre tanto en sentido gramatical como jurídico.*

OBLIGACIÓN DE USO DE LA COSA ARRENDADA: *Constituye causa de cumplimiento y consecuentemente de resolución, dejar de usar la cosa arrendada para el cumplimiento del fin a que fué dedicada.* [S. 30 de marzo de 1959; no ha lugar.]

21. NO USO: ACTIVIDADES ACCESORIAS: *El que se mantenga en el local algún empleado encargado de recoger la correspondencia bancaria que se continúa dirigiendo a la antigua sede de la industria, y los recados telefónicos, no constituye actividad principal sino accesoria y de tipo residual que no determina actividad industrial y comercial propiamente dicha.*

IMPUGNACIÓN DE PRESUNCIONES: *La prueba de presunciones sólo puede ser eficazmente impugnada denunciando la falta de realidad del hecho que sirve de base a la deducción del Tribunal o que, éste, al establecerla, no se haya sujetado a las reglas determinantes del criterio humano. [S. 9 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

22. SUBARRIENDO: HECHOS NO CONSTITUTIVOS DEL MISMO: *El que un médico que tiene establecido un consultorio en una vivienda autorice a un delegado de una empresa de artículos ortopédicos para recibir en dicha vivienda a enfermos para la toma de medidas y acoplamiento de aparatos, un día al mes, de diez a una, y bajo la directa presencia del médico inquilino, único poseedor del local, no constituye subarriendo, pues no hay transmisión de goce sino relación profesional entre el médico y el ortopédico.*

OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *El consentimiento del arrendador para la realización de las obras puede prestarse en forma tácita en cuanto la Ley no exige su otorgamiento en forma expresa. [S. 17 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

23. SUBARRIENDO CONSENTIDO: ALCANCE DE LA AUTORIZACIÓN: *El hecho de aceptarse y reconocerse por el arrendador un subarriendo sobre la parte de un inmueble no supone autorización de subarrendar respecto al resto del local. [S. 2 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

24. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1946: LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO: CALIFICACIÓN Y DIFERENCIA DEL HOSPEDAJE: *Las transferencias de uso temporal y oneroso de locales, sin que el «tradens» se obligue a prestar servicios personales al «accipiens», deben reputarse como subarriendos, a diferencia del hospedaje, cuyo objeto es la satisfacción, para el huésped, de la necesidad del esfuerzo ajeno apto para proporcionar las condiciones vitales indispensables de una mansión familiar.*

SUBARRIENDO Y HOSPEDAJE: *La autorización para subarrendar, sin más fin que el crear un inútil intermediario en el tráfico arrendaticio urbano, no puede, sin notoria violencia, estimarse comprendida en la de utilizar lo arrendado como instrumento del trabajo que el arrendatario despliegue en una industria de hospedaje para cubrir necesidades no colmadas íntegramente por el mero uso de un local.*

HOSPEDAJE: PRECIO: *En el contrato de hospedaje, el precio se computa por el número de días o estancias diarias, módulo civil y natural para el normal cómputo de la cuantía del disfrute y de su contraprestación o retribución, que da certeza esencial a ambos objetos del contrato.*

**DECLARACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO:** *Procediendo la resolución del contrato de arrendamiento acordado por una cualquiera de las causas señaladas en el art. 149 L. A. U., puede declararse la misma sin necesidad de analizar por separado la procedencia de cada una de ellas.* [S. 18 de abril de 1959; no ha lugar.]

**CONSIDERANDO:** que «...las transferencias de uso temporal y oneroso de locales inertes, sin que el «tradens» se obligue a prestar ningún servicio personal, ni a realizar actividad alguna que pueda clasificarse de industrial o de trabajo transformador de la materia sobre que actúa, y para que el «accipiens» disfrute, además del uso pasivo o recepticio de espacio, de los activos y positivos beneficios de un hogar que, aun mercenario y normalmente eventual, es el producto que los viajeros y a los que transitoriamente carecen de él en el lugar del contrato, ofrece la industria de hospedaje, cuyo único objeto y exclusivo fin para el huésped es la satisfacción de su necesidad, no de espacio, sino del complejo esfuerzo ajeno que, a virtud de la adecuada organización lo mantiene, en todo momento y sin cuidado propio, apto para cumplir las indispensables condiciones vitales que la mansión familiar proporciona, no pueden reputarse más que como subarrendamientos o arrendamientos de cosa por el arrendatario, y no de hospedaje, dadas las diferencias que caracterizan cada uno de dichos contratos...»

**OBSERVACIONES:** a) La sentencia rechaza la afirmación del recurrente, quien asegura que el contrato pactado era de arrendamiento de local para ejercitar en él la industria de hospedaje y que los contratantes habían estipulado que la facultad de subarrendar formara parte integrante del contenido del ejercicio del hospedaje. El Tribunal Supremo, sobre la base evidente de que los contratos se califican por su naturaleza y no por la voluntad de los particulares, distingue el subarriendo del hospedaje, según la distinta finalidad de ambos: la entrega de local sin servicios en el primero; la prestación de servicios en el segundo, de modo suficiente a suplir los que se hallan normalmente en un ambiente familiar.

b) Esta doctrina se completa con las siguientes notas, afirmadas de un modo indirecto en los Considerandos de la Sentencia:

1. El ocupante de la vivienda, en el contrato de subarriendo, no recibe del arrendatario servicio personal alguno ni el real de abastecimiento de fluido eléctrico.

2. El arrendatario no asume ninguna responsabilidad por custodia de los efectos de los subarrendatarios introducidos en la finca, en contra de lo que sucede en el contrato de hospedaje (art. 1.783 C. c.).

3. En el subarriendo, el precio se pacta por meses. No así en el contrato de hospedaje, en que se computa por días. (F. B. A.)

25. **TRASPASO ILEGAL:** *Para que se dé la causa 5.<sup>a</sup> del art. 114 de la L. A. U. de 1956 sólo es precisa la introducción u ocupación del local de negocio arrendado por un tercero ajeno a la relación arrendaticia creada.* [S. 4 de abril de 1959; no ha lugar.]

26. **LOCAL DE NEGOCIO:** L. A. U. VIGENTE: **RESOLUCIÓN:** *Es doctrina reiterada que la causa resolutoria se produce siempre que la transmisión definitiva del uso del local de negocio arrendado - que necesariamente ha de darse cuando no coinciden la persona del arrendatario y la del ocupante - se rea-*

*liza por modo distinto del autorizado por la Ley, es decir, del traspaso con los requisitos legales, único degitimador, por excepción, de la normal intransmisibilidad de las obligaciones.*

**LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO LEGAL: TRASPASO ILEGAL: INEXISTENCIA DE TRASPASO:** *Traspaso legal es la cesión definitiva —no meramente temporal— y onerosa, concluida con todos los requisitos legales. Si carece de éstos, se produce un traspaso ilegal; y si la cesión o transmisión no es onerosa, no puede calificarse de traspaso, ni legal ni ilegal; casos ambos en que falta el traspaso legal y, por consiguiente, resuelven la relación arrendaticia.*

**LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN: TRANSMISION GRATUITA:** *La sentencia que desestima la resolución de la relación arrendaticia por traspaso ilegal, fundándose exclusivamente en que no consta mediara precio en la transmisión, infringe lo dispuesto en el número 5.º del art. 114 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. [S. 8 de octubre de 1959; estimatoria.]*

**NOTA:** El mismo supuesto —cese en el negocio de uno de los dos coarrendatarios— determinó la resolución del contrato en las sentencias de 19-X-1957 (ADC. XI-4, p. 1.292) y 26-III-1958 (ADC. XI-3, p. 952). La sentencia de 2-III-1958 (ADC. XI-3, p. 951) califica la pretendida donación de un arrendamiento como constitutiva de un traspaso simulado.

27. **TRASPASO ILEGAL: PRESCRIPCIÓN:** *La acción resolutoria por traspaso ilegal prescribe a los quince años, plazo cuyo «dies a quo» es el de la cesión, aunque ésta se haya realizado en época en que no regían las actuales disposiciones de Arrendamientos Urbanos, ya que, conforme al C. c., también podía impugnarse dicha cesión.*

**TRASPASO ILEGAL: LEGITIMACIÓN PASIVA:** *El art. 36 de la L. A. U. de 1947 en cuanto obliga a demandar al cesionario de la vivienda, no es aplicable al caso de resolución de arriendo de local de negocio por traspaso ilegal. [S. 6 de febrero de 1959; ha lugar.]*

28. **TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESUNCIONES:** *La presunción de traspaso que deriva del hecho de ser titular fiscal del negocio persona distinta del arrendatario, queda enervada por el hecho de que documentalmente se haya acreditado que la mercancía que se expende figura a nombre de dicho arrendatario, quedando con ello destruída tal presunción.*

**CONFESIÓN EN JUICIO: VALORACIÓN:** *En la valoración de la prueba de confesión en juicio debe tenerse en cuenta no sólo la redacción clara y precisa de las posiciones sino su contenido, que ha de referirse concretamente a hechos, no pudiendo tomarse en consideración, en cuanto se emiten conceptos jurídicos. [S. 17 de octubre de 1959; ha lugar.]*

29. **TRASPASO ILEGAL: FALTA DE PRECIO:** *La falta de precio en la cesión, lo mismo que la de cualquier otro requisito legal, impide identificarla con el traspaso autorizado por la L. A. U.*

**RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: DURACIÓN DE LA CAUSA RESOLUTORIA:** *La existencia de la causa de resolución, sin sujeción a tiempo, es bastante, una vez instada en tiempo oportuno por el interesado.*

**TRANSMISIÓN PASIVA DE LAS ACCIONES RESOLUTORIAS:** *Como el heredero del arrendatario del local de negocio entra en el uso del local arrendado con las mismas obligaciones que aquél, es evidente que le afectan las causas resolutorias que pudieron invocarse contra su causante. [S. 23 de septiembre de 1959; no ha lugar.]*

**30. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO INCONSENTIDO: PRESUNCIONES:** *El cambio de la titularidad de la contribución industrial de un determinado establecimiento mercantil, induce a la presunción de que se ha verificado un traspaso del negocio radicante en aquél, por ser un signo ostensible de que ha habido un cambio de dueño en el mismo. [S. 21 de septiembre de 1959; no ha lugar.]*

**31. ARRENDAMIENTO URBANO: MODIFICACIONES DE LA ESTRUCTURA DEL LOCAL: TABIQUE DE MADERA:** *Si en realidad lo construido fué un tabique de madera que no está empotrado o sujeto a los muros y suelo, que no han experimentado variación alguna, claro es que tal obra no ha modificado la estructura del local, conforme a reiterada doctrina de esta Sala.*

**SUBARRIENDO PARCIAL:** *No hay subarriendo parcial del local litigioso al Patronato de Apuestas Mutuas Deportivas si la arrendataria demandada colocó en dicho local rótulos de esa entidad, pero sólo la demandada, sin personal alguno dependiente de la susodicha organización, atiende directamente el negocio durante la temporada que funciona dicho Patronato, que ni paga merced alguna por el disfrute «ni para nada posee el local». [S. 20 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

El negocio instalado en el local era una sucursal de la Delegación provincial de Patronatos de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas, y la sentencia recurrida consideraba demostrada la existencia de rótulos, de la taquilla para la venta de quinielas y de las demás instalaciones para ello necesarias. (Estas circunstancias se enuncian en el recurso planteado ante el T. S.) El arrendador instaba, sin éxito, la resolución del contrato de arrendamiento «por subarriendo inconscntido y por obras que modifican la configuración de la vivienda o local de negocio». (J. A. P.).

**32. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS: CONFIGURACIÓN:** *La variación de la disposición que las diversas partes del local arrendado tuvieren al perfeccionarse el contrato, no puede hacerse durante el curso de éste sin contar con la autorización del arrendador. [S. 17 de junio de 1959; ha lugar.]*

**HECHOS:** El actor, propietario de una casa, la cedió en arrendamiento al demandado para destinarla, como lo hizo, a fonda. La cláusula cuarta del contrato establecía que el arrendatario no podría ejecutar obras sin permiso del arrendador. Pese a tal prohibición el demandado había realizado obras

consistentes, fundamentalmente, en la construcción de una chimenea para la instalación de una estufa en la habitación principal destinada a comedor. Para que no se observase el tubo al exterior fué tapada con un tabique en dicha habitación que hacía que la misma tuviese ahora cinco lados en vez de los cuatro que anteriormente tenía. Además, perforaba el techo de la pieza para desembocar en la planta de entrecubiertas o cámara, que atravesaba, y salía al tejado por un sitio en que antes no había tal salida.

El actor alegó en su demanda que con tales obras se había modificado la configuración del local arrendado, invocando la causa 5.<sup>a</sup> del art. 149 de L. A. U. de 1946.

El demandado presentó escrito de contestación consignando en lo esencial los siguientes hechos: Que era primo carnal del actor, que éste le visitaba con frecuencia, siendo recibido en el citado comedor; que el demandante consintió y aplaudió la instalación de la citada chimenea, que se hizo hacia ya más de nueve años, y que incluso admiró el magnífico efecto de la chimenea.

El Juzgado de primera instancia dictó sentencia por la que estimada la demanda, declaró resuelto el contrato de arrendamiento vinculante entre las partes condenando al demandado a desalojar la finca y dejarla a disposición del actor.

Apelada dicha sentencia por la representación del demandado, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia por la que se declara no haber lugar a la demanda de resolución del contrato arrendaticio, no dando a las obras la importancia que realmente tiene.

**OBSERVACIONES:** El problema queda aquí reducido a determinar si tales obras cambian o no la configuración de lo arrendado. Sobre este extremo la Jurisprudencia ha establecido que no puede sentarse reglas generales para fijar el concepto de configuración, porque es preciso distinguir en cada caso singular y concreto. (S. 8 de marzo de 1950; 4 de abril de 1950, etc.).

No obstante se mantiene un criterio rigorista, sin duda para evitar que los arrendatarios, abusando de su derecho, quieran convertir el muy protegido de locatarios por otro bien distinto de propietarios con facultad de disponer.

Podrían aquí citarse varios casos concretos por los que el T. S. ha declarado haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento por levantar un tabique; pero nos parece de más interés recordar la doctrina que contienen las sentencias de 11 de enero de 1954 y 20 de mayo de 1955, que exigen que la obra no sea meramente accidental o de detalle. (A. H. S.).

33. ARRENDAMIENTO URBANO: CONFIGURACIÓN: CAMBIOS MÍNIMOS: *Ni lo accidental ni limitado de la reforma desvirtúa el concepto de configuración que la Ley establece como causa resolutoria del contrato, pues basta para que se produzca el supuesto legal el hecho de la alteración de la estructura o dispositivo de los elementos que forman y dan ser al local para estimar que se ha variado el estado físico del inmueble, por lo que no es dable excluir dichas obras por insignificantes que sean, cuando afecten a la configuración.* [S. 25 de septiembre de 1959; no ha lugar.]

34. ABUSO DE DERECHO: *Quien ejercita un derecho creado directa e inmediatamente por la Ley, que el juzgador, porque lo estima legítimo reconoce, no puede afirmarse que abuse de su derecho.*

**RUINA:** *No obsta a la resolución que la ruina administrativamente declarada afecte a parte y no a la totalidad del inmueble, único objeto del vínculo que, indivisible, no puede sobrevivir sobre uno de sus aislados fragmentos. No se distingue la ruina total de la parcial ni la incipiente de la plena sino únicamente ésta, de la inminente, que obliga a medidas directas de ejecución administrativa sin previa declaración judicial de terminación legítima de la relación de derecho privado. [S. 9 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

**NOTA:** Entendida literalmente la máxima relativa al abuso del derecho conduciría a negar la posibilidad misma de aplicación de dicha doctrina en cualquier supuesto, el abuso del derecho supone un derecho subjetivo reconocido por la Ley, siendo las condiciones subjetivas u objetivas del ejercicio del mismo las que pueden acusar una anomalía que haga preciso negar a tal derecho o, mejor, a su ejercicio, la tutela de la ley. (J. P. R.).

**35. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DOCTRINA LEGAL:** *La infracción de la doctrina legal no es considerada como motivo de revisión por la Ley de 28 de junio de 1940.*

**LEGITIMACIÓN:** *El propietario está legitimado para ejercitar la acción de desahucio, aun cuando la partición en cuya virtud adquirió la finca no se inscriba en el Registro ni conste la inmatriculación de ésta.*

**TERCERO HIPOTECARIO:** *El colono que celebró contrato con el causante del actor no puede ser considerado como tercero protegido por los art. 32, 34 y 313 de la L. H., a los efectos de la acción de desahucio. [S. 12 de noviembre de 1959; Sala 6.ª; no ha lugar.]*

**36. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: UNIDAD DE ARRENDAMIENTO:** *Si la acción de retracto fué ejercitada sobre la totalidad de un caserío, compuesto de 19 fincas, inscritas independientemente, y que el retrayente llevó en un solo arrendamiento, basta que se falte en cualquiera de las fincas o en cualquiera de sus productos a las prohibiciones que establece el art. 17 de la Ley de 1935, para que se declare ineficaz todo lo retraído. [S. 6 de julio de 1959; Sala 6.ª; ha lugar.]*

#### IV. Derecho de familia.

**1. GANANCIAS: ENAJENACIÓN EN FRAUDE DE LA MUJER: ART. 1.413 DEL C. C.:** *Desde que se realiza la enajenación fraudulenta nace para la mujer el derecho a pedir que se declare el fraude, sin tener que esperar a que se disuelva el matrimonio, pues ese derecho de la mujer no significa otra cosa que una especie de información «ad perpetuam» hecha en forma contradictoria, a fin de obtener por medio de una ejecutoria la base necesaria para en el momento de hacerse inventario que previene el art. 1.418 del C. c. se traiga a colación el importe de las enajenaciones ilegales o fraudulentas.*

**GANANCIAS: FRAUDE DE LA MUJER: 1.413:** *La mujer podrá desconocer la existencia del contrato en fraude suyo, si al tiempo de liquidarse la sociedad*

*de gananciales, no quedasen bienes para resarcirse del perjuicio que se la ocasionó.*

**GANANCIALES: FRAUDE DE LA MUJER:** *La cuestión de si hay o no fraude de la mujer es de hecho, y, por tanto, de libre apreciación del Tribunal «a quo».* [S. 29 de septiembre de 1959; no ha lugar.]

**NOTA:** Cfr. Ss. 25 de mayo y 30 de octubre de 1956, 26 de mayo de 1930 y 12 de diciembre de 1929.

**2. SEPARACIÓN DE HECHO: PACTO ENTRE CÓNYUGES EN CONTRA DEL ART. 56 C. C.:** *Es ineficaz el contrato por el que se pacta la separación de hecho de los cónyuges, por estar otorgado con causa ilícita, ya que se opone a la ley y, más ampliamente a la moral.*

**NULIDAD: DESTRUCCIÓN DE LA APARIENCIA:** *Aunque los actos nulos no producen ningún efecto y no es preciso que se impugnen, como se produce una apariencia de realidad, es conveniente destruir esa apariencia, y en tal sentido se reconoce la acción de nulidad o inexistencia.*

**ACCIÓN DE NULIDAD: LEGITIMACIÓN ACTIVA:** *El contrato nulo puede impugnarlo cualquiera que tenga interés en ello.*

**OBJETO DEL CONTRATO: ART. 56 C. C.:** *El incumplimiento de las obligaciones que impone a los cónyuges el artículo 56 del C. c. no puede ser objeto de contrato por tener una causa ilícita.*

**ACTOS PROPIOS: TESTIGO DE CONTRATO NULO:** *La intervención como testigo en el contrato debatido no implica la existencia de un acto propio que le obligue a reconocer su validez.* [S. 30 de septiembre de 1959; no ha lugar.]

**3. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL:** *No ha lugar al reconocimiento solicitado después de la muerte del supuesto padre cuando la acción se deduce una vez transcurridos seis meses del hallazgo del documento; no influye en la caducidad de la acción el error en que se hallaba la recurrente al creerse hija legitimada por subsiguiente matrimonio cuando en realidad sólo era natural de la madre.* [S. 19 noviembre de 1959; no ha lugar.]

**4. NULIDAD DE NEGOCIOS JURÍDICOS: LEGITIMACIÓN PASIVA:** *Para pedir la nulidad de un acto o contrato es indispensable dirigir la acción contra todos los que en él intervinieron como partes o sus causahabientes.*

**ENAJENACIÓN DE BIENES DE MENORES: EL BUQUE COMO COSA MUEBLE:** *No es aplicable a la enajenación de buques el art. 164 del Código civil por referirse éste a inmuebles y ser aquéllos de naturaleza mueble, no pudiendo considerarse vigente el núm. 2 del art. 2.011 de la Ley de enjuiciamiento civil en cuanto se oponga al artículo antes citado.*

**FORMALISMO DEL RECURSO DE CASACIÓN:** *No es eficaz la cita global de una Ley como la de hipoteca naval en la motivación de un recurso de casación.* [S. 16 de marzo de 1959; no ha lugar.]

## DERECHO PROCESAL

## I. Parte general.

1. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: MAQUINACIONES FRAUDULENTAS: *El hecho de haberse obtenido la resolución dirigiendo la acción contra «los herederos, o causahabientes, o familiares dentro del tercer grado» del que fué arrendatario del piso, los que fueron citados por edictos, no entraña fraude, dado que el concepto que éste envuelve, tanto por su acepción gramatical —engaño o violación privada— como en su aspecto jurídico —burlar, eludir o dejar sin efecto la disposición de la Ley— no ha concurrido en el presente caso, pues en ningún momento se ha acreditado que a la propietaria de la casa, ya directamente, en razón a la amistad que unía a las partes, ya por conducto del administrador o simplemente por el portero del inmueble, se le haya dado conocimiento del viaje que los inquilinos emprendieron, ni de un domicilio en el que pudieran hacerse notificaciones pertinentes.*

FRAUDE: PRUEBA: *El fraude debe proceder de hecho extraño al pleito y que haya tenido lugar fuera de los autos. [S. 10 de noviembre de 1959; desestimatoria.]*

2. CONGRUENCIA: *No son incongruentes las afirmaciones contenidas en la sentencia, no solicitadas explícitamente por las partes, pero ínsitas en las respectivas posiciones mantenidas en el litigio por aquéllas. [S. 17 de abril de 1959; no ha lugar.]*

NOTA: En la sentencia recurrida y en su parte dispositiva se afirmó que la finca a que se refería el litigio era urbana, lo que no había sido solicitado expresamente por las partes; sin embargo, como se afirma en la sentencia de casación, la referida naturaleza de la finca era presupuesto necesario de la viabilidad de la acción ejercitada, que prosperó en el proceso. (J. P. R.).

3. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: EXCESO DE PODER: MEDIO ADECUADO DE CUMPLIMIENTO: *La providencia dictada en ejecución de sentencia no resuelve puntos no controvertidos en el pleito ni decididos en la resolución que le puso término, cuando las exigencias que contiene son consecuencia directa y obligada, y el medio adecuado y absolutamente necesario para lograr el cumplimiento de la sentencia que ejecuta.*

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: PODER INTERPRETATIVO: *Asiste a los Tribunales la indeclinable facultad de interpretar los fallos, valiéndose para ello, si fuera necesario, de las consideraciones que le sirvieron de base y fundamento, debiendo tenerse en cuenta, además de los términos de la sentencia recurrida, todo lo que son consecuencias de la esencia jurídica de la situación que resuelven. [S. 26 de septiembre de 1959; desestimatoria.]*

NOTA: La sentencia condenó al recurrente a devolver al río el agua que retenía, bien por desagües o bien por compuertas de su presa, antes de la presa del recurrido, y la providencia dictada para la ejecución de la sentencia anterior especificaba que lo devolviera «removiendo cuantos obstáculos

impidan que las aguas lleven dicho curso, abriendo los correspondientes desagües y compuertas, y cerrando aquéllas que se opongan al aprovechamiento por la presa del recurrido.

4. BENEFICIO DE POBREZA: EMPEORAMIENTO DE FORTUNA: *Tratándose de un litigante que no ha sido defendido como pobre en la instancia, para obtener ese beneficio a fin de interponer o seguir el recurso de casación, no le basta con probar que carece de bienes, sino que es inexcusable acreditar que su falta de medios es debida a circunstancias posteriores a su actuación como rico en el pleito.* [S. 5 de noviembre de 1959; desestimatoria.]

## II. Procesos en especial.

JUICIOS ARRENDATICIOS URBANOS: PERTURBACIONES EN LA POSESIÓN: *Aunque se trate de una desposesión total del local arrendado, como tal caso está comprendido en el art. 116 de la L. A. U., no debe tramitarse el juicio conforme a lo dispuesto en las leyes procesales comunes.* [S. 21 de octubre de 1959; no ha lugar.]

CONSIGNACIÓN INCOMPLETA DE RENTAS: ACEPTACIÓN POR EL ACREEDOR CON RESERVAS: *La aceptación se hizo con la reserva expresa de que no cubría la suma adeudada y, en consecuencia, había de tenerse por ineficaz a efectos del recurso; haciéndose cargo de ella como parte de la cantidad debida, por lo que tal aceptación no extingue la obligación, que sólo se liquida íntegramente cuando se hubiera entregado completamente la cosa, siendo ineficaz la consignación que no se ajuste estrictamente a las disposiciones que regulan el pago.* [S. 8 de octubre de 1959; desestimatoria.]

JUICIO DE DESAHUCIO: COMPLEJIDAD: IMPUGNACIÓN DEL TÍTULO DEL ACTOR: *No es bastante para producir complejidad la simple alegación por el demandado de cuestiones basadas en hechos que no aparezcan rodeados de notas de probada verosimilitud, caso en el que no se encuentra la simple invocación de la nulidad de los títulos del accionante, cuando éstas consisten en escrituras públicas inscritas.* [S. 29 de septiembre de 1959; ha lugar.]

## III. Recursos.

1. RECURSO DE CASACIÓN: INTERPOSICIÓN POR UN COLITIGANTE: EFECTOS: *Siendo dos los condenados por la sentencia recurrida y habiendo recurrido en tiempo y forma únicamente un condenado, la sentencia queda firme en cuanto al segundo, sin que pueda admitirse que aquél puede ejercitar en beneficio de éste el recurso de casación.* [S. 16 de abril de 1959; no ha lugar.]

2. CASACIÓN: DEPÓSITO PREVIO O CAUCIÓN JURATORIA: *Siendo conformes ambas sentencias de instancia, debió constituirse por el recurrente depósito para venir a casación, y si bien es cierto que como pobre está exento de constituirlo, no de prestar caución juratoria de pagar si viniere a mejor*

*fortuna, a tenor del artículo 14, número 4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil. [S. 16 de mayo de 1959; no ha lugar.]*

3. NATURALEZA DE LOS PROCESOS RESOLUTORIOS DE LA L. A. U.: COSA JUZGADA: *La L. E. C. al hablar de juicios posesorios a efectos del recurso de audiencia en justicia del litigante rebelde se refiere a los interdictales y no a aquéllos, como los arrendaticios, que producen la excepción de cosa juzgada.*

RECURSO DE AUDIENCIA EN JUSTICIA DEL LITIGANTE REBELDE EN PROCESO ARRENDATICIO: *Dada la aplicación supletoria de la L. E. C. al proceso especial arrendaticio urbano, es de aplicación, en éste, el recurso de audiencia en justicia del litigante rebelde, regulado en la Ley Procesal.*

DEPÓSITO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Procede devolver al recurrente el depósito constituido, aunque el recurso no prospere, si se trata de asunto en que ha recaído una sola sentencia de instancia, según afirma reiterada doctrina de esta Sala. [S. 22 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

## DERECHO MERCANTIL

1. PROPIEDAD INDUSTRIAL: NOMBRE COMERCIAL: CONFUSIÓN: *Para discernir la semejanza o disparidad de los nombres comerciales y rótulos de establecimientos, ha de atenderse no sólo a características fonéticas, sino también a la posibilidad de producir en el comercio y en el público una confusión susceptible de ocasionar un quebranto.*

*Entre los enunciados «Confecciones Félix» y «Manufacturas Félix» existe la peligrosa semejanza que la Ley trata de evitar.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: NOMBRE COMERCIAL: REGISTRO DE SOCIEDADES Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: *La inscripción en el Registro de Sociedades no puede privar del derecho a vindicar el nombre comercial registrado y a proceder de acuerdo con lo dispuesto en el número segundo del artículo 199 del Estatuto de la Propiedad Industrial [S. 21 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

2. PROPIEDAD INDUSTRIAL: NOMBRE COMERCIAL, RÓTULO Y MARCA: POSESIÓN: *La posesión de los nombres, rótulos y marcas comerciales consiste en que se haya adquirido y registrado legalmente y no en su uso inmediato dentro del límite de su caducidad, ya que su protección se concede no en función del uso, sino en virtud de su registro.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: NOMBRE COMERCIAL, RÓTULO Y MARCA: PLURALIDAD EN UNA MISMA EMPRESA: *Es perfectamente admisible que una empresa tenga a su disposición y preparados para aplicarlos a diferentes negocios, actuales o futuros, diversos rótulos, nombres o marcas comerciales.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCA: CADUCIDAD Y RENOVACIÓN: *Es válida y eficaz la renovación de una marca aun cuando al ser renovada hubieran transcu-*

rrido los cinco años de no uso determinantes de su caducidad, siempre que esta caducidad no hubiera tomado estado oficial. (S. 29 de mayo de 1959; no ha lugar.)

3. LIBROS DE COMERCIO: ÁMBITO DE LA PRUEBA: *El artículo 48 del C. de c. gradúa la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes entre sí, pero no cuando se refieren a terceros; no se aplica este precepto a un crédito netamente de carácter civil.* (S. 6 de abril de 1959; no ha lugar.)

4. TRANSMISIÓN DE VALORES MOBILIARIOS: INTERVENCIÓN DE FEDATARIO: DECRETO DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1936: *Para la recta aplicación del citado Decreto es forzoso distinguir entre perfección, formalización y ejecución o consumación del contrato, siendo evidente que lo que el mismo prohíbe es la ejecución de la operación convenida sin que preceda la intervención de Agente de Cambio o Corredor de Comercio o Notario que autorice la transmisión, pero ello no impide, sino que supone, la previa perfección del contrato, ya que no es racional entender que, cuando no se trate de utilizar los servicios del Agente o Corredor como mediador, hayan de acudir los interesados al mismo sin haber logrado previamente el acuerdo sobre la transmisión de los títulos o valores que hubieran de formalizarse.*

TRANSMISIÓN DE VALORES MOBILIARIOS: DECRETO DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1936: CARÁCTER DE LA NORMA: *Al disponerse en la sentencia que la transmisión de los valores mercantiles objeto de la permuta se realice con intervención de Agente de Cambio y Bolsa, o Corredor de Comercio colegiado, a pesar de que tal formalidad no fué solicitada en la demanda, no viola el artículo 1.279 del Código Civil ni incide en incongruencia, por tratarse del cumplimiento de preceptos que, como los del Decreto de 19 de septiembre de 1959, son de derecho necesario.*

TRANSMISIÓN DE VALORES MOBILIARIOS: FORMALIZACIÓN: IMPUESTOS DEL TIMBRE Y DERECHOS REALES: *Hallándose pendiente de formalización el contrato, será cuando ésta se lleve a efecto, la ocasión de llenar los deberes propios de la legislación fiscal.* (S. 13 octubre de 1959; no ha lugar.)

5. CUENTA CORRIENTE BANCARIA: RESPONSABILIDAD POR EXTRACCIONES REALIZADAS BAJO DOMINIO MARXISTA: *Las cantidades extraídas con el fin de pagar los cupones de los títulos de la Compañía cuentacorrentista, han de incluirse en la excepción prevista en el artículo 3 del apartado c) de la Ley de 12 de diciembre de 1942, que exonera al Banco de la obligación de reponer las extracciones indebidas realizadas bajo dominio marxista.* (S. 5 de mayo de 1959; ha lugar.)

6. CONTRATO DE SEGURO: PÓLIZA: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS DUDOSAS: *Como declara la sentencia de 13 de diciembre de 1934, en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de una póliza de seguro se ha de adoptar, de acuerdo con el artículo 1.283 del C. c., la interpretación más favorable al asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la empresa*

aseguradora y el seguro es un contrato de adhesión. (S. 14 de abril de 1959; no ha lugar.)

7. CONTRATO DE SEGURO: INTERPRETACIÓN DE LA PÓLIZA: *No es aplicable el artículo 1.288 del C. c. a una cláusula de una póliza de seguro cuya simple lectura aleja toda idea de oscuridad en su contenido.* [S. 29 de mayo de 1959; no ha lugar.]

8. QUIEBRA: EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN: *Conforme al artículo 896 del Código de c., corresponde a los Tribunales civiles la calificación de la quiebra tan sólo con el fin de determinar si existen méritos para proceder por la vía criminal; esta calificación no puede tener alcance vinculante para las declaraciones ulteriores de la jurisdicción penal.* [S. 30 de abril de 1959; no ha lugar.]

9. SUSPENSIÓN DE PAGOS: CONVENIO: NATURALEZA JURÍDICA: *Aunque el convenio nace de un concierto de voluntades y puede implicar una transacción, es un negocio jurídico «sui generis» con un marcado carácter público derivado de la intervención judicial la cual tiende a lograr la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados.*

SUSPENSIÓN DE PAGOS: CONVENIO: CONDICIÓN DEL ACREEDOR AUSENTE: *La solución más acomodada al espíritu informador de la Ley y a la equidad, es asimilar la condición del acreedor ausente del convenio, por causas no a él imputables, a todos los concurrentes, sin preferencia alguna sobre los titulares de créditos no privilegiados.* [S. 30 de mayo de 1959; ha lugar.]

## V. Derecho de Sucesiones.

1. COMUNIDAD HEREDITARIA: EJERCICIO DE ACCIONES POR LOS HEREDEROS: ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA: Véase **Sentencia 4 de julio de 1959.**

2. TESTAMENTO EN INTERVALO LÚCIDO: PRESUNCIÓN LEGAL: *La presunción de capacidad ocasional establecida en el artículo 665 del C. c., puede ser destruida por prueba en contrario por no ser «iuris et de iure».* [S. 2 de junio de 1959; no ha lugar.]

3. FIJACIÓN DE LA LEGÍTIMA: *Para la fijación de la legítima se atenderá al valor que tuvieren los bienes en el momento de la muerte del testador.* [Sentencia 18 de junio de 1959; ha lugar en parte.]

4. TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN: *No pueden extenderse las disposiciones testamentarias a más de lo que su tenor literal expresa.* [S. 4 de junio de 1959; ha lugar en parte.]

5. ALBACEAS: DEPÓSITO EN BANCO DE ESPAÑA: *Constituido el depósito a disposición de los albaceas y con la obligación de pagar a éstos los intereses, no*

*puede entrar en juego la representación y Patronato de la Fundación mientras el albaceazgo subsista.*

INCONGRUENCIA: No hay incongruencia en la sentencia meramente absolutoria, de acuerdo con la petición de absolución formulada por el demandado, aunque aquélla contenga, como una de las premisas del fallo, la declaración sobre algún extremo que no fué solicitada por las partes, ni tampoco fué objeto de debate; declaración que, por lo demás, no es el único fundamento en que el fallo se apoya. [S. 30 de octubre de 1959; desestimatoria.]

### III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

#### 1. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de José María de AMUSATEGUI, Abogado del Estado

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *La necesidad invocada como causa de denegación de la prórroga queda acreditada por la sola circunstancia de que la actora ocupe una habitación que comparte con sus hijos teniendo que soportar una convivencia con la titular del arrendamiento y demás ocupantes del piso.* (Sentencia de 22 de junio de 1959: desestimatoria.)

CONSIDERANDO: «Que... cuando se trata de la ocupación por causa de necesidad... las facultades del Tribunal de Suplicación pueden extenderse a apreciar si de los hechos que se declaran probados por el Juez de instancia, resulta la existencia o inexistencia de dicha necesidad, ya que ésta integra un concepto jurídico, y aun para apreciar si la sentencia examina o no cuantos elementos de juicio se requieran para su aplicación, a fin de lograr la más perfecta realización de lo justo: y, como en la resolución que es objeto de recurso, se hace constar con notorio acierto que la necesidad que se invoca como fundamento de la pretensión resolutoria deducida... viene acreditada en razón a que la misma (actora) ocupa una habitación que comparte con sus hijos, teniendo que soportar una convivencia con la titular del arrendamiento y demás ocupantes del piso, es llano que esta circunstancia genera por sí sola la necesidad alegada...»

2. EXENCIONES A LA PRÓRROGA: NECESIDAD: REQUERIMIENTO: *La pendencia de los plazos utilizables por los inquilinos o arrendatarios para ejercitar los derechos de tanteo, retracto o la acción de simulación, no constituyen obstáculo para la formalización del requerimiento, que ha de hacerse con un año de antelación a la interposición de la demanda pidiendo la resolución del contrato por causa de necesidad, pudiendo hacerse el requerimiento desde el momento en que el adquirente consuma la adquisición de la cosa arrendada.* (Sentencia de 1 de marzo de 1959: desestimatoria.)

3. CESIÓN: PRUEBA: *La ausencia por tiempo determinado de la titular arrendaticia al extranjero y la introducción en la vivienda de otras personas de su familia que no se prueba convivieran con ella con anterioridad a su salida de España, integra una cesión total de la vivienda, prohibida por la LAU.* (Sentencia de 4 de junio de 1959: estimatoria.)

CONSIDERANDO: «Que... los hechos probados, a pesar de su insuficiencia e imprecisión, demuestran que la arrendataria está ausente del piso de que es titular, y que, desde que se marchó, la ocupan otras personas de su familia que no se ha estimado probado que vinieran conviviendo con ella...»

CONSIDERANDO: «Que... la ausencia de la titular arrendaticia al extranjero y la introducción en la vivienda de otras personas... integra una cesión total de la vivienda... sin que sean suficientes a desvirtuarla: a) la indeterminación del tiempo de duración de esa ausencia, porque en autos está acreditado que la titular arrendaticia abandonó el piso en marzo de 1957 y aún no

regresó...; y b), el hecho... de que usan y utilizan el piso las personas que integran la familia de la inquilina, porque como no afirma desde cuándo conviven con ella, ni si ya estaban antes de ausentarse... al extranjero, hay que estimar como probado lo que en este particular estimó el Juez Municipal...; o sea, que el hijo de la arrendataria, aunque había convivido con ella en el piso litigioso, lo abandonó cuando se casó y se fué a vivir a Pozuelo de Alarcón, y regresó al piso nuevamente, después que se fué de él su referida madre.»

CONSIDERANDO: «Que, a mayor abundamiento..., la inactividad de los actores frente a la situación de hechos creada por la titular arrendataria —ausencia suya en marzo de 1957 e introducción de su hijo y su hermana en la vivienda, a la que llevaron los muebles del primero—, podría interpretarse como constitutiva de tolerancia frente a semejantes hechos, que vendría a legalizar esa cesión, y, además, si persistía durante dos años a partir de la introducción de (el hijo) en el piso litigioso, produciría la caducidad de la acción de que podrían haber estado asistidos los recurrentes para atacarla; es decir, que frente a la pretensión que actuasen los propietarios, dentro de los dos años siguientes a aquella entrada en el piso, los demandados podrían alegar que no había habido cesión, y conseguirían su absolución —si se seguía la tesis de la sentencia recurrida—; y frente a la pretensión que se actuare después de esos dos años, podrían alegar la caducidad de la acción conforme al artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y convalidarían su situación.»

CONSIDERANDO: «Que... en los casos de subarriendo, cesión o traspaso no es dable exigir al arrendador una prueba completa sobre el negocio jurídico que generalmente se desarrolla en la clandestinidad y con posibilidad de confabulación entre los intervinientes para disimularlo y desfigurarlos...»

CONSIDERANDO: «Que... se entiende que los hechos que estima probados la sentencia recurrida, son constitutivos de una verdadera cesión...»

OBSERVACIONES: Es de destacar el sentido práctico de esta sentencia en cuanto que, ante una situación de hecho confusa y de derecho no contemplada específicamente por la norma, se abre camino con criterio acertado y justo. En primer término, aborda la reconstrucción, a base de pruebas indirectas, de un negocio jurídico de cesión. En segundo lugar, pondera las consecuencias injustas y absurdas a que conduciría la no estimación de la misma cesión. Y, por último, se decide por la figura de la cesión, rechazando la posibilidad del subarriendo que alternativamente postulaba el recurrente. Posiblemente es en esta parte final donde el juzgador abandona toda construcción jurídica de la cuestión litigiosa, y decide lisa y llanamente conforme a su prudente criterio, por entender seguramente que, a falta de datos precisos, resulta más complicada y difícil la configuración de un contrato de subarriendo que el reconocimiento de la cesión que, como mínimo, viene denunciada exteriormente por la misma situación fáctica que se contempla.

La doctrina que aquí se sustenta es de notable interés, pues permite salir al paso frente a situación de dudosa calificación que fácilmente puede plantearse. Principalmente, se ofrece a consideración el caso del arrendatario que abandona su vivienda dejándola ocupada por terceras personas. Como la vivienda continúa ocupada, no puede utilizarse la causa tercera de excepción a la prórroga (art. 62, 3.<sup>o</sup>), y como no existen pruebas terminantes

de cesión o subarriendo, tampoco parece viable, en principio, pedir la resolución del contrato por las causas 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del artículo 114. La solución justa y acorde con la finalidad de las normas contenidas en la LAU, es la que se postula en la sentencia que nos ocupa, en el sentido de entender consumada la cesión y entrar, en consecuencia, a calificarla de lícita o ilícita, según se cumplan o no los requisitos exigidos por el artículo 24, y, en su caso, examinar si han transcurrido los dos años que establece el artículo 25 para la caducidad de la acción del arrendador.

4. **SUBARRIENDO:** *La cesión temporal por mensualidades y mediante precio cierto, del goce o disfrute de unas habitaciones cedidas por un portero, que las disfruta por razón de su cargo, a una tercera persona ajena a toda relación con el propietario del edificio, constituye una relación arrendaticia derivada o de segundo grado, análoga al subarriendo y comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.* (Sentencia de 2 de abril de 1959: estimatoria.)

CONSIDERANDO: Que la exclusión que de su ámbito hace la citada Ley especial (L. A. U.) de los asuntos a que se refiere el número tercero del artículo segundo (1) está justificada por no tratarse de una relación arrendaticia pura, la que existe entre la empresa urbana y el portero a su servicio, sino que el goce de la vivienda es elemento integrante de un contrato complejo de prestaciones diversas interdependientes, de carácter fundamentalmente laboral, teniendo este mismo carácter la causa del contrato.

CONSIDERANDO: Que la situación es muy diversa en el presente caso porque ni los elementos subjetivos actúan con el mismo carácter, ni las prestaciones son las mismas, ni existe otra cosa común con el supuesto anterior que el objeto de la posesión o goce temporal; por el contrario, aquí no son los elementos personales una empresa y su dependiente, sino dos contratantes bajo un pie de igualdad; el contenido del contrato no es complejo, sino que sus prestaciones son las mismas que caracterizan el contrato de arrendamiento: goce de una cosa mediante tiempo determinado y precio cierto; por consiguiente, no estamos ante el supuesto contemplado por el número tercero del artículo segundo, sino ante el caso de una relación arrendaticia típica de las comprendidas en el artículo primero de la propia Ley.

CONSIDERANDO: Que si... se estimase que técnicamente no puede hablarse con propiedad de subarriendo mientras no se apoye sobre un previo arrendamiento, aun así, habría de aplicar en el presente caso las normas del subarriendo por una razón de analogía al amparo del artículo octavo de la Ley de Arrendamientos Urbanos (2) por concurrir todos los requisitos para su aplicación; a saber: una situación similar de hecho, una igualdad jurídica esencial entre los dos supuestos, el de autos y el subarriendo, y falta de prescripción expresa para regular estas identidades.»

(1) «Se excluye también (del ámbito de aplicación de la L. A. U.) el uso de las viviendas y locales que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios tuvieren asignados por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.»

(2) «En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que esta Ley regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía.»

## 2. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

### I. Derecho civil.

1. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA EJERCIDA POR EL SUBARRENDATARIO: *El contrato de inquilinato no pierde su carácter, por la circunstancia de que el subarrendatario ejerza en la vivienda una pequeña industria doméstica.* (Sentencia de 3 de noviembre de 1959: no ha lugar.)

NOTA: Esta sentencia hace una racional aplicación analógica del artículo 4 de la LAU, al extender al subarrendatario, la franquicia que para el ejercicio de pequeña industria doméstica otorga el citado artículo al inquilino y próximos parientes.

2. REVISIÓN DE RENTA SUBARRENDATICIA: *No es viable la revisión de la renta subarrendaticia si la acción se ejercita tras la extinción del subarriendo.* (Sentencia de 13 de noviembre de 1959: no ha lugar.)

3. SUBARRIENDOS PRIVILEGIADOS: NECESIDAD DE SU NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *La notificación al arrendador, impuesta por el artículo 18 de la LAU para la eficacia, sin necesidad del consentimiento de aquél, de ciertos subarriendos limitados en número, es necesaria, aunque la subarrendataria sea una hermana del inquilino o cualquier otro pariente que constituya familia independiente.* (Sentencia de 20 de octubre de 1959: no ha lugar.)

NOTA: Se basa esta sentencia en la doctrina, muy difundida, aunque muy discutible, según la cual, deben reputarse subarrendatarios todos los familiares del inquilino que con él convivan, sin formar una unidad de economía doméstica con el mismo.

4. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CADUCIDAD: *Ocupada la vivienda desde el primer momento del contrato no por el arrendatario, sino por un hijo de éste, debe presumirse la existencia de una cesión, a la que es aplicable el plazo de caducidad de dos años.* (Sentencia de 10 de noviembre de 1959: ha lugar.)

NOTA: En cuanto a la aplicación del plazo de caducidad a las subrogaciones irregulares entre parientes, reitera esta sentencia la doctrina de otras muchas, por ejemplo, de las de 7 y 13 de octubre del propio año y Sala.

5. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: NOTIFICACIÓN POR EL REPRESENTANTE LEGAL: *La madre de una hija natural menor de edad, tiene derecho a realizar en representación de su hija, la notificación al arrendador, necesaria para que aquélla se subrogue en el derecho arrendaticio correspondiente a su difunto padre.* (Sentencia de 6 de octubre de 1959: no ha lugar.)

6. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: CONCEPTO DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: *La notificación fehaciente no ha de entenderse en el sentido de que en la misma ha de mediar un fedatario público, sino que basta que conste que el arrendador haya conocido y aprobado la subrogación. Si el administrador, marido de la actora, asistió al entierro del inquilino y le fué notificada la subrogación a favor de la demandada, a la que prestó su aprobación, no puede considerarse que exista causa de resolución.* (Sentencia de 6 de mayo de 1959: no ha lugar.)

7. SUBROGACIÓN DE VIVIENDA MORTIS CAUSA: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN: *El pago de rentas, por el subrogado, durante dos años, no equivale a la notificación fehaciente de la subrogación.* (Sentencia de 14 de octubre de 1959: no ha lugar.)

8. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: *No basta la prueba testifical para entender cumplida la notificación fehaciente exigida por la LAU para la eficacia de la subrogación arrendaticia «mortis causa» de vivienda.* (Sentencia de 12 de diciembre de 1959: ha lugar.)

9. NECESIDAD DE VIVIENDA: *La «necesidad» de vivienda es un concepto jurídico revisable en suplicación.* (Sentencia de 10 de diciembre de 1959: no ha lugar.)

10. NECESIDAD DE RESIDIR EN UNA DETERMINADA POBLACIÓN: *Debe equipararse a la población en que radica la finca, el barrio que, aun perteneciendo a otro Municipio, linda con la primera y forma físicamente un solo núcleo urbano con ella.* (Sentencia de 14 de octubre de 1959: no ha lugar.)

11. NECESIDAD: *Del establecimiento de un comercio en una localidad, deriva la necesidad del empresario del mismo de habitar en ella.* (Sentencia de 3 de julio de 1959: no ha lugar.)

12. NECESIDAD: PROPIETARIO DE VIVIENDA QUE VIVE COMO SUBARRENDATARIO: *El propietario de una vivienda que está realquilado en condiciones infrahumanas puede invocar la situación de necesidad.* (Sentencia de 9 de octubre de 1959: no ha lugar.)

13. NECESIDAD: CAUSAS ATÍPICAS: *La enfermedad que exige tratamiento de reposo en ambiente de alta montaña y la reducidísima pensión que cobra la beneficiaria son causa bastante para justificar la necesidad de casa propia.* (Sentencia de 10 de diciembre de 1959: no ha lugar.)

14. NECESIDAD: SELECCIÓN: CONCEBIDO: *El meramente concebido no puede considerarse como nacido a efecto de ser tenido en cuenta en el cómputo de familiares para la selección de vivienda en la denegación de prórroga por necesidad.* (Sentencia de 2 de diciembre de 1959: no ha lugar.)

15. NECESIDAD: TIEMPO AL QUE HA DE REFERIRSE LA SELECCIÓN: *Las circunstancias de selección deben referirse al tiempo de realizarse el requerimiento denegatorio de prórroga, siendo intrascendente toda modificación ulterior.* (Sentencia de 24 de noviembre de 1959: no ha lugar.)

16. NECESIDAD: REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: *No es preciso que en el requerimiento se expresen todas y cada una de las circunstancias de posposición concurrentes en los demás inquilinos, si de modo claro viene a indicarse que no hay otros en las mismas circunstancias de prelación.* (Sentencia de 26 de octubre de 1959; ha lugar.)

NOTA: En el requerimiento se decía textualmente: «Si me he dirigido a usted para pedirle el piso, ha sido porque es el que más tiempo permanece deshabitado de la casa y se emplea generalmente como oficina.»

17. NECESIDAD: REQUERIMIENTO DENEGATORIO EN FORMA FEHACIENTE: *Es indiferente la forma en que el requerimiento puede adquirir la cualidad de fehaciente, debiendo considerarse cumplido el requisito si se reconoce la autenticidad de la carta testimoniada y certificada postalmente por un fedatario público.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1959; no ha lugar.)

18. NO OCUPACIÓN DE VIVIENDA: *La «no ocupación» constituye un concepto jurídico cuya apreciación es revisable en el recurso de suplicación.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1959; no ha lugar.)

19. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: *Si el arrendador viene percibiendo, según se infiere de los recibos de alquiler, un incremento mensual por «realquilados» no es procedente resolver el contrato por razón de subarriendo inconstituido.* (Sentencia de 22 de junio de 1959; no ha lugar.)

20. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS BONIFICABLES: RÉGIMEN APLICABLE: *La legislación de viviendas bonificables ha sido sustancialmente derogada y sustituida por la de Viviendas de renta limitada.*

SUBARRIENDO DE VIVIENDAS BONIFICABLES: *El artículo 18 de la LAU que permite el doble subarriendo sin necesidad de consentimiento del arrendador, no es aplicable al arriendo de viviendas bonificables, pero el subarriendo de éstas no constituye causa de resolución si no recae previamente resolución de los organismos superiores de la Vivienda, declarando que el subarriendo ha constituido una infracción grave.* (Sentencia de 21 de octubre de 1959; no ha lugar.)

NOTA: En sentido análogo una sentencia de la misma Audiencia de 16 de enero de 1957.

21. OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CIERRE DE GALERÍA: *El cierre de una galería, antes abierta, mediante la colocación de vidrieras, modifica la configuración.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1959; no ha lugar.)

\*22. OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA: *Alteran la configuración el recubrimiento de los paramentos verticales con piezas de táblax y el entremado horizontal limitativo de la altura formado a base de «plata» vigueta» de madera y listones ya que, con la reforma efectuada, el local arrendador ha perdido la unidad del espacio y las antiguas líneas.* (Sentencia de 7 de julio de 1957.)

23. RESOLUCIÓN POR REALIZACIÓN DE OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *No es causa de resolución la realización de obras exigida por el destino contractualmente asignado a un local, como son las de instalación de un cámara frigorífica en el local arrendado para destinarlo a comercio de comestibles al por mayor; máxime, si la instalación fué ordenada por la Inspección Provincial Veterinaria.* (Sentencia de 14 de octubre de 1959; no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: *Altera la configuración el cegamiento de un tramo de escalera, rellenándolo con diversos materiales y construyendo un pavimento encima.* (Sentencia de 3 de julio de 1959; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: *La conversión de una habitación en dos cambia la configuración de la vivienda.* (Sentencia de 27 de octubre de 1959; no ha lugar.)

26. OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: INSTALACIÓN DE CUARTO DE ASEO: *La transformación de una habitación en cuarto de aseo, mediante la instalación en aquella de lavabo, ducha y bidet es causa de resolución.* (Sentencia de 22 de octubre de 1959; no ha lugar.)

27. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR EJERCICIO DE ACTIVIDADES INCÓMODAS: *El concepto de incomodidad no debe enmarcar las molestias tolerables consecuencia directa de la explotación del negocio, de cafetería en el caso de autos, según su peculiar naturaleza, no pudiendo considerarse como molestia intolerable el que en ella se hable por la noche en alta voz y el ruido de los vehículos de los clientes al abandonar el local.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1959; no ha lugar.)

28. SUBARRIENDOS ANTERIORES A LA VIGENCIA DE LA LAU DE 1955: EFECTO DEL MATRIMONIO DEL SUBARRENDATARIO: *El hecho de que el subarrendatario conviviente con el inquilino haya contraído matrimonio, pasando a vivir con él su cónyuge, con posterioridad a la entrada en vigor de la LAU de 1955, no determina la resolución del contrato de arrendamiento si el subarriendo en cuestión se hallaba amparado por las disposiciones transitorias de la referida Ley.* (Sentencia de 5 de octubre de 1959; ha lugar.)

NOTA: Con arreglo a la Disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de la vigente LAU, las situaciones jurídicas creadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 de la anterior LAU—subarriendos tolerados—subsistirán mientras sigan conviviendo con el inquilino las mismas personas extrañas a su familia que con él convivieren el día de entrada en vigor de la LAU de 1955. Con indudable acierto la Audiencia de Barcelona ha entendido que no obstará a tal subsistencia el matrimonio de alguno de los convivientes con el inquilino y el hecho de que el cónyuge de aquél pase a habitar también en la vivienda.

29. PROHIBICIÓN DE DEDICAR A OTROS FINES LOS LOCALES DESTINADOS ANTERIORMENTE A HOGAR FAMILIAR: *Dado que el contrato de hospedaje tiende a satisfacer idénticas necesidades que el contrato de inquilinato, no cabe*

*extender la prohibición de destinar a otros fines los locales inicialmente destinados a hogar familiar, a la conversión de vivienda a local destinado a hospedaje.* (Sentencia de 26 de octubre de 1959; no ha lugar.)

30. SUBARRIENDO: PRUEBA DE SU EXISTENCIA: PRESUNCIONES: *En las relaciones entre subarrendador y subarrendatario no es aplicable la doctrina jurisprudencial sobre presunción del subarriendo por el simple hecho de la introducción de un tercero en la cosa arrendada, siendo preciso que en los procesos entre subarrendador y subarrendatario se pruebe cumplidamente, de manera directa o indirecta la existencia del contrato y de cuantos requisitos lo integran.* (Sentencia de 21 de octubre de 1959; no ha lugar.)

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA Y FINALIDAD: *El recurso de suplicación tiene como finalidad la unificación de criterios en las Audiencias Territoriales, siendo de alcance más limitado que el de casación por infracción de Ley y doctrina.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *Se da este recurso por infracción de ley y doctrina en materia arrendaticia, comprendiendo los seis primeros números del artículo 1.692 de la L. E. C.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1959: no ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FINALIDAD: LIMITACIÓN DE MOTIVOS INVOCA- BLES: *El recurso de suplicación instaurado para la unificación de los criterios judiciales sólo se da contra los errores «in iudicando», nunca con los que afectan al procedimiento y tan sólo en los casos en que se trate de violación de la LAU o de normas de Derecho sustantivo íntimamente ligadas al problema arrendaticio planteado al órgano jurisdiccional.* (Sentencia de 21 de octubre de 1959: no ha lugar.)

NOTA: En una S. de 14 de octubre de 1959 se afirmó también que el recurso no se da contra errores procedimentales.

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FINALIDAD: INVOCACIÓN DE PRECEPTOS DEL C. C.: *La infracción de preceptos del Código civil nada tiene que ver con la materia propia del recurso de suplicación, que es lograr la unidad territorial en la interpretación de la LAU.* (Sentencia de 16 de octubre de 1959: no ha lugar.)

4. PROCESOS ESPECIALES ARRENDATICIOS: CUESTIONES AL MARGEN DE LA LAU: *La acción ejercitada por el arrendatario contra el arrendador, en reclamación de la entrega de la cosa arrendada, queda al margen de la LAU y no puede ejercitarse por los cauces procesales señalados en ésta.* (Sentencia de 14 de octubre de 1959: no ha lugar.)

5. ACCIÓN DECLARATIVA DE MEJOR DERECHO A LA SUCESIÓN DE VIVIENDA: LEGITIMACIÓN PASIVA: *No es necesario demandar al arrendador al ejercitar la acción declarativa de preferencia de derecho a la «subrogación mortis causa» en el arrendamiento de vivienda, e infringe el artículo 58 de la LAU de 1956 la sentencia que anula la dictada en primera instancia, por no haberse llamado a la «litis» al arrendador.* (Sentencia de 28 de febrero de 1958: ha lugar.)

# SUMARIO

## 1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *El derecho al secreto de la correspondencia epistolar*. 1960-1-3

FERRANDIS VILELLA, José: *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*. 1960-1-37

MOZOS, José Luis de los: *“La renuncia a la sociedad legal de gananciales”*. 1960-1-63

## 2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Ámbito y duración de la acción nacida del artículo 138 del Código Civil*. 1960-1-173

## 3. VIDA JURÍDICA

## 4. BIBLIOGRAFÍA

## 5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## 6. JURISPRUDENCIA.

