

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 XVI
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMLXIII

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.

Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima (*)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario

SUMARIO: I. *Planteamiento*: ¿En qué consisten las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima.—II. Denominaciones aplicadas a estas cautelas: *Socini, Gualdensis, Durantis, Angeli, Decii, Cumani*.—III. Origen de esas cautelas y sus diferentes aplicaciones y fórmulas.—IV. Soluciones que la Historia del Derecho y el Derecho comparado ofrecen para los supuestos de atribución *mortis causa* de mayor *quantum* y menor *quale* de lo debido por razón de legítima.—V. ¿Son necesarias las cautelas testamentarias expresas de opción en compensación de la legítima, para que el legitimario no exija acumulativamente el mayor *quantum* además del *quale* a que tiene derecho? A) Supuestos admitidos de compensación forzosa del mayor *quantum* con el menor *quale*. B) Supuestos de opción forzosa *ex iure*.—VI. ¿Son lícitas, válidas y eficaces esas cautelas? A) *Objeciones a su validez*: a) Objeciones de carácter general. b) Objeciones a los supuestos en que la cautela esté formulada como una sanción o imposición de pena, que priva del exceso sobre la legítima atribuido testamentariamente al legitimario que no acepte un gravamen sobre su legítima. B) Argumentos esgrimidos a favor de su validez. C) Cuestiones que suscita la aplicación de estas cautelas al tercio de mejora.—VII. Las cautelas de opción compensatoria de la legítima en el Derecho positivo y la Jurisprudencia española.—VIII. Requisitos para la eficacia de estas cautelas. A) Atribución al legitimario de un mayor *quantum* del legalmente debido al mismo. B) Expresa imposición del gravamen incluso sobre la legítima. C) Imposición expresa por el testador de la absoluta incompatibilidad de reclamar la legítima y recibir, además, lo atribuido *ultra legítima*. D) Aceptación por legitimario por la atribución testamentaria con su gravamen.—Supuestos: a) de aceptación de legado en lugar de la legítima o de prelegado; b) de aceptación de mayor cuota hereditaria.—¿Cabe señalar plazo para ejercitar la alternativa?—¿Cabe aceptar con reservas?—Planteamiento actual de estas cuestiones.

(*) El presente trabajo reproduce el discurso de su autor en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 27 mayo 1963, y es síntesis de otro más amplio a publicar en los volúmenes conmemorativos del centenario de la Ley Orgánica del Notariado.

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

En la frontera indecisa y fluctuante entre la voluntad del testador y las legítimas es donde vamos a situarnos en este estudio. Zona polémica en la cual el interés y la voluntad del legitimario pueden resultar decisivos a favor del predominio de la intención del causante y del repliegue elástico de las normas prohibitivas, que —en definitiva— solamente están orientadas a proteger el interés del propio legitimario.

En el fondo es ésta la mecánica de las cautelas de compensación legitimaria.

Las legítimas tienen cuantitativamente y cualitativamente fijado su contenido por la norma. Tienen predeterminado *quantum* y *quale* (1). Siendo así:

¿Puede el testador ofrecer mayor *quantum* a cambio de merma en el *quale* legitimario? ¿Puede ofrecer al legitimario una opción para que éste elija el *quantum* y el *quale* mínimos prefijados o bien un *quantum* mayor con gravamen en el *quale*? ¿Podrá, en estos casos, el legitimario a quien se plantea esta elección salirse fuera de los términos únicos que tiene esta alternativa de la cual se le hace único árbitro? ¿Le queda o no, además, la posibilidad jurídica de elegir una *tertía via media*, aunque el testador no se la haya brindado ni la haya querido?

He ahí la cuestión que vamos a tratar...

Pero antes de entrar propiamente en ella creemos conveniente hacer dos breves observaciones semánticas y otra histórica.

(1) La distinción entre gravamen de la legítima *in quantitate et in qualitate* ya la hallamos en el siglo xv en Bartolomé Salyceto (In secunda super III et IV Codicis partem". Lib. III. Tit. *De inoff. testamen.*, l. *Quoniam in prioribus*, núm. 8 (cfr. ed. 1541, fol. 140), quien la remite al boloñés de principios del siglo xiv, Iacobus Butrigarius, maestro de Bartolo, *in quodam consili.* En el siglo xvi hallamos la misma distinción en los autores castellanos Rodrigo Suárez («Repetitio legis Quoniam in prioribus". Ampl. X, núms. 8, 47 y 48 —cfr. Opera Omnia, ed. postrima Douaci, 1614, págs. 413, 425 y sigs.); Jacobo Valdés (*Aditio* a los citados textos de Rodrigo Suárez, Ampl. X, núm. 48, letra P, ed. cit., pág. 438) y Juan del Castillo Sotomayor («Quotidianorum Controversiarum Iuris", lib. V, *De Coniecturis et Interpretatione Ultimarium Voluntatem*, cap. CVII, núms. 60 y 66 y sigs.—cfr. ed. Nova, Colloniae Allobrogum, 1752, págs. 753, 772 y sigs.). Recientemente ha sido redescubierta por Domenico Barbero («L'usufructo e i diritti affini"—Milán, 1952—, núm. 98, I, págs. 394 y sigs.).

I

La primera se refiere a la denominación enunciada: "*cautelas de opción compensatoria de la legítima*".

La palabra "*cautela*", según el Diccionario de la Real Academia Española, puede significar: "*Precaución o reserva con que se procede*", o bien: "*Astucia, maña y sutileza para engañar*". Esa duplicidad de significado nos indica la existencia de dos clases de *cautelas* y nos inicia en la posibilidad de una problemática para clasificar, en una u otra especie, las *cautelas* que se establezcan.

La misma dualidad es observada por Brugi (2) al distinguir las genuinas y leales cautelas a las malévolas y frívolas. Las cautelas —dice— son enseñanzas de los juristas en torno al modo de concluir prudente y exactamente los actos jurídicos o de escapar a las consecuencias demasiado rigurosas de los principios de derecho. "La importancia de las cautelas —explica— deriva del hecho mismo de que interpretar las normas jurídicas, más en su espíritu que en su letra, es arte difícil, no al alcance del vulgo. Se puede..., con laudable fraude de la letra de la ley, salvar su espíritu y hacer triunfar la equidad... La cautela es, pues, un arma de doble filo, puesto que utilizada en fraude de la ley puede conducir a los astutos o a los deshonestos a conculcar las prohibiciones de ésta, aun fingiendo respetarla."

De las cautelas malévolas en fraude de la ley se ha ocupado nuestro querido maestro Federico de Castro (3).

A nosotros lo que específicamente nos interesa es precisar el concepto genuino de las que intitula cautelas leales. "Cautela —hemos dicho siguiendo nuestro Diccionario— es precaución y reserva con que se procede." Según el mismo Diccionario, "*Precaución*" es: "Reserva, cautela, para evitar o prever los inconvenientes, embarazos o daños que puedan temerse"; y "*Reserva*", en el sentido que aquí nos interesa, es: "precaución [de una cosa] para que sirva a su tiempo". "*Buena cautela*" —también según el Diccionario en la voz Cautela— es: "igual a buen consejo, referencia que recomienda prevenirse con tiempo de los daños que puedan sobrevenir".

Tratamos aquí de precisar qué precaución, qué prevención, es la que caracteriza las cautelas de compensación legítima y cuál es el daño o inconveniente que con ellas quiere prevenirse y contra el cual se quiere precaver.

Hemos anticipado antes que las legítimas tienen predeterminado su *quale* y su *quantum*, y que el testador puede querer disponer a

(2) Biagio Brugi, voz "Cautela", en "Il Digesto Italiano", vol. VII (Turín, 1887-1896), pág. 657.

(3) Federico de Castro y Bravo, "Derecho Civil de España", Parte General", vol. I, parte V, cap. I, 3 a (cfr. 3.ª ed., Madrid, 1955, pág. 603). De ese tipo es la cautela —tal vez la más antigua conocida— relatada por Odofredo, al explicar el Codex I-II, 1 § 1.º, pág. 7 A, aconsejando no utilizarla para no poner en riesgo ne salvación del alma (cfr. Nino Tamassia "Odofredo"—Bologna, 1894—, pág. 54, y Biagio Brugi al comentar esta obra de Tamassia en "Archivio Giuridico", vol. LIV, año 1895, pág. 105).

favor de un legitimario de un *quantum* mayor pero con gravamen en el *quale*. La cautela de aquél, en este caso, consiste en evitar que éste reciba ese exceso cuantitativo sobre el *quantum* legalmente exigido y, a la vez, reclame todo el rigor del *quale* preñado por la norma. Es decir, que, en suma, quede más beneficiado de lo que la ley exige al testador y en mayor grado de lo que éste quiso. En otras palabras: se trata de prevenir la posibilidad de que el legitimario obtenga una suma total mayor que la exigida por la ley y de la querida por el causante.

Para ello cabe en lo previsible que éste conceda una opción a aquél para elegir aquello que estrictamente la ley le garantiza como un mínimo forzoso, o bien contentarse con recibir lo que el testador le ofrece, aumentando en el *quantum* y reduciendo en el *quale*.

Pero, ¿es necesario recurrir a esa cautela para evitar aquella acumulación no querida por el testador ni exigida por la ley? Si tal compensación del exceso en el *quantum* con el defecto del *quale* no opera *ex iure*, ni la elección entre uno y otro término es exigida expresamente por la ley o tácitamente por el ordenamiento jurídico, entonces su previsión por el testador será necesaria para evitar aquella acumulación.

Reconocida su utilidad, aún cabe preguntar si será posible su empleo y si no resultará éste antijurídico. Y, en caso de ser válido: ¿a qué requisitos deberá acomodarse su disposición?

He ahí las preguntas que tendremos que contestar para cumplir la tarea que acometemos.

Esta delimitación de las *cautelas de opción compensatoria de las legítimas* precisa nuestro tema. Quedan fuera de él, por consiguiente, aquellas cautelas dirigidas a impedir toda impugnación del testamento o de las ventas simuladas por el testador, o cualquier intervención judicial, o bien la impugnación de la partición hecha por el mismo testador o encomendada a los contadores, partidores o comisarios, o de la verificada conjuntamente de los bienes del testador y de su cónyuge por ambos o sólo por aquél. En los primeros de estos casos no puede hablarse propiamente de compensación legitimaria, pues no se impone sustancialmente gravamen en el *quale legitimario*, sino que nada más y nada menos se exige que sea aceptada una *incertidumbre* cuantitativa a cambio de no perder el posible exceso relicto por encima de la legítima. En los segundos se trata de que sea aceptado un determinado acto particional bajo pena de perder la liberalidad atribuida: tampoco hay, pues, propiamente compensación de *quale* por *quantum* legitimarios. Prueba lo que decimos el hecho de que estas cautelas se suelen imponer tanto a los herederos que son los legitimarios como a los que no lo son (con la única particularidad de que, a diferencia de los demás herederos, a los legitimarios —como es sabido— no cabe privarles de su legítima sin justa causa de desheredación, circunstancia esta última que ha contribuido a que algunos hayan confundido estos supuestos con los que tratamos de estudiar).

II

Modernamente se engloban semánticamente todas las cautelas objeto de nuestro estudio —e incluso, por algunos, las que hemos excluido de él— bajo la denominación genérica de *cautela Socini* o *sociniana* (4). Así lo hizo Gluck (5) y era habitual en el siglo XVIII. De-

(4) V. gr., en Alemania: Mühlenbruch, "Doctrina Pandectarum" (ed. Nova, Bruselas, 1838), § 680, núm. 3; Arnsts, "Trattato delle Pandette" (vers. italiana de Filippo Serafini—Bologna, 1875—, vol. III, § 595, pág. 309); C. Maynz, "Curso de Derecho Romano" (trad. española de Antonio José Pou y Ordinas, Barcelona, 1888), t. III, § 391, nota 25, pág. 418; Windscheid, "II Diritto delle Pandette" (vers. italiana con notas de Fadda y Bensa, Turin, 1925), § 582, pág. 256, nota 4; Rodolfo Sohm, "Instituciones de Derecho romano" (trad. española de W. Rocas, Madrid, 1928), núm. 99, pág. 654, nota 1; Julius Binder, "Derecho de Sucesiones" (trad. española con notas de Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953), § 32, II, pág. 299; Theodor Kipp, "Derecho de Sucesiones" (trad. española con estudios comparativos de Roca Sastre, Barcelona, 1951), vol. II, § 132, I, pág. 311.

En Suiza: Ernest Roguin, "Traité de Droit Civil Comparé", "Les successions", vol. IV (París, 1912), núm. 2.425, pág. 627.

En Italia: Filippo Serafini, "Instituciones de Derecho Romano" (7.ª vers. española de Juan de Dios Trías, Barcelona, s. f.), § 196, nota 12, pág. 389; B. Brugi, "Digesto...", *loc cit.*, pág. 659; Césare Losana, "Successione testamentaria", en "Il Digesto italiano", vol. XXII, parte 4.ª, núm. 358, págs. 154 y sigs.; Vittorio Polacco, "Delle Successioni" (2.ª ed., Milano, 1937), vol. I, pág. 264; Leonardo Coviello, "Successione legítima e necessaria" (2.ª ed. revisada y puesta al día, Milán, 1938), cap. XXIX, § 4.ª, pág. 321; Walter D'Avanzo, "L'abbandono del legittimario nella "cautio" sociniana e la necessità dell'atto scritto se a per oggetto beni immobili", en *Giurisprudenza Italiana*, vol. XC (1938), columnas 145 y sigs.; Nicola Stolfi e Francesco Stolfi, "Il nuovo Codice Civile Commentato", lib. II, "Delle Successioni e Donazioni" (Napoli, 1941), art. 96, pág. 145; Ludovico Barassi, "Le successioni per causa di morte" (3.ª ed., Milano, 1947), 97 bis, págs. 274 y sigs.; F. S. Azzariti, G. Martínez, G. Azzariti, "Successioni per causa di morte" (2.ª ed., Padova, 1948), núm. 123, pág. 197; Francesco Messineo, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", III-II (Milán, 1952), 200, núm. 6 A, pág. 358; Domenico Barbero, "Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano" (5.ª ed., Torino, 1958), núm. 1.107, t. II, pág. 1008; Carlo Giannattasio, "Delle Successioni", lib. II, t. I (Tarino, 1961), art. 550, núm. 13, pág. 927.

Como luego veremos (nota 6), en el siglo XVII el Cardenal de Luca nos dice que era de uso vulgar la denominación de *cautela Socini*. También en el mismo siglo vemos esta denominación en el Cardenal Carlos Leopoldo Calcagninus ("De variatione ultimae voluntatis, Trebellianica veriusque etiam ad Feudalem materiam Observationibus", Disc. LV, núm. 21 (ed., Roma, 1746).

En Alemania, en el siglo XVIII era general entre los juristas esa denominación, como prueban los títulos de las siguientes obras que nos cita Glück: Wern. Franc. Corn. Setels (Grollmann), "Dis. de iure circa cautelam Socini" (Giessae, 1707); von Cramer, "Progr. de cautela Socini abundante", en "Opuscul.", vol. II, núm. 23 (Marle, 1741); Just. Friol. Runde, "Prog. de usu longoevo cautelae, quem vocant Socini, ante ipsum Socinum" (Cassel, 1776); Heinrich Wilhelm Koch, "Ueber die socinische Cautel" (Giessen, 1726).

En España, la denominación Cautela Socini o sociniana es muy reciente. Pese a que —como luego veremos— las cautelas de compensación legitimaria son de muy antiguo conocidas en nuestro país, así como las opiniones de Angelo, Durantes, Decio, Socino, etc., no es menos cierto que no hemos hallado ningún autor anterior al siglo actual que emplee tal denominación ni otra es-

nominación que hallamos en el siglo XVII en el *Theatrum Veritatis et Iustitiae* del Cardenal de Luca. Pero este autor afirmó que dicha cautela era debida a Angelo en su comentario del § *Prohibemus* de la *Authentica de triente et semisse* y al *Arte testandi* de Durantis (6). Y, en el mismo siglo XVII, Merlino (7) y Tonduti (8) hablan de la *cautela Angeli*.

En el siglo pasado, Richeri (9), en su "Jurisprudencia Universal", habló de la *cautela Gualdensis*. "quo passim Socino tribuuntur, atque ideo Socini etiam cautela appellantur". Esa denominación de *cautela Gualdense* es más antigua, pues la hallamos en el siglo XVI en Marcus Antonius Eugenius Perusino (10), que compara el caso dictaminado por Decio y la cautela "tradita por modernum Gualdensem".

pecífica. Los primeros en utilizar aquel nombre entre nosotros, salvo error u omisión, han sido: Tomás Fontova y Esteva, "La ilegítima dels fills a Catalunya", en *Rev. Jurídica de Catalunya*. XX (enero-febrero 1915), pág. 133; José Pella y Forgas, "Código civil de Catalunya", t. III (Barcelona, 1918), art. 813, págs. 266 y sigs.; Antonio M.^a Borrell i Soler, "Dret civil vigent a Catalunya", V-2.º (Barcelona, 1923), § 504, págs. 418 y sig. La denominación se ha generalizado en nuestra doctrina después de nuestra última guerra, alternando algunos la expresión *cautela socini* con las de *cautela angélica* y *cautela gualdense*.

Muchos autores dan un sentido genérico a estas cautelas. Significado amplísimo ya que en el siglo XVIII vemos en Agustín Leyser ("Meditationes ad Pandectas", Specimen XCIII, medit. III, ad Lib. V, tit. II.—ed. Nova, Frankenthalii, 1778—, vol. II, págs. 301 y sigs., y Specimen CCCXCVI ad Lib. XXXIV, tit. VI, medit. III, vol. III, pág. 941), pues en su ámbito coloca la finalidad de impedir la querrela contra el testamento, supuesto respecto al cual argumentó él en contra de la licitud y validez de la cautela.

(5) Federico Glück, *op. cit.*, lib. V, tit. II, 546, págs. 419 y sigs.

(6) Cardenal Juan Bautista de Luca, *Theatrum veritatis et Iustitiae*, lib. II, parts. III, "De legitimæ, trebellianicæ allisque detractoribus", disc. XVIII (ed. Venezia, 1716, vol. VI, págs. 274 y sig.), núms. 1 y 4. Notemos que De Luca escribe *Socino* (con dos *c* y no *Socino* con sólo una; falta en la que también incurrió el Cardenal Calcagninus, antes citado). La misma denominación de cautela Socini y atribución a Angelo, en su comentario al § *Prohibemus*, hallamos a primeros del siglo XVIII en Francisco Antonio Bonfinio, "De Jure Fideicommissorum magis controversis disputationes præcipuae", tit. IV, disp. CXLV, núm. 9 (cfr. ed. Venetiis, 1741, t. II, pág. 204).

(7) Mercurial Merlino, "De legitimæ tractatus absolutissimus" (ed. Genevæ, 1652), lib. III, tit. III, Quaest. VIII, núm. 9 (pág. 357): "quando testator utitur cautela ab Angelo tradita..., quod scilicet ponet in potestate filii accipere hereditatem cum onere, et in casu quo legitimam sine onere velit: quod a residuo privet".

(8) Petrus Franciscus de Tonduti Sanlegeri, "Quæstionum et Resolutionum Canoniarum et Civilium", vol. II (ed. Lugduni, 1657), pars. II, cap. CLXVI, núm. 5 (pág. 145): "Immo si pater usus fuerit debite cautela, cuius authorem faciunt Angelum, nequidem ipse filius poterit impugnare onus legitimæ iniunctum, si simul paternam dispositionem approverit."

(9) Richeri, "Universa Civilis et Criminalis Jurisprudencia" (2.ª ed. torinese, Torino, 1827), tomo VII, § 284 (pág. 74).

(10) Marcus Antonius Eugenius Perusino, "Consiliorum seu Responsorum", lib. I, (Perusa, 1588), Cons. XXXVIII, núm. 12 (fol. 112). En los números 7 y 8 habla del *casus Decii*, en los 10 y sigs. del supuesto de la cautela *tradita per modernum Gualdensem*.

A primeros del siglo xvii, Jo. Franciscus Andreolus (11) había ofrecido una más exacta bipartición de las cautelas: la cautela *Cumani* y la *Durantis* (el *Gualdense*).

Tenemos, pues, varias designaciones: cautela *Socini*, cautela *Angeli*, cautela *Durantis* o *Gualdensis*, cautela *Cumani* y el caso *Decii*. ¿Significan todas ellas lo mismo?

Sabemos que hoy se da a la denominación cautela *Socini* un significado amplísimo. Pero, ¿corresponde a lo que realmente fue esa cautela?

Digamos que el *casus Decii* y la cautela *Socini* se identifican, según luego veremos: que, en cambio, Eugenijs Perusino y algún otro autor separaron, por algunos efectos, ese caso o cautela de la de *Durantes* o *Gualdense*, y que Andreolus distinguió ésta de la *Cumani*.

La cautela *Angeli*, de los comentarios de Angelo degli Ubaldi (12) al § *Prohibemus* de la *Authentica de Tridente et Semisse*, es algo muy distinto. Se trataba de compensar el mayor *quantum* de la nuda propiedad de la parte libre con el menor *quale* de la legítima, gravada con el usufructo universal generalmente del cónyuge viudo. Pero de compensarlo sin opción para el legitimario, faltando en ella la alternativa puesta a disposición del legitimario que caracteriza las cautelas de que tratamos.

III

Pero, ¿en qué consisten esas cautelas?. ¿cuál es su origen?, ¿cuáles son sus diferencias?

Gluck (13) explica que el inventor de la que llama cautela *Socini* fué el noble florentino Nicolaus Antenoreus (14), que la puso en su testamento, y que prueba que era habitual antes de Socino la referencia que éste hace al *Imolense* y el testimonio del Cardenal de Luca a Angelo y *Durantes*. De estas citas hemos visto que es una pista falsa la de Angelo en sus *Authenticas*, y es también falsa la pista de Juan de Imola, pues el texto del mismo, que cita Socino (15) y que hemos

(11) Io. Franciscus Andreolus, "Controversiarum Forensium", pars. III, Contr. CCL, núms. 6, 7 y 8, pág. 88 (Venecia, 1662).

(12) Angelo degli Ubaldi, "In Authenticorum Volumen, aurea ac peregrina Commentaria", Colla III, tit. V, *De tridente et semisse*, verb. *Prohibemus*, núm. 5 (ed. Venecia, 1580, fol. 14).

(13) Glück, *loc. cit.*, pág. 420.

(14) Parece muy aventurado señalar al testador Nicolaus Antenoreus como inventor de la cautela en cuestión. Es más probable que la solución fuese propuesta por el Notario o Abogado (tal vez el mismo Nicolás, "eximius doctor et advocatus Florentinus", citado en el *casus* del Consilium CXXII de Socini, como el primero que dictaminó sobre el testamento en cuestión) o jurista que diese forma a su voluntad, y posiblemente éste conocería algún *arte testandi*, anterior al de *Durantes*, el *Gualdense*, del que luego nos ocuparemos.

(15) La cita que Mariano Socino el joven ("Prima Pars Consiliorum"—ed. Lugduni, 1550—, Consil 122, núm. 24, fol. 235 vto.) hace de Juan de Imola (comentario a la ley final. Dig. XXVIII-VII, col. 7.ª, vers. *Fecit optime*)—texto del cual nos ocuparemos más adelante—no se refiere al uso de cautela alguna,

consultado (16), plantea un supuesto de compensación automática que termina por rechazar. La de Durantes el Gualdense (17) es cierta, pero es de notar que tanto éste como Socino el joven (18) citan ya a Philippo Decio, Medionalensis (19).

Hemos procurado, en dos años de buscar viejos textos, profundizar esta cuestión y vamos ahora a ofrecer la síntesis de nuestra investigación.

En el siglo XIV los hermanos Baldo y Angelo degli Ubaldis hacen ya referencia a las cautelas que nos interesan en textos muy poco conocidos.

Hemos desechado como cautela de compensación legitimaria la de Angelo en su indicado comentario a las Authenticas, pero, en cambio, una cita que de él hizo el autor del siglo XV, Nicolás Boerio (20), destacando su olvido, nos ha llevado al comentario del propio Angelo (21) a la ley *Quotiens*, del título *De fideicommissis* del *Código* (VII-XLII, 11), donde relató que en Perusa era costumbre, practicada por los padres acaudalados de hijos disolutos, disponer que si éstos incumplieren su prohibición de enajenar bienes inmuebles antes de cumplir determinada edad, se adjudicarían dichos bienes a iglesias u hospitales.

Baldo (22), al comentar la ley única del título "*De his quae poenae nomine in testamento vel codicillis relinquuntur*" (Cod. VI-XLI, 1), admitió la validez de la disposición dirigida al heredero: "*non molestare uxorem in quodam legato, et si molestaverit privavit eum hereditate*". Ciertamente que no aclaró si se trataba de un heredero forzoso o voluntario, aunque, dada la solución—pérdida de toda la herencia—, debía tratarse de un heredero voluntario; pero al parecer nada empuja que igual solución se aplicara a un heredero forzoso en cuanto a la parte disponible, si para este supuesto y en cuanto a dicha porción le hubiese sido nombrado sustituto, o si tuviese algún coheredero que no

sino a la compensación *ex iure* de recompensa y gravamen. He ahí la referencia escueta que Socino hace—en su dicho texto—a la opinión de Imola: "*dum dicit quod propter recompensationem quis aliquando non dicitur gravari: ubi alias diceretur gravatus*".

(16) Iohannes de Imola, "Lectura super prima parte Infortiati", tit. *De conditionibus institutionum*, l. final, "Si filius sub condicione" (XXVIII-VII, 28), cols. 10 y sig. (cfr. ed. Venetiis, 13 septiembre 1475).

(17) Jo. Guilielmus Durantes, Gualdense, "De arte testandi et cautelis ultimorum voluntatum tractatus", tit. V, Cautela XXXI, núm. 6 (cfr. ed. Roma, 1540, fol. LXVI vto.).

(18) Socino iniore, *op. y consil. cits.*, *Casus*, fol. 234.

(19) Philippus Decius, Medionalensis, "Volumen Quintum Consiliorum", cons. 687, núm. 2 (cfr. ed. 1536, fol. 41 vto.).

(20) Nicolaus Boerius, "Decisiones Aurcae", pars. I, Quaestio LXXXVII, núm. 7 (cfr. ed. Lugduni, 1547, vol. I, fol. 240 vto.), donde dice "et de hoc dicto Angeli in quo multum haesito, nullus modernorum in dicta l. *quotiens* facit mentionem".

(21) Angelo degli Ubaldi, "In Codicem Commentaria", tit. *De fideicommissis*, lex *Quotiens* (Cod. VI-XLII, 11) (cfr. ed. Venetiis, 1579, fol. 172).

(22) Baldo de Ubaldis, "Commentarium in Sextum Codicis Libris", tit. XLII, Lex única, núm. 43 (cf. ed. Lugduni, 1585, fol. 150).

incurriera en la pena. Pero hay otro texto de Baldo (23) que puede aclararnos su pensamiento. Se trata de un texto muy poco conocido, pues se halla en su comentario a la ley 1.^a del título *De iure fisci* (Cód. X-I), que hemos encontrado impensadamente a través de una cita de Rodrigo Suárez (24) refiriéndolo al legado dejado bajo la condición de no reclamar suplemento de la legítima. Sin embargo, creemos hallar algo más en él, pues a continuación trata del gravamen de restituir lo relicto, y concluye que debe rechazarse la condición puesta a la atribución de la legítima, pero que no debe ser rechazada la revocación de la disposición del legado ordenado por el testador para el caso de rechazarse la condición o la restitución respecto a la legítima.

A principios del siglo xv. Raphael de Raymundis, conocido por Cumanus o Comensen, en sus *Consilia* XXV (25) y LII (26) y en su comentario al § *Cum filio* de la ley *Coheredi* (27), planteó una cautela, a través, simplemente, de la cláusula "*omni meliori modo*" en función cautelar. El hijo era instituido heredero universal y gravado con restitución fideicomisaria universal, prohibiéndole la detracción de legítima y trebellianica, y ordenándose que la disposición valiera del mejor modo que valer pudiese. Según Cumanus, si el hijo infringiere la disposición o sus herederos pretendieren detraer su legítima o la trebellianica, debía restituirse al fideicomisario no sólo la parte libremente disponible por el testador, sino los frutos producidos por ésta hasta el montante de la legítima. Si tales frutos hubiesen sido consumidos, sería preciso satisfacer su valor en metálico y, de no haberlo, con los bienes de la legítima. El problema de esa compensación dió lugar a críticas de la cautela *Cumani* por Alejandro de Imola (28), Ripa (29), Ruínus (30), etc.

Por eso mismo Carolus Ruínus (31), que acabamos de citar como contradictor de Cumanus, a mediados del siglo xv nos ofrece otra cautela. A su juicio, no se puede imponer privación alguna de la porción disponible a quien no acepte el gravamen de restituir o no enajenar los

(23) Baldo de Ubaldis, "Ad. Lib. X Codicis", "Tit. *De iure fisci*", Lex I "*Si prius*", núm. 34, vers. *Item ponit* (ed. cit., vol. "In VII, VIII, IX, X et XI Cod." fol. 672).

(24) Rodrigo Suárez, *loc. cit.*, núm. 47 (pág. 425).

(25) Raphael de Raymundis, Cumanus, "*Consilia*", Cons. XXV (cfr. ed. Brixiac, 1940, fol. 15).

(26) Cumanus, *op. cit.*, Consil. LII (fol. 25, ed. cit.).

(27) Cumanus, "*Commentatione in primam Infortiatum partem*", Tit. *de vulg. et pupill.* (XXVIII-VI), 1. *Coheredi*, § *Cum filio*, núm. 2 (cfr. ed. Lugduni, 1544, fol. III vto.).

(28) Alexander Tartagui de Imola *Ad S. C. Trebell. L. de Fideicommissarium* XVIII, núms. 6 y 7 (cfr. "In primam atque secundam infortiati partem comment.", ed. Auguste Taurinorum, 1575, fol. 276 vto.).

(29) Ioannes Franciscus Ripa, "In secundam ff. veteris partem commentaria", *Ad S. C. Trebell.* 1. *Fideicommissaria*, núm. 41 (cfr. ed. Augustae Taurinorum, 1536, vol. 173 vto.).

(30) Carolus Ruínus, "Responsorum sive consiliorum", Consil. CXLIX, números 9, 10 y 13 (cfr. ed. Vercetii, 1571, Lib. III, fol. 234 vto. y sig.).

(31) Ruínus, *op. cit.*, Consil. CXXXVI, núm. 13 (cfr. ed. cit., Lib. II, fol. 181).

bienes de la legítima, pero, en cambio, es posible condicionarle una atribución futura a la aceptación del gravamen.

Por otra parte, análoga cautela a la perusina, relatada por Angelo, formulada como pena de privación de la parte disponible al hijo que incumpla la prohibición de enajenar bien alguno, con imputación a la legítima de los enajenados en contravención de la prohibición, la vemos admitida también por Cunano (32) y Paulo de Castro (33) en el siglo xv. y seguidamente por Opizon (34), Alciato (35), Cephalus (36), Socino iunior (37), Surdus (38), etc., en el siglo xvi.

Y llegados ya al siglo xvi hallamos el *Arte testandi* de Durantes Gualdense, los dictámenes emitidos acerca del famoso testamento del noble florentino Nicolaus Antenoreus, la cautela propuesta por Molinoeus para la atribución o gravamen de "*propes*" en el *Droit coutumier* y las de los juristas castellanos para constituir mayorazgos sin autorización regia.

La cautela XXXI del *Arte testandi* de Jo. Guillelmus Durantes Gualdense (39), explicó: "Remedium est, quod testator rogat filium etiam legitimam restituere, adiciendo quod si onere fideicommissi filius non sit contentus, tunc intelligatur ut sit tantum in legitima institutus, et in residuo instituat, atque substituat quos per fideicommissum substituere proponebat". Es decir, la alternativa ofrecida era la institución en toda la herencia con gravamen de un fideicomiso universal o sólo la institución en la legítima estricta pero pura y sin gravamen.

Y vamos al testamento Nicolai Antenorei (40): Este instituyó herederos a sus hijos Alexandro y Camilo, y a otro hijo suyo, Juan Bau-

(32) Raphael Cumanus, "Commentationes in Pandectarum Partis Secundam (quam Infortiatum vulgus suo arbitrio magis et rationem vocitat)", Tít. *De legatis primo*, lex *Filius familiae*, § *Divi verus* (cfr. ed. Lugduni, 1544, fol. 58).

(33) Paulus de Castro, "Cosilia et Allegationes", cons. 77 (cfr. en ed. Venecia, 1477, o en "Consiliorum", fol. 37, ed. Venecia, 1570) y cons. 302 (cfr. "Consiliorum sive Responsorum", ed. Venetiis, 1580, vol. I, fol. 157 vto.). En el Consilia 77 planteó: "Pater si facis filiis de non alienando infra 30 annos sub poena privationis hereditatis, quum vult, devenire in aliquem, tale praeceptum valet etiam ad legitimam eis debitam". Aceptó la validez de la privación y la imputación a la legítima de lo enajenado.

Su Consilia 302 trata de una prohibición de enajenar impuesta a los hijos hasta cumplir éstos los treinta años, disponiendo que de incumplirla, los bienes pasarían a la sociedad San Michaelis. Disposición que acepta como válida.

(34) Ambrosio de Opizon, "Repetitio Super § Divi, I, Filius familiae" número 44 (ed. Venecia, 1533, fol. 122).

(35) Andrea Alciatus "Responsam", resp. CCCXCVII, núms. 2 y 3 (cfr. ed. Lugduni, 1561, fol. 339), quien acepta la validez de la cláusula "Si filios legitimam alienaverit, relinquo aliqua caetera bona hospitalis".

(36) Joannem Cephalus "Consiliorum sive Responsorum Iuris", Lib. II, Consil. CLIII, núms. 44 y sigs. (cfr. ed. Francofurti ad Moenum, 1579, fol. 12 vto.).

(37) Mariano Socino iunior, *op. cit.*, Lib. III, consil. 87, núms. 5 y 6.

(38) Juan Pedro Surdus "Consiliorum sive Responsorum", Lib. II, Consil. CCXV, núms. 14, 15 y 17 y sigs. (cfr. ed. Venecia, 1611, vol. II, fols. 172 y sigs.) y "Decisiones Sacri Mantuani Senatus", Decis XXI, núm. 20 (cfr. ed. Venecia, 1615, pág. 42).

(39) Durantes Gualdense, loc. cit., cfr. *infra* nota (17).

(40) Cfr. Socinus iunior. Lib. I, Consil CXXII, *casus* (fol. 234).

tista, le legó varios bienes largamente superiores a su legítima, pero gravándole con fideicomiso "*si sine liberis masculis decederit*" a favor de sus hermanos supérstites. Añadió el testador que, en cualquier caso, si su hijo Juan Bautista no estuviere conforme con esa disposición se entendería privado de dicho legado e instituido únicamente en su rata porción legítimaria y nada más, etc.

Después de fallecido Nicolaus Antenoreus, su hijo Juan Bautista aceptó el legado con conocimiento del testamento de aquél. Vivió dicho hijo "*per plures annos, et bona sibi legata tenuit, et eis uberrimus redditus annuos recolligit*".

Al fallecer sin hijos, sus hermanos reclamaron a los herederos del mismo la restitución de los bienes legados. Pero los herederos de Juan Bautista pretendieron precisamente detraer la legítima y la trebellianica de éste.

Se pidió dictamen a varios juristas. Conocemos las respuestas de Felipe Decio (41), Mariano Socino el joven (42), Francischinus Curtius iunior (43) y Petrus Paulus Parisius iunior (44), los cuatro favorables a la total restitución sin detracción de legítima ni trebellianica por los herederos de Juan Bautista, es decir, a la eficacia de la cláusula puesta por Nicolás, dada la aceptación por aquél del legado condicional.

Vemos en la cautela puesta en el testamento de Nicolás Antenoreo una interesante variante respecto la Gualdense de Durantes, pues en el testamento del noble florentino la atribución condicionada no era la institución universal, sino un legado en lugar de la legítima, con *quantum* muy superior a ésta.

Todavía hallamos otra fórmula en el mismo siglo XVI: la atribución de un prelegado para caso de aceptar el gravamen, que analizan y aceptan Menochio (45), Mantica (46), Peregrino (47), Fusario (48), Barriosa (49) y otros autores.

(41) Philippus Decius nace en Milán en 1454 y fallece en Siena el 13-X-1535.

(42) Nació Mariano Socino el joven en Siena en 1482 y falleció en Bolonia en 1566, fue maestro de Antonio Agustín y del Pancirolo (cfr. Stefano Kutner, voz "Socino Mariano Iunior", en *Nuevo Digesto Italiano*, vol. XII-1.* (Turín, 1940, pág. 543).

(43) Francischinus Curtius Iunior, "Consiliorum. Pars Prima", cons. CLIX, especialmente núms. 1, 3, 5, 6 y 9 (cfr. ed. Venecia, 1575, fol. 105 vto. y 106). En su proemio, y después de explicar el caso, refiere: *in qua controversia consulertunt quam plures Iurisconsulti*" y que, requerido también a dictaminar, "*licet prima facie durum videatur velle excludere causam habentes a dicto Ioann. Baptista a legitima sibi debita iure naturae, tamen in casu proposito concurso in sententiam dominorum consulentium quod nec trebellianicam nec legitiman debeat*".

(44) Petrus Paulus Parisius, "Consiliorum", Pars. III. Consil. IX, especialmente núms. 4, 5, 16 y 27 (cfr. ed. Venecia, 1583, fol. 17).

(45) Jacobo Menochio, "De Praesumptionibus Coniecturis Signis et Indicis". Pars secunda (Venetiis, 1590), Lib. IV, Praesumpt. CXCVI, núm. 23 (fol. 357) y "Consiliorum sive Responsorum", L. VII, Consil. DCLXXXI, núm. 36 (cfr. ed. Francofurti, 1594, pág. 210): "*Et accedit quod si pater testator praelegavit filio, addiecta condicione expressa quod si volet consequi praelegatum, non deducat aliquam legitiman ex fideicommissio: sed eam cum aliis bonis restituat; et si filius*

De otro tipo fue la fórmula propuesta para el *Droit Coutumier* por Molinoeus o Dumoulin (50) al comentar la "Coutume de Montargis": "nisi heres mallet, quintam in feudis vel quartam in censu in proprietatem dare", consistente en ofrecer al heredero la elección entre soportar el gravamen de usufructo en sus *propes* o entregar la parte disponible al beneficiario del gravamen.

La fórmula testamentaria expresa de ofrecer la elección entre la institución universal gravada con usufructo universal o sólo la legítima en pleno dominio, la vemos —también en el siglo XVI— admitida implícitamente por Petrus de Peralta (51) y explícitamente defendida, entre otros, por Voet (52). Juan Gutiérrez (53). Sanz Morquecho (54) y Juan del Castillo Sotomayor (55); luego, en el XVII, por Mercurial Merlino (56), Gaspar Rodríguez (57), Jean Marie Ricard (58), Renusson (59), etc., y más modernamente por Lebrun (60), Febrero (61), Richeri (62) y otros.

acceptavit praelegatum non poterit detrahere legitimam; sed eam restituat, cum filiis bonis fideicommissis suppositis".

(46) Franciscus Mantica, "Tractatus de Coniecturis Ultimarum Voluntatum", Lib. VII, Tit. VIII, núm. 11 (cfr. ed. Coloniae Allobrogum, 1631, pág. 325).

(47) Marco Antonio Peregrino. "De Fideicommissis Praesertim Universalibus", Art. XXXVI, núm. 96, vers. *Adde idem* (cfr. ed. Lugduni, 1670, pág. 517).

(48) Vicentio Fusario. "Tractatus de Substitutionibus", Quaest. CCXCVI, *Limitatur primo*, núm. 58 (pág. 226).

(49) Agustín Barbosa, "Collectanea in Codicem Iustiniani", Lib. III, *Codicis*, Tit. XXVIII, De inofficioso testamento, L. *Quoniam in prioribus*, núm. 20 (cfr. ed. Lugduni, 1697, pág. 414).

(50) Carolus Molinoeus o Charles Dumoulin: Nota a las "Coutumes de Montargis", Cap. XIII, art. II (cfr. "Nouveau Coutumier General", ed. París, 1724, nota a la pág. 487).

(51) Petrus de Peralta, "Commentaria in titul. ff. de legatis secundo", "L. Titia cum testamento", § "Titia cum nuberet", núm. 23 (Salamanca, 1563, en su "Opera Iuridica", vol. I, pág. 471).

(52) Joannis Voet, "Commentariorum ad Pandectas", Lib. V, Tit. V, II, número 63 (ed. Quarta-Veneta-Bassani, 1804. T. I, pág. 115).

(53) Juan Gutiérrez, "Practicarum Quaestionum Civilium", Lib. V, Quaest. XVIII, núm. 13 (cfr. ed. novísima, Lugduni, 1730, T. II, págs. 48 y sigs.).

(54) Pedro Sanz Morquecho. "Tractatus de bonorum divisione", Lib. IV, cap. 11, núm. 56 (ed. Madrid, 1601, pág. 347).

(55) Juan del Castillo de Sotomayor, "Quotidianorum Controversiarum Iuris", Lib. I, *De usufructu*, cap. XLV, núm. 15 (ed. Lugduni, 1667, T. I, pág. 176).

(56) Merlino, *op. cit.*, Lib. III, Tit. II Quaest. VII, núm. 12 (pág. 354).

(57) Gaspar Rodríguez, "Tractatus de annuis et mensuris redditibus". Lib. I, Quaest. V, núm. 23 (ed. Medina del Campo, 1604, fol. 23 vto.).

(58) Jean Marie Ricard, "Traité des donations entre vifs et testamentaires", 3 Parte, Cap. X, Sec. I, núm. 1450 (cfr. ed. París, 1754, vol. I, pág. 766).

(59) Philippe Renusson, "Traité des propes réels repstrez réels et conventionels", cap. III, sec. 3.º, núm. 10 (cfr. ed. París, 1681, pág. 295).

(60) Denis Le Brun, "Traité des Successions", lib. II, cap. III, sec. IV, número 12, en especial núms. 2, 8, 9 y 12 (cfr. ed. París, 1775, págs. 282 *in fine* y sig. y 287).

(61) Josef Febrero, "Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico-práctica de principiantes", parte II, lib. I, cap. VII, § II (ed. Madrid, 1781, página 411). Después de decir (núm. 33) que el usufructo universal legado a la mujer o a un extraño, habiendo instituido herederos a los hijos, sólo vale en cuanto

Entre los autores castellanos del xvi vemos a Rodrigo Suárez (63) --antes de publicarse en Italia el dictamen de Socino--, a Covarruvias (64), Gaspar Baeza (65), los dos Luis del Molina: el doctor (66) y el jesuita (67), Peláez de Mieres (68), Juan Gutiérrez (69), Castillo Sotomayor (70), etc., aceptar la eficacia de la disposición expresa que impusiera al hijo mejorado con tercio y quinto o instituido heredero universal, la elección entre aceptar su sujeción al mayorazgo dispuesto por el testador o contentarse con su legítima estricta, aunque pura y sin gravamen ni limitación alguna.

IV

Nos hallamos ante una de las soluciones de un problema repetido permanentemente en la historia del Derecho.

Si hay legítimas y hay testamento, la colisión origina en sustancia siempre las mismas cuestiones. Su flexibilización es siempre progreso. El interés legítimo del protegido por la institución legitimaria, el juego de las normas protectoras del mismo y la libertad de testar en cuanto exceda de los límites prohibidos, al conjugarse con lógica humana han de dar siempre, en un grado de desarrollo elevado, los

al quinto, y de exponer la opinión de Ayora (núm. 34), añade: "Esto se entiende cuando claramente conste que quiso se hiciera la compensación, pues en este caso valdría el legado, existiendo los hijos y compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras cuatro partes, de tal suerte, que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto debe consentir el legado del usufructo de todos los bienes en cuanto no exceda su importe, o contentarse con su legítima en propiedad y usufructo, pero en caso de duda, y no constando cuál fue la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número inmediato (núm. 33), como opinión más común y conforme a nuestro derecho."

(62) Richeri, *op. cit.*, §§ 274, 275 y 276 (t. VII, pág. 72).

(63) Rodrigo Suárez, *Repetit I. Quoniam in prioribus*, Ampl. X, núms. 47 y 48 (loc. cit., págs. 425 y sig.).

(64) Didacico Covarruvias de Leiva, "In titul. *De testamentis interpretatio*" Caput. Raynaldus 18, § 2.º, núm. 4, vers. *quinto caso* (cfr. "Opera Omnia", t. II, ed. Lugduni, 1584, pág. 102).

(65) Gaspar Baeza, "Quae de non meliorandis filiabus doctis ratione loquitur", cap. VIII, núms. 10 y 11 (cfr. ed. Granada, 1566, fol. 45 vto. y 46).

(66) Doctor Luis de Molina Morales, "De Primogeniorum Hispanorum Origine ac Natura", lib. II, cap. III, núm. 7, vers. *Tertius casus* (cfr. Novae ed. Lugduni, 1748, pág. 243).

(67) Luis de Molina, S. J., "De Iustitia et Iure", Disp. CLXXVII, núm. 10 (cfr. ed. Coloniae Allobrogum, 1733, t. I, págs. 403 y sig.) y Disp. DLXXVIII, núms. 7 y 8 (cfr. ed. cit., t. III, pág. 16).

(68) Melchor Peláez de Mieres, "Tractatus de Maioratum et Meliorationum Hispaniae", Prima pars, Quaest. LV, núm. 3 (cfr. ed. Granatae, 1575, fol. 201 vto.).

(69) Juan Gutiérrez, *op., lib. y quaest. cits.*, núm. 15 (pág. 49).

(70) Juan del Castillo Sotomayor, *op. cit.*, lib. V, "De coniecturis et interpretatione ultimarum voluntatem, cap. LXIV, núms. 8 y sigs. (págs. 38 y sigs.), cap. LXXIX (págs. 188 y sigs.) y cap. CVII, núms. 63 y sigs. (págs. 770 y sigs.). Es sin duda éste el autor español que con mayor amplitud ha tratado de estas cautelas, tal vez aún más extensamente que Andreolus y Fusario (por citar los italianos que más páginas han dedicado al tema).

mismos o muy parecidos resultados flúidos, con escasas alternativas y con una escala gradual de corrección de poquísimas variaciones.

La visión panorámica que nos ofrecen en extensión el Derecho comparado y en profundidad la Historia, nos brinda en líneas generales cuatro grupos de soluciones para el supuesto de que el testador deje al legitimario mayor *quantum* con menor *quale*:

a) Que el legitimario, sin perder el mayor *quantum*, pueda reclamar todo su correspondiente *quale*. Con lo cual se dota al legitimario de más de lo que por su legítima tiene derecho y más de lo que el testador le quiso dar. Se incumple así la voluntad del testador en virtud de una norma que le asegura un mínimo, haciéndole atributivo de una porción mayor que ese mínimo que constituye su legítima.

b) Que deba compensarse el mayor *quantum*, hasta donde alcance, con el menor *quale*. Solución con la cual se viola cualitativamente la legítima, y el interés del legitimario puede resultar insatisfecho.

c) Que normativamente deba permitirse al legitimario optar entre obtener su *quantum* y su *quale* legal o bien preferir la atribución testamentaria de mayor *quantum* con su *quale* limitado. Pero esta opción puede no corresponder a la intención del testador que no la previno, y sus resultados, v. gr.: atribución de la parte disponible al viudo o a parientes de grado subsiguiente más alejado, puede dar lugar a consecuencias que hubiesen repugnado al *de cuius*.

También habría, partiendo de que en principio esa opción es normalmente querida por el testador, defender que debe admitirse como tácitamente dispuesta cuando éste no la haya excluido expresamente, eliminándola o sustituyéndola con otra disposición. Pero este criterio parte de un presupuesto gratuito para atribuir algo que ni la institución legitimaria *per se* reclama ni el testador, *in concreto*, ha concedido.

d) Que esa opción o elección sólo pueda ser concedida por el testador, previniéndola debidamente con el fin de evitar que se aplique *ex lege* la primera solución enumerada.

En caso de imponerse la primera de estas cuatro soluciones, las cautelas de compensación legitimaria serían imposibles. De imponerse cualquiera de las dos siguientes, la cautela testamentaria, concedida la opción compensatoria, sería innecesaria, inútil, y sólo cabría, a veces (si se admitiera), con mera eficacia modificativa de ciertas consecuencias de las resultantes de la compensación automática o de la opción *ex lege*.

Esta visión panorámica nos señala un *plan a seguir* para lograr captar con claridad nuestro objeto, determinado por las siguientes preguntas, por este orden:

- I. ¿Son útiles las cautelas testamentarias de que nos ocupamos?
- II. ¿Son posibles y jurídicamente válidas?
- III. ¿Cuáles son los requisitos necesarios para su eficacia?

V

¿Son necesarias las cautelas testamentarias expresas de opción en compensación legitimaria?

Si la compensación del gravamen en el *quale* con el mayor *quantum* del debido se verificara automáticamente, o si el legitimario tuviese, *ipso iure*, que optar entre una y otra atribución, no sería necesario prever testamentariamente cautela alguna a dichos fines.

Conviene, por tanto, que hagamos un repaso por el Derecho histórico y el comparado para ver si, por lo menos en algunos supuestos, se produce esa compensación o se impone, *ipso iure*, esa necesidad de opción. El examen es el siguiente:

A) COMPENSACIÓN FORZOSA, sin opción posible, entre el mayor *quantum* y la limitación del *quale* legitimario, parece que se dio en el Derecho romano clásico en dos supuestos recogidos en el Digesto:

a) El de la ley "*Uxori meae*" (Dig. XXXIII-II, 37) respecto al gravamen de usufructo.

b) El de las "*Si pater puellae*" (Cod. III-XXVIII, 12) y "*Cum ex filio*" (Dig. XXVIII-VI, 39) para el fideicomiso recíproco.

La primera de estas dos últimas hizo decir al glosador Azon (71) que dicho fideicomiso era válido en cuanto a las legítimas "*quia non magis quamlibet filiorum gravavit quam quilibet providet*", y a Juan de Imola (72), al extender este criterio a los supuestos de institución condicional en más de la legítima, "*quod interdum propter recompensationem quam habet filius non reputatur gravatus ubi aliis reputatur*".

La cuestión fundamental que al respecto discutieron los autores de Derecho intermedio fue la de si esos textos habían sido derogados en el Derecho nuevo por las leyes *Quoniam in prioribus* y *Scimus*, § *Cum autem*, como entendió la común opinión.

Sin embargo, respecto al usufructo, se defendió por algunos autores que si su valoración, apreciada según la edad del usufructuario, no excedía de la parte disponible no debía ser reducido. Así opinaron Angelo degli Ubaldi (73), Bartolomé Caepolla (74) y Ambrosio de Opi-

(71) Azon o Azzo del Porci, "Aurea Summa", "In tertium librum Codicis", *De inoff. test.*, núm. 22 (cfr. ed. Lugduni, 1550, fol. 48).

(72) Iohannes de Imola, *op. et lex cit.*, col. 10, vers. *Fecit optime*.

(73) Angelo degli Ubaldi, o de Perusae, "In Authenticorum Volumen, aurea ac Peregrina Commentaria", colla. III, tit. V, *De triente et semisse*, verb. *Prohibemus*, núm. 5 (ed. Venecia, 1580, vol. XIV), dijo: "Quod cum pater vult privare filium usufructu omnium suorum bonorum non habet aliud facere, nisi instituere ipsum haerodem vulgariter in omnibus suis bonis, et alteri relinquere usufructum omnium suorum, nam valebit relictum usufructus, et filius non potest dicere se gravatum in legitima, quod est verum quando nuda proprietate a legitima filii supra, valet tantum quantum valet usufructus suae legitimae. Sed si valerit minus, tunc filius potest impugnare tale legatum, quia non potest in sua legitima gravari ut l. *quoniam in prioribus*, de *inoff. test.* Et ad l. *uxori* respondetur, quod ubi pater filios non habebat, vel si habebat, valet tantum quantum usufructus legitimae."

(74) Bartholomeus Caepolla, "Tractatus Cautelarum", caut. XXI, núm. 2

zon (75) en los siglos XIV, XV y XVI, respectivamente. A principios de este último siglo, en Castilla, también defendieron esta opinión Juan López de Palacios Ruvios (76) y Fernando Gómez Arias (77), y a fines del mismo siglo, en Cataluña, Cancr (78). Criterio que modernamente trataron de sostener, en Francia, Lévassour (79), Laurent (80), y en España, José González Palomino (81), secundado por Alvaro D'Ors y José Bonet Correa (82).

El hecho es, no obstante, que la legítima, según la novela *De triente et semmisse* y su extracto la *Authentica Novissima*, debía ser atribuida en pleno dominio y en cuerpos hereditarios y que, en virtud de éstas y de las leyes *Quoniam in prioribus* y *Scimus*, § *Cum autem*, no podía

(cfr. en "Omnia quae quidem nunc extant Opera", ed. Lugduni, 1578, pág. 754): "Tamen Cautela est, ut pater instituat filium haeredem in omnibus bonis, et quod alia alteri relinquat usumfructum omnium bonorum: ... et ista est vera Cautela, quando nuda proprietate a legítima filii sibi tantum valeat, quantum valet ususfructus sine legítima."

(75) Ambrosio de Opizon, "Repetitio super § Divi", l. Filius familiae (Dig. XXX), núm. 29 (cfr. ed. Venecia, 1535, fol. 121).

(76) Juan López de Bivero o de Palacios Ruvios, "Repetitio rubricae et capituli *Per vestras*, de donationibus inter virum et uxorem", Rubr. § 25, número 4 (cfr. ed. Lyon, 1537, fol. 22 vto. *La primera edición fue publicada en 1503 en Valladolid*): "qui quotidie possunt praticari [la valoración indicada en la l. *hereditatum*, ff de l. *alcid*] in legato ususfructus vel alimentorum facte uxori vel alicui alteri: ut sciemus an exedat quintam partem bonorum testatoris que potest relinquere quo voluerit secundum legem Regni".

(77) Fernando Gómez Arias de Talavera, "Subtillissima nec non valde utilis glosa ad famosissimas, subtiles, necessarias ac quotidianas leges Tauri", Ley XLVIII, núm. 17 (ed. Complutensis, 1542, fol. 234): refiriéndose a la opinión de Palacios Ruvios y a la valoración por el criterio de la expresada ley *Hereditatum* (Dig. XXXV-II, 68) según la edad del beneficiario, añade, "quod quotidie praticari potest in legato ususfructus vel alimentorum facte uxori aut alicui alteri ut sciatur an exedat quintam partem bonorum testatoris, quam potest relinquere cui voluerit capaci iuxta l. IX, tit.V, lib. III foro...".

(78) Jacobo Cancr, "Variæ Resolutiones Utriusque Iuris", Pars. I, capítulo III, núm. 37 (cfr. ed. Novissima Lugduni, 1712, pág. 70). "Predictis adde, filius posse et legítima gravari in proprietate, et ususfructu, si tantumdem vel plus relinquatur ei, quam sit valor legítimae; cum in re propria possit gravari quando equivalens compensatio relinquatur, l. *Filius fam.*, § *Aput Mercellum, de legat*, l. *et l. Licet Imperator* § *Si certum, de legat* 1...".

(79) Lévassour, "De la portion disponible", núm. 88. Hemos consultado su versión italiana "Porzione disponibile o sia Trattato della porzione di Beni", trad. de Mangiarotti —Milán, 1808—, núms. 86 y sigs., págs. 83 y sigs.

(80) F. Laurent, "Principes de Droit Civil Français", núm. 152, t. XII (cfr. ed. Bruxelles, 1843, pág. 202).

(81) José González Palomino, "El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos (Derecho Civil Común)", Rev. Dr. Priv. XXIII (mayo, 1936), páginas 160 a 165; "Estudios de Arte menor sobre Derecho sucesorio", en An. Ac. Matr. del Notariado, II (Madrid, 1946), II, "El acrecimiento en la mejora", págs. 546 y sigs.

(82) Alvaro D'Ors y José Bonet Correa, "El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)", en An. Der. Civ. V-I (enero-marzo, 1952), pág. 117.

aplazarse sin goce (83), cosa que tampoco creemos permita el artículo 813 del C. c. (84).

Más discutida fue la vigencia de la ley *Si pater puellae*, que, siguiendo a Ricardo Malumbra, defendieron autores tan prestigiosos como Rafael Cumanus (85), Felipe Decio (86), Palacios Ruvios (87), Vázquez de Menchaca (88), Pedro de Peralta (89), Hipólito Riminaldo junior

(83) Cfr. Accursius, Glosas a las leyes: "*Omnium bonorum*" (Dig. VII-I, XXXV), "*Uxori meae*" (Dig. XXXIII-II, XXXVII, *Authentica* "*Novissima*", "*Quoniam in prioribus*" (Cod. III-XVIII, XXXII), Novella 18, cap. III, "*De triente et semisse*", § *Prohibemus* (Hemos consultado la edición de Venecia, 1574 y 1575, t. I, pág. 589, d; t. II, pág. 769, c; t. III, col. 553, b, y 570, i, y t. V, pág. 94, n.); Bartolo, "In secundum Infortiati partem Commentaria", ad. lib. XXXIII, Dig. tit. II, *De usufructo legato*, lex XXXVII, *Uxori meae*, núm. 3 (fol. 89); "... aut maritus reliquit uxori usufructum omnium bonorum... Si autem reliquit liberos heredes tunc habebit mulier usufructum omnium bonorum, deducta legitima, in qua liberi gravari non possunt"; Baldo, "Commentaria in Sextum Codicis Libris", tit. XL, "De indicta viuditate, et de lege Julia Miscella toll.", lex 3, *Legem Iuliam*, núm. 9 (fol. 147 vto): "aut maritus reliquit uxori usufructum omnium bonorum... Si autem reliquit liberos heredes tunc habebit mulier usufructum omnium bonorum, deducta legitima, in qua liberi gravari non possunt"; Albericus de Rosate, "In secundam Infortiati Partem Commentaria", tit. *De usufructo legato*, XXXIII-II, l. *Uxori meae* (cfr. ed. Venecia, 1586, fol. 80 vto.), donde afirma que Dyno dice "quod si maritus constituat uxorem dominam, et massariam, et usufructuariani, quod debet habere usufructum omnium bonorum, et rerum, quod tamen—rechaza—nont est vero".

(84) Cfr. Ramón M.^a Roca Sastre, "Naturaleza Jurídica de la Legítima", en R. D. P., XXVIII (marzo 1944), págs. 203 y sig.; Florencio Porpetá Clérigo, "Naturaleza jurídica de la legítima", en Estudios de Derecho Sucesorio, Conferencias de 1945 del Colegio Notarial de Barcelona (Barcelona, 1946), págs. 194 y sigs.

(85) Raphael Cumanus, "Commentationes... in eius Pandectarum partis priman (quam Infortiatum vulgus...), tit. de vulg. et pupill. substít." (Dig. XXVIII-IV), l. *Cum ex filio*, núm. 5, vers. *Ibi Azo*. (cfr. ed. Lugduni, 1554, fol. 95 vto.).

(86) Philippus Decius Medionlensis, "Quartum Volumen Consiliorum", Consil. CCCCLVI, núms. 7, vers. "Et dictum decretum" y "Non ob. quod", 8, 9 y 10 (cfr. ed. 1536, fol. 99 vto., 2.^a col.). Los argumentos de Decio sintetizados son los siguientes: La Ley *Quoniam in prioribus* sólo deja sin efecto aquellos gravámenes en virtud de los cuales competía la *querela*, caso que no ocurría con el fideicomiso recíproco. Que las correcciones de una ley por otras deben evitarse en cuanto puedan resultar compatibles. Que tratándose de una ley que favorece a los hijos, resulta odiosa una interpretación que la extienda de modo tal que derogue la voluntad del testador en ese caso favorable a los hijos. Que el fideicomiso recíproco no excluye la igualdad, y que si en definitiva da lugar a que en uno y no en otro se verifique la institución, ello no puede imputarse al testador que la misma condición puso a todos.

(87) Palacios Ruvios, "Repetit... *Per vestras*...". Rubrica § 50, *Límita secundo*, núm. 11, vers. *Ad cuius confirmationem* (fol. 46); señala que en el supuesto de dicha ley *Si pater puellae* "non censetur filii gravati ut eis querela competat: quia habent aequalem spem et dubius est eventus...".

(88) Fernando Vázquez de Menchaca, "De successionum creatione origine, progressu effectuque et resolutione Tractatus", Pars Primae, lib. I, § X, núm. 250 (ed. Salamanca, 1559, fol. 215).

(89) Petrus de Peralta, *op. cit.*, l. *Cum patronus*, núm. 24 (vol. I, pág. 310).

(90), Menochio (91), Antonio Pérez (92), Fachineus (93), etc. Si bien la opinión más generalizada, siguiendo a Bartolo, (94), Baldo (95), Angelo (96), Saliceto (97), Paulo de Castro (98), Jasón (99), Rodrigo Suárez (100), Voet (101), etc., la rechazó.

Estos dos supuestos dieron lugar a que algunos de los autores, entre los que estimaron vigentes estos textos, pretendieron generalizar su doctrina a otros casos. Así leemos: en Socino iunior (102): “propter talem recompensationem, filius non dicitur in effectu privati legitima”; en Menochio (103): “attamen potest pater gravare legitimam”; en Surdus (104): “quod filius possit etiam in legitimam gravari, quando ei multo plus legitima fuit relictum”; Cyriacus (105): “quae cum pater relinquere isti filio ultra legitimam, potuerit, et eum gravare in ipsa legitima, et illi prohibere detractionem”; Cancer (106): “pater

(90) Hippolytus Riminaldus, Ferrarensis, “Consiliorum sive responsorum”, Cons. DCCXXXVI, núm. 143 (cfr. ed. Venecia, 1591, fol. 8 vto.).

(91) Jacobo Menochio, “Consiliorum sive Responsorum”, lib. II, cons. CXCVI, núms. 16, 17 y 18 (cfr. ed. Venecia, 1577, fol. 366, vto.).

(92) Antonio Pérez, “Praelectiones in duodecim libros Codicis Iustiniani Imp.”, lib. III, tit. XVIII, núm. 42 (cfr. ed. Napoli, 1755, t. I, pág. 104); “Eo casu non habet locum querela, quasi gravata sit legitima resolutione, nempe propter incertitudinem mutui fideicommissi, et quia a casu pendet, uter prior vitam cum morte commutaturus sit, sic ut in neutrius legitima gravamen potius, quam lucrum considerari possit”.

(93) Andrea Fachineus. “Controversiarum Iuris”, lib. V, caput. XXVII (cfr. ed. Venetiis, 1619, pág. 587).

(94) Bartolo, “In primam Codicem Iust. Partem”. Ad tertium lib., tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater puellae*, XII, (ed. cit., fol. 110).

(95) Baldo, “Ad lib. tertium Cod.”, tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater*, XII, núm. 1 (fol. 218 vto.).

(96) Angelo, “In primam atque secundam Infortiati partem Commentaria” tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater*, núm. 1 (fol. 53 vto.).

(97) Bartholomeus Salyceto, “Secunda super Tertio et Quarto Codicis...”, tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater*, núm. 1, vers. *Quaerit glo.* (cfr. ed. 1532, fol. 33 vto. y sig.): “Ideo heredes primo morientis detraherent legitimam eius et trebellianicam: quia in veritate est gravamen”.

(98) Paulo de Castro, “Commentariorum in Codicem Iustinianum pars Prima”, tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater puellae*, núm. 1 (cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 162).

(99) Jasón del Mayno, “Prima super Codicem”, l. *Si pater puellae*, núm. 1 (cfr. ed. Padua, 1486).

(100) Rodrigo Suárez, *op. cit.*, *Ampl. sexta*, núms. 4 y 5, págs. 393 y sig.

(101) Joannis Voet, “Commentariorum ad Pandectas”, lib. V, tit. II, núm. 63 (cfr. ed. 4.ª, Veneta, 1804 [la 1.ª edición es de fines del siglo XVI], t. II, págs. 115 y sig.).

(102) M. Socino iunior, *op. cit.*, lib. I, Consil CXXII, núm. 24 (ed. cit., fol. 235 vto.).

(103) Jacobus Menochius, “Consiliorum sive Responsorum”, lib. II, Consil CXCVI, núm. 14 (cfr. ed. Venecia, 1577, fol. 336) y lib. VII, Consil DCLXXXI, núm. 34 (cfr. ed. Francofurti, 1594, pág. 210).

(104) Joannis Petrus Surdus, “Decisiones Sacri Mantuani Senatus”. dec. XXI, núms. 19 y 20 (cfr. ed. Venecia, 1615, pág. 42).

(105) Franciscus Negri Cyriacus, “Controversiarum forensium”, lib. I, Contr. CXLVIII, núms. 6 y 8 (cfr. ed. Venecia, 1664, pág. 426).

(106) Iacobus Cancerius, “Variae Resolutiones Utriusque Iuris”, pars. I, can. III, núm. 92 (cfr. ed. novísima Lugduni, 1712, pág. 77).

potest gravare filium in legitima multo plus ei relinquendo". No obstante, nunca pasaron estos autores de representar una minoría defensora de una arriesgada posición con los textos positivos en contra.

B) OPCIÓN FORZOSA "EX IURE" —sin necesidad de previsión del causante— entre la herencia o el legado, que supusieran una limitación del *quale* legitimario, y la legítima estricta, pura y libre de toda carga, con su contenido legalmente determinado, ha sido aceptada sin discusión en el decurso de la historia del Derecho en algunos supuestos concretos. Así:

a) En los regimenes en los cuales la legítima debía o debe deferirse a título de herencia, el legitimario preterido al que se atribuya un legado debe optar entre ejercer la querrela o aceptar el legado, o bien entre reclamar la legítima o contentarse con el legado. Así resulta de los fragmentos de Marcelo, Modestino y Paulo refundidos en el Digesto (V-II, 10, § 1.º, 12, 31 y 32), recogidos en la ley 5, tit. VIII, Partida Sexta, y de la Authentica "Ex causa", según la opinión de Bartolo (107), Baldo (108), Paulo de Castro (109), Iasón del Mayno (110), que se impuso y vemos recogida por Palacios Ruvios (111). Y así resulta el artículo 551 del nuevo *Codice civile italiano* para el supuesto de *legatto in sostituzione di legittima*.

b) En caso de ordenarse el pago de la legítima en metálico en los sistemas en que se debe satisfacer en cuerpos hereditarios. Esa opción resulta del texto de Papiniano, recogido en el Digesto y conocido por la ley *Si libertus patrono* del título *De bonis libertorum* (XXVIII-II, 41), que invocaron en ese tema Baldo (112), Barto-

(107) Bartolo de Saxoferrato, "In Secundam Codicis Partem Commentario", lib. VI, tit. *De liber. pract. Auth. Ex causa*, núm. 19 (cfr. ed. Augustae Taurinorum, 1589, fol. 32 vto.).

(108) Baldo de Ubaldis, "Commentaria in sextum Codicis Libris", tit. *De liber. pract. Auth. Ex causa*, núm. 60 (cfr. ed. Lugduni, 1585, fol. 104), también se inclina por la opinión de Jacobus de Belviso (o de Belvixio) y de Martinus de Syllimanus. Si bien observa que éste se apoyó en razones que sólo estimó de equidad y entendió que por razones de rigor la solución sería la contraria, mientras que a su juicio [de Baldo] ambas razones coincidían a favor de la solución negativa, "et est ratio, quia testator legavit animo minuendi de universali successione quod patet quia ad alium applicavit... sed certum est quod illud quod sit ad diminutionem non debet augere portionem".

(109) Paulus Castrensis, "In Secundum Codicis Partem Commentarium", tit. *De liber. pract. (Cod. VI-XXVIII)*, Autent. *Ex causa*, núm. 15 (cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 70, lin. final y 70 vto.).

(110) Iason de Mayno, "Secunda super Codicis", tit. *De liber. pract. Auth. Ex causa*, núm. 15 (cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 12 vto.).

(111) Juan López de Bivero o de Palacios Ruvios, "Glossemata ad legem Tauri", Lex. XXIV, núm. 15, aps. 2.º y sigs. (cfr. en *Opera Omnia*, ed. Antuerpiae, 1616, pág. 587).

(112) Baldo de Ubaldis, "Comment, in primum, secundum et tertium Codicis libros", lib. III, tit. XXVIII, *De inoff. testam.*, 1. *Scimus*, núm. 10 (cfr. ed. Lugduni, 1585, fol. 226).

lo (113), Paulo de Castro (114), Iasón (115) y nuestros Rodrigo Suárez (116) y Pedro de Peralta (117).

c) En la disposición de cosa ajena en pago de la legítima, según leemos en Baldo (118) y en Rodrigo Suárez (119).

d) Menos pacífica, aunque al parecer predominante en la jurisprudencia francesa posterior a 1699, fué la relativa a la necesidad de escoger, en el *Droit coutumier de l'ancien régime*, entre reclamar la reserva en "propres" o conservar los muebles y "acquets". Criterio que con variantes habían defendido Dumoulin (120), Lalande (121), Ricard (122), Pothier (123), entre otros, que también extendieron la opción al supuesto de deferirse sólo en usufructo o en nuda propiedad la herencia.

e) En el siglo xv, Juan de Imola (124) y Benedictus de Benedictis Capra (125) opinaron que el heredero legítimario gravado con

(113) Bartolo, "Commentaria in priman Infortiati partem", tit. *De heredib. institut.*, l. *Suus quoque* (Dig. XXVIII-IV, 4), núm. 10, cfr. ed. Augustae-Taurinorum, 1589, fol. 141).

(114) Paulo de Castro, "Comment. in Codicem Inst., Pars prima", tit. *De inoff. testam.*, l. *Scimus*, § *Repletionem*, núm. 10 (fol. 151).

(115) Iason del Mayno, "Lectione primae partis Codicis", tit. *De inoff. testam.*, l. *Scimus antea*, núm. 7 (cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 150 vto. y sig.).

(116) Rodrigo Suárez, *op. cit.*, Ampl. XI, núms. 1 a 4 (págs. 441 y sig.).

(117) Petrus de Peralta, "Praelectiones", lex III, *Qui fideicommissum*, tit. *De heredib. institut.*, núm. 60, en "Relectiones Praecellentis", "Opera Juridica", vol. II (Salmanticae, 1563), fol. 193, col. 2.^a.

(118) Baldo de Ubaldis, "Commentario in Sextum Codicis Libris", tit. *De legatis*, ley "Cum rem alienam" (VI-XXXVII, § 10), núm. 11 (cfr. ed. Lugduni, 1535, fol. 138 vto.).

(119) Rodrigo Suárez, *Ampl. ult. cit.*, núm. 6 (pág. 443).

(120) Charles Dumoulin o Carolus Molinoeus, (Comentario al art. 95 de la Coutume de Paris" (cfr. referencia que le hace Lalande, *loc. cit.*, en la nota siguiente).

(121) Mr. de Lalande, "Coutume d'Orleans Commentée", tit. XVI, números 45 y 46 (cfr. 2.^a ed., París, 1722, t. I, pág. 641), donde respectivamente refiere algunos *arrets* a favor y observa que el heredero no puede quejarse, pues está bastante recompensado.

(122) Jean Marie Ricard, "Traité des donations entre vifs et testamentaires", 3.^a parte, cap. X, sec. I, núms. 1435 y sigs. (cfr. ed. París, 1754, vol. I, págs. 762 y sigs.).

(123) Pothier, "Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté d'Orleans", Introd. al tit. XVI, sec. IV, § 2.^o, núm. 55 (cfr. en *Oeuvres de Pothier*, t. XVI —ed. París, 1825—, págs. 315 y sigs.) y "Traité des donations testamentaires", cap. IV, art. II, V (*op. cit.*, t. XIII, págs. 127 y sigs.).

(124) Ioannes de Imola, "In tertium decretalia Commentarium", cap. Raynutius, núm. 70 (cfr. ed. Venetiis, 1575, fol. 357 vto.), donde expone que el instituido no puede concurrir con su sustituto vulgar sino en tres casos, siendo el tercero: "in filio instituto a patre dato sibi substituto vulgari si fuerit gravatus in re propria, quia si nolit gravamen acceptare poterit habere portionem sibi debitam et substitutus habebit residuum", citando la ley 3 del tit. *De impuberis* del Código de Justiniano (VI-XXVI, 3).

(125) Benedictus de Benedictis Capra, Perusini, "Conclusionum Regularum, Tractatum et Communium Opinionum", vol. I (cfr. ed. Venetiis, 1568), "Substitutionum Tractatus Amplius", "Prima specie substitutionum", núm. 79 (fol. 171 vto.).

legado de cosa propia puede optar por aceptar la herencia y cumplir el legado o por renunciar a la herencia y exigir la legítima sin tener que cumplir el legado.

f) En el supuesto de gravarse la legítima de los instituidos herederos con usufructo o renta vitalicia, en los supuestos de los artículos 917, francés; 820, § 3.º, español, y 550, italiano, vigente (126). Este último extiende el criterio también al gravamen de nuda propiedad, a diferencia de los otros dos textos.

Esa necesidad de opción en el supuesto de usufructo universal a favor de la viuda o de extraño impuesta a los hijos instituidos herederos universales, además que en los autores franceses capitaneados por Molinoeus (127), la vemos reconocida por Marco Antonio Cuchus (128) en Italia, y por Ayerve de Ayora (129) en España, si bien en los tres países estas opiniones fueron rechazadas por la mayoría de los autores, pues de satisfacerse con pleno dominio de la parte disponible el legado de usufructo se hacía algo que el testador, pudiéndolo ordenar, no lo había mandado (130).

(126) Acerca de estos preceptos, comparativamente, nos hemos ocupado en *La cosiddetta cautela sociniana tacita o legale*. Conferencia pronunciada en el "Istituto de Diritto Comparato Italo-Ibero-Americano" de Bologna el 14 de mayo de 1962; publicado en castellano, con el título "La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XV-III, páginas 590 y sigs. (julio-septiembre 1962).

(127) Carolus Molinoeus (o Charles Dumoulin), en su comentario al artículo 92 de las costumbres de París, de 1510, dice: "Puto quod valet legatum ususfructus omnium propiorum si est minus quam sit legatum proprietatis quintae partis, nisi forte heredes dare malint quintam partem proprietatis, et ita debet hic articulus restringi".

(128) Marcus Antonius Cucchus, "Commenta seu repetitio in Auth. Novissima, C. De Inoffic. Testament. seu Tractatus De Legitima" (ed. Papiae, 1574), cap. "Legítima pleno iure relinquenda", núm. 2 (fol. 103).

(129) Antonio Ayerve de Ayora, "Tractatus de partitionibus bonorum communum inter maritum et uxorem et filius ac heredes eorum", Pars II, Quaest XXI, núms. 60 y sigs. (cfr. ed. Granada, 1586, fol. 56 vto., y ed. Valencia, 1766, núms. 70 y sigs., págs. 178 y sigs.).

(130) Cfr. v. gr., Rodrigo Suárez, op. cit., Ampliatio tertia, núm. 6 (página 385). Jacobo Valdés, en su *additio* F a esta *Ampliatio* (pág. 388) comenta así la declaración hecha por aquél de que no cabe compensar el usufructo de la legítima con la nuda propiedad del quinto: "quia testator non proprietatem, sed ususfructum reliquit", Juan Gutiérrez, op. cit., lib. V. Quaest. XVIII, núms. 1 y sigs. (cfr. ed. cit., vol. II, págs. 46 y sigs.). Después de referir (núms. 2 y 3), los argumentos a favor de la validez del usufructo universal legado si su valoración no excede del valor del quinto del caudal, los rechaza (núms. 4 y 5), objetando: 1.º a la compensación del usufructo por la nuda propiedad del quinto, "quia hoc testator noluit aut expressit, vel sic esset praeter eius voluntatem; 2.º, el texto del § *Prohibemus* de la Novela 18, en que el Emperador Justiniano decía del hijo gravado con usufructo universal "aut enim fame periret, aut oportet eum mendicare: quod esset absurdum"; y 3.º, la ley *Scimus*, § *Cum autem* (Cod. III-XXV/III, 36, § 1.º). En los núms. 10 y 11 rechaza especialmente la tesis de Ayerve de Ayora, de la que dice: "non solum est contra voluntatem atque expressa dispositionem defuncti, aut saltem praeter eam, et sine lege, verum etiam contra verba expressa dictorum iurium". Philippe Recluson, op. cit., cap. III, sect. 3.ª, núm. 10 (pág. 295), consideró más sólida y más ra-

g) En cambio, sólo conocemos el § 2.306 del B. G. B., que en términos generales imponga la elección entre percibir la legítima pura y estricta, o bien la mayor institución, con los gravámenes o modalidades impuestas por el *de cuius*.

No obstante, no faltaron autores de Derecho común que, apoyándose en la ley *Si libertus patrono* o en las glosas de Baldo a la ley *Scimus*, quisieron generalizar esa necesidad de opción, o bien, partiendo de la ley *Si pater pucillae*, atenuaron con la posibilidad de opción el rigor de una compensación automática del mayor *quantum* con el menor *quale*. Así: Alciato (131), Cephalus (132), Josef Ludovico y Hieronymo Magonio (133), Riminaldus iunior (134), Surdus (135), García Mastrillo (136), Cancr (137) y todavía, entre los autores catalanes del pasado siglo, Vicente Gibert (138) y Guillermo M. Brocá y Juan Amell (139).

A muy parecidos resultados se llegaría con las tesis de Dávila García (140), "donde hay herencia no hay legítima", de la cláusula Socini tácita de Virgili Sorribes (141) y con la teoría de la absorción de la

zonable la opinión de que el legatario, al cual se hubiera legado el usufructo de todos los *propes* no podrá pretender que en lugar de dicho usufructo se le entregue el quinto en plena propiedad, sino que su legado —a falta de previsión por el testador— deberá quedar reducido simplemente al usufructo del quinto, "par la raison que le testateur n'a rien legué en propriété, il faut suivre ponctuellement la volonté du defunt, car c'est la volonté du defunt qui donne tout le droit, le defunt pouvoit à la verité leguer, le quint tant en propriété qu'usufruit, mais il ne l'a pas fait, *quod potuit noluit, quod voluit non potuit*, il voulu leguer l'usufruit de tous les propes, il ne le pouvoit pas faire...".

(131) Andrea Alciatius, "Responsam", resp. 497, núm. 2 (cfr. ed. Lugduni, 1561, fol. 339).

(132) Joannem Cephalus, "Consiliorum sive Responsorum Iuris", cons. XVI, núm. 56 (cfr. ed. Francofurti, 1579, t. I, fol. 29 vto.) y Consil. CCLII, núm. 143 (t. II, fol. 187 vto.).

(133) Josepho Ludovico y Hieronymo Magonio, "Decisiones Causarum Rotae Lucencis", desc. XXVIII, núms. 60 y 69 (cfr. ed. Venecia, 1586, págs. 169 y sigs.).

(134) Hippolytus Riminaldus, "Consiliorum sive Responsorum", lib. VII, cons. DCCXXXVI, núm. 142 (fol. 9): "filium in legitima gravari non posse, intelligitur, quando pater nihil plus ultra legitimam filio relinqueretur vel quando filius vellet acceptare solam legitimam residuo repudiato".

(135) Surdus, "Tractatus de Alimentis", tít. II, Quaest. XV, núm. 181 (cfr. ed. 1645, pág. 222).

(136) García Mastrillo, "Decisiones Consistorii Sacre Regiae Conscientiae Regni Siciliae", lib. II, Descis. CLXXXI, núm. 28).

(137) Cancr, op. y loc. cit., núm. 37 (pág. 70).

(138) Vicente Gibert, "Teoría del Arte de Notaría", parte segunda, tít. 8.º, § único *in finem* (3.ª ed., Barcelona, 1875, pág. 267).

(139) Guillermo M. de Brocá y Juan Amell, "Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente", t. II, § 741 (2.ª ed., Barcelona, págs. 430 y sig.).

(140) Julián Dávila García "Herederos y legitimarios. Donde hay herencia no hay legítima", en R. Cr. Dr. Inmob., XVI —octubre 1943—, págs. 668 a 670.

(141) Francisco Vigili Sorribes ("Herederos forzoso y heredero voluntario; su condición jurídica". "El llamado heredero forzoso no es heredero", en R. C. D. Inmob. XVIII —julio-agosto 1945—, pág. 493) ha defendido la existencia tácita de la opción de compensación legítimaria. He aquí su razonamiento:

causa adquisitiva de la legítima por el título de heredero de Roca Sastre (142). con la salvedad hecha por este autor de los supuestos de gravamen de usufructo o de sustitución fideicomisaria, en los cuales estima que no produce este efecto.

Pero estas posiciones no pudieron superar en Derecho común los obstáculos de las leyes *Quoniam in prioribus. Scimus, § Cum autem*. y de la novela 18. cap. III. *De triente et semisse*. extractada en la *Authentica Novissima* (143), ni siquiera en nuestro Código civil pueden sortear los de los artículos 782, 813, § 2.º: 817 y 824 (144). Ni tampoco superan con éxito la presumible voluntad del testador. Este, pudiendo prever dicha opción, no la concedió. Por lo cual, la presunción resulta forzada y pasa a ser una verdadera presuposición —que

“De admitir la legalidad de esta cláusula (de Socino) cuando el testador explícitamente la impone, ¿por qué no admitir su eficacia cuando deriva de la aplicación de los principios generales del derecho sucesorio, y, por tanto, de la voluntad tácita del testador? Tanto si la cláusula Socino es expresa como si es tácita, el heredero puede cobrar su legítima, repudiar la herencia y reclamar los bienes reservables. Si no lo hace es porque no quiere.”

(142) Ramón M.ª Roca Sastre (“Naturaleza Jurídica en la Legítima”, en R. D. P. XXVIII —marzo 1944—, págs. 204 y 205) ha afirmado que “hay verdadera incompatibilidad o no simultaneidad entre el título de heredero y el de legitimario” y “que el título hereditario inutiliza por absorción la condición de legitimario”. Por lo cual, excepto en los supuestos de gravamen de usufructo o de fideicomiso universal (por las razones que él mismo explica) admite que: “Evidentemente con esta doctrina el legitimario que llega a ser heredero puede resultar que obtenga una utilidad neta inferior al importe de la porción legitimaria que en otro caso adquiriría. Para evitar ese perjuicio debe examinar la conveniencia de repudiar la herencia”.

(143) Vázquez de Menchaca, op. y lib. cit., § 10, núms. 244 y sig. (fol. 212); Rodrigo Suárez, loc. cit., *Ampliatio sexta*, núm. 1 (pág. 392); Julius Clarus, “Tractatus de Testamento”, lib. III, *Quaest. LXXII*, núms. 1 y 2 (cfr. en *Opera Omnia*, ed. Lugduni, 1578, vol. III, pág. 47); Antonio Gómez, “Variae...”, lib. I, cap. XI, núm. 25 (pág. 147); Didacus Covarruvias a Leiva, “In tít. de testamentis...”, cap. *Raynuitus* 16, § XI, núms. 5 y 6 (ed. y vol. cit. pág. 94); Gaspar Baeza, “Quae de non meliorandis filiabus dotis ratione loquitur”, cap. 8, núm. 10 (cfr. ed. Granada, 1566, fol. 45 vto.); Petrus de Peralta, *Relectiones Praecllentes, Praelec. 1-3, § qui fideicommissam., ff. de hered. instit.*, núm. 56 (op. cit., vol. II, pág. 180); Peregrino, op. cit., art. XXXVI, núm. 84 (página 516); Dr. Luis de Molina Morales, op. cit., lib. II, cap. I, núm. 29; Luis de Molina, S. J., op. cit., tract. II disp. CLXXVII, núm. 9 (vol. I, pág. 403); Joannes Petrus Fontanella, “Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus”, cláusula IV, glos. XIX, pars. I, núm. 39 (cfr. ed. Lugduni, 1667, t. I, pág. 469); Juan del Castillo Sotomayor, op. cit. lib. V, cap. LXIV, números 46 y sigs. y 58 y sigs. (págs. 46 y sigs.), cap. LXXIX, col. 4.ª y siguientes (págs. 189 y sigs.) y cap. CVII, núms. 45 a 46 (págs. 760 y sig.) y número 76 (pág. 779); Merlino, op. cit. lib. III, tít. II, *Quaest. VIII*, núms. 9 y 10 (pág. 357) y *Quaest. IX*, núms. 14 y sigs. (págs. 359 y sig.); Vicentius Fursario, op. cit., *Quaest. CCXCVI*, núm. 27 (pág. 324); Franciscus Camarella, “De legatis et singulis rebus per fideicommissum relictis” (*Venetis*, 1681), lib. XII. De secundo membro primi capituli, *Illatio III*, núm. 2 (pág. 730).

(144) En contra de las tesis de Dávila García y de Roca Sastre, argumentamos en “Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios”, R. D. P. —abril 1948—, pág. 325. En contra de las afirmaciones del mismo Dávila y de Virgili, véase Fuenmayor, “Intangibilidad de la legítima”, “IV Cautela sociánica o gualdense”, en *An. Der. Civ. I-I*, enero-marzo 1948, pág. 72.

no parece posible recoger sin texto expreso que la establezca—. salvo disposición en contrario (es decir, invirtiendo el punto de partida). El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de noviembre de 1930, ha rechazado implícitamente tal doctrina.

El uso inveterado de las cautelas de compensación legítimaria y las cuestiones y discusiones a que dieron lugar, son buena prueba de la ausencia, al menos en importantísimos supuestos, de toda compensación u opción forzosa entre la legítima pura y estricta y la disposición testamentaria cuantitativamente mayor, con sus condiciones, gravámenes y sustituciones, ya que la aceptación de cualquiera de estos criterios hubiese hecho ocioso el empleo de aquellas cautelas expresas.

VI

Comprobado que las cautelas de que nos ocupamos pueden ser útiles, debemos examinar si son lícitas, válidas y eficaces. Para comprobarlo analizaremos los argumentos aducidos en favor y en contra. Comenzaremos por estos últimos.

A) OBJECIONES A SU VALIDEZ.

a) OBJECIONES DE CARÁCTER GENERAL.

α) *El gravamen impuesto a la legítima se entiende por no puesto, sin perjuicio de que lo demás dejado al legítimario pueda éste conservarlo, aunque reclame su legítima pura y sin gravamen.*

En el siglo XVI, Hippolytus Riminaldus (145) adujo este argumento, apoyándose en la ley *Scinus*, § *Cum autem*, *Cod. De moff. testam.*, que, para caso de haberse instituido a otra persona sustituyéndola fideicomisariamente por el hijo del testador, ordena que éste reciba en seguida su legítima, sin perjuicio de obtener, en su día, el remanente al vencer el fideicomiso. Y en línea semejante se colocó Simón de Praetis pocos años después, al encerrarse en la afirmación de que el gravamen se tiene por no puesto.

Pero la objeción tenía fácil réplica, que vemos formulada por Gaspar Baeza (146) y Juan Gutiérrez (147). Dicho § *Cum autem* habla de cuando simplemente se deja al hijo algo *ultra legitimam* por vía de sustitución, no cuando se le exige hacer algo para conseguir lo que excede de la legítima, supuesto en el cual no tiene lugar dicho § *Cum autem*, sino que ha de cumplirse la voluntad del testador, que es conforme al derecho.

(145) Hippolytus Riminaldus iunior, op. cit., lib. V, cons. DX, núm. 64 (cfr. ed. Venecia, 1585, vol. V, fol. 103).

(146) Gaspar Baeza, "Quae de non meliorandis filiabus dotis ratione loquuntur", cap. 8, núm. 11 (ed. Granada, 1566, fol. 45 vto. y 46).

(147) Juan Gutiérrez, "Practicarum Quaest ...", cit., lib. V, Quaest. XVIII, núm. 15 (vol. cit., pág. 49).

La afirmación —cierta— de que el gravamen se tiene por no puesto deja en el aire la cuestión de explicar la razón por la cual —según Praetis (148)— el legitimario puede conservar, además, lo que se le dejó bajo la condición de aceptar el gravamen (149). Pero sólo siendo inválida esa condición sería posible escindir de dicho modo la voluntad del testador. Y ésa es la médula de una segunda objeción.

β) ¿Puede estimarse lícita la condición que pone el legitimario en trance de escoger entre su legítima pura pero estricta o la mayor porción a él relicta pero con el gravamen afectante de aquélla?

Contra la cautela *Cumani* Carolus Ruinus (150) e Hippolytus Riminaldus (151) esgrimieron el brocardo “quod non valet per modum dispositionem, non valet etiam per modum conditionis”, si bien hemos de notar que el primero admitió, sin embargo, su cautela, a que antes hemos aludido, y que el segundo salvó de su crítica los supuestos dictaminados por Socino y por Menochio.

Jo. Franciscus Andreolus (152), que a primeros del siglo XVII trató ampliamente de esta cuestión, recogiendo los argumentos contra esta objeción, concluyó que si el testador puede no instituir al hijo en el residuo, tanto más ha de poder instituirle bajo condición, “quia plus est non facere quam facere cum qualitate”.

Sin embargo, modernamente varios autores han resucitado la objeción, señalando que dicha condición es ilícita (153), y como tal comprendida en las prohibiciones del artículo 900 del *Code civil français*, 792 del español, etc. Pero esa referencia contiene una confusión inicial. Al testador no le es lícito —ciertamente— gravar a su hijo en su legítima; en cambio, no es en modo alguno ilícito que el hijo acepte, por la razón que sea, cualquier gravamen sobre su legítima.

Y la licitud de la condición no se refiere a la disposición ordenada por quien la puso, sino al acto a realizar en cumplimiento de la condición. Así resultaba claramente de la constitución de Justiniano del año 528 (Cod. VI-XLI, *único*) y de la ley 3, tít. IV, 6.^a Partida. La primera refiere la ilegalidad y la probosidad a lo que se exigía del llamado, al acto del llamado al que se le condicionase el llamamiento. La segunda ley, en su apartado final, expuso con claridad: “E

(148) Simón de Praetis, Pisarenis, “Interpretatione ultimarum voluntatem, Tractatus amplissimus”, lib. V, tít. I, Dubitatio III, núms. 116 a 121 (ed. Venetiis, 1582, fol. 498 y vto.).

(149) Las objeciones de Praetis fueron detenidamente repicadas por Fusario, op. cit., Quaest. CCXCVI, núm. 64 (pág. 227).

(150) Carolus Ruinus, “Responsorum sive Consiliorum”, lib. III, Consil. CXLIIX, núm. 9 (cfr. ed. Venecia, 1571, t. III, fol. 234 vto.): “Quod non potest fieri per modum dispositionem fieri etiam non potest per modum conditionis”.

(151) Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Cons. DX, núm. 21 (fol. 101).

(152) Andreolus, op. cit., Pars. III, Controv. CCL, núms. 48 a 54 (pág. 95), donde expone las objeciones y núm. 96 (pág. 101), en la que concluye en favor de la validez de la cautela.

(153) Especialmente en este sentido, véase Francisco Espinar Lafuente, “La herencia legal y el testamento” (Barcelona, 1956), núm. 175, pág. 396, nota (189).

generalmente son llamadas imposibles segund derecho todas las condiciones que son contra la honestad *de aquel a quien son puestas*, e contra buenas costumbres, o contra obras de piedad". La ley 3 del título VI de la misma Partida señala como ejemplo de condición inmoral, "Estabézcote por mi heredero, si non sacares a tu padre de captivo o si non le dieres que coma", que evidentemente exigen un acto inmoral del instituido. En cambio, no es inmoral que el legitimario renuncie a su legítima o acepte el gravamen de la misma.

A fines del siglo pasado, Edouard Lambert (154) señaló que el artículo 900 del *Code de Napoleon* no hace sino reproducir la citada Constitución de Justiniano. Como aquel: "Obstaculiza que el testador y el legatario, de común acuerdo, deroguen reglas de orden público, pero no les prohíbe dejar de lado las disposiciones del Código que no tiendan sino a proteger los intereses particulares... La jurisprudencia reconoce que el artículo 900 no prohíbe más que las condiciones contrarias a las reglas de orden público. El orden público exige que el heredero no pueda ser privado de su reserva, pero, ¿está interesado en que el heredero no consienta nada contrario a esa prohibición? Nadie osaría sostenerlo. La condición que impone ese consentimiento al reservatario no puede caer bajo el golpe del artículo 900."

γ) *¿Pueden los legitimarios aceptar una limitación de sus derechos a la legítima que pueda llegar a perjudicar a sus descendientes o, en su caso, a sus ascendientes?*

Esta pregunta encierra una objeción muy vieja, tan vieja que la vemos replicada y refutada por muchos autores castellanos del siglo XVI. Se dice que quienquiera deba legítima no puede disipar ni dilapidar sus bienes en fraude de sus legítimos sucesores y que, por ende, no puede gravar sus bienes de tal modo que excluya el derecho de sus hijos a reclamar su legítima (155). Razones que hemos visto recientemente reproducidas por Espinar Lafuente (156), quien añade: "ni el testador (*ex dispositionis patris*) ni el heredero (*ex filii approbatione*) pueden hacer trueques ni cambalaches ni permutas con la herencia legítima. Esta sólo puede ser objeto de aceptación o repudiación. Ha de admitirse o rechazarse en bloque. Esta es la única facultad del heredero".

En los primeros años del siglo XVI, Palacios Ruvios (157), en el § 47 de su comentario a la rúbrica del cap. *Per vestras*, había puesto las cosas en su sitio: "Puede el hijo repudiar la herencia y no por

(154) Edouard Lambert, "De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs" (París, 1895), § 897, pág. 678, y § 907, pág. 689.

(155) Thomas Carlevalio Hispano ("Disputationum Juris Variarum de Judiciis", tít. II, Disp. XXV, núms. 20 a 28 —cfr. ed. Venecia, 1746—, t. II, páginas 157 y sigs.) en época tardía expone ampliamente los argumentos en favor de esa objeción.

(156) Espinar Lafuente, op. cit., núm. 175, págs. 398 y sig. y notas (198) y (199).

(157) Palacios Ruvios, "Repetitio..." cit., Rtbl., § 47, núm. 3 (fol. 41 vto.).

eso se dice que disminuya su patrimonio, sino que no quiere adquirir..., tanto más, pues, ha de poder consentir la carga impuesta a su legítima: ni podrán los hijos suyos conseguir lo que él renuncie o condone, derecho o lucro; *quod sperat futurum*." Y en igual sentido se expresaron Rodrigo Suárez (158), Covarruvias (159), Juan Gutiérrez (160), Burgos de Paz (161), Jacobo Valdés (162), etc... Peláez de Mieres (163) precisó la exigencia de dos requisitos, que se hiciera: "cessante fraude" y "quando ius non est iam acquisitum". No habiendo intención fraudulenta en el aceptante del gravamen y verificada su aceptación al adir la herencia, ambos requisitos quedaban cumplidos.

Las objeciones de Espinar, de ser ciertas, nos llevarían muy lejos. Entre otras consecuencias, a la ineficacia de las cesiones a renta vitalicia por quien tuviere legitimarios posibles y a la ilicitud de las ventas con reserva de usufructo. Son fruto de confundir con un derecho adquirido una mera esperanza (la legítima aún no relicta), sólo protegida con disposiciones específicas (inoficiosidad de donaciones, prodigalidad declarada) o contra actos fraudulentos o simulados.

Por otro lado, para proteger esos intereses expectantes, Espinar plantea un dilema de su propia creación, que ley alguna, que nosotros sepamos, jamás ha establecido: "Ha de admitirse o rechazarse en bloque" [la herencia legitimaria] sin "trueques ni cambalaches ni permutas".

¿Por qué? ¿Por qué pudiendo hacer lo más —repudiar— no puede hacerse lo menos —aceptar con la carga—? Como ha escrito Roca Sastre (164): "quien puede lo más (renunciar la legítima), puede lo menos (admitirla con gravamen), una vez se haya diferido la legítima, pues es un valor puramente patrimonial que pretende entrar en el patrimonio del legitimario y es libre de hacer él lo que guste".

¿Por qué no puede el heredero legitimario aceptar en compensación de su legítima una porción de valor, mayor que el de ésta, atribuido en usufructo si nadie le impide vender los bienes heredados con reserva de usufructo o cederlos en renta vitalicia? La postura rígida de Espinar transformaría, en cierto modo y a ciertos efectos, las legítimas en fideicomisos legales indefinidos, sin darse cuenta de que —por otra parte— el déficit de rentas podría llevar a los que así quiere pro-

(158) Rodrigo Suárez, op. cit., Ampliat, X, núm. 54 (pág. 428).

(159) Covarruvias, "In titulum De testamentis, interpretatio", cap. Raynaldus 18, § 2.º, núm. 4, vers. *Septimum* y *Octavum* (ed. y vol. cit., págs. 102).

(150) Juan Gutiérrez, "Repetit. cap. Quamvis pactum, de pactis, lib. 6, donde tras plantear la opinión contraria en los núms. 16 y sigs., la rechaza en los números 24 y sigs. (cfr. en "Repetitiones atque Allegationes Iuris Variarum", ed. Venecia, 1600, págs. 155 y sigs.).

(161) Doctoris Burgensis Solon de Pace, "Prima Pars Consiliorum", Cons. XIV, núm. 55 (cfr. ed. Medina del Campo, 1576, fol. 76 vto.).

(162) Jacobo Valdés, addit. cit. a la *Repetit. Quoniam in prioribus* de Rodrigo Suárez, Ampl. X, letra R, vers. *Secundus causas* (ed. cit., págs. 439 y sigs.).

(163) Peláez de Mieres, op. cit., IV Pars., Quaest, XXXIII, núm. 59 (ed. cit., fol. 497).

(164) Ramón M.ª Roca Sastre, "Estudios de Derecho Privado" (Madrid, 1948), vol. II, cap. V, págs. 176.

teger, bien sea a endeudarse o bien a tener necesidad de enajenar para su consumo parte o todo su patrimonio: mientras que un superavit de rentas puede dar lugar a que, con su ahorro y acertada inversión, acreciente su patrimonio no sujeto a restitución.

δ) *¿Cabe estimar que las cautelas que nos ocupan son puestas en fraude de la ley por intentar imponer indirectamente lo que está prohibido imponer directamente?*

Esta objeción, concretada en un texto positivo del Digesto (XXXV-11, 27) conocido por ley "*Sciuis et Algerius* [o *Augerius*]", la vemos utilizada contra la cautela Cumani por los ya citados Ruino (165) y Riminaldo junior (166). El *casus* de este texto consistía en que el testador había puesto a sus herederos Seyo y Agerio la condición de renunciar a su cuarta Falcidia, contentándose con una suma en metálico: de no aceptarla, disponía que se entenderían por no instituidos. La respuesta de Scaevola había sido terminante: Seyo y Agerio podían adir lo mismo que si no se hubiese impuesto aquella condición, que se impuso por causa de fraude.

Pero esta alegación fué contrarrestada tratándose de las cautelas de que nos ocupamos. Así Marcus Antonius Cucchus (167) replicó a Ruinus: que en el supuesto de la ley *Sciuis et Augerius* se quería imponer al heredero la elección entre recibir menos de lo que en virtud de la Falcidia le correspondería o bien ser privado totalmente de la herencia, mientras que en la cautela discutida la opción que se le ofrece se refiere a recibir una porción mayor que la legítima pero afecta a un gravamen, o bien sólo su legítima estricta pero pura e íntegra. Por lo cual observaba la diversidad de ambos casos, pues mientras en el supuesto de dicha ley "*apparet manifeste fraus*", en cambio, en el de la cautela en cuestión "*non nocebit hoc filium, nec per obliquum legitima oneri subiecta censebitur*". Peregrino (168) recalcó que en el supuesto de la ley *Sciuis et Augerius* los términos de la alternativa radican en recibir la Falcidia disminuida o bien en no ser instituido, mientras la alternativa propuesta se sitúa entre la eficacia de la disposición testamentaria ofrecida o la percepción de la legítima estricta. Por eso mismo, Surdus (169) contundentemente observó que no puede calificarse de fraude a la legítima lo que no la lesiona, y que el padre cuanto sobrepase la legítima de su hijo puede incluso echarlo al mar o dejarlo a quien quiera.

(165) Carolus Ruinus, op. y lib. cit., Consil CXLIX (cfr. ed. Venecia, 1571, t. III, fol. 234 vto. y sig.), especialmente núms. 3, 8, 9, 10 y 13.

(166) Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Consil. DX, núms. 20, 22 y 23 (fol. 101) y núm. 52 (fol. 102).

(167) Cucchus, op. cit., cap. "*Nec usufructu fraudari liberi*", núm. 29 (fol. 112 vto. y 113).

(168) M. Antonio Peregrino, "*De fideicommissis praesertim universalibus*", art. XXXVI, núm. 62 (cfr. ed. Lugduni, 1670, pág. 510).

(169) Juan Pedro Surdus, "*Decisiones Sacri Mantuani Senatus*", Dec. XXI, núm. 14 (cfr. ed. Venecia, 1615, pág. 41).

Voet (170) recalcó que en la elección concedida por el testador al hijo, entre la herencia con gravamen o la legítima pura, no hay fraude alguno a la legítima, sino expresa concesión.

Mientras en el supuesto de la ley *Setius et Augerius*, se proponía la opción entre menos de lo debido o no recibir nada, en el nuestro se ofrece estrictamente todo lo debido o bien la mayor atribución testamentaria pero con su gravamen afectante incluso a la legítima. No hay, pues, como en aquél, una opción entre menos o nada, sino entre estrictamente lo justo o bien más aceptando ciertas condiciones, si se prefiriere así.

Al argumento de que no es lícito hacer por modo indirecto lo que no puede hacerse por modo directo, Andreolus (171) le dió la vuelta, diciendo que si es lícito instituir al hijo sólo en su legítima y disponer libremente del residuo, resulta muy cierto que lo que directamente puede hacerse, mucho más puede hacerse indirectamente. “Ni puede decirse impedido —añadió— quien puede remover el impedimento, ni gravado quien puede remover el gravamen, como el hijo que puede elegir su legítima pura e intacta”. Para concluir, con la observación de que algunos autores queriendo evitar Scilla, es decir, lo que creen en fraude a la legítima del hijo, caen en Caribdis, al admitir que se defraude al testador en su facultad de disponer libremente del residuo *ultra legitimum*.

e) *Objeciones de tipo dogmático conceptual.*

Este tipo de objeciones presupone una calificación conceptual de la disposición o disposiciones que entrañan la cautela y también de la legítima y de su atribución, y, además, requiere la aplicación del método dogmático de inversión, considerando que de la calificación conceptual pueden deducirse consecuencias, aunque éstas no hayan sido habidas en cuenta al efectuar la calificación.

Para quienes rechazamos este método (172), las objeciones dogmático-conceptuales carecen de valor. Sin embargo, creemos conveniente repasarlas, aunque sea brevemente.

Con este fin examinaremos primeramente las construcciones con las que se ha pretendido estructurar conceptualmente tales cautelas.

Se ha dicho que la *atribución del testador* tiene carácter condicional, sometida a condición resolutoria o suspensiva, o bien que se halla sometida a una revocación condicional. Kipp (173) afirma que esta última opinión no es sostenible y, si bien estima que es posible “que el testador haga depender una institución hereditaria o un legado de

(170) Joannis Voet, op. cit., lib. V, tit. II, núm. 64 (ed. y vol. cits., pg. 116).

(171) Andreolus, loc. cit., contr. CCL, núm. 98, pág. 102.

(172) Cfr. nuestro trabajo “Determinación de las relaciones jurídicas relativas e inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero”, II, B, en “Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales” (Madrid, 1962), págs. 162 y siguientes.

(173) Kipp, op. y vol. cits., § 132, V, pág. 312.

la condición *suspensiva* de que el legitimario no impugne el testamento o no reclame la legítima", cree que normalmente, y en caso de duda, debe entenderse que se trata de una condición *resolutoria* "con respecto a la atribución del testador, por tanto, de una institución de heredero fideicomisario o de un legado sujeto a restitución fideicomisaria a favor de tercero (eventualmente, de los herederos legales) para el caso de que el legatario infrinja la voluntad del testador resultante de una cláusula interpretada conforme a su sentido".

El acto de la *elección u opción del legitimario* ha sido enfocado desde opuestos puntos de vista: como renuncia de la herencia forzosa si se acepta la atribución testamentaria (174) o como aceptación de una exheredación, que sería ineficaz sin tal aceptación (175); o bien como renuncia de la atribución testamentaria cuando se opte por recibir la legítima, que ciertamente también ha sido atribuida por el testador al legitimario si éste la prefiere (176). Enlazando ambos aspectos, sin duda veremos: una facultad de elección que podría implicar una novación, una compensación, una dación de pago, una cesión o simplemente la aceptación de una forma de pago distinta a la debida inicialmente (177).

La *legítima*, a su vez, ha sido configurada: como una porción de herencia atribuida directamente por la ley con independencia de la voluntad del testador; como un débito *post portem* del testador que recae en su heredero; o bien, contablemente, como un *quantum* que cualitativamente debe ser satisfecho en bienes de la herencia, el desconocimiento del cual por el testador da lugar a la ineficacia en todo, o en la parte legítima, de la institución o a la reducción de las disposiciones inoficiosas (178).

Estos antecedentes nos permiten situarnos ante la crítica dogmático-conceptual hecha por Espinar Lafuente (179). Este, en contra de la viabilidad de la cautela de que estamos tratando, y apoyándose en su previa opinión de que la legítima es atribuida directamente por la ley, entiende que: "si existieren herederos forzosos de ulterior grado (sustitutos *ex lege*) han de entrar en lugar del heredero que repudia, con derecho a pedir la reducción del legado consolidado a su favor por

(174) Cfr. Espinar Lafuente, op. cit., núm. 175, pág. 396.

(175) Cfr. Lambert, op. cit., §§ 881 y sigs., págs. 663 y sigs.

(176) Esta es la tesis que late en la doctrina de los autores clásicos que acabamos de ver defendiendo la licitud de la cautela.

(177) Cfr. Walter d'Avanzo (respecto al supuesto del art. 810 del *Codice italiano* de 1865), "L'abbandono dell legitimario nella "cautio" sociniana e la necessità dell'atto scritto se ha per oggetto beni immobili". Comment. a la S. 3 diciembre 1937, 1.ª Sez. de la Corte Suprema de Cassazione Civile, en "Guirispudenza Italiana", vol. XC (1938), col. 147 y sig.

(178) Cfr. nuestros trabajos "Apuntes de Derecho Sucesorio", I, págs. 112 y sigs. y, especialmente, "Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo", en "Rev. del Instituto de Derecho Comparado", núm. 3 (Barcelona, julio-diciembre 1954), páginas 45 a 50, donde rectificamos parcialmente alguna conclusión del anterior trabajo.

(179) Espinar, loc. cit., pág. 399 y nota (200).

el renunciante”. “La finalidad buscada por la cautela —añade— sólo puede obtenerse cuando el círculo de herederos forzosos en el cual actúa se encuentra colocado en el último grado de la escala, de tal modo que la renuncia del legitimario deje la herencia totalmente disponible”. Y, en nota, explica que: “Si el heredero forzoso no es único, entraría en juego el derecho de acrecer a favor de los otros, a menos que éstos repudiasen también la herencia o renunciasen a los bienes que habrían de adjudicárseles como consecuencia de la repudiación hecha por el primero.”.

Es de notar que Espinar Lafuente se atreve a sostener unas consecuencias conceptuales que no osaron oponer los autores de *Droit Coutumier*, en el cual ciertamente la legítima correspondía al más puro tipo de reserva germánica directamente atribuida por ley y sobre la cual el causante no tenía posibilidad alguna de disponer *mortis causa* ni de modalizar el llamamiento legal. ¡Claro que esos autores no sufrieron nuestros modernos sarampiones dogmático-conceptuales!

Olvida también Espinar algo que esos mismos autores tuvieron muy presente: la validez del legado de cosa del heredero en cuanto su montante no excediere del valor de la parte libremente atribuida al mismo heredero gravado con dicho legado. Siendo así, ¿por qué no habría de ser posible legar, con cargo al heredero, bienes legalmente heredados por éste del mismo causante?; ¿qué derecho pueden, en ese caso, alegar los colegitimarios del heredero gravado que acepta el gravamen?

¿Es que puede pesar más aquella construcción doctrinal —aunque fuese verdadera— que esta analogía fundamentada en razones teleológicas?

Pero, además, si la legítima —como sucede en el régimen del Código civil español (180)— es de reglamentación negativa (o *freno*), su satisfacción por el causante tiene un mayor margen de flexibilidad, que tiene en último término por medida el interés y la conformidad del legitimario. Este puede aceptar que se le atribuya en *quale* diverso sí, por otras razones —v. gr., por recibir mayor *quantum*—, así le conviene. No puede decirse que entonces haya renunciado a nada, si no es a reclamar la pureza del *quale* debido a cambio de obtener mayor *quantum*. Nada recibe a cambio de renunciar a la legítima, porque no renuncia a ésta, sino tan sólo a recibirla en una prefijada forma. Recibe ésta con gravamen en el *quale*, pero compensado con mayor *quantum*. Da por satisfecha su legítima, aunque de otro modo que el fijado por la ley, porque el legitimario la reputa más favorable para él.

b) *Objeciones alegadas para los supuestos en que la cautela está formulada como una sanción o imposición de pena, que priva del exceso sobre la legítima atribuido testamentariamente al legitimario que no acepte un gravamen sobre su legítima.*

(180) Ver nuestros “Apuntes...”, cits., I, §§ 5 y 6, págs. 40 y sigs.

Es notable que ciertas cuestiones se plantean, discuten y desechan, y vuelven a replantearse, discutirse y desecharse de nuevo, sucesivamente, varias veces en diversos momentos de la Historia del Derecho. Algo de ello sucede con las disposiciones *mortis causa* a título de pena: nulas durante el Derecho romano clásico, por un arrastre debido a *veteres leges*, y admitidas, como veremos, en el Derecho justinianeo; discutidas con respecto a las impuestas al heredero que no acepte un gravamen en su legítima durante los siglos XV, XVI y XVII, hasta predominar la opinión favorable a su eficacia, y vueltas a discutir, bastantes años después de nuestras codificaciones, en Francia y por algunos autores en España.

El formalismo del Derecho romano primitivo llevó consigo la prohibición, por su carácter atípico, de las disposiciones *mortis causa poenae nomine*. Conservada, sin convicción, por el solo peso de la tradición por los juristas clásicos (181), fue abolida por Justiniano en una Constitución del año 539 (Cod. VI-XLI, único) y su doctrina recogida en la Instituta (II-XX, § 36). Sin embargo, Justiniano concluyó su disposición salvando que la liberalidad se mantendría sin ningún quebranto y la pena sería inválida si se impusiera a quien se le hubiese mandado hacer alguna cosa prohibida por las leyes o de otro modo reprobada o imposible.

Y ahí radicaba la objeción puesta por algunos a las cautelas redactadas en forma de imposición de pena de privación de la porción disponible impuesta a quien no aceptare el gravamen de su legítima.

Sin embargo, hemos visto que las primeras cautelas conocidas las hallamos redactadas en esa forma. Así la cautela perusina de que nos habla Angelo y las que Paulo de Castro aprueba en sus "Consilia". Y también la que parece aceptar Baldo en su citado comentario a la ley 1 *De iure Fisci* del Código, donde señala la invalidez de la condición puesta a la legítima y la validez de la revocación de la disposición para caso de no aceptarse la condición.

En el siglo XV, Carolus Ruinus (182) distinguió los supuestos de que al hijo, que infringiere el gravamen de no enajenar los bienes integrantes de la legítima, se le impusiera la pena de perder lo heredado, lo que, a su juicio, "*quia de lucro quaesito perdendo iudicatur de damno*", o bien sólo se le excluyera de adquirir algo que se dejaba en pendencia de que cumpliera la condición, por lo cual, juzgándolo "*spe lucri perdendi*", consideró que "*non datur tunc damnum pati*".

Pero esa distinción entre dejar de adquirir y ser privado de lo ya adquirido, caracterizando de pena sólo a este segundo supuesto, se esfuma si cabe dar carácter retroactivo a la adquisición y a la no adquisición. A ello tendía la cláusula "*ex nunc prout ex tunc*", de modo que trasladaba un tiempo a otro tiempo, dando lugar a un efecto re-

(181) Cfr. Biondo Biondi, "Successione testamentaria. Donazioni" (Milano-1943, núm. 82, págs. 206 y 212).

(182) Ruinus, op. cit., lib. II, Consil CXXXVI, núm. 13 (fol. 181).

troactivo. Así Cephalus (183), en un caso por él examinado, interpretó que la voluntad del testador, para el supuesto de que su hijo instituido heredero universal enajenare, era la de no instituir a éste sino únicamente en la legítima y no más. De modo que, por si llegase a enajenar, dispuso que "*nunc prout ex tunc*" sólo le instituiría en la legítima y en el residuo a sus hermanos, y que, en consecuencia, resultaría como si, *ab initio*, no hubiese sido instituido heredero universal, sino sólo en la legítima.

Ya en plena discusión, Franciscus Nigri, conocido por Cyriacus (184), escribió: que si bien el padre puede pedir al hijo que restituya los frutos percibidos de los bienes en que le instituyó "*ultra legitimum*", no obstante, si lo hiciese como pena y para observancia de disposiciones en derecho no exigibles—como lo es un gravamen en la legítima—, entonces la disposición no obligaría al hijo. A Cyriacus le replicó el Cardenal de Luca (185) que "*non cortex et figura verborum, sed substantia voluntatis attendi debet*".

Andreolus (186) había notado que la identidad de fondo no se altera por razón del orden de las disposiciones o por los tiempos a que el testador se refiera, pues a su arbitrio pudo hacer retrotraer un efecto de un tiempo a otro anterior o transportarlo a otro posterior dilatándolo. De lo que dedujo que no hay diferencia entre el caso de que el padre diga "instituyo a mi hijo en la legítima y en el residuo a un extraño; pero si mi hijo acepta recibir su legítima con gravamen de restitución, entonces sea mi heredero en todo, con la carga de restituir todo", o bien diga "sea heredero universal mi hijo, con el gravamen de restituir todo, pero si no quisiere soportar la carga en su legítima, sea heredero únicamente en su legítima". Ya que, a su juicio, ni el orden de las palabras ni los tiempos de verbo de la disposición pueden influir en la validez intrínseca de la disposición.

Por otra parte, no puede darse a la palabra pena más significación que la correspondiente a lo que dispone. Así, tratándose de dar o no dar lo que el padre era muy bien libre de dar o no dar, podemos decir, con Surdo (187), que ninguna injuria hace quien no imparte su beneficio, por lo cual no puede propiamente decirse que se inflige pena a quien tan sólo se deja de atribuir un lucro gratuito. Cabe, pues, poner en boca del padre lo que certeramente puso Castillo Sotomayor (188): "mis beneficios sólo puedes tener sino como yo quiero" y "ninguna injuria hace quien sus beneficios no imparte". Y es así que la llamada pena impuesta en los supuestos de que tratamos—como

(183) Cephalus, op. cit., lib. II, Consil. CLIII, núm. 20 (fol. 10 vto.), números 44 y sigs., vers. *Septimo* (fol. 11 vto.).

(184) Franciscus Nigri Cyriacus, op. y contr. cit., núms. 53 y 54 (pág. 428).

(185) De Luca, op., lib. y pars. cit., disc. XVII, núm. 8 (pág. 273), disc. XVIII, núm. 19 (pág. 276).

(186) Andreolus, op. cit., Contr. CCI., núm. 92, en rel. núms. 90 y 91 (págs. 101 y sig.).

(187) Petrus Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, núm. 21 (ed. cit., vol. II, fol. 173).

(188) Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. LXIV, núm. 14 (pág. 39).

subrayó Bellonus (189)—, no opera en la legítima, sino en el remanente de que el padre pudo disponer como quiso.

Esta polémica, con parecida trayectoria e igual resultado, también la hallamos en Francia de los siglos XVI a XVIII, especialmente entre los autores de *Droit Coutumier*.

En el siglo XVI y a principios del XVII predomina el criterio representado por Brodeau, Chopin, Cüart, Bacquet..., de distinguir la condición admitida como lícita y la penalidad rechazada como ilícita, atendiendo a si la cláusula que la contenía comenzaba su disposición *ab illicitus* o *a lictis*, es decir, según comenzara por la disposición permitida (v. gr., legando los *propes*), para decidir la validez en el primer caso y la invalidez en el segundo (190).

Jean Marie Ricard (191) estimó absurdo este criterio y quimérica tal distinción, de la que dijo era jugar con la jurisprudencia atenerse al orden de las palabras y a una sutileza de práctico más que al fondo y a la intención del testador.

Como criterio adecuado propuso que se atendiera a si la disposición aparece o no como penal, a si está movida por un espíritu de arrogancia que quiera colocarse por encima de la ley para impedir la ejecución de lo que ésta ordena, supuesto en el cual debería tenerse por no escrita. Así se contraponía esa fórmula penal inválida a otra válida, redactada a modo de alternativa dejada a la elección del heredero (192).

Pero —como ha observado Lambert (193)— con ese criterio la validez de la disposición no dejaba de depender de una habilidad de redacción. Más certeramente que Ricard había observado Philippe Renusson (194) que para nada debe considerarse el orden de las palabras y la redacción, sino solamente la cosa en sí, la voluntad del testador y aquello de que ha podido disponer.

Furgole (195) en el siglo XVIII propuso que se atendiese a cuál era el fin de la atribución prevista para caso de que el heredero no quisiera renunciar a derecho alguno sobre los *propes* de su reserva, según tratara de gratificar al legatario, caso en que la estimó válida, o de castigar al heredero, supuesto en que opinó era inválida.

En el famoso caso del testamento del abogado Charles Desmarets, un *arrêt* de 28 de agosto de 1662 (196) admitió la validez de una disposición redactada en forma de pena comenzada *ab illicitus* y dio

(189) Ioannes Antonius Bellonus, "Consiliorum sive Responsorum", Consil. I.XV, núm. 52 (cf. ed. Augustee Taurinorum 1623, pág. 361).

(190) Cfr. Edouard Lambert, op. cit., § 889, págs. 671 y sig.

(191) Ricard, op. cit., 3 parte, cap. XII, núm. 1.550 y sigs. (vol. cit., página 794).

(192) Ricard, loc. cit., núm. 1.459 (pág. 793).

(193) Lambert, loc. cit., § 890, pág. 673.

(194) Renusson, op. cit., cap. III, sec. 3.ª, núm. 9 (pág. 294).

(195) Furgole, op. cit., cap. XI, núm. 137 (cfr. ed. cit., vol. III, págs. 473 y sig.).

(196) Cfr. Lambert, op. cit., § 894 y sig., págs. 675 y sig.

la pauta que dejó zanjada la cuestión durante dos siglos, hasta que la *Court de Casation*, en 9 de diciembre de 1862, volvió a descender la vieja distinción de *a licitis* y *ab illicitis*, y en 6 de mayo de 1878 adoptó otra vez la distinción entre legado de opción y pena testamentaria, olvidando —al decir de Lambert (197)— los progresos a que la discusión había llevado en siglos anteriores al hacer ver lo sutil y quimérico de esas distinciones.

En España, varios autores actuales —José González Palomino (198), Iglesias López de Vivigo (199) Fuentes Torre-Izunza (200)— han afirmado la invalidez de esas cláusulas “que castigan a quien ejercita su derecho”.

A nosotros, la redacción —muy frecuente en la práctica— de la cláusula en forma de sanción o privación, es decir, con fórmula de imposición de un castigo o pena, nos parece indudablemente *incorrecta*. Pero no basta que una redacción sea torpe o incorrecta para que, sin más, deba reputarse inválida o inmoral. Hay que penetrar hasta el fondo de la disposición para juzgarla. Y, situados en ese plano, creemos inevitable llegar, a través de los razonamientos que hemos leído en Surdus, Andreolus, Renusson, De Luca, Lambert, etc., al mismo resultado propugnado por éstos, es decir, a concluir que son válidas por muy incorrectamente redactadas que se hallen.

No podemos detenernos en la corteza de las palabras, sino que debemos penetrar hasta la esencia de lo dispuesto. Al legitimario, con la formulación penal de la cautela, no se le priva de nada que hubiera sido suyo antes de heredar al testador, ni de nada que legalmente deba corresponderle después. En definitiva, se le atribuye y se le deja reducido, como pena, ni más ni menos que a aquello único a que tiene derecho. No hay, pues, verdadera pena; y, por lo demás, la privación de la parte disponible podría evitarla el legitimario si prefiriese no sufrirla y admitir el otro término de la alternativa, que, en realidad, se le ofrece, con fórmula más o menos incorrecta.

La forma de expresarla y el tiempo a que se refiera la atribución de lo estrictamente debido, a quien no prefiere aceptar lo deseado por el testador, son datos accidentales. Y nunca limitan los derechos mínimos de legitimario. ¿Cómo puede hacerse depender la validez de una dis-

(197) Lambert, § 905, págs. 686 y sigs., § 908, págs. 689 y sig.

(198) José González Palomino, “Estudios de arte menor...”, loc. cit., páginas 549 y sig.: “Las soluciones más acreditadas consisten en operar con amenaza de graves penas en los testamentos...” “Yo no creo que el testador pueda legalmente sancionar a un legitimario que quiera hacer uso de un derecho que la ley le confiere, o premiar a otro que está resignado a hacer dejación de su derecho...”

(199) Juan Manuel Iglesias López de Vivigo, “Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo”, en R. G. L. y J. 189 (junio 1951), pág. 284.

(200) Juan B. Fuentes Torre-Izunza, “El usufructo viudal universal (una cláusula de estilo)”, en R. G. L. y J. 189 (junio 1961), pág. 706: “la parte de cláusula que amenaza o coacciona a los legitimarios con no tener participación en los tercios libre y de mejora, es, a nuestro juicio, francamente inmoral y contraria a la ley”.

posición: del orden verbal en que se expresa la propuesta; de la amabilidad y suavidad de las palabras; de la circunstancia de que se deje de atribuir lo que voluntariamente no se otorga hasta que se acepte lo propuesto, en lugar de atribuirse provisoriamente, en tanto que aquella no se rechace, privándole de la atribución en caso de rechazarse lo propuesto; o de que al formularla se diga que se da *n* de más si se acepta, en lugar de decir que se le priva de ese mismo *n* si no acepta? Si una pieza de un mineral determinado está recubierta de polvo o de lodo podrá desagradarnos, pero no por ello podremos pretender que no es del metal que realmente es. La formulación penal sonarnos mal, pero no puede empecer que tras su desafortunada expresión se contenga una alternativa que lícitamente puede plantearse al legitimario. Procuremos, si llega el caso, redactar correctamente las cautelas, pero no pretendamos que las torpe y desagradablemente redactadas sean inválidas porque no nos gusten.

Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de diciembre de 1958, admitió la validez de una cláusula, en la cual, como sanción, se ordenaba la privación de la mejora al hijo que exigiere la división del caudal hereditario.

B) ARGUMENTOS ESGRIMIDOS A FAVOR DE SU VALIDEZ.

El fundamento de las cautelas de que tratamos radica en la aceptación por el legitimario de la mayor atribución ofrecida por su causante de modo incompatible con la reclamación de su legítima.

Así destaca en los argumentos de Decio (201), de Durantes el Gualdense (202), de Socino el Joven (203), Curtius (204), Parisius (205), Surdus (206), Merlinus (207), Castillo Sotomayor (208), Andreolus (209), etc.

Modernamente, Glück (210) insiste en parejos argumentos: "el efecto depende de la libre elección del heredero que quiere aceptar la carga impuesta a su legítima y recibir una mayor ventaja...". Cuando, por lo tanto, el testador deja su legítima al heredero necesario y a la vez ofrece a su elección si quiere renunciar a toda otra ventaja o

(201) Decio, op. cit., Consil. 687, núm. 2 (vol. V, fol. 41 vto.).

(202) Durantes Gualdense, op. cit., tít. V, Cautela XXXI, núm. 8 (cfr. ed. cit., fol. 66 vto.).

(203) Socino junior, op. cit., lib. I, Consil. CXXII, núm. 15 (ed. cit., fol. 235).

(204) Francischinus Curtius junior, op. cit., pars. I, Consil. CLIX, núms. 6 y 9 (fol. 106).

(205) Petrus Paulus Parisius, op. cit., pars. III, Consil. IX, núm. 5 (fol. 17).

(206) Ioannes Petrus Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, número 28 (fol. 173 vto.).

(207) Mercurial Merlino, op. cit., lib. III, tít. II, Quaest. IX, núm. 18, vers. *Nec relevat* (pág. 360).

(208) Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. CVII, núm. 76, vers. *Quarto* (vol. cit., pág. 780).

(209) Andreolus, op. y Consil. cit., núm. 9 (pág. 89).

(210) F. Glück, op. y vol. cit., § 546 (pág. 421).

someterse a una carga impuesta a la legítima, no puede decirse que el testador obre contra la ley o contra la equidad.”

Amadeo de Fuenmayor (211) subraya que la disposición del causante en nada atenta a los derechos del legitimatario, “por cuanto es libre en todo momento para rechazar la oferta y percibir sin limitación alguna la legítima estricta. Por este motivo, porque todo depende de la libre voluntad del legitimario, debe evidentemente rechazarse por exagerada la opinión de aquellos autores que no vacilan en calificar de inícuo el procedimiento que la cautela ofrece como instrumento hábil para burlar en cierta medida el principio de que la cuota legitimaria ha de ser transmitida libre de todo gravamen o limitación”.

Roca Sastre (212) explica que: “el legitimario *opta, elige, escoge* el de los dos llamamientos, vocaciones, delaciones o disposiciones que mejor le acomode o convenga... El testador ofrece dos soluciones o caminos. El legitimario tiene una facultad de opción entre los dos términos o adquisiciones que le ofrece el testador; puede elegir uno u otro: lo que no puede hacer es elegir los dos conjuntamente. El legitimario obra libremente esta elección... consultando seguramente sus intereses...” “Se trata, pues, de un acto voluntario de opción y respecto de una sucesión ya abierta, o sea de una situación legitimaria ya producida, cristalizada o deferida. El legislador, en esta fase, no se entremete en la libre opción del legitimario”.... “quien puede lo más (renunciar a la legítima), puede lo menos (admitirla con gravamen), una vez deferida la legítima; pues es un valor puramente patrimonial que pretende entrar en el patrimonio del legitimario y es libre de hacer de él lo que guste...” “No puede el legitimario escoger por partes, de modo que si acepta la mayor liberalidad con la carga debe aceptar esta carga en todo su integridad, pues uno de los principios sucesorios es el de la indivisibilidad de la aceptación (*vel omnia admittatur, vel omnia repudiatur*), de modo que debe optar por una de las dos vocaciones alternativas. Si opta por la mayor liberalidad deberá soportar íntegramente el gravamen, pues *qui sentit commodum, sentire debet incommodum*.”

C) CUESTIONES QUE SUSCITA LA APLICACIÓN DE ESTAS CAUTELAS AL TERCIO DE MEJORA.

A juicio nuestro, el punto más delicado de la aplicación de las cautelas de que tratamos se halla en su referencia al tercio de *mejora*.

La mejora —como repitieron los clásicos castellanos— es legítima de los hijos respecto de extraños (213), pero no lo es con respecto a

(211) Fuenmayor, “Intangibilidad de...”, loc. cit., pág. 67.

(212) Roca Sastre, “Estudios...”, vol. y cap. cit., págs. 275 y sigs.

(213) Diego Castillo, “Utilis et Aurea Glossa..., super leges Tauris”, l. XXI, núm. 5 (cfr. ed. Methimnae Campi, 1553, fol. 105 vto.) observó “quod filius melioratus potest repudiare legitimam, et acceptare meliorationem: et sic legitima et melioratio in tertio et quinto ponuntur ut diversa, ergo non

los hijos entre sí; es decir, es legítima voluntaria o electiva entre éstos (214).

No ofrecía duda —conforme la ley 27 de Toro—, ni la ofrece hoy —según el art. 824 del C. c.—, que en el tercio de mejora pueden imponerse gravámenes a favor de los descendientes del testador.

Pero la atribución del tercio de mejora, ¿puede condicionarse a la aceptación de un gravamen sobre la legítima estricta o sobre el mismo tercio de mejora?

Esta es la cuestión que vamos a estudiar.

Notemos que, tratándose de satisfacer el deseo del testador de que su cónyuge viudo goce del usufructo universal de su herencia, los clásicos castellanos no plantearon cautela alguna que hiciera entrar en juego la mejora. Sólo se refrieron a la que ofrecía la elección a los legitimarios entre la propiedad de toda la herencia gravada con dicho usufructo o bien el pleno dominio de los cuatro quintos entregando la plena propiedad del quinto al cónyuge supérstite. Aparte de los autores que se inclinaron por la compensación o por su opción *ex iure*, contemplaron y aceptaron la posibilidad de una cláusula concediendo dicha elección: Pedro de Peralta (215) implícitamente, y explícitamente

sunt idem. Et diversitas nominum, arguit diversitas effectus". Gaspar Baeza, op. cit., cap. IX, núm. 53 (fol. 57 vto.) afirmó "quod tertia non sit legitima, probatur quid in ea melioratus gravari potest, ut in l. XXVII Tauri". Rodrigo Suárez, op. cit., Ampl. VII, núm. 4 (pág. 598), que: "hodie est notorium, quid omnia bona paterna dicuntur legitima, excepta quinta: sed respectu filiorum. Et inter eos tertia non est proprie legitima; cum pater potest uni ex filiis praelegare meliorando cum in tertia, etiam in quinta". Tello Fernández, "Constitutionis Tauri utilis interpretatio" (ed. Granada, 1566), distinguió: que el tercio "proprie non potest dicere legitima respectu cuiuscumque" (l. XXIII, núm. 2, fol. 187 vto.); pero, "quam ex alia, quod tertium reputatur legitima, et habet eius effectus, et forte maiores, quod patet, nam cum tertium extraneo reliqui non possit..." (l. XXVII, núm. 3, fol. 212). Covarrubias, "Variarum ex iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutionum", tit. I, cap. XIX, núm. 4 (cfr. ed. cit., Opera Omnia, vol. II, pág. 349), concretó: "Sec etiam respectu descendentium non est nec consetur legitima nec quinta, nec tertia bonorum pars, in qua melioratio fit". Alfonso de Acevedo, "Commentarii Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones", lib. V, tit. VI, ley 3.^a (19 Tauri), núm. 8 (cfr. ed. Lugdini 1737, tomo III, pág. 160, ed. cit.), compendió: "nam tertium bonorum... inter filios et descendentes non dicitur, nec reputatur legitima..." "... dicentes esse tertium legitimam nam debet intelligi respectu extraneorum non vero descendentium".

(214) Juan de Matienzo, "Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae", Ley II (Tauri 18), lib. V, tit. V, glosa III, núm. 2 (cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1597, fol. 146): "tertium sit legitima filiorum... est tamen legitima voluntaria respectu patris, potest sequidem eam uni, vel alteri ex filiis vel nepotibus assignare, eos meliorando". Antonio Gómez, "Ad leges Tauri...", l. XVII, núm. 1 (cfr. ed. Antuerpie, 1624, pág. 123), se expresó en parecido sentido, que Pedro Nolasco de Llano, "Compendio de los comentarios entendidos por el maestro Antonio Gómez" (cfr. 3.^a ed. Madrid, 1795, pág. 78), sintetiza diciendo que "esta tercera parte es legítima electiva entre ellos".

(215) Petrus de Peralta, "Commentaria in titul. ff. de legatis secundo", l. Titia cum testamento, § Titia cum nuberet, núm. 23 (Salamanca, 1563), de su "Opera Iuridice", vol. I, pág. 471).

Juan Gutiérrez (216), Ayllón Láynez (217), Sanz Morquecho (218), Castillo Sotomayor (219), Gaspar Rodríguez (220) y, más modernamente, Febrero (221).

En cambio, tratándose de la constitución de un fideicomiso o un mayorazgo a favor de los descendientes del testador, fué admitido que la cautela afectara al tercio de mejora, quedando éste afectado no sólo por fideicomiso o el mayorazgo, sino también por la condición de aceptar que esa vinculación afectara igualmente a la legítima del instituido. Así opinaron Covarruvias (222), Baeza (223), Jacobo Valdés (224), Juan Gutiérrez (225) y, con ciertas precisiones, Castillo Sotomayor (226).

El supuesto de existencia de hijo único fué especialmente contemplado por Hermenegildo de Roxas (227), que distinguió según al hijo mejorado, además del tercio, se le hubiese dejado o no algo, "puta, Quintum, in compensationem gravaminis". A su juicio, en el primer caso, el vínculo de mayorazgo debía ser aceptado expresamente o "si filius unicus taceat per totum vitae suae curriculum, nec postea filius eius per tempus triginta annorum conqueratur", y, en cambio, en el segundo supuesto, "sufficit tacitus consensus per quemcumque actum, approbativum".

¿Podían hacerse jugar tercio y quinto, siendo varios los hijos, para mejorar al que de ellos acceptare un gravamen afectante al tercio y a

(216) Juan Gutiérrez, "Practicarum Quaest...", cit., lib. V, Quaest. XVIII, núm. 1, y sigs. (cfr. ed. cit., vol. II, págs. 46 y sigs.).

(217) Juan Ayllón Láynez, "Additiones eruditissimas ad Varias resolutionis Antonii Comecii", Ad lib. I, cap. XI, núm. 26, vers. "Si his non obstantibus" (ed. Venecia, 1747, pág. 71).

(218) Pedro Sanz Morquecho, "Tractatus de honorum divisione", lib. IV, cap. 11, núm. 56 (ed. Madrid, 1601, pág. 347).

(219) Juan del Castillo de Sotomayor, "Quotidianarum Controversiarum Iuris", lib. I, *De usufructu*, cap. XLI, núm. 11 (ed. Lugduni, 1667, t. I, página 176).

(220) Gaspar Rodríguez, "Tractatus de annuis et mensuris redditibus". lib. I, Quaest. V, núm. 23 (ed. Medina del Campo, 1604, fol. 23 vto.).

(221) José Febrero, "Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico-practica de principiantes". parte II, lib. I, cap. VII, § II (ed. Madrid, 1781, pág. 411).

(222) Covarruvias, "De testam...", cit., cap. Raynaldus, XVI, § 2, núm. 4, *quintum*.

(223) Baeza, op. cit., cap. VIII, núm. 10 (fol. 45 vto.).

(224) Jacobo Valdés, Ad. ad Ampl. X, Ad. P. ad núm. 48 (pág. 438).

(225) Juan Gutiérrez, "Practicarum...", l. V, Quaest. XVIII, núm. 15 (ed. cit., t. II, pág. 49).

(226) Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. LXIV, núms. 16 y 17 (págs. 39 y sig.), donde plantea la cuestión; 62 y 63 (pág. 49 y sig.), en los que discute la opinión de Baeza y Gutiérrez, y 58 (págs. 48 y sig.), en que expone la suya, y Quaest. CVII, núm. 62 (pág. 768), adonde corresponde lo transcrito en el texto.

(227) Hermenegildo de Roxas, "Tractatus de Incompatibilitate Regnorum et Maioratum", pars. II, cap. I, núms. 26, 27 y 28 (cfr. Nova ed. Lugduni, 1745, pág. 121).

su legítima, dispuesto a favor de alguien que no fuera descendiente del testador?

Covarruvias (228) había previsto el problema. A continuación de exponer su opinión de la ley 27 de Toro, que antes hemos referido, añadió: "non verebor candidi lectoris iudicio committere quoniam sententiam in dictae Regiae legis interpretationem. Arbitror sane filium honoratum a patre prae caeteris fratribus tertia et quinta partibus, non posse consentire gravamine eisdem partibus addito in favorem extranei alicuius, qui non sit ex descendentibus a testatore, in praeiudicium etenim id sit aliorum fratrum, a quorum portione legitima hae partes, saltem tertia deducitur, atque ex hoc mille fraudibus patet via, siquidem pater cupiens auferre hanc tertiam partem a filiis, et eam extraneo cuidam concedere, facillime extorquebit ab uno ex filiis consensum, desiderio et cupiditate consequendi a patre portionem illam quam libere potest pater cui libuerit, relinquere. Ergo ne huic fraudi locus sit minime censeo hunc actum licitum esse, neque consistere posse". (Parece que necesariamente entre "sit" y "minime" debe haber una coma.)

Regresando al Código civil, el problema de la utilización del tercio de mejora para inclinar a los hijos por la elección de aceptar el gravamen del usufructo universal, dispuesto a favor del cónyuge viudo, ha dado lugar a algunas objeciones.

Iglesias López de Vivigo (229) ha preguntado directamente: "¿es lícita la cláusula que priva del tercio de mejora a los hijos que no respetan el usufructo universal del viudo?" Su respuesta es: "Cierto que el causante goza de libertad para distribuir a su antojo el tercio de mejora entre sus hijos o descendientes legítimos..." Pero...: "... El causante se halla muy lejos de desear un reparto desigual de sus bienes entre sus hijos, ni hay en el momento de testar razón alguna para ello..." "Posiblemente si al ejecutarse las penas señaladas pudiera ser consultado el *de cuius*, en la mayoría de los casos se negaría a la ejecución."

El problema existe, a nuestro juicio, pero no en los términos en que Iglesias lo plantea.

El testador, convenientemente interrogado por el Notario autorizante, ha de saber a qué atenerse cuando ordena su testamento. Si no quiere un resultado, no debe dar lugar a que se llegue a él. Otra cosa no puede ni siquiera plantearse seriamente..., porque no son más que conjeturas sin base testamentaria, que por eso mismo —conforme al art. 675 del C. c.— no pueden tener valor interpretativo alguno.

Donde realmente radica el problema es en el hecho de que el tercio de mejora no puede ser objeto de gravamen ni de condición si no es a favor de los descendientes del testador (art. 824 del C. c.). Al atribuirse la mejora a favor del hijo o hijos que acepten el usufructo universal, la entidad global descendientes sufre colectivamente una con-

(228) Covarruvias, loc. últ. cit., vers. *sextum*.

(229) Iglesias López de Vivigo, loc. cit., págs. 282 y sigs.

dición que favorece a un no legitimario. ¿Es ello posible? Covarruvias —según acabamos de ver— genéricamente entendió que no.

A juicio nuestro, la respuesta depende del dato de hecho de que en la cautela juegue, además, el tercio de libre disposición, o bien de que éste se halle fuera de la acción de la misma.

Si el tercio de libre disposición ha sido atribuido, v. gr., al cónyuge viudo en pleno dominio, creemos que la cautela no cabe sobre la mejora, pues da lugar al expresado gravamen global de sufrir los hijos en su conjunto la condición puesta a su atribución. Gravamen colectivo que no tiene contrapartida posible alguna para la entidad global descendientes en el tercio de libre disposición.

Si, en cambio, el tercio de libre disposición entra en el juego de la cautela junto al de mejora, creemos que es posible la afección de ese segundo tercio a tal cautela, ya que el condicionamiento global que en éste sufre la entidad global hijos puede estimarse compensada con la posibilidad de recibir parte del tercio de libre disposición. La opción ya no les ofrece, como compensación, lo debido [a los descendientes genéricamente] sometido a condición, sino esto y además parte libremente disponible incluso a favor de extraños. Se reúne, pues, uno de los requisitos de las genuinas cautelas: ofrecer, a cambio de lo debido con su *quale* y su *quantum* estrictos, un mayor *quantum* con gravamen en el *quale*.

Cuando el tercio de libre disposición se halle afectado a la cautela legal o tácita del artículo 820, número 3.º, tampoco vemos inconveniente en que se mejore a los hijos que ejerciten la opción legal, en uno o en otro sentido, pues la mejora en este caso no se concede por aceptar el gravamen, sino por usar de una opción legal en uno de los dos únicos sentidos posibles: lucrarse con la nuda propiedad de la parte libremente disponible a cambio de admitir el usufructo de la viuda sobre la legítima. Hay también, pues, en compensación, oferta de mayor *quantum* del colectivamente debido a la entidad “descendientes”.

VII

LA CAUTELA DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO POSITIVO Y EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Ha escrito Roguin (230) que no conoce *ninguna legislación* que declare nula o inoperante la cautela sociniana.

En cambio, tenemos dos cuerpos legales que expresamente reconocen su validez. Se trata de la “Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña” y de la “Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares”. Aquélla, en su artículo 133, dice:

“*El causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas. No obstante, la disposi-*

(230) E. Roguin, op. y vol. cits., núm. 2.425 (pág. 627).

ción por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta, con la expresa prevención de que si el legitimario no acepta dichas limitaciones se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, facultará a aquél para optar entre aceptar dicha disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya sólo la legítima libre de ellas. La aceptación de la disposición implica la de las cargas o limitaciones impuestas” (231).

Y el artículo 49 de la Compilación balear dice:

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

La jurisprudencia española, en sentencia de 29 de diciembre de 1939, admitió la validez de una cláusula en la cual el testador legó a su hijo en pago de su legítima y demás derechos que pudiera pretender en los bienes del testador y como mera liberalidad, en cuanto de dichos bienes excediese, la cantidad de 375.000 pesetas, que habrían de invertirse por los albaceas, en su mayor parte posible, en bienes inmuebles, sustituyendo al legatario para después de su muerte los hijos del mismo, si los dejare, o, en otro caso, los descendientes del testador en el modo que en dicho testamento se detalla, y al mismo tiempo dispuso que si el referido legatario no aceptare dicho legado en los términos y con las condiciones señaladas o impugnare algunas o todas ellas, quedaría tal disposición sin efecto, y en su lugar, para este caso, legaba a su mencionado hijo la cantidad que en concepto de legítima le correspondiere.

El Tribunal Supremo consideró:

“Que acerca de la disposición referida hay que examinar si al sujetar el testador el legado de 375.000 pesetas al gravamen de la sustitución expresada, y una vez aceptado este legado en las condiciones que el testador estableció, por su mencionado hijo X, quedó íntegro, sin embargo, el derecho de éste a percibir su legítima libre de todo

(231) Condomines Valls y Faus Esteve (“Derecho Civil Especial de Cataluña”)—Barcelona, 1960—, págs. 181 y sig.) han comentado este precepto con estas palabras:

“El artículo 133 traduce la norma de la llamada cautela Socini. En todos los testamentos, pero especialmente en los de las ciudades, aparece con gran frecuencia el legado de usufructo universal y vitalicio a favor del cónyuge y la herencia en nuda propiedad y en partes iguales o desiguales a los hijos. Si la disposición no añade otra cosa, cualquiera de los hijos puede y debe obtener que la porción del valor de los bienes hereditarios que debe serle atribuido en concepto de legítima propia se le entregue de modo íntegro e inmediato, liberándolo del usufructo que corresponde al viudo o viuda. Aunque ello es inevitable, el testador puede disponer que si el legitimario no acepta las limitaciones a que se refiere el mismo artículo 133 se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, con lo cual el legitimario se encuentra frente a una opción que libremente ejerce y que en la mayoría de los casos conduce a res-petar el íntegro usufructo”.

gravamen, ya que, según el artículo 813 del Código civil y la Constitución 2.^a, libro V, ley 6.^a, de la Compilación catalana, que el recurrente invoca, la legítima no puede estar sujeta a gravamen, condición ni sustitución.”

Y: “Que dependía de la voluntad del legatario preferir su legítima estricta libre de todo gravamen, con lo cual quedaban satisfechos sus derechos hereditarios, pero habiendo optado por el otro término de la disyuntiva aceptando expresamente, sin ninguna reserva, el legado de las 375.000 pesetas, de mayor cuantía que la legítima, en los términos y con las condiciones consignadas en el testamento, debe entenderse aceptado el gravamen de la sustitución tal como en dicho testamento se consigna, es decir, como extensivo a la totalidad del legado, y, en consecuencia, ha de estimarse renunciado, por incompatible con lo que el propio legatario libremente eligió, su derecho a la legítima libre, en cuanto este derecho se oponga a la sustitución referida, ya que tratándose de una facultad de opción entre dos términos podía elegir uno u otro, pero no conjuntamente los dos, es decir, la libertad de la legítima estricta y al propio tiempo la ampliación de su derecho legitimario a una cuantía notablemente mayor, por lo cual no pueden reputarse infringidas las citadas disposiciones, que están encaminadas a salvaguardar los derechos de los legitimarios, asegurándoles un mínimo de participación en la herencia, pero no tratan de perjudicarles impidiéndoles utilizar una opción que pueda reportarles mayores beneficios que los que su derecho estricto les otorga.”

Además de esta sentencia tenemos otra —ya referida anteriormente— de 12 de diciembre de 1958, en la cual el Tribunal Supremo aceptó la validez de una cláusula que sancionaba con la privación de la parte correspondiente del tercio de mejora al hijo que en vida del cónyuge superviviente reclamase la división de la herencia.

En cambio, en la sentencia de 12 de diciembre de 1959, referente a la imposición por la madre superviviente a sus hijos de que aceptaran la partición por ella verificada de su herencia y la de su finado esposo conjuntamente, declaró ineficaz la cautela por ella dispuesta en forma de privación de lo dejado *ultra legitimam* al disconforme. Y si bien no se trataba de una verdadera opción en compensación legitimaria, algunos de sus argumentos podrían referirse también a los supuestos en que aparezcan estas cautelas redactadas *poenae nomine*.

Sentimos tener que decir de esta sentencia que, nos parece, se olvidó de la existencia y eficacia del legado de cosa ajena y del legado de cosa del heredero, válido incluso tratándose de herederos forzosos en cuanto no perjudique a su legítima. Siendo esto posible, ¿dónde puede estar la ilicitud de una condición que supedita la mejora a que se acepte una partición de cosas indivisas entre los herederos, dispuesta sin lesionar legítima alguna? Hay una oferta lícita que puede ser o no aceptada, ¿puede —pues— considerarse ilícita la condición que hace depender la atribución de la parte libremente disponible por la testadora, entre sus descendientes, a la aceptación o no de esa oferta? Parece que la sentencia confunde la ineficacia de que, por sí sola, ado-

lece la partición hecha por la testadora de bienes que no eran suyos, con la licitud de la propuesta de aceptación de la misma, hecha por ella a sus hijos —en forma más o menos conminatoria—, a cambio del goce de la mejora de los tercios de mejora y libre disposición. Si no es ilícito para el hijo aceptar la partición hecha por la madre —o por quien sea— de los bienes del padre, ni lo es al ascendiente mejorar libérrimamente a su arbitrio a cualquier descendiente, ¿cómo puede ser ilícito condicionar una atribución libérrima a que se realice un acto posible y lícito por parte del beneficiario de la atribución?

Nos parece, por otra parte, en cierto modo contradictoria la doctrina de esta sentencia con la de 6 de mayo de 1953, en la cual se admitió que la aceptación de la herencia materna por la hija, instituida heredera universal (salvo la legítima estricta de su hermano) bajo la condición de renunciar a todos los bienes inmuebles que le pudieran corresponder en la herencia de su padre, vinculaba a dicha hija a renunciar a los indicados bienes.

VIII

Hemos visto que las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima pueden resultar útiles en diversos supuestos y para varios fines, y también hemos comprobado que son lícitas y válidas. Nos queda sólo por examinar cuáles son los requisitos que deben reunir para ser eficaces.

En líneas generales, parece que los requisitos para la eficacia de estas cautelas deben ser los siguientes:

a) Atribución al legitimario de un mayor *quantum* del legalmente debido al mismo.

b) Gravamen expreso de su *quale* legitimario.

c) Imposición al legitimario de la necesidad de escoger entre esa mayor atribución con su correspondiente gravamen o bien sus estrictos derechos legitimarios, con clara expresión de la decidida voluntad del testador de que en este caso el legitimario no reciba nada más.

Finalmente, para que el gravamen de la legítima sea efectivo, es indispensable la aceptación por el legitimario de la atribución testamentaria con su gravamen, o sea con la limitación de su *quale* legitimario.

Este cuarto requisito no lo es propiamente de la cautela testamentaria, sino tan sólo de la efectividad del gravamen del *quale* legitimario. Si no hay tal aceptación del legitimario, el gravamen no puede tener lugar. Pero no por eso puede decirse que la cautela testamentaria haya resultado ineficaz. Lo que ocurre es que su eficacia se habrá concretado a que el legitimario no pueda obtener ni conservar de la herencia de su causante sino aquel mínimo que le corresponda en virtud de los derechos que estrictamente le atribuye la ley por su condición de legitimario.

Estos indicados requisitos han dado lugar a discusiones tendentes

a precisar su contenido y su alcance. A esas precisiones debemos dedicar esta última parte de nuestro trabajo.

A) ATRIBUCIÓN AL LEGITIMARIO DE UN MAYOR "QUANTUM" DEL LEGALMENTE DEBIDO AL MISMO.

En el preámbulo de este estudio expusimos que una de las bases de las cautelas que nos ocupan estriba en la oferta que testamentariamente se hace al legitimario de un *quantum* superior que le compense el *quale* inferior de su atribución con respecto a lo que legalmente tenga derecho a obtener como tal legitimario.

Si hay problema a resolver es porque nos hallamos ante una oferta que puede interesar al legitimario. Y si le puede interesar es porque se le ofrece la compensación del gravamen cualitativo con una mayor atribución cuantitativa que le puede resultar más favorable.

Socino *iniur* (232) nos expone la alternativa planteada por Nicolaus Antenoreus a su hijo Joannes Baptista para que eligiera "vel legitimam suam purè et simpliciter sine aliqui onere, vel legati sibi relictum cum onere fideicommissi, quae erant longe maioris aestimationis, quam esse quantitas legitimam". E igual referencia a ese mayor valor hallamos en Curtio *iniur* (233), cuando destaca "quod talia legata in notabile summa legitimam excedebat".

Esa misma razón aduce en términos generales Antonio Gabriel (234) al plantear "si testator relinquerit filio maiorem partem bonorum..." Covarruvias (235) comenta que, con ello, "non enim gratis consensiet filius gravamine". Y Stephanus Gratianus (236) habla de "legatum pinguioris".

Merlino (237) expresa tal requisito al destacar "quod plus relinquitur etiam quod excessus sit magnus valens plusquam ipsa legitimam, vel illius ususfructus" y "quando ultra illam in maiore quantitate instituitur heres".

Criterio que vemos reiterado en los romanistas modernos Arndts (238) y Glück (239), al decir, el primero, que la atribución es de "una suma superior a la legítima", y al explicar el segundo que al legitimario "se le ofrece una mayor ventaja" y que la eficacia de la cautela se da "por ventaja del favorecido".

(232) Socino *iniur*, op. cit., Consil. CXXII, núm. 8 (fol. 235).

(233) Curtius *iniur*, op. y Consil. cits. (fol. 105).

(234) Antonio Gabriel, "Communes conclusiones", lib. VI, tit. *De legitima*, conclus. I, núm. 58 (cfr. ed. Venecia, 1503, pág. 590).

(235) Covarruvias, "In tit. de testamentis...", cap. *Raynaldus*, 17, § 2, núm. 4 (pág. 102).

(236) Stephanus Gratianus, "Dilectionum Forensium Iudicorum", capítulo CCXLIX, núm. 10 (ed. Venetiis, 1649, pág. 160).

(237) Mercurial Merlino, op. cit., lib. III, tit. II, Quaest. VII, núm. 12 (pág. 354), Quaest. IX, núm. 14, vers. *Et si dicatur* (pág. 359).

(238) Ludovico Arndts, op. y vol. cits., § 595 (pág. 309, vers. italiana cit.).

(239) Federico Glück, op. y vol. cits., § 546 (pág. 421).

En cambio, Agustín Barbosa (240) y Andreolus (241) parece que, para admitir la eficacia de la cautela, se contentaron con que se atribuyera al legitimario un valor que, deducido el importe de la carga, fuera igual al de su legítima.

Esa atribución mayor —o por lo menos de igual valor— puede verificarse mediante diversas formas jurídicas. Recordemos que Glück (242) explicó que la ventaja ofrecida al legitimario en compensación con su carga puede consistir “en una mayor cuota hereditaria o en la dispensa de la imputación a la legítima o en que se le favorezca con cualquier otra cosa”. Esta suele consistir normalmente en un legado, ya sea un legado de la legítima o bien un prelegado, y también puede ser un fideicomiso.

Ahora bien; no deja de plantear problemas la determinación de la suficiencia del legado, del prelegado o de otra mayor atribución, para comprobar si, con deducción del gravamen impuesto, compensa o no el valor de la legítima.

Hay, sin duda, una cuestión de valoración comparativa de una atribución y de un gravamen que tiene su valor definitivo indeterminable *a priori*, como ocurre con todo usufructo, nuda propiedad y fideicomiso, mientras no se llegue a la consolidación del dominio o a la consumación o la extinción del fideicomiso.

¿Deben estimarse según la valoración previsible al fallecer el causante? ¿Debe revisarse esa valoración a la muerte del legitimario que fué compensado con el usufructo o gravado con el fideicomiso, o al ocurrir el óbito del titular del usufructo que gravó la legítima? O bien, simplemente, ¿deben dejarse de modo irrevocable esas valoraciones al criterio del legitimario, que deberá optar, sin posibilidad de revisión ulterior, por la atribución que crea preferente, eligiendo entre lo seguro (el mínimo legal libre de cargas) o lo inseguro (la mayor atribución, pero con su carga impuesta, que hará incierta hasta la consumación el efectivo resultado de aquélla)?

Hemos visto antes que en la cautela *Cumani* la restitución de frutos y, por ende, en su caso, su compensación con la legítima, tenía como uno de sus límites el importe de los frutos efectivamente percibidos de los bienes integrantes de la porción disponible (otro límite era el montante de la propia legítima). Criterio concordante con el de la ley *Coheredi*, § *Cum filio* (Dig. XXVIII-VI, 41 [39] § 2.º), según la glosa de Accursio (243), y con el del § *Apud Marcellum*, de la ley *Filius familias* (Dig. XXX-único, 114 [117 V. 111 H] § 3.º).

En cambio, al tratarse de la posibilidad de compensación de la le-

(240) Agustín Barbosa, “Collectanea in Codicem”, cit., lib. III, tít. XXVIII, núm. 21 (t. I, ed. cit., pág. 414): “Si pater ei plus vel tantumdem reliquitis filium quantum valet legitimam...”

(241) Andreolus, op. y loc. cit., núm. 59 (pág. 96), al aludir a que “aestimase legitimam tanti valoris quantum est ipsum legatum...”

(242) Glück, op. cit., lib. V, tít. II, § 546, pág. 420.

(243) Accursius, “Infortiatum seu Pandectarum...”, t. II, lib. XXVIII-VI, gl. v. (cfr. ed. cit., col. 556 D).

gítima en pleno dominio con la nuda propiedad de la misma, más la nuda propiedad de la porción disponible, o viceversa con el usufructo de ambas, fueron invocadas las leyes *Hcreditatium* (Dig. XXXV-II, 68) y *Cum Titio* (h. t. 55) que señalaban un criterio para valorar el usufructo en atención a la edad del usufructuario.

Y, por otra parte, la ley *Imperator*, § *Si centum*, ff. *de legat. II* (Dig. XXXI-único, 70 [72], § 1.º), invocada por Corneo (244) —para la compensación automática— y por Durantes y Socino iunior —para las cautelas que uno y otro, respectivamente, examinaron—, parece que ofrecía un argumento decisivo a favor de la irrevocabilidad de la elección del legatario y, por ende, de la subjetiva valoración *a priori* que le llevó a aceptar la atribución testamentaria, pues afirmó —después de aducir la posibilidad de haber logrado aumento con los intereses o de que el legatario haya obtenido “una grande ganancia”— “que si a uno no se le hubiese rogado que, habiendo recibido el dinero, restituyese una cosa propia, aunque sea de mayor precio, no ha de ser oído el legatario, si, percibido el legado, quisiera compensarlo”.

De este texto dedujo Andreolus (245) que el hijo aceptante del legado es visto que estima su legado de tanto valor como su legítima y que en lugar de ésta lo acepta, de modo que nada más podrá reclamar aunque el resultado final le sea adverso.

Bellonus (246) recogió la siguiente objeción: El hijo podía fallecer inmediatamente de adir la herencia, de tal modo que por su aceptación quedara privado no sólo de su legítima y su trabeliánica, sino también, dada su muerte prematura, de la posibilidad de compensarse con los frutos de la parte de libre disposición. Pero decididamente rechazó tal duda, por pender el resultado de un futuro evento que es incierto y que, por ende, podía ser favorable al hijo, si viviese largo tiempo, de modo que percibiera mayores frutos de los que alcanzasen el valor de la legítima y la trebelliánica..., tanto más en cuanto que, en caso de premorir todos los fideicomisarios al fideicomitido, éste además podría consolidar toda la herencia libre del gravamen. Razon por la cual consideró que, dada esa incertidumbre, no podría luego considerarse inicu el daño que le ocurriese, tanto más cuanto estuvo en la mano del hijo el evitarlo aceptando su legítima estricta y pura y dejando el residuo con sus contingencias a otro llamado que quisiera afrontar el riesgo. A la prudencia y la previsión del instituido queda la elección de lo que estime más favorable, luego sólo a él debe imputársele el riesgo y, por ende, el resultado favorable o adverso a que haya lugar.

(244) Petrus Philippus Corneus della Corgua, “Consiliorum sive Responsorum”, lib. I, Cons. CCCIII, *Primo* (cfr. ed. Venecia, 1582, fol. 292 vto.).

(245) Andreolus, op. y lib. cit., Consil. CCL, núm. 59 (pág. 96).

(246) Bellonus, “Consiliorum sive responsorum”, Consil. LXV, núm. 31 (cfr. ed. Augustae Taurinorum, 1623, pág. 358), y núms. 54, 55 y 56 (página 361). En el primer número expone la objeción; en los otros la refuta.

B) EXPRESA IMPOSICIÓN DEL GRAVAMEN, INCLUSO SOBRE LA LEGÍTIMA.

La disposición del testador imponiendo un gravamen general al heredero no se estimaba extensiva a la legítima, a no ser que expresamente se especificara así. Este fue el criterio dominante en Derecho común. Jasón (247) formuló este principio en los siguientes términos: "per verba generalia nunquam, intelligitur derogatum legitimae filii, nisi de ea fiat specialis mentio".

La opinión contraria la hemos visto excepcionalmente (248) sostenida por Cephalus (249), que dictaminó "quod si pater gravans filium restituere totam hereditatem, censetur eum gravare etiam in legitimam". Y también por Surdus (250), quien lo entendió así: "quia testator indefinite loquuntus est de bonis, quae indefinita aequipollet universali", y porque el padre "prohibet bona sua alienare, et non minus erant sua illa, quae contineant legitimam, quam alia".

En las más conocidas cautelas hallamos una expresa referencia a la extensión del gravamen incluso a la legítima. Así lo observamos en los supuestos examinados por Cumanus en su Consil. LII (251), por Ruino en su Consil. CXXXVI (252), por Felipe Decio (253), por Durantes Gualdense (254) y por Menochio en su Consil. DCLXXXI (255).

Decio, en su dictamen, empieza por considerar "quod Nicolaus pater in testamento specialiter fecit mentionem de legitimam", y más adelante insiste en que "expresse et specialiter de legitimam videtur facta relatio cum dicta qualitate de legitimam expresse in testamento a testatore".

Durantes, al enunciar su cautela, comienza explicando: "Remedium est, quod testator rogat filium etiam legitimam restituere..."

Menochio también lo expone con estas palabras: "Et accedit quod si pater testator prealegavit filio, addiecta condicione expressa quod si

(247) Jasón del Mayno, "Consiliorum", Consil. CLII, núm. 9 (cfr. ed. Venecia, 1581, vol. II, fol. 54).

(248) Hemos visto nombrado a Laurentius Calcaneus como defensor de tal opinión contraria, por Menochio (De Praesumpt., l. VI. Presupt. CXCVI, núm. 22, fol. 357 y vto.); Mantica (op. cit. lib. VII, tit. VIII, núm. 3, pág. 324); Peregrino (op. cit., art. XXXVI, núm. 81, pág. 575), y Fusario (Quaest. CCXCVI, núm. 45, pág. 225), que citan su Con. 56, núm. 18, vers. *Quimimó*. Confesamos que hemos examinado la edición Lugduni, 1549, de los *Consilia* de Laurentius Calcaneus y no hemos hallado esa cita. Su *Concilium* 56 trata de otra cuestión y en cambio, resulta defensor de la opinión contraria en su Consil. XI, núm. 36 (fol. 35 vto. in fine y 36).

(249) Joannes Cephalus, op. cit., Consil. CCLXXII, núm. 143 (ed. cit., t. II, fol. 187 vto.).

(250) J. Petrus Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, núm. 22 y sigs. (fol. 173).

(251) Raphael de Raymundis Cumanus, "Consilia", Cons. LII (ed. cit., fol. 25).

(252) Carolus Ruinus, op. cit., lib. II, Consil. CXXXVI, núm. 13 (fol. 181).

(253) Philippus Decius, op. cit., Consil. 687, núm. 2 (fol. 41 vto.).

(254) Durantes Gualdense, op. cit., tit. V, caut. XXXI, núm. 6 (fol. 26 vto.).

(255) Menochio, "Consiliorum...", lib. VII, Cons. DCLXXXI, núm. 36 (pág. 210).

volet consequi praelegatum, non deducat aliquam legitimam ex fideicommisso: sed eam cum aliis bonis restituat...”

Igualmente lo vemos así en las cautelas aplicadas a los mayorazgos por los autores castellanos. Así: Baeza (256) condiciona la mejora “ut et tertia et legitima iure primogenii perveniant ad posteros meos”; Luis de Molina, S. J. (257), explica que “ad condicione eum maioratum instituet, ut si is, cui ea legitima debetur, consentire velit in eo gravamine...”

También Agustín Barbosa (258), en todas las modalidades de las cautelas que él refiere, hace expresa determinación de la extensión a la legítima del gravamen fideicomisario.

Más discutida fue la cuestión cuando el testador refería el fideicomiso ordenándolo “omnia et singula bona sua”, o “sine diminutione aliqua”. De Luca (259) resumió que, cuando el testador, sin especial prohibición de la legítima, simplemente ordene una sustitución universal, según la opinión de algunos autores, debía atenderse a si concurrían palabras universales comprensivas de la totalidad; pero que pese esa común opinión no era verosímilmente presumible que fuese voluntad del testador disponer de más de lo que legalmente podía hacerlo.

En el Derecho vigente, esta cuestión, como tema de interpretación de la voluntad del testador, debe seguir el régimen de las normas de interpretación del testamento. En el Código civil español, el artículo 675, § 1.º, nos da la pauta: “*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor de mismo testamento.*”

Creemos que este precepto nos lleva a soluciones correspondientes a las del Derecho anterior, lo cual es lógico, dado que sólo es su síntesis abstracta en materia de interpretación testamentaria. Por eso, el juicio del Cardenal de Luca, que hemos referido más arriba, creemos que sigue racionalmente en pie, a la luz de este artículo 675, § 1.º del Código civil.

C) EXPRESA IMPOSICIÓN POR EL TESTADOR DE LA ABSOLUTA INCOMPATIBILIDAD DE RECLAMAR LA LEGÍTIMA Y RECIBIR ADEMÁS LO ATRIBUIDO ULTRA LEGÍTIMA.

Los dos requisitos de que nos hemos ocupado deben estar testamentariamente relacionados. Ha de establecerse un nexo causal entre la mayor atribución conferida y el gravamen impuesto al legitimario. Este tercer requisito no hace falta que se exprese en los regímenes en

(256) Baeza, op. cit., cap. VIII, núm. 10 (fol. 45 vto.).

(257) Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. DLXXVIII, 7 (t. III, pág. 16, ed. cit.).

(258) Agustín Barbosa, op. y tít. cit., núms. 20, 21 y 23 (pág. 414).

(259) De Luca, op., lib. y pars. cit., Disc. XVIII, núm. 4 (pág. 275).

los cuales la necesidad de optar se produce, *ipso iure*, siempre y cuando simplemente se den aquellos dos primeros supuestos; ni lo es para los autores que han defendido que el testador tácitamente da por establecido este tercero cuando los otros dos requisitos concurren. Esta circunstancia es precisamente la que diferencia estas dos posiciones: la que admite que la necesidad de optar resulta *ex iure* o tácitamente establecida, siempre que el *quantum* relicto al legitimario exceda del debido al mismo pero se le haya impuesto un gravamen en el *quale* de su legítima; y la que requiere que el testador exija expresamente, como requisito necesario, que el legitimario opte entre su atribución testamentaria o el mínimo que legalmente tiene asegurado.

Hemos visto varias fórmulas mediante las cuales se relaciona el mayor *quantum* atribuido al legitimario con la aceptación por el mismo del gravamen impuesto en el *quale* de su legítima. De estas fórmulas: una se limita a ordenar la eficacia del gravamen "omni rationi qua potuit" (Cumanus, Consil. XXV). "omni modo quo melius potest valere" ... "ut omni possibili modo valeat gravamen" (Cumanus, Consil. LII); otras fórmulas—que parecen incorrectas en su redacción, aunque no sea ello motivo, según antes vimos, para privarlas de eficacia—, verifican la conexión imponiendo la privación de la atribución disponible en el caso de no aceptarse el gravamen sobre la legítima (supuestos de la cautela perusina referida por Angelo, de la explicada por Paulo de Castro en su Consil. 77, etc.), y otras, generalmente conceptuadas como correctas, ofrecen al legitimario alternativamente: sea la institución universal con el gravamen señalado o sólo la institución en la legítima pura pero estricta (fórmula Gualdense), o bien un legado sometido al gravamen o la legítima estricta pura (fórmula del testamento de Nicolaus Antenoreus, estudiada por Decio, Socino iunior, Curtio iunior y Parisio iunior), o también le ofrecen, si acepta el gravamen incluso en su legítima, ya sea un prelegado o una mejora (fórmulas tratadas por Menochio en su Consil. DCLXXXI, por Antonio Gabriel, por Covarruvias, Baeza, Juan Gutiérrez, etc.) o bien un fideicomiso (como Ruinus en su Consil. CXXXVI, Lib. II); o, finalmente, le hace elegir entre la aceptación de la herencia con gravamen en el *quale* legitimario o la imposición de un legado de la parte disponible a favor de extraños (fórmula de Molinoeus y, posteriormente, de Pothier).

Pero la cuestión principal que nos plantea este requisito radica en distinguir cuándo el testador quiere realmente condicionar efectivamente la atribución ultra legítima a la aceptación del gravamen sobre ésta o bien sólo intenta presionar al legitimario para que lo acepte, pero sin que en su intención se halle el privarle de dicho exceso en el caso de que se decida por no aceptar el gravamen de su legítima. Está claro que se trata de un problema que habrá de ser solucionado en cada caso a tenor del testamento. Del mismo se puede lograr deducir, a veces, suficiente luz para llegar a calar la verdadera intención del testador.

Con el fin de comprender el alcance de esta cuestión, nada nos parece mejor que replantear el comentario que de una resolución del

Senatus Regius Hispalensis hizo Juan del Castillo Sotomayor en los capítulos 64 y 79 del Libro V de sus Controversias (260).

He aquí el supuesto: Pleiteaban, de una parte, don Adrián de Paz, y de otra su hermana Paula. El caso consistía en que el padre de ambos, don Andrés de Paz, en su testamento vinculó tercio y quinto a perpetuidad en los descendientes de su dicho hijo don Adrián y, a falta de descendientes de éste, en los de doña Paula y de los hijos de ésta, y a falta de descendientes de esta hija, en otra hija y los descendientes de ésta; ordenando finalmente: "*Y en la forma suso dicha hago la dicha mejora en favor del dicho don Adrián, mi hijo, y de sus hijos y descendientes, con carga, y condición, y gravamen que la legítima que de mí le perteneciere haya de ser y sea también vinculada y desde luego se la vinculo juntamente con la dicha mejora.*" El hijo Adrián rechazó el cumplimiento de la condición. El *Senatus Hispalensis*—al que apeló la hija— declaró vinculado a don Adrián, para sus descendientes, etc., en cuanto a la mejora, pero libre en su legítima y rechazó la reclamación de su hermana, que pedía tercio y quinto por no haber cumplido aquél la condición de aceptar la vinculación de su legítima.

Castillo Sotomayor defendió y explicó esta resolución.

Ante todo, observó (261) que el padre en la expresada cláusula, aun cuando puso a la mejora la condición de aceptar el mayorazgo, incluso sobre la legítima, en cambio no añadió luego que el hijo, de no consentir el gravamen impuesto, perdería la mejora de tercio y quinto y por no mejorado se tendría y que la mejora pasaría al siguiente en grado.

De lo que dedujo que no podía inferirse en dicho caso que el padre quisiera realmente privar al hijo de tercio y quinto; y que, por lo tanto, "como la pena de privación de la mejora no fue puesta para el caso de que el hijo no quisiera vincular su legítima, por lo tanto, el supuesto no previsto permanece regulado por las disposiciones del Derecho común, en virtud de las cuales obtiene: la mejora con su vinculación y gravamen perpetuo; la legítima, sin embargo, libre, y la condición se tiene por no puesta...". Y prosiguiendo su interpretación, razonó (262) que: "en el supuesto examinado, si pasara la mejora al siguiente en grado, que tampoco quiera consentir la propia carga, resultaría que a ese siguiente en grado, o sea, al segundo llamado, correspondería libre y sin vínculo alguno (puesto que el testador no ordenó a los siguientes hijos que vincularan la legítima con el tercio y el quinto), por lo cual se daría la mayor desigualdad, pues el hijo llamado en primer lugar y más predilecto sería de peor condición al resultar privado de tercio y quinto, en caso de rechazar el gravamen y la vinculación de la legítima, y, en cambio, los siguientes hijos llamados después

(260) Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. LXIV, núm. 1 (pág. 36), y cap. LXXIX, col. 4.ª, vers. *Pater namque in casu decisionis Hispalensis Senatus* (pág. 189).

(216) Castillo Sotomayor, cap. LXIV, núm. 22 (pág. 41).

(262) Id. núm. 23 (págs. 41 y sigs.).

de él serían de mejor condición, ya que obtendrían tercio y quinto, y su legítima sin vínculo alguno ni ningún gravamen: por lo cual no puede verosímelmente presumirse que por la contravención del primer hijo se le privase de lo relicto, cuando a los otros hijos no se les privaría...”

Para resolver, finalmente (263), ya en términos generales distinguiendo según no se impusiera pena de privación ni se designara sustituto para el caso de contravención, o bien se impusiera esa pena de privación y se llamara a otros en su lugar. Porque, en el primer caso, lo preceptuado “*dicitur magis in vim consilii et causa alliciendi gravatum, quam cum privandi*”, mientras en el segundo caso aparece mayormente ordenado en favor de otro que del gravado, y en caso de contravención el dominio se transfiere a ese otro: “Queda, por tanto, el nudo precepto de que el hijo tenga su legítima vinculada, en consejo resuelto, cuando en caso de contravención no sean otros llamados ni se imponga pena de privación...” (264).

Notemos que la expresión *poena privationis* fue empleada por Castillo en sentido lato, que abarcaba tanto la privación de lo adquirido condicionalmente como la no adquisición de lo asignado como compensación o premio para el caso de aceptar el gravamen de la legítima. Así nos lo demuestran las citas que el propio Castillo hace.

Ello nos invita a repasar las más conocidas de las cautelas no redactadas literalmente en forma de imposición de pena, sino de oferta alternativa puesta a elección u opción del legítimo.

Durantes Gualdense (265), en su cautela, expresa claramente la exclusión con estas palabras: “*adiicendo quod si onere fideicommissi filius non sit contentus, tunc intelligitur ut sit tantum in legitima institutus, et in residuo instituat quos per fideicommissum substituere proponebat*”. Es decir, que al legítimo aceptante del fideicomiso se le excluye de la institución en la parte libremente disponible, para la cual y en tal caso designa otros instituidos.

En el célebre testamento de Nicolás Antenoreo éste expresó —según cuentan Decio (266) y Socino iunior (267)— que si su hijo Juan Bautista “*nollet esse contentus dictis legatis in quibus erat gravatus fideicommisso tali casu privavit eum dictis legatis ut dicto Ioannes Baptista solum et dumtaxat reliquit iure institutionis illam portionem seu quantitatem legitime de iure sibi debitam et non ultra, vel aliquid ulterius...*”. Curtius iunior (268) subraya: “*quando quidam talia legata sunt sibi facta sub condicione, quod si noluerit ea acceptare solum habe-*

(263) Castillo Sotomayor, cap. LXXIX, col. final (pág. 189).

(264) El mismo Castillo Sotomayor, en el cap. CVII del mismo libro V, núm. 76, conclus. *Septimé* (pág. 780) insiste en que “*distinctum est. an scilicet ultra pater processerit in casu contraventionis, ad alterum substituerit vel non...*”

(265) Durantes Gualdense, op. cit., caut. XXXI, núm. 6, fol. LXVI vto.

(266) Philippus Decius op. cit. Consil. 687 núm. 2 (fol. 41 vto.).

(267) Marianus Socinus iunior, Consilia. Lib. I Cons. CXXII, *casus* (folio 234).

(268) Francischinus Curtius iunioris, op. cit., Consil. CLIX, proemio (folio 105 vto.).

bat legitimam". La privación del legado, para caso de no aceptar la carga, estaba expresada de modo tan claro como la limitación del legitimario a no recibir en este caso sino sólo su legítima estricta. No había por qué precisar el destino del legado, por cuanto al vacar éste su objeto quedaba refundido en la masa hereditaria.

Menochio (269) y Mantica (270), al usar la fórmula del prelegado, añadieron la condición expresa "quod si velit consequi praelegatum...". Es decir, que no lo conseguirían si dedujesen "aliquam legitimam ex fideicommisso...". Peregrino (271) aplica con muy parecidos términos semejante fórmula. Y Surdus (272) subrayó "quod expresse dixit quod solam habeat legitimam, si legatis non est contentus".

Socinus iunior (273), a quien siguió J. Petrus Surdus (274), refiriéndose a la fórmula de imposición de pena, afirmó "in tantum patres testator alienationem sub poena prohibere, quod licet alias prohibitio, sed simplex, et tanquam sine causa non valeat, tunc ubi poena est apposita restituitur et convalidatur".

Inversamente, la fórmula de Molinoetus (275) es la de legar el pleno dominio de los bienes disponibles, para el caso de que el heredero no quiera aceptar el gravamen sobre su legítima, precisamente a favor de aquel a quien se quisiera beneficiar con ese gravamen. Sistema que fue seguido también por Pothier (276). Y mediante el cual es evidente que también queda expresada con toda claridad que se excluye al legitimario de los bienes, que, para caso de no querer aceptar el gravamen sobre su legítima, son legados a otro expresamente, y asimismo es determinado el destinatario de dichos bienes, que es precisamente su legatario.

Entre los autores castellanos: Luis de Molina, S. J., expresó claramente la exclusión del legitimario de la parte disponible y la designación de sustituto, al sancionarla con sus fórmulas: "ut nisi filius in eo toto vellet consentire, incrementum ultra legitimam ad alium pertineret aut insumeretur in operibus piis" (277), y que si no acepta el mayorazgo "accipiet solam suam legitimam, et incrementum deveniat ad alium" (278). Y Jacobo Valdés (279) lo especificó en la prevención: "quod si non consentiat [el mayorazgo su hijo mejorado] ex filiis qui consenserit meliorationem habeat".

(269) Menochio, "Consiliorum...", Cons. DCXXXI, núm. 36 (pág. 210).

(270) Mantica, op. cit., lib. VII, tit. VIII, núm. 11 (pág. 325).

(271) Peregrino, op. cit., art. XXXVI, núm. 96, vers. *Adde* (pág. 517).

(272) Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, núm. 12 (fol. 172).

(273) Socinus iunior, "Consilia", lib. III, Consil. LXXXVII, núm. 5.

(274) Surdus, Consil. últ. cit., núm. 31 (fol. 173 vto.).

(275) Carolus Molinaeus o Charles Dumoulin "Coutumes de Montargis", cap. XIII, art. II (cfr. nota 105 del presente trabajo).

(276) Pothier, "Coutumes ..." cits., Introduc. al tit. XVI, sec. IV, § 2.º, núm. 55 (en "Oeuvres ..." vol. cit., pág. 317).

(277) Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. CLXXVII, núm. 10 (t. I, página 403).

(278) Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. DLXXVIII, núm. 7 (t. III, página 16).

(279) Jacobo Valdés, *Addit. cit.*, ad Ampl. X, letra P, ad núm. 48 (pág. 438).

Otros, como Baeza (280), Juan Gutiérrez (281), Ayllón Láynez (282), que usan la fórmula del prelegado, no previenen la designación expresa de sustituto para el caso de que el mejorado no acepte el gravamen de su legítima, si bien—según hemos visto—la atribución como prelegado de la mejora, precisamente por atribuir ésta a ese título, resultaba más expresiva de su no atribución, en caso de no cumplirse la condición del prelegado, que en el caso de ir incluida la mejora en la institución de herederos a favor del mejorado, como acertadamente valoró del Castillo Sotomayor (283). Fórmula que también hace superflua la designación de sustituto, puesto que caducado el prelegado su objeto se refunde en la masa hereditaria.

¿Qué consecuencias podemos sacar hoy en los modernos Derechos de esta cuestión tan larga y concienzudamente estudiada, especialmente por del Castillo Sotomayor?

Volvemos a hallaros ante un problema de interpretación de la voluntad del testador. Problema a resolver *in concreto*, caso por caso, observando, en “*caso de duda*”, “*lo que aparezca más conforme con la intención del testador según el tenor del mismo testamento*” (artículo 675, § 1.º, del C. c.).

Esto debe hacernos pensar en la conveniencia de no dejar lugar a duda alguna al redactar los testamentos acerca de si se trata de una expresa condición, decisiva de la atribución o no atribución, o bien sólo de un nudo precepto dirigido a ejercer presión moral sobre los legitimarios. Especialmente a nosotros, los Notarios, nos impone el deber de indagar hasta el fondo la verdadera voluntad del testador, es decir, hasta dónde quiere efectivamente que se llegue en caso de incumplirse su propuesta. Así debemos hacerlo siempre, antes de redactar una cautela de opción compensatoria de la legítima, asegurándonos de si eso es lo que el testador quiere realmente con todas sus consecuencias, o bien si la fiel expresión de su voluntad solamente debe reducirse a la manifestación de un deseo, de un consejo o de un ruego..

D) ACEPTACIÓN POR EL LEGITIMARIO DE LA ATRIBUCIÓN TESTAMENTARIA CON SU GRAVAMEN, ES DECIR, CON LA LIMITACIÓN DE SU “*QUALE*” LEGITIMARIO.

Llegamos al requisito decisivo para la efectividad de los gravámenes en el *quale* legitimario. Los tres requisitos anteriores son determinantes de la eficacia de la cautela; pero ésta puede desembocar en dos resultados diversos, según cual sea la voluntad decisoria del legitimario. Este cuarto y último requisito, en cambio, no se refiere a la

(280) Gaspar Baeza, op. cit., cap. 8, núms. 10 y 11 (fol. 45 vto. y 46).

(281) Juan Gutiérrez “*Practicarum ...*”, lib. V, Quaest. XVIII, núm. 15 (pág. 49).

(282) Juan Ayllón Láynez, *Addit. cit.*, núm. 25 (pág. 71).

(283) Castillo Sotomayor, op. y lib. últ. cit., cap. LXIV, núms. 57, 62 y 65: (págs. 48 y sigs.).

efectividad de la cautela, sino a su desenlace; es decir, a la efectividad del gravamen compensado con el mayor *quantum* atribuido.

Se trata de un requisito que ha dado lugar a muy diversas opiniones e inacabables discusiones. Para poder abarcarlas desde su raíz, en toda su dimensión, deberíamos remontarnos al examen de un panorama más amplio: correspondiente al modo cómo han de ser interpretadas la aceptación de la herencia testamentariamente deferida, la aprobación del testamento y la renuncia a impugnarlo, según el modo, términos y circunstancias en que se verificaron, y, en especial, midiendo su alcance según se hayan efectuado en términos y circunstancias generales o especiales.

El punto clave en torno al cual se centran todas estas cuestiones radicaba en la ley *Si quando*, § *Et generaliter* del *Codex* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.º).

De este texto se dedujo que la aceptación tácita o formulada en términos generales de la herencia (284), ni la aprobación genérica del testamento (285), ni la renuncia general (286), no bastaban para poder

(284) Laurentius Calcanes, op. cit., Consil. LXXIV, núm. 33 (fol. 125 vto.); Carolus Ruinus, op. cit., lib. II, Consil. LVI, núm. 10 (fol. 74); Johannes Antonius Rúbeus Alexandrino, "Consilia", Consil. CXLIII, núm. 2 (cfr. ed. 1540, fol. 94 vto.); Rodrigo Suárez, op. cit., Ampliat. X, núm. 8 (pág. 413) y núm. 10 (pág. 414); Hippolytus Riminaldus, iunior, lib. V, Cons. DX, núm. 61 (fol. 103); Agustinus Beroius, "Consiliorum sive Responsorum", Consil. XCIII, núm. 59 (cfr. ed. Venetiis, 1577, vol. II, pág. 404); Marco Antonio Peregrino, op. cit., art. XXXVI, núms. 83, 84 y 85 (págs. 515 y sig.); Antonio Gómez, "Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii", lib. I, cap. XI, núm. 25 (nueva ed. —de la 1.ª de Salamanca, 1579— adic. y anot., Lugduni, 1701, pág. 147); Cristóbal de Paz, "Scholia ad leges Regias Styli", ley CC, núm. 60 (ed. Madrid, 1608, pág. 580); Bartholomeus Bertazzolius, "Decisivae Consultationes sive Responsa Decisive, in Civilis Controversiis emissam", Consil. LXXV, núms. 19 y 22 (ed. Francofurti, 1603, pág. 340); Joannes Petrus Fontanella, "Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus", Cl. IV, gloss. XIX, pars. I núm. 41 (ed. Lugduni, 1667, t. I, pág. 469); Viviano Cirocchus iuniore, Disceptationum in quibus questiones de ultimis voluntatibus, Successionibus ab intestato..., Dicopt. IV, núm. 65 (ed. Fulginiae, 1662, pág. 65); Franciscus Nigri, Cyriacus, op. cit., Contr. CXLVIII, núm. 8 (pág. 426); Marcos Solon de Paz, Doctor Burguensis, "Prima Pars Consiliorum", Cons. XIV, núm. 56 (fol. 76 vto.). Luis de Molina, S. J., op. cit., Tract. II, Disp. CLXXVII, núm. 10 (t. I, pág. 403); Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. LXIV, núm. 66 (vol. cit., pág. 51) y cap. CVII, núm. 66 (págs. 772 y sig.) y núm. 76, vers. *Tertio* (págs. 779 y sig.); Francisco Salgado de Somoza, "Labirinthus Creditorum Concurrentium", Pars II, cap. XVI, núm. 17 (cfr. ed. Lugduni, 1672, t. II, pág. 437); De Luca, op., lib. y pars. cit., disc. XVI, núm. 2 (vol. cit., pág. 270) y Disc. XVII, núms. 2 y 3 (pág. 273).

(285) Petrus de Ancharano, "Consilia sive Responsa", Consil. CLII, núm. 8 (ed. 1532, fol. 57 vto.); Guido Papa, "Decisionea", Cons. 427, núm. 1 (ed. Lugduni, 1610, pág. 384); Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. I, Consil. LXXXV, núm. 16 (fol. 343); Antonio Gómez, "Variae ...", lib. I, cap. XI, núm. 31, vers. *Tertio* (pág. 151, ed. cit.); Juan del Castillo Sotomayor, op. y lib. cit., cap. CVII, núm. 66 (págs. 772 y sig.); De Luca, lib. IX, Pars III, Disc. XVI, núm. 4 (página 273); Camarela, op. y loc. últ. cit., núm. 3 (pág. 730).

(286) Iasón del Mayno, "Consiliorum", Consil. CCVII, núm. 6 (cfr. ed. cit., vol. II, fol. 124); Andrea Tiraquellus, "Commentarii de Nobilitate et de iure primogeniorum", "De iure primogeniorum". Quaest. 55, núm. 2 (3.ª ed. Lug-

estimar renunciada la posibilidad de reclamar el suplemento de la legítima ni de exigir la remoción de los gravámenes impuestos a la misma (287).

El tema concreto que constituye la parte final de este estudio consiste en responder a la pregunta de si el legitimario que acepta una mayor atribución hereditaria o un legado en lugar de la legítima o un prelegado, ofrecido al mismo por el testador únicamente para caso de que aceptare el gravamen que con afección de su legítima le impuso:

duni, 1584, pág. 646): Hippolytus Riminaldus junior, op. cit., Cons. LXXXV, núm. 14 (lib. I, fol. 343); Antonio Gómez, "Variarum...", cap. últ. cit., núm. 25 (pág. 147); Agustinus Beroius, op. cit., Consil. XCII, núms. 62 y 63 (vol. II, página 404); Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, núm. 5 (fol. 171 vto.) y 26 (fol. 173); Fontanella, op. cit., Cl. IV, Pars. I, núm. 49 (pág. 561, t. I); Simón de Practis, "Interpretationem...", cit., lib. V, tit. I, Dubit. III, núm. 119 (fol. 498 vto.) y "Consiliorum sive responsorum decisivorum", Cent. II, Cons. CCI, núm. 19 (ed. Francofurti, 1605, pág. 889); Alexandrus Trentacinius, "Practicarum Resolutionum Iuris", lib. I, Resolut. V, núm. 11 (cfr. ed. Francofurti ad Moenum, 1610, págs. 114 y sig.); Petrus Antonius de Petra, op. cit., Quaest. XV, núm. 124 (pág. 578).

(287) De esta regla general, se excluyeron por parte de la opinión más común una serie de supuestos en los cuales se daban especiales circunstancias o la aceptación era formulada con expresiones que podían significar la aprobación o aceptación del gravamen afectante a la legítima o la renuncia a reclamarla. Entre estos supuestos, podemos destacar:

a) Aceptación de la herencia cuando el testamento contiene la prohibición expresa de detraer la legítima o el gravamen explícito de ésta, según: Petrus Paulus Parisius, op. cit., Pars III, Consil. IX, núm. 16 (fol. 17); Jacobo Cancer, op. cit., Pars. I, cap. III, núms. 90, 91, y 92 (pág. 77); Joannes Paulus Lencellottus, "Suscriptio al concil. XXXVIII, lib. I, de Eugenio Perusino, núm. 44 (filio 112 vto.); Josepho Ludovico y Hieronymo Magonio, op. cit., Descis. XXVIII, núm. 62 (pág. 169); Joannes Petrus Surdus, "Consiliorum...", lib. III, Consil. CDXII, núm. 25 (ed. Venetiis, 1614, vol. III, pág. 560). En contra: Marcus Antonius Eugenius, Perusino, op. y consil. cits., núms. 5 y 7 (fol. 111) y 13 (fol. 112); Marcus Antonius Peregrinus, op. cit., art. XXXVI, núm. 87 (pág. 516); Juan del Castillo Sotomayor, op. y lib. cit., cap. CVII, núm. 75, *Tertius y Quartus* (pág. 779).

b) Aceptación de la herencia o de un legado cuando su *quantum* aun deducido su gravamen en el *quale* excede de la legítima del aceptante, según: Socino iunior, op. cit., consil. CXXII, núm. 24 (fol. 235 vto.); Cephalus, op. cit., Cons. XVI, núm. 56 (vol. I, fol. 29 vto.); Francischinus Curtius iunioris, op. cit., Consil. CLIX, núm. 3 (fol. 105 vto.); Menochio, "Consiliorum...", consil. LXXI, núm. 10 (fol. 205 vto., lib. I); Rolandus a Valle, "Consiliorum sive mavis Responsorum", Cons. XCIX, núm. 21 (cfr. ed. Lugduni, 1576, pág. 332); Josepho Ludovico y Hieronymo Magonio, op. cit., Descis. XXVIII, núms. 55 y sgs. y núm. 59 (pág. 169); Alexandrus Trentacinius "Practicarum Resolutionum Iuris", lib. I, Resolut. V, núm. 6 (ed. cit., pág. 114); Jacobo Cancer, "Variarum...", Pars. I, cap. III, núm. 92 (vol. I, pág. 77); Agustín Barbosa, "Collectanea in Codicem...", lib. III, tit. *De inoff. testam.*, núms. 27 y 28 (t. I, pág. 414); Hermencildo de Roxas, op. cit., Pars. II, cap. I, núms. 25, 26, 27 y 28 (págs. 120 y sig.). En contra: Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Cons. DX, núm. 64 (vol. V, fol. 103); Castillo Sotomayor, cap. CVII, cit. núms. 39 y sigs. (págs. 753 y sigs.), 56 y sigs. (págs. 767 y sigs.), 60 y sigs. (págs. 772 y sigs.) y 76, vers. "*Deinde et secundo*" y "*Tertio*" (págs. 779 y sig.); Fusario, op. cit., Quaest. CCXCVI, núm. 27 "*Ampliatum undecimo*" (pág. 224).

c) Aprobación del testamento en todo y en todas sus partes, es decir: "*in omnibus et per omnia*", según: Cephalus, op. cit., lib. II, Consil. CLIII, núm. 78

¿se entiende que, con esa aceptación de lo atribuido en compensación, también acepta dicho gravamen y que, por ende, renuncia a toda posible reclamación en contra del mismo? ¿Basta, a dicho efecto, la simple aceptación de dicha compensación, alternativamente ofrecida al mismo en el testamento, sin necesidad de hacer una nominal y específica referencia a la aceptación del gravamen afectante al *qualo* de su legítima?

Examinaremos esa cuestión sucesivamente: Primero, en el supuesto (de la cautela analizada por Decius, Socinus, Curtius y Parisius iunior) en el cual la compensación ofrecida al legitimario sea un legado en lugar de su legítima y en el supuesto (analizado por Menochio en su Consilio DCLXXXI) de tratarse de un prelegado atribuido también en compensación; así como en los casos equivalentes de mejorarse con tercio y quinto al legitimario aceptante del mayorazgo impuesto incluso sobre su legítima. Y, segundo, en la hipótesis de la cautela

(cfr. ed. 1579, t. II, fol. 12 vto.); Eugenius Perusino, op. cit., lib. I, Cons. XXXVIII, núm. 13 (fol. 112); Menochio, "Consiliorum ...", lib. I, Consil. LXXI, núm. 20 (fol. 206); Peregrino, op. cit., art. XXXVI, núm. 89 (pág. 516): "Sextus casus est, quando legitima fuit expresse prohibita, et filius approbavit testamentum patris in omnibus et por omnia, aut in omnibus suis partibus, et huiusmodi approbationem aequipollere speciali...: Surdus, "Consiliorum...", lib. III, Consil. CDXII, núms. 28 y 29 (vol. III, pág. 560); Castillo Sotomayor, op. y lib. cit., cap. CVII, núm. 66 (pág. 773, col. 2.ª); Franciscus Negri Cyriacus, op. cit., Contr. CXLVIII, núm. 8 (pág. 426); Agustín Barbosa, loc. últ. cit., núm. 23 (pág. 414); Fusario, op. cit., cap. CCXCVI, núm. 96 (pág. 231); De Luca, op. y lib. cit., Disc. XVII, núm. 4 (pág. 273); u "omnia et singula", según Rubeus Alexandrino, op. cit., Cons. LXXXIII, núm. 5 (fol. 55 vto.); Cephalus, op. cit., lib. I, Cons. XVI, núms. 55 (vol. I, fol. 29 vto. ed. Francofurti, 1579); Menochio, Cons. últ. cit., núm. 24 (fol. 357 vto.); Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Cons. DX, núm. 63 (fol. 103); Mantica, op. cit., lib. VII, tit. VIII, núm. 11 (pág. 325); Surdus, "Consiliorum ...", lib. III, consil. CDXII, núm. 27 (vol. III, pág. 560); Fusario, loc. últ. cit., núm. 93 (pág. 231). Véase especialmente Rolandus a Valle, op. cit., lib. IV, Consil. XCIX, núms. 24 y sigs. (pág. 332); De Luca, op. cit., Disc. XVIII, núm. 8 (pág. 275).

d) Renuncia sin mención nominal de la legítima, pero que sólo a ésta puede referirse, según: Marianus Socinus iunior, op. cit., lib. I, Consil. CXXXVI, números 17 y 18 (fol. 184 vto.); Rolandus a Valle, op. cit., lib. IV, Consil. XCIX, núm. 37 (pág. 333); Trentacincinus, op. cit., lib. I, Resolut. I, núm. 3 (pág. 113); Surdus, Consil. últ. cit., núm. 30 (fol. 560, vol. III); Ioannes Vicentius Honde-deus "Consiliorum sive responsorum", lib. I, Cons. LXIII, núm. 89 (ed. Venetiis, 1592, vol. I, pág. 518).

e) Renuncia no verificada específicamente ni en términos totales, pero determinable como expresa por la conducta del legitimario en relación a lo dispuesto por el testador y a las circunstancias concurrentes, conforme Ruinus, "Responsorium ...", lib. II, Consil. LVI, núm. 11 (fol. 73 vto.); Marianus Socinus iunior, op. cit., lib. I, Consil. CXXII, núms. 21, 22 y 23 (fol. 235 vto.); Petrus Paulus Parisius, op. cit., pars III, Consil. IX, núm. 4 (fol. 17); Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. DLXXVIII, núm. 7 (vol. III, pág. 16); Jacobo Cancero, op. cit., Pars. III, cap. II, *De inventario*, núms. 103 y 105 (cfr. ed. Lugduni, 1683, pág. 42); Joannes Petrus Fontanella, "Tractatus de Pactis Nuptialibus ..." Cláusula IV, Glossa XXIV, Pars. II, núms. 44 y 45 (cfr. ed. Lugduni, 1667, fol. II, págs. 500 y sig.); Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. CVII, núm. 57 *in fine* (pág. 768); Bellonus, op. cit. Consil. I.XV, núms. 48 y 49 (pág. 360); Fusario, op. cit., Quaest. CCXCVI, núm. 64, *Respondetur secundo* (pág. 227).

Durantis o Gualdense. de atribuirse a título hereditario, alternativamente, ya sea una mayor cuota o bien la legítima estricta, según el legitimario instituido acepte o no la extensión a su legítima del gravamen impuesto. Trataremos, en suma, de ver si realmente existen diferencias entre uno y otro supuesto, por lo que se refiere a la eficacia de la aceptación de la mayor atribución con respecto a la consecuente ineluctabilidad del gravamen impuesto a la legítima del aceptante.

a) *Aceptación del legado en lugar de la legítima, de mayor quantum, pero con gravamen en el quale, o, en su caso, de un prelegado vinculado con un gravamen en el quale legitimario, ofrecido por el testador alternativamente con la legítima pura pero estricta.*

Vamos a comenzar por exponer una opinión en contra de la eficacia de la aceptación del legado con respecto a la efectividad del gravamen. Fué la de Simón de Praetis (288), discrepante de los dictámenes de Decio, Socino, Curtio y Paris. Su razonamiento se desliza así: "... porque la renuncia es de derecho estricto no es presumible, no se infiere sino necesariamente... por la aceptación de lo que de ese modo legado no puede entenderse que el hijo renunciase a su legítima, por lo cual de la restitución del fideicomiso pueden detraerla sus herederos"... "aceptando el legado es sabido que se acepta la carga impuesta al legado, pero esto sólo es verdad cuando por Derecho puede imponerse esta carga, no, en cambio, si por Derecho no puede imponerse".

Claro que a esta objeción de Praetis pudo haberse replicado con razones ya expresadas dos siglos antes por Baldo (289), al señalar la diferencia entre el legado bajo condición, que en lo afectante a la legítima se entiende por no puesta, de una parte, y, de otra, lo ordenado revocando la disposición, en caso de reclamarse la legítima, que es válido. Por lo cual, líneas antes había afirmado que aceptado el legado, atribuido con la prohibición de reclamar por razón de la legítima, se entendía renunciado el derecho a reclamarla.

Felipe Decio (290), al dictaminar acerca del testamento de Nicolás Antenoreo y de la aceptación de su hijo Juan Bautista, consideró de modo especial la alternativa ofrecida por aquél a éste y la aceptación del legado por Juan Bautista, lo que suponía, por tanto, claramente que a tal aceptación iba aneja la carga.

Este razonamiento fué profundizado por Mariano Socino iunior (291). Cuando dos posibilidades son incompatibles —observó—, quien elige una se entiende que rechaza la otra...", y puesto que re-

(288) Simón de Praetis, op. cit., lib. V, tit. I, Dubit. III, núms. 121, 122 y 123 (fol. 98 vto.).

(289) Baldo de Ubaldis, Ad. lib. X Codicis, tit. *De iure fisci*, Lex I, *Si prius* núm. 34, vers. "*Item ponit*" (In ... Codicis ... vol. III, fol. 672, ed. cit.).

(290) Philippus Decius, Medionalensis, op. cit., vol. V, Cons. 678, núm. 2 (fol. 41 vto.).

(291) Mariano Socino iunior, op. cit., Consil. CXXII, núms. 9 a 20 (fol. 235).

sulta incompatible que Juan Bautista obtenga a la vez la legítima y el legado, pues claramente consta la voluntad del testador de que sólo el uno o el otro obtuviese: luego resulta que por la elección del legado debe entenderse renunciado lo que con ese legado era incompatible según la disposición del testador.

Más brevemente esgrimió Francischinus Curtius (292) parecidas razones: "*unio electio dicatur alteri renunciatum specialiter et expresse...*", "por lo cual no es posible negar que dicho Juan Bautista, aceptando el legado, mucho más pingüe de lo que era su legítima, renunciaba a reclamar contra la sujeción de ésta al fideicomiso... *cum unius inclusio sit alterius exclusio*".

La eficacia de la aceptación del prelegado como conformidad con el gravamen puesto a la legítima, en el supuesto de que tal prelegado hubiese sido atribuido para el caso de aceptarse tal gravamen, fué explicada por Menochio. E igual doctrina hallamos en aquellos autores castellanos que hicieron jugar la mejora de tercio y quinto como prelegado para el caso de que el favorecido aceptara el gravamen del mayorazgo, impuesto incluso sobre su legítima; como, v. gr., Juan Gutiérrez (293), Jacobo Valdés (294), Castillo Sotomayor (295). El segundo de estos autores estimó que esta hipótesis se hallaba excluida del supuesto de la ley *Si quando*, § *Et generaliter*, entendiendo que, en ese supuesto, "aceptando el hijo la mejora aceptaba tácitamente el gravamen que vinculaba su legítima, aunque no lo expresara"

β) *Aceptación de una mayor cuota hereditaria con un gravamen afectante a la legítima, cuando así ha sido atribuida alternativamente con la cuota legitimaria pura pero estricta.*

Han sido bastantes los autores que para este supuesto han mantenido una posición igual a la que para la hipótesis anterior sostuvieron, casi sin contradicción, como hemos visto, aquellos a quienes acabamos de hacer referencia. Aquí podemos citar a Cucchus (296), Fachineus (297), Luis de Molina, S. J. (298), Viviano Ciroccho iunior (299), Bellonus (300), De Luca (301), Tonduti (302)...

(292) Francischinus Curtius iunior, op. cit., Pars. I, Consil. CLIX, núms. 6 y 9 (fol. 106).

(293) Juan Gutiérrez, "Practicarum Quaest ...", lib. V, Quaest. XVIII, núm. 15 (pág. 49).

(294) Jacobo Valdés, Adit. cit., ad. Ampl. X, núm. 48, letra P. (pág. 438).

(295) Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. CVII, núm. 76. ver. *Quinto* (pág. 780).

(296) Marcus Antonius Cucchus, op. cit., cap. "Nec usufructu fraudari liberis", núm. 27 (fol. 112 vto.).

(297) Fachineus, op. cit., lib. V, Caput. XCVI, col. 666, vers. "Quare Marzarii scrupulus".

(298) Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. DLXXXVIII, núm. 7 (vol. III, pág. 16).

(299) Vivianus Cirocchus iunior, op. cit., Discept. IV, núm. 67 (pág. 666).

(300) Bellonus, op. cit., Consil. LXV, núms. 43 a 49 (pág. 360).

Bellonus (303), ante la objeción, puesta por algunos, de la insuficiencia de tal aceptación, dada la necesidad de renuncia expresa para que el hijo se entendiera renunciante de su legítima, sin que bastara la renuncia general, replicó: Primero, que creía suficiente la renuncia general, cuando de ella claramente podía deducirse la voluntad del hijo en tal sentido. Y segundo, que la renuncia hecha por aceptación de uno de los dos términos alternativos no es general, sino especial, puesto que en un solo sentido puede entenderse.

Pero al llegar aquí nos hallamos con lo que Fachineus (304) llama *scrupulus Marzarii*. Francisco Marzario (305) observó que la mayor dificultad resulta cuando muerto el padre se inmiscuye el hijo en la herencia sin expresa aceptación de la misma ni aprobación del testamento. Por lo cual, propuso que en el testamento paterno se designase Comisario para que procurase que el hijo hiciese una aprobación y ratificación expresa.

Lo cierto es que Eugenio Perusino (306) distinguió en esta cuestión el supuesto que denominó *casus Decii* y el de la cautela "*tradita per modernum Gualdensem*".

Para el primer caso admitió (307) que la aceptación del legado "*relictum in recompensationem legitimae*", "*et in ei arbitrio repositum*", "*quo in casu dicitur renuntiare legitimae expresse ex quo apparet de eius clara voluntate*". En cambio, respecto a la segunda, no opinó de igual modo (308): "no es nada absurdo decir que esa cautela Gualdense no procede indistintamente, pues puede proceder cuando el hijo expresamente apruebe el testamento, no así cuando adiese simplemente, aprobando sólo tácitamente la voluntad del testador, va que entonces no se aprecia que renuncie la legítima, a no ser que la aprobación fuese hecha con palabras generales que tengan en todo fuerza particular expresa y así incluyan la legítima...".

Andreolus (309) trató de explicar esa diferencia. Sin embargo, puesta la alternativa, no parece que para nuestro supuesto pueda establecerse diferencia entre el caso de aceptación de la herencia o una cuota hereditaria y el de aceptar un legado, un prelegado o una institución en cosa cierta. La cuestión creemos que radica en el caso de que el heredero entre en posesión de la herencia sin aceptarla expre-

(301) De Luca, op. y lib. cit., Disc XVII, núm. 2 (pág. 273), y Disc. XVIII, núms. 14 y 23 (págs. 275 y sig.).

(302) Petrus Franciscus Tonduti Sanlegerius, op. cit., Pars. II, cap. CLXVI, núm. 5 (pág. 145).

(303) Bellonus, op. cit., Consil. LXV, núms. 43 a 49 (pág. 360).

(304) Fachineus, loc. últ. cit.

(305) Franciscus Marzarius, "In materiam Fideicomissariam Epitome", Quaest. I., núm. 3 (ed. Venecia, 1578, pág. 92).

(306) Marcus Antonius Eugenius Perusino, op. cit., lib. I, Cons. XXXVIII, núm. 10 (fol. 111 vto. infine y sig.).

(307) Eugenio Perusino, Consil. cit., núm. 8 (fol. 111).

(308) Eugenio, Consil. cit., núms. 10, 12 y 13 (fol. 111 vto. y 112).

(309) Jo. Franciscus Andreolus, op. cit., Controversia CCL., núm. 59 (págs. 96 y sig.).

samente ni realizar ningún acto que pueda reputarse como aceptación tácita. Hipótesis dudosa que no puede darse en el supuesto de aceptarse expresamente o simplemente de recibir un legado o un prelegado, ni en el de posesionarse específicamente de la cosa cierta relicta.

La diferencia marcada por los autores antes citados la percibimos claramente leyendo a Juan del Castillo Sotomayor y a Agustín Barbosa.

Castillo Sotomayor creemos que marca la diferencia entre uno y otro caso en sus conclusiones quinta y séptima de su capítulo CVII. En la primera (310) se inclina por creer que la aceptación de la mejora comporta la de la carga "cum una sine altera stare non possit". En la segunda (311) estima que "liberam legitimam remanere, nec filium videri consentire gravamine legitimae imposito, etiam si iudicio parentis simpliciter agnoverit, et etiam, quando plus quam legitima relictum est; teneri filium ipsum, non servantem voluntatem parentis, id dimittere, quid ultra legitimam consequi posset, si voluntati ipsius parentis paruisset, et legitimam retenta, nihil amplius consequi, sed reliquum ultra legitimam restituere debere, fructus etiam ex eo, quod ultra legitimam filius habuit, restitutorum".

Y Agustín Barbosa (312), después de señalar como excepciones del § *Et generaliter* los supuestos de que el hijo acepte el prelegado "factum filio adiecta condicione expressa, quod si filius vult praelegatum non deducat aliquam legitimam", y de que acepte "certa bona", gravada con fideicomiso y relicta por el padre disponiendo "quod si filius nollet ea bona habere cum fideicommisso, habeat suam legitimam alio herede instituto vel substituto", agregó: "et ideo ut gravamen legitimae subsistat necessarius est expressus eius consensus".

Es decir, aceptando el prelegado o la cosa cierta dispuestos con dicha condición, la carga se entendía aceptada; en cambio, inniscuido el heredero en la herencia no se entendía aceptado el gravamen, aun puesta la condición de quedar reducida la institución a la legítima en caso de no aceptarlo o contravenirlo, mientras no hubiese expresa aceptación; pero si la contravención o la reclamación se producían, el hijo debía restituir la cuota que excediera de su legítima. E incluso con sus frutos, como subrayaron, v. gr., Rodoerius (313) y Castillo Sotomayor (314).

Lo que acabamos de exponer nos surte otras dos cuestiones de digno contrario a tratar. A saber:

(310) Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. CVII, núm. 76, vers. *Quinto* (pág. 780), rel. núm. 53 (pág. 764) y núms. 64 y sigs. págs. 770 y sigs.).

(311) Castillo Sotomayor, cap. últ. cit., núm. 76, vers. *Septimo* (pág. 780), en rel. núms. 44 (pág. 760) y 46, vers. *Et haec quidem* (pág. 762).

(312) Agustín Barbosa, op. y loc. cit., núms. 20 y 21 (pág. 414).

(313) Joannes Leonardus Rodoerius, op. cit., cap. CCLII, núm. 14 (pág. 448).

(314) Castillo Sotomayor, op. y lib. cit., cap. CVII, núm. 76, vers. *Septimo* (pág. 780).

Una, si cabe que el testador coloque al legitimario en la alternativa de aceptar o de rechazar en un plazo determinado la atribución testamentaria, o bien de entenderse que de no hacerlo ha rechazado o aceptado la atribución.

Hippolytus Riminaldus (315) se enfrentó con un supuesto en que el testador, además de imponer al legitimario una opción, le intimaba a que dentro del mes de la muerte del testador aprobase el testamento, y para caso de no hacerlo le instituía solamente en la legítima y disponía que el residuo, con sus frutos percibidos desde la muerte del propio testador, correspondería a los cuatro Borgoncius. A juicio de Riminaldus, esta cláusula carecía de eficacia.

Igualmente, Cyriacus (316) opinó que no generaba perjuicio al legitimario, que aceptara la herencia, que su padre le obligase a aprobar el testamento en cierto término, y mucho menos que dispusiera que se entendería aprobado el testamento si no lo contradijere en el plazo de diez días a contar de la muerte del mismo testador, ya que nunca puede entenderse tácitamente renunciada la legítima.

En cambio, Voet (317) aceptó una fórmula en la cual se señalaba al legitimario un plazo para verificar su elección, y comenzó su exposición diciendo que “testamento nominatim electio concessa fuerit. *intra certium temporis spatium declaranda...*”. Y Bellonus (318) admitió la eficacia de una cláusula en la cual el testador añadió la orden de que “*intimarent filio, ad hoc, ut deberet intra quindecim a die intimationis declarare mentem suam...*”, y opinó que si fuera remiso en su elección “*condicio, sub qua fuit facta, renuntiatio, hac censetur verificata*”, es decir, se le tendría por renunciante de la mayor atribución testamentaria.

Otra cuestión fue relativa a si era posible verificar la aceptación del llamamiento testamentario, con la reserva y protesta de no aceptar el gravamen impuesto sobre la legítima, o de no renunciar a derecho alguno que legalmente le correspondiera.

También Bellonus (319) se ocupó de esta cuestión y rechazó la posibilidad de tal reserva o protesta. A su juicio, “porque cuando dos cosas son incompatibles de modo que a la vez no pueden ser, como lo es en nuestro caso tener la legítima sin carga y conseguir toda la herencia, quien elige lo uno se entiende por esa sola elección que rechaza lo otro..., y pienso que es así a pesar de las protestas del aceptante, puesto que esa protesta se contradice con los hechos...”.

(315) Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Consil. CLXV, caso (fol. 100) y núm. 41 (fol. 102).

(316) Franciscus Nigri, Cyriacus, op. cit., lib. I. Controvers. CXLVIII, núm. 8 (pág. 426).

(317) Joannes Voet, op. cit., lib. V, tít. II, núm. 64 (t. I, pág. 116).

(318) Bellonus, op. cit., Consil. LXV, núm. 49 (pág. 360).

(319) Bellonus, Consil. últ. cit., núm. 49, vers. *Nec obstat*, y núm. 50 (págs. 360 y sig.).

Planteamiento actual de estas cuestiones

Repasado panorámicamente en su dimensión histórica ese requisito extrínseco de las cautelas de opción compensatoria de la legítima, debemos volver los ojos a nuestro Derecho actual para replantear brevísimamente las cuestiones que hoy puede suscitar ese requisito.

Ante todo, debemos tener en cuenta, a este respecto, dos principios fundamentales de nuestro sistema. De una parte, que: "*La aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo o condicionalmente*" (art. 990 C. c.). De otra parte, que, respecto la legítima, el testador: "*Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo*" (art. 813, § 2.º, C. c.).

Conjugados ambos principios, recogidos en los dos citados preceptos del Código civil, podemos deducir los siguientes corolarios:

1.º La aceptación pura y simple de la herencia no implica la aceptación del gravamen puesto por el testador a la legítima del aceptante, que conforme al artículo 813, § 2.º, del Código civil ha de estimarse por no válido.

2.º Sin embargo, no vemos inconveniente en que, deferida la herencia, el legitimario acepte la carga impuesta a su legítima o, con otras palabras, renuncie a reclamar contra el gravamen impuesto sobre la misma. Así resulta del principio recogido en el artículo 4.º, § 2.º, del Código civil, de que "*Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero*". Y, *sensu contrario*, trasluce en la limitación del principio de que: "*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula...*" (artículo 816 C. c.).

Ahora bien, esa aceptación del gravamen o renuncia a reclamar contra el mismo han de ser expresas. Pero *expreso* no quiere decir *literal* ni *nominal*. Según el *Diccionario*, *expresamente* significa "con palabras o demostraciones claras". Con lo cual, caben no sólo las palabras literales, sino también aquellas que, por su universalidad o por su individualidad o singularidad, resulten claras en el caso en cuestión; y cabe aún que sin palabras expresas la aceptación de la carga sea expresa si resulta de demostraciones claras. Es decir, puede resultar tácitamente de esas *demonstraciones claras, sin expresión o declaración formal o con silencio*, siguiendo el significado que, según el propio *Diccionario*, tiene el adverbio *tácitamente*. Como expusimos en otra ocasión (320): "*Lo presunto y lo expreso se contraponen siempre. La tácito y lo formal (en su sentido de con formalidad) también se contraponen. En cambio, lo expreso y la tácito no se contraponen más que en el caso de que aquello signifique lo verbalmente expresado y lo tácito signifique lo expresado con hechos, pero sin palabras; pero*

(320) "Notas sobre la interpretación del artículo 783, § 1.º, y 785, núm. 1, del Código civil", V, C, b), b), en An. Der. Civ. XIV-I (enero-marzo, 1961), págs. 156 y sig.

no se contraponen cuando ésto significa lo expresado sin declaración formal, aunque sí verbalmente, de modo directo o indirecto con cualquier expresión”.

3.º Si el testador ha condicionado la atribución —dispuesta por cualquier título— de la parte libre a favor del legitimario, como esa condición no es afectada por el citado § 2.º del artículo 813, ni —según antes vimos— por el artículo 792 del C. c., evidentemente actuará suspendiendo el llamamiento hasta tanto se acepte el gravamen puesto a la legítima o resolviéndolo en caso de que se contravenga el hecho condicionante.

Siendo así, parece indudable que la aceptación de esa mayor atribución (sea hecha a título de herencia, o en el de legado, prelegado o como dispensa de la colación o de imputación) significará: la renuncia a impugnar el gravamen impuesto sobre la legítima y la aceptación de ese gravamen (*hecho condicionante*), dado el carácter incompatible de una y otra cosas. Incompatibilidad que da lugar a que sea ineficaz toda reserva o salvedad que el aceptante pudiere hacer.

4.º El heredero que se inmiscuyere en la herencia, aunque sin realizar actos que pudieran considerarse de aceptación de la misma (conforme a los arts. 999 y sigs. del C. c.), en caso de reclamar ulteriormente contra el gravamen puesto a su legítima, perderá retroactivamente la atribución compensatoria, que deberá devolver a quien corresponda. Resulta al efecto, por un argumento de *maioris ad minorem*, del inciso final del artículo 816 del C. c., ya que éste dispone que el legitimario que hubiere renunciado o transigido su legítima futura, al estimarse esa renuncia por nula “*podrá reclamarla...; pero deberá traer a colación lo que hubiese recibido por la renuncia o transacción*”. Tanto más, pues, los que no aceptaren la renuncia o transacción propuesta por el testador para después de su muerte, deberán ser excluidos o tendrán que devolver, en su caso, lo que el testador les hubiese asignado en compensación.

5.º En el indicado supuesto de inmiscuirse, con actos de mera administración, el legitimario de la herencia, sin aceptarla expresa ni tácitamente, no creemos que ofrezca duda que, para caso de que el legitimario no opte por rechazar su herencia testada ni por contentarse con su legítima estricta, los que estén interesados en ello podrán instarle en juicio para que acepte o repudie —conforme al art. 1.005 del C. c.—, y, en ese caso, “*deberá el Juez señalar a éste un término que no pase de treinta días para que haga su declaración: apercibido de que si no lo hace se tendrá la herencia por aceptada*”. Es decir, por aceptada tal como le fué relicta, con su mayor *quantum*, o sea de modo incompatible con reclamar la pureza de su *quale* legitimario.

Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común

MANUEL ALBALADEJO
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. Mancomunidad, regla, y solidaridad, excepción, en las obligaciones en general.—1. Presunción de mancomunidad.—2. Establecimiento de solidaridad.—3. Sentido de haberla establecido "expresamente".—4. Obligaciones *ex voluntate* y *ex lege*.—11. A las obligaciones procedentes de culpa extracontractual, ¿se les aplica el principio de que la mancomunidad es regla?—A) Planteamiento de la cuestión.—5. Obligaciones procedentes de culpa extracontractual.—6. No hay precepto explícito que establezca la solidaridad. 7. Posibles caminos para entender acogida la solidaridad.—8. Argumentos contra la afirmación de que la regla de mancomunidad alcanza sólo a las obligaciones voluntarias.—B) Algunas legislaciones extranjeras.—9. Que establecen la solidaridad como excepción para el caso en estudio.—10. Que acogen como regla la solidaridad pasiva.—C) Nuestra jurisprudencia.—11. Fallos recaídos sobre el caso en estudio:—*a*) En favor de la solidaridad.—11 bis. Sentencia de 23 de diciembre de 1903—12. Sentencia de 2 de marzo de 1915.—13. Sentencia de 25 de marzo de 1957.—14. Sentencia de 20 de mayo de 1959. *b*) En favor de la mancomunidad.—15. Sentencia de 23 de marzo de 1921.—16. Sentencia de 21 de junio de 1946.—17. Sentencia de 29 de febrero de 1959. *c*) Conclusión sobre la jurisprudencia.—18. Disparidad en los fallos.—D) Nuestra doctrina.—19. Opiniones en favor de la solidaridad.—19 bis. Opiniones indecisas.—20. Opiniones en favor de la mancomunidad.—E) Argumentos en pro de la solidaridad.—21. Enumeración de los mismos.—F) Refutación de los mismos.—22. Inexactitud de que la presunción de no solidaridad se reduzca a las obligaciones contractuales.—23. Improcedencia de aplicar por analogía la solidaridad dispuesta en el Código penal para los civilmente responsables de un hecho punible.—24. El argumento de que la solidaridad de los responsables asegura más firmemente el resarcimiento.—25. El argumento de que la solidaridad viene exigida por la naturaleza de la obligación de resarcimiento, en cuanto que cada uno de los que contribuyeron a la producción del daño es responsable de su totalidad.—G) Argumentos en pro de la mancomunidad.—26. Argumentos en pro de la mancomunidad.—III. La mancomunidad rige en caso de pluralidad de obligados por casos de responsabilidad objetiva.—27. Mancomunidad de los responsables objetivos.—28. Argumentos en pro de la mancomunidad.—29. Doctrina sobre Derechos extranjeros.—30. Algunos Códigos que acogen expresamente la mancomunidad en caso de responsabilidad objetiva.—31. Responsabilidad por presunción de culpa.—

IV. Fijación de la parte que corresponde a cada responsable.—32. Preliminar. A) Casos sin dificultad.—33. Casos sin dificultad.—34. Principio para el caso de indemnización en supuestos de responsabilidad objetiva.—B) Casos con dificultad.—35. Casos en que la culpa de los diversos causantes es de diferente gravedad o importancia en orden a la producción del daño.—36. Casos en que conocido el daño y sus causantes se ignore la parte atribuible a cada uno.

I

MANCOMUNIDAD, REGLA, Y SOLIDARIDAD, EXCEPCION, EN LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

1. *Presunción de mancomunidad.*—El artículo 1.137 del C. c. dice: “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaridad”. Y el 1.138: “Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”.

En esos artículos se acoge el principio de que la regla es la mancomunidad, y la excepción, la solidaridad. Razón por la que ésta sólo se da cuando se halle establecida por la voluntad de las partes o por la ley.

Sin duda, que en dichos artículos se quiso adoptar el criterio contenido, para el Derecho anterior al Código, en la Novísima Recopilación (10, 1, 10) (1), que deseó sentar y dejar clara definitivamente esa afirmación de: mancomunidad, regla; solidaridad, excepción.

Si hablar de “regla” y “excepción” parece terminología no exactamente adecuada, puede igualmente expresarse la misma idea que pretende exponer, diciendo que “se presume” la mancomunidad, mientras que no se prueba haberse establecido la solidaridad.

2. *Establecimiento de solidaridad.*—El establecimiento de la solidaridad puede hacerse de cualquier forma, expresa o tácita. Basta

(*) En este trabajo me refiero realmente, no sólo a la responsabilidad de varios por acto ilícito común, sino también a la responsabilidad objetiva de varios cuando, por ejemplo, son dueños de la cosa que causa el daño.

El problema que se trata de examinar es el de si los deudores (obligados a reparar el daño) son solidarios o mancomunados.

Ahora bien; las soluciones obtenidas lo son como regla; no he entrado, pues, en cualesquiera casos singulares que tengan o puedan tener en el futuro una regulación especial. A tales casos es obvio que se aplicará la solidaridad o mancomunidad, según dispongan los preceptos especiales que los regulen. Pero es, asimismo, obvio, que si estos preceptos, aun existiendo, no se refieren a la cuestión de la solidaridad o mancomunidad en la responsabilidad, entonces se aplica la regla cuyo esclarecimiento pretende este trabajo.

(1) Cfr. GUTIÉRREZ: *Códigos*, 2.^a ed., IV, Madrid, 1871, pág. 96.

con que, en el caso de que se trate, *efectivamente* exista voluntad de las partes (o, en general, de la fuente de la obligación; así voluntad del testador, si aquélla se instituye en testamento) de quererla, o con que una interpretación adecuada de la ley lleve a la conclusión de que, para aquel caso, su espíritu la dispone por excepción.

Esto se deduce de la propia doctrina sobre interpretación de las normas: aquello de que, en principio, lo que importa, cuando los particulares tienen autonomía para regular sus relaciones jurídicas, es su verdadera voluntad.

3. *Sentido de haberla establecido "expresamente"*.—Sin embargo, para que haya obligación solidaria se requiere, según hemos visto que dispone el artículo 1.137, *in fine*, que "la obligación *expresamente* lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria". Y, a tenor del 1.138, principio, la solidaridad "ha de resultar *del texto* de la obligación".

Ahora bien, el haber sido "establecida *expresamente*" es frase que en la terminología de nuestro Código significa, como tantas veces—y ésta es una de ellas—, no que la solidaridad se instituya mediante una cláusula explícita, o bien a través de un fragmento de la declaración de voluntad que precisamente tenga por fin instituir la, sino sólo que *no se presume*, o sea, que hace falta que *realmente* haya sido querida, es decir, que—según una adecuada interpretación—se deduzca que *efectivamente* (y aún no manifestada de forma *expresa*) hubo voluntad de solidaridad.

Así, pues, basta para que una obligación sea solidaria que, como excepción a la regla de mancomunidad, haya sido *verdaderamente* querida como solidaria (1 bis) por los interesados o por la ley.

(1 bis) El sentido que hemos dado a "*expresamente*", se prueba por diferentes medios:

1.º Desde luego—y en eso no hay duda, y lo admiten doctrina y jurisprudencia—, ni aun interpretando en la forma más rigurosa el término "*expresamente*", puede entenderse que signifique que se haya de haber empleado el vocablo "solidaria" para referirse a la obligación (véase para todo HERNÁNDEZ GIL: *El principio de la no presunción de la solidaridad*, en *R. D. P.*, 1947, págs. 90 y 91). Evidentemente, basta haber querido el concepto de poder exigir los acreedores el todo (solidaridad activa) o tener deber de pagar los deudores el todo (solidaridad pasiva). Con ello es suficiente, aun sin haberse hablado de "solidaridad". Y es más, incluso habiendo utilizado este término, es también evidente que si, por otras circunstancias, queda claro que el espíritu de quien lo manejó sin exacta idea de su sentido jurídico, fué de no conceder a cada uno derecho al todo o de no imponer obligación del todo, la obligación no será solidaria.

2.º Pero, además, es claro que, como se demuestra en muchos artículos de nuestro Código, el legislador utiliza los términos "expreso" y "expresamente" con variedad de significados. Tales como: *efectivamente*, *no de forma presunta*, *específicamente*, de forma *explícita*, *verdaderamente*, etc. Por ejemplo, cfr. artículos 463, 476, 901, 905, 1.090, 1.100, 1.153, 1.169, 1.508, 1.610, 1.755, 1.767, 1.768, 1.827, etc.

En el caso actual de solidaridad "expresa", cabe decir lo mismo que para un supuesto de albaceazgo en el que jugaba el artículo 901 ("Los albaceas tendrán todas las facultades que *expresamente* les haya conferido el testador..."), dice el T. S. —sentencia de 19 de junio de 1958—: "...que *expresamente* se hayan conferido por el testador al albacea esas facultades, adverbio de modo

4. *Obligaciones ex voluntate y ex lege.*—Cuando se trate de una obligación *ex voluntate*, los interesados pueden derogar, para el caso que sea, la regla legal de mancomunidad, o bien la propia ley puede establecer que, excepcionalmente, en ciertos casos, la obligación sea solidaria (así, arts. 1.731, 1.748); aunque, naturalmente (a menos que se trate de precepto cogente), se entiende que los interesados pueden pactar lo contrario (querer la mancomunidad en el caso en que excepcionalmente la ley dispuso la solidaridad). Así, pues, en obligaciones *ex voluntate* la solidaridad puede ser establecida por los interesados o por la ley. Pero en obligaciones *ex lege*, es claro que—en principio—será la ley la que haya de establecer la repetida solidaridad (2).

que, si bien en su rigor literal, parece excluir toda interpretación de la que se deduzca alguna facultad por virtud de la que tácitamente se deba entender conferida, una recta inteligencia de este precepto hace preciso admitir que lo que quiso decir es que no se excluyan aquellas facultades que clara y verdaderamente resulten conferidas a los albaceas, no sólo por la letra y modo expreso del testamento, sino también por una correcta interpretación del mismo”.

En conclusión, el término “expresamente”, utilizado en el artículo 1.137, no tiene el sentido riguroso que corresponde literalmente a este vocábulo (cfr. mi *Negocio jurídico*, Barcelona, 1958, núm. 55), sino que, como se ha señalado en el texto, quiere significar que realmente la solidaridad haya sido querida por los interesados o establecida por la ley. Véase HERNÁNDEZ GIL, págs. 91 y ss., para citas de nuestra doctrina sobre el particular y de la jurisprudencia, en que se apoya la afirmación que he hecho. Con posterioridad al trabajo de HERNÁNDEZ GIL, el T. S. ha seguido manteniendo el mismo criterio. En algunas sentencias se continúa exigiendo literalmente el establecimiento *expreso* de la solidaridad, pero ello no por pretender rectificar la jurisprudencia anterior, sino por reproducir en términos generales la letra del artículo 1.137, sin que realmente trate el T. S. de tomar ahora el término “expreso” en su acepción rigurosa (cfr., por ejemplo, las de 14 de diciembre de 1945 y de 28 de marzo de 1949). Pero en otras muchas se insiste, de nuevo, en que basta que conste la *voluntad de solidaridad*. Así, las de 22 de marzo de 1950, 12 de noviembre de 1955, 23 de junio de 1956, 19 de febrero de 1959, 2 de junio de 1960 y 23 de febrero de 1962. Dice la penúltima: “Que es doctrina de esta Sala, proclamada en decisiones constantes, que para que una obligación tenga el carácter de solidaria no es preciso usar de tal expresión: si de su texto, según la excepción con que se inicia el artículo 1.138 del C. c., se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fué la de crear una unidad en la obligación, y la responsabilidad “*in solidum de los cointeresados*”. Y la última, desecha que en el caso discutido hubiese solidaridad activa porque no “aparece evidente la voluntad de los contratantes de poder pedir íntegramente las cosas objeto de la obligación”.

Si no hubiese quedado ya hace tiempo claro el espíritu de la jurisprudencia, bastarían esos fallos para borrar toda duda de que para el T. S. la solidaridad existe cuando, de cualquier forma, es establecida, con tal de que efectivamente pueda deducirse así mediante las reglas de interpretación.

(2) Salvo los insólitos casos de que, una vez nacida la obligación *ex lege*, los interesados acuerden sea solidaria, o que dichos interesados tengan establecido de antemano que si entre ellos llegan a nacer ciertas obligaciones *ex lege* (interviniendo varios deudores o acreedores), sean solidarias.

II

A LAS OBLIGACIONES PROCEDENTES DE CULPA EXTRA-
CONTRACTUAL, ¿SE LES APLICA EL PRINCIPIO DE QUE
LA MANCOMUNIDAD ES REGLA?

A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

5. *Obligaciones procedentes de culpa extracontractual.*—En el caso de la obligación procedente de culpa extracontractual (art. 1.902) nos encontramos ante una obligación *ex lege*. Y, si son varios los que realizaron culpable o negligentemente la acción u omisión dañosa, ¿quedan obligados a indemnizar mancomunada o solidariamente?

6. *No hay precepto explícito que establezca la solidaridad.*—En ningún precepto explícito establece la Ley la solidaridad para este caso. *Prima facie*, pues, hay que pensar que, frente al lesionado, los culpables quedan obligados solo mancomunadamente.

7. *Posibles caminos para entender acogida la solidaridad.*—Ahora bien:

1.º Sin salirnos de la doctrina, ya sentada, de que la mancomunidad es regla, y la solidaridad excepción, ¿cabe quizás todavía, mediante interpretación, llegar a la conclusión de que en el caso en estudio hay solidaridad, porque, en el mismo, aun no dispuesto de forma explícita, tal ha sido, sin embargo, el espíritu de la ley? Y, si ello no es posible, ¿cabría obtener la conclusión de que hay solidaridad porque viniera impuesta por la naturaleza de la obligación? Sobre ambos puntos, luego volveremos.

2.º Saliéndonos de la doctrina de que la mancomunidad es la regla, podría afirmarse que no lo es en absoluto, o que, aunque lo sea para las obligaciones voluntarias, no lo es, sin embargo, para las legales, y que no alcanza a las procedentes de acto ilícito.

8. *Argumentos contra la afirmación de que la regla de mancomunidad alcanza sólo a las obligaciones voluntarias.*—Mas, en mi opinión, para nuestro Derecho no puede afirmarse que la mancomunidad no sea regla sino para ciertas obligaciones. Pues diferentemente lo es, en general, para cualquier clase de obligaciones, voluntarias o legales. Ese es el espíritu del artículo 1.137 y del 1.138.

Que lo sea para las voluntarias, no ofrece duda.

Que lo sea para las legales, tampoco la ofrece, según creo, va que incluso para estas tiene que haber una regla que rija en defecto de que la ley establezca excepción (3). Y esa regla, aun no estando establecida para las obligaciones legales, porque —admitámoslo a los solos

(3) Que tiene que haber una regla, se sigue de la propia naturaleza de las cosas. Pues no es que se trate de que exista para imponerse a nadie contra su voluntad, sino para aplicarse a los casos en que falta otra regulación. Es, pues, sólo un criterio legal que se utiliza en defecto de todo otro. O, si se quiere, es un sistema que se sigue mientras que no conste que ha sido querido otro.

Eso y no otra cosa, es lo que, significa "presunción" de mancomunidad, o que "en caso de duda" se aplica la mancomunidad (cfr. *B. G. B.*, § 420).

efectos de razonamiento— los artículos 1.137 y 1.138 no se hubiesen dictado para ellas, habrá que buscarla en las fuentes jurídicas supletorias (art. 0: costumbre y principios generales del Derecho), y parece que el principio de mancomunidad, acogido en los repetidos 1.137 y 1.138, serviría como tal fuente supletoria para ser aplicado a las también repetidas obligaciones legales.

B) ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

9. *Que establecen la solidaridad como excepción para el caso en estudio.*—Para bastantes legislaciones extranjeras hay que afirmar que los autores de un acto ilícito quedan obligados solidariamente a reparar el daño causado.

En unas ocurre que, aun no habiendo sido adoptada como regla la solidaridad pasiva (4), sin embargo, entre los casos en que esta es acogida excepcionalmente, está el de culpa extracontractual. Así: En la alemana (5), § 840, 1.º: “Si varias personas son responsables conjuntamente por los daños causados por un acto ilícito... responden como deudores solidarios.” En la suiza (art. 50, 1.º): “Cuando varios han causado juntos un daño, están obligados solidariamente a repararlo.” En la italiana de 1865 (art. 1.156): “Si el delito o cuasidelito es imputable a varias personas, éstas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño ocasionado.” En la chilena (art. 2.317): “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2.323 y 2.328.” En la salvadoreña (art. 2.068): “Si un delito, cuasidelito o falta ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2.074 y 2.079.” En la argentina (art. 1.081): “La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos

Es decir, no se puede mantener la tesis de que no es que un Ordenamiento acepte como regla la mancomunidad o la solidaridad, y la otra como excepción, sino que sin regla previa alguna que acoja una u otra, hay que ver en cada caso—según las normas de interpretación—cuál es la que se adopta en él.

Semejante punto de vista es falso, ya que pudiendo faltar en cualesquiera de los casos concretos pensables una efectiva regulación de esa cuestión, y aun pudiendo ser imposible obtener de los datos que concurren, cuál habría sido la hipotética voluntad aplicable, es, sin embargo, preciso siempre obtener del Ordenamiento jurídico una respuesta a la pregunta: ¿Siendo los deudores o acreedores varios, y a falta de datos sobre el particular, en el caso concreto, se debe o se puede exigir el todo a cada o por cada uno, o sólo una parte?

Pues bien, esa respuesta contiene la regla: si el todo, solidariamente; si una parte, mancomunidad.

(4) La activa no nos importa a este estudio.

(5) La regla general del *B. G. B.* es mancomunidad (§ 420). Para las obligaciones contractuales, se establece, en principio, la solidaridad (§ 427). Pero siendo, la procedente de acto ilícito, obligación extracontractual, se le aplicaría aquella regla, si, como se señala a continuación en el texto, no estuviese exceptuada.

los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal." E igualmente en la francesa, en la que aunque el artículo 1.202 dispone que: "La solidaridad no se presume: es preciso que sea estipulada expresamente. Esta regla no se aplica en los casos en los que la solidaridad tiene lugar de pleno derecho, en virtud de disposición de la ley", y aunque falta un texto legal que la establezca explícitamente para el caso de culpa extracontractual, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia vienen entendiendo que en él el espíritu de la ley es acogerla (6).

(6) Salvo algunas opiniones, principalmente de autores del pasado siglo, en contra, como LAURENT: *Principes de Droit civil français*, 3.^a ed., XVII, número 319 y sgs.; TOULLIER, ZACCHARIAE y DURANTON (citas en DRAKIDES, pág. 67). Pero también, de algunos modernos: así, DEREUX: *De la réparation due par l'auteur d'une faute seule des fautes dont le concours a causé un préjudice, en Revue trimestrielle de Droit civil*, 1944, págs. 155 y sgs.

La tesis de la solidaridad se remonta a una antigua jurisprudencia en ese sentido y a que ya POTHIER: *Des obligations* (en *Oeuvres*, ed. 1825, tomo I), número 268 había dicho que los que han "concurrido a un delito civil, están todos obligados solidariamente a la reparación. No pueden oponer ninguna excepción... de división, siendo indignos de ella".

Sin embargo, no hay acuerdo sobre si realmente se trata de solidaridad, o más bien de una obligación *in solidum*, figura distinta (aunque dentro de la división genérica de las obligaciones en mancomunadas y solidarias, perteneciese a esta categoría). Parece que en este sentido se orienta actualmente tanto la jurisprudencia como la doctrina. Pero, a nuestros efectos, la cuestión es irrelevante. No importa aquí sino que no es estimada la existencia de mancomunidad. Por lo demás, prescindimos de entrar a ver si verdaderamente existe esa diferencia entre obligación solidaria y obligación *in solidum*, o si se trata de algo que en el fondo es análogo a una repetición de la vieja cuestión sobre solidaridad y correalidad, y que en definitiva se ha planteado como camino para, respetando el texto legal—art. 1.202, según el que la solidaridad no se presume—, sin embargo, evitar la mancomunidad a base de decir que ciertamente la obligación solidaria estará (a falta de haber sido establecida excepcionalmente) excluida por aquél, pero no la *in solidum*.

Por la solidaridad: JOSSEKAND: *Cours de Droit civil*, 2.^a ed., II, núm. 785; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, 4.^a ed., II, números 1.035 y sgs.; COLIN y CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit civil*, traducción española, 3.^a ed., III, pág. 427 y sgs. En la décima edición francesa de esta obra, por Julliot de la Morandière, II, número 694, se dice, refiriéndose a que los fallos jurisprudenciales más recientes hablan de obligación *in solidum*, en vez de solidaria, que se trata de "variantes de la misma idea". LALOU: *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5.^a ed., París, 1955, números 101 y sgs.

Por la obligación *in solidum*: DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon*, 4.^a ed., XXVI, números 293 y sgs.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Delle obbligazioni* (en la trad. italiana del *Traité* de Baudry-Lacantinerie), II, números 1.298 y sgs.; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN: *Les obligations* (tomo VI del *Traité pratique* de Planiol, y Ripert, 2.^a ed.), números 685 y sgs.; MARTY y RAYNAUD: *Droit civil*, II, primer volumen, *Les obligations*, París, 1962, número 784; MAZEAUD (II. y I.): *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 4.^a ed., II, números 1.958 y sgs.; VINCENT: *Extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive*, en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1939, págs. 601 y sgs., principalmente págs. 667 y sgs.

Más extensamente tratada la cuestión que nos ocupa, en: DRAKIDES: *Du principe en vertu duquel la solidarité ne se presume pas*, París, 1939, capítulo VIII, págs. 65 y sgs.; FRANÇAIS: *De la distinction entre obligation solidaire*

10. *Que acogen como regla la solidaridad pasiva.*—En otras legislaciones acontece que, por adoptarse la regla de solidaridad pasiva, ésta es aplicable al caso de culpa extracontractual. Así, en el Código italiano de 1942, cuyo artículo 1.294 dispone que: “Los codeudores están obligados solidariamente si de la ley o del título no resulta otra cosa.” Presupuesto ese artículo, es inútil que el 2.055, 1.º, diga, tratando de los hechos ilícitos, que: “Si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño.”

C) NUESTRA JURISPRUDENCIA

11. *Fallos recaídos sobre el caso en estudio.*—Por lo que respecta a nuestro Derecho, la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el particular:

a) *En favor de la solidaridad*

11 bis. *Sentencia de 23 de diciembre de 1903.*—La sentencia de 23 de diciembre de 1903, dictada para una hipótesis no exactamente del caso en estudio, pero que contiene razonamientos válidos para él, se decide por la solidaridad. Se trataba de que dos personas recibieron de una entidad bienes, no todos los cuales les pertenecían. Entrega que fué hecha por error o negligencia. Y entiende el T. S. que la obligación de reintegrar recae solidariamente sobre los que recibieron lo indebido, porque: “El principio de nuestra legislación tradicional, consagrado nuevamente por los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, de que la obligación única contraída a cargo de varios deudores o en beneficio de varios acreedores, es mancomunada cuando expresamente no se pacta la solidaridad, no es aplicable al presente caso, ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del acto jurídico, consistente en el cobro de lo indebido, impone la necesidad del total reintegro al perjudicado, en cuanto sea dable, sustiayéndole de las contingencias que de la mancomunada puedan derivarse, contingencias que deben recaer, en todo caso, sobre los que se aprovecharon del error ajeno” (6 bis).

12. *Sentencia de 2 de marzo de 1915.*—Otra sentencia de 2 de marzo de 1915 condena solidariamente a varios concejales de un Ayuntamiento a resarcir daños y perjuicios por la destitución ilegal que de

et obligation in solidum, París, 1936, capítulo VI, págs. 87 y sgs. Para la doctrina y jurisprudencia belga, BOULLENNE: *La responsabilité civile extracontractuelle devant l'évolution du Droit*, Bruxelles, 1947, título XI, págs. 207 y sgs.

(6 bis) En Francia, como hemos visto, generalmente se estima que es solidaria la responsabilidad por acto ilícito, pero no ocurre así en cuanto a los cuasicontratos. Aunque la cuestión es discutida, una opinión se inclina a que en éstos la responsabilidad sea mancomunada. Cfr. para todo, DRAKIDES, *Du principe en vertu duquel la solidarité ne se presume pas*, París, 1939, páginas 141 y 142.

un funcionario municipal se llevó a cabo por acuerdo (ilícito) de los mismos.

13. *Sentencia de 25 de marzo de 1957.*—Otra sentencia de 25 de marzo de 1957, también se decide por la solidaridad. Se trataba de perjuicios causados por una liquidación de sociedad conyugal y partición hereditaria, perjuicios de los que se estima responsables conjuntamente al cónyuge viudo y al defensor judicial de los menores herederos del cónyuge difunto, declarándose que deben resarcirlos solidariamente. Dice la sentencia: “Que en el segundo motivo del propio recurso, se impugna la solidaridad proclamada en el fallo contra el recurrente, defensor judicial, y el rebelde, padre de la demandante, por estimar a ambos responsables de los daños y perjuicios a ésta ocasionados, alegando como argumento capital, que aquélla sólo se da cuando expresamente se pacta o la Ley le impone, invocando en su apoyo los artículos 1.090, 1.101, 1.137 y 1.138 del Código civil, en los cuales no se sabe si se apoya la aludida sentencia, que omite toda fundamentación sobre el particular; pero al discriminar esta Sala, a los fines de este motivo, la naturaleza de las obligaciones que a ambos incumben, la infracción de éstas (cometidas o no) y la causa de la responsabilidad e imputabilidad correspondiente también a cada uno de ellos, conforme a la sentencia, resulta: primero, que se declara la nulidad de unas particiones por la nulidad del nombramiento de defensor, imputable al padre porque omitió parientes cercanos que conforme a la ley debieron serlo y no lo fueron por un fraude de ley; segundo, consecuencia de esta nulidad debieron practicarse nuevamente aquellas particiones, mas como el padre dispuso en favor de extraños de los bienes que debían ser su objeto, y estos no pueden ser aportados a la masa, debe sustituirlos el propio padre con el importe de su valor, razonándose la condena en la parte que corresponde a la demandante y fijando cuantitativamente los daños causados, imputabilidad que sólo alcanza al repetido padre que los enajenó, seguramente en fraude de sus hijos, lo que no podría hacer sin la previa aprobación particional por el defensor; tercero, que aquellas particiones eran un despojo de los hijos, aprobadas con evidente falta de diligencia del defensor, que prestó su incorrecto consentimiento a las mismas, causante de un daño a la reclamante que se identifica con el imputado al padre; ahora bien, como se desprende de lo expuesto, ambos vienen condenados por distintos motivos, cada uno por sí solo productor del daño, y, por tanto, los dos, por razón de causalidad y de responsabilidad, obligados a repararlo totalmente, en satisfacción del derecho correlativo del acreedor, la actora, de obtener de cualquiera de ellos la reparación íntegra de aquél, o sea que por separado conjuntamente han de pagarlo en total, sin pérdida alguna para ésta, lo cual desemboca en una situación de solidaridad, ya que los actos distintos a cada uno imputables respectivamente y de por sí cualquiera de ellos causante del daño total, produjera indudablemente el efecto de repararlo íntegramente cada uno de ellos, lo que es suficiente para el sostenimiento del fallo que mal puede violar, único aspecto en que se

suponen infringidos unos artículos que en la sentencia no se invocan ni aplican y que tienen un apoyo en los supuestos de hecho a que se deja aludido, pues el derecho al total reintegro a la menor, si bien es cierto que permite el cumplimiento parcial por cada uno, es a condición de que uno o los dos lo hagan del íntegro importe de lo debido, ya que por sus actos propios, aun independizados, lo provocaron íntegramente, siendo igualmente desestimable este motivo, pues también existe solidaridad cuando ésta se deduzca de la naturaleza de las obligaciones en que concurren varios deudores siempre que estén individualmente sujetos al cumplimiento íntegro de la misma, y, a la manera de colofón de lo expuesto, ha de afirmarse como lógica deducción que los hechos recogidos y resultancia de la sentencia recurrida y de los autos, todo en relación conjunta, la connivencia de defensor y padre para adjudicar a éste, con perjuicio de los menores, lo mejor y de más valor de la herencia, despojándolos de sus bienes mediante una actuación unida y solidaria porque sin ella no lograrían tan injusto fin, que no puede menos de engendrar, como queda expuesto, una responsabilidad de igual naturaleza si ha de ser garantizada la reparación del daño causado, con lo que se desecha el segundo motivo del recurso porque tampoco se está en presencia de una infracción netamente contractual y sí en presencia de deberes legales infringidos en perjuicio de menores especialmente protegidos y amparados, en lo que es manifiesto el interés público de reparar aquéllos en beneficio de las personas desvalidas, que es el sentido rector de los preceptos legales a ellos referentes.”

14. *Sentencia de 20 de mayo de 1959.*—Una última sentencia de 20 de mayo de 1959 referente a un caso de daños causados a la propiedad de una finca, con ocasión de obras realizadas en ésta, daños imputables al administrador de la misma por abandono de sus deberes y facultades en manos de los que realizaron aquéllas. Por un lado, por la mala calidad de los materiales, por la mala ejecución de los trabajos y porque no se hicieron todos los necesarios, siendo, sin embargo, todo cobrado como bueno y bien hecho; por otro, porque a causa de ello hubieron de hacerse nuevas obras después, se irrogó el consiguiente perjuicio.

Y afirma la sentencia que se puede justamente decir que el administrador abandonó completamente sus funciones, y que los constructores, “arrogándose facultades que no tenían, pero con el consentimiento del verdadero administrador, ejecutaron una tan deficiente administración y ejecución de las obras, que cooperaron con el señor de la F. [el administrador], a la realidad de los perjuicios causados a la propiedad; por lo que resultando los tres demandados igualmente responsables de las consecuencias de su conjunta y mala gestión, los tres deben responder solidariamente del pago de los perjuicios ya anteriormente fijados”. Declaración de solidaridad que, según agrega más adelante la sentencia, se funda “en síntesis en la existencia de dolo civil y cobro de lo indebido” (las cantidades realmente injustificadas por las obras que no las valían). Y, a base de ello, razona así: “Con-

siderando que en líneas generales según el mismo significado etimológico, por dolo se entiende todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo por sí para sorprender la buena fe ajena generalmente en propio beneficio, tratándose por eso de un acto ilícito, en que viene a resumirse el estado de ánimo de aquel que no sólo ha querido el acto que constituye infracción al principio genérico del "alterum non leadere", sino que también ha previsto y querido las consecuencias antijurídicas de él provenientes, características éstas de por sí ya suficientes para diferenciar el dolo de la culpa en sentido técnico, en la cual, existiendo la voluntariedad del acto, no existe, sin embargo, la voluntariedad de las consecuencias antijurídicas, continuando siendo bajo tal exacto aspecto, la mejor definición del dolo la ofrecida por el Derecho romano, atribuida a Labeon, "omnis calliditas fallacia, machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita", de la que resultan los dos elementos constitutivos del dolo, el uno subjetivo, voluntarista, que consiste en el "omnis decipiendi, fallendi circumveniendi", es decir, en la mala intención, y representativo del substrato mismo del dolo, y el otro objetivo, material, que consiste precisamente en la acción u omisión, en una palabra, en el medio a través del cual la voluntad del autor del dolo viene a realizarse, siendo, pues, el efecto inmediato y combinado de los dos elementos, la voluntad viciada, o el incumplimiento de la obligación, o en general el acto ilícito en síntesis, como se desprende de la sentencia de esta Sala de 12 de enero de 1928, la infracción de la Ley cometida con malicia, gravedad que reconoce nuestro Código civil en el artículo 1.102 al proclamar la nulidad de la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo, y que también debe acarrear la solidaridad entre los coautores, máxime en casos como el de autos en que es rayano con el ilícito penal, por lo que indudablemente debe extendersele el tratamiento jurídico expresamente formulado por la Ley penal."

"Considerando que a mayor abundamiento, asimismo ha declarado esta Sala, en su sentencia de 23 de diciembre de 1903 —que acoge la recurrida—, que el principio de nuestra legislación tradicional, consagrado nuevamente por los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, de que la obligación única contraída a cargo de varios deudores o en beneficio de varios acreedores, es mancomunada cuando expresamente no se pacta la solidaridad, no es aplicable al caso de cobro de lo indebido, ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del acto jurídico consistente en el cobro de lo indebido, impone la necesidad del total reintegro al perjudicado, en cuanto sea dable sustrayéndole de las contingencias que de la mancomunidad pueden derivarse, contingencias que deben recaer en todo caso sobre los que se aprovecharon del error ajeno, doctrina legal suficiente para mantener, en el caso de autos, el fallo recurrido."

En cuanto a que quepa aplicar el criterio de solidaridad que la ley penal establece para los responsables civiles de un delito o falta, es

cosa sobre la que después volveremos. Mas en cuanto a que en el caso de la sentencia hubiese un cobro indebido, parece que hay que afirmar lo forzado de la equiparación al típico cuasicontrato de cobro de lo indebido (art. 1.895). Equiparación que posiblemente tenga por base la aproximación del caso a la hipótesis ya resuelta por la sentencia de 23 de diciembre de 1903 (que cita la de 20 de mayo de 1959, que estamos examinando), para fundar en la doctrina de aquélla el fallo que se dicta por ésta. Cuando más acertado hubiese sido apoyarse en la de 23 de marzo de 1957.

b) *En favor de la mancomunidad*

15. *Sentencia de 23 de marzo de 1921.*—Una sentencia de 23 de marzo de 1921 rechazó la solidaridad.

Se trataba de que una cantante había celebrado un contrato con una entidad para la impresión de discos en exclusiva, mas, a pesar del mismo, los impresionó también para otra sociedad que había sido notificada por la primera de la exclusiva adquirida. Tanto la cantante como la última sociedad fueron estimados por el Tribunal inferior solidariamente responsables. Pero el T. S. desechó tal solución, apreciando responsabilidad sólo mancomunada nacida “de actos culposos colectivos que realizaron (la cantante y la segunda sociedad), con los cuales la primera cometía infracciones contractuales, y la segunda incurria en responsabilidades civiles extracontractuales; y ambas obligaciones no pueden estimarse solidarias, ya que sólo deben tener ese carácter, a tenor del último apartado del artículo 1.137, las que expresamente así lo determine su título y aquellas otras de cuyo texto resultare, según establece la condicional excepción con que empieza el 1.138, procediendo aplicar la regla de este último precepto a fin de presumir la deuda dividida en dos partes iguales y reputar las dos deudas distintas; y al no estimarlo así, la sentencia que se impugna también infringe el artículo 1.137 del Código civil en el concepto expresado por el cuarto y último motivo del recurso”.

16. *Sentencia de 21 de junio de 1946.*—Igualmente, otra sentencia de 21 de junio de 1946, aunque no contenga ella misma un fallo estimando la mancomunidad, contempla un caso en el que ésta fué decretada por el Tribunal inferior, pudiendo haber apreciado, por el contrario (e independientemente de razones de otra índole que se señalan en los considerandos), la solidaridad, ante unos daños causados por la conducta colectiva de varias personas.

17. *Sentencia de 19 de febrero de 1959.*—Por último, la sentencia de 19 de febrero de 1959, en la que se utiliza lujo de razonamientos para decir todo lo contrario de lo que después se habría de afirmar en la tan próxima a ella de 20 de mayo del mismo año (vista más arriba). Se trataba de unas obras de reparación hechas por dos constructores, obras que por su incompetente y defectuosa realización dieron lugar a que se desplomase el tejado de la casa en que se habían llevado a cabo, produciéndose consiguientes perjuicios. El letrado de

la demandante, quizás a la vista de la insegura jurisprudencia sobre casos similares, pidió la condena de los demandados, no solidariamente, y, de forma subsidiaria, mancomunadamente, sino *ya solidaria ya mancomunadamente*, a la correspondiente indemnización por los desperfectos ocasionados en las cosas sobre que cayó la techumbre, y a que realizasen las necesarias obras para reponer el local al estado que tenía antes de ocurrir el hundimiento. Y el T. S. declara: “Que en nuestro Derecho positivo, en contraste con otros extranjeros y con algún sector doctrinal tendentes a fortalecer los vínculos obligatorios con la concurrencia de varios sujetos pasivos, sobre todo si no es fácil discriminar y separar con nitidez las respectivas responsabilidades por la índole de la fuente que las origina, no se establece la solidaridad fuera del pacto y de la común intención de las partes que desean dar unidad a las relaciones jurídicas en cuanto a la prestación, salvo que la ley en sus expresos mandatos y autorizaciones determine lo contrario como excepción, según informan para sus acotados supuestos fácticos los artículos 145, 1.084, 1.731, 1.748 y 1.890 del Código civil, excepciones que confirman y convalidan la norma general contenida en los artículos 1.137 y 1.138 del propio Cuerpo legal, infringidos por la Sala de instancia, el primero por su aplicación indebida, y el segundo, por falta de aplicación, así como también infracción de las sentencias de 27 de noviembre de 1931 y 14 de diciembre de 1945, cuya inobservancia es acusada en el cuarto motivo del recurso protegido por el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, ya que el Tribunal “a quo”, contrariamente al Juzgado, estableció una obligación solidaria al pago de la cantidad procedente, a su juicio, como indemnización adecuada a la actora y a cargo del patrimonio de los demandados constructores de las obras, señores P y G, pero constituyendo por su cuenta el principio de la solidaridad pasiva, a pretexto —reflejado en el quinto considerando— de existir fundamentos de justicia y de equidad, con olvido de que el legislador patrio cuando desea que el Juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos para dar paso a decisiones encauzadas en tales principios superiores, así se manifiesta sin ambages, autorizándolo, cual prueban con más o menos amplitud los artículos 44, 1.103, 1.690, entre otros; y por todo esto debe ser casada la recurrida, y sólo por este motivo, manteniéndola en lo demás.”

c) *Conclusión sobre la jurisprudencia*

18. *Disparidad en los fallos.*—Como por lo expuesto puede apreciarse, la jurisprudencia no es precisamente uniforme. Y tampoco es que haya evolucionado, de decir una cosa en una época a decir otra en otra, sino que lo mismo sostiene una tesis que la contraria. Por último, y en concreto, en las sentencias más recientes, ni siquiera se da el caso de que las circunstancias particulares de los diversos supuestos aconsejasen, en equidad, aceptar la solidaridad en unos y la

mancomunidad en otros, porque se trata en todos ellos de hechos sustancialmente equivalentes que requieren un tratamiento igual.

D) NUESTRA DOCTRINA

19. *Opiniones en favor de la solidaridad.*—En cuanto a nuestra doctrina, la mayor parte de los autores que tratan el problema en especial, optan por la responsabilidad solidaria de los causantes del daño. Así: Castán (7), para el que, apoyándose en la sentencia de 1903, la solidaridad imputesía como sanción de una falta se da, desde luego, en los casos que prevé el Código, y “parece que en la [responsabilidad] civil derivada del artículo 1.902”. Pérez y Alguer (8), basándose en que la regla de no solidaridad del artículo 1.137 sólo parece referirse a las obligaciones convencionales, en que lo dispuso la antes citada sentencia, y en que —como luego veremos— también el Código penal establece la solidaridad de los responsables civilmente por un delito o falta. Puig Brutau (9), fundamentándolo en que “cada uno de los que han cooperado o actuado conjuntamente en el acto ilícito son responsables de la totalidad del daño producido”, en que la solidaridad la establece, según lo dicho, el Código penal, y en la sentencia de 25 de marzo de 1957. De Buen-Batlle (10): “Cuando varias personas —dicen— hayan cometido en común una falta, e incurran por eso en la sanción civil derivada del artículo 1.902 de nuestro Código, hay motivos para creer que responderán solidariamente del daño causado. Inclina a tal solución el principio de Derecho que inspira el primer apartado del artículo 109 del Código penal, y los razonamientos de la sentencia de 23 de abril de 1903, más arriba citada, en la cual se dice que la solidaridad existe, aunque no se haya pactado, en el caso de restitución por pago de lo indebido.” Puig Peña (11). Y Borrel Maciá (12), apoyándose en la sentencia de 23 de diciembre de 1903, y alegando que en materia extracontractual no tiene razón de ser el considerar —como en la contractual— la solidaridad como excepción, pues “no es —dice— la voluntad de las partes la que crea la obligación, sino que ella surge de una manera unilateral, en virtud de un acto realizado libremente por una persona, en relación con otra; y la ley da eficacia y sanciona la obligación natural de reparar los perjuicios causados. El precepto legal que en el orden del Derecho positivo obliga a indemnizar es el artículo 1.902 del Código civil, el cual sólo dice que está obligado el causante del daño a reparar el que ha cau-

(7) *Derecho civil*, III, 7.ª ed., Madrid, 1951, pág. 71, nota 1.

(8) Anotaciones a la trad. española del *Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, II, 2.º, Barcelona, 1935, pág. 675.

(9) *Fundamentos de Derecho civil*, I, 2.º, Barcelona, 1959, págs. 189 y sgs.

(10) Notas a la trad. española del *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, III, 3.ª ed., Madrid, 1951, pág. 456.

(11) *Tratado de Derecho civil*, IV, 1.º, Madrid, 1951, pág. 43.

(12) *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942, págs. 250 y sgs, § 113.

sado, y son los Tribunales de justicia los que, aplicando la disposición legal citada, han de determinar la forma cómo se repara el daño; y al determinarlo (en caso de existir dos o más culpables), son los encargados de establecer si, para la reparación, precisa la solidaridad entre los deudores. Cuando se exige el cumplimiento de una obligación derivada de contrato, el Tribunal sentenciador ha de examinar el texto del mismo e interpretarlo y analizarlo para ver si era o no voluntad de los contratantes establecer una obligación de carácter solidario, se diera o no tal nombre a la obligación contraída. En la culpa extracontractual, no es así; no se ha de analizar ningún convenio: el artículo de la ley que da eficacia a esta obligación de carácter natural, sólo dice que está obligado a reparar el daño causado; y si dos personas, conjuntamente, realizan un acto ilícito a consecuencia del cual el perjudicado pierde, por ejemplo, 50.000 pesetas y los actos realizados por los dos culpables son un solo acto no divisible, siendo uno de ellos insolvente, evidentemente que no se repara el daño mediante la indemnización que uno sólo haga de 25.000 pesetas, quedándose el perjudicado con un crédito de otras 25.000 contra el insolvente. Es preciso distinguir, a pesar de todo, si los dos causantes del daño lo realizan conjunta, simultáneamente, si se trata de un solo daño, o realizan dos daños. En el segundo caso, la responsabilidad y la indemnización de cada uno de ellos puede separarse, no deben ser solidarias. Por esto creo —concluye Borrell Maciá— que, de la recta interpretación del artículo 1.902 del Código civil, en relación al 1.137, se desprende que la responsabilidad debe considerarse solidaria cuando sean dos o más los que son culpables de un solo daño: doctrina que viene a corroborar el Código de comercio, al tratar del abordaje, y el Código penal.”

19 bis. *Opiniones indecisas.*—Alguno, como Borrell y Soler (12 bis), reconoce que “si en el orden contractual es el consentimiento de las partes lo que puede crear obligaciones correales, en el orden extracontractual debe ser la ley quien imponga la solidaridad, y, sin embargo, el Código no la dispone, por lo menos explícitamente”. Y luego agrega que: “... pero cuando dos o más concurren y suman sus actos para realizar un mismo hecho dañoso, no parecería justo que, por ser insolvente uno de ellos, la indemnización del daño se redujese a la mitad a cargo del culpable que fuese solvente, quedando sin indemnizar el resto”. Citando a continuación Derechos extranjeros que adoptan la solidaridad.

20. *Opiniones en favor de la mancomunidad.*—Sin embargo, no falta quien, como Traviesas (13), con ocasión de referirse a la *actio de effusis et deiectis*, dice que: “Si dos o más cabezas de familia habitasen una misma casa o parte de ella, responderán mancomunadamente del daño causado. La obligación solidaria tiene que ser expresamente establecida (art. 1.137 C. c.), y el Código no la establece en

(12 bis) *Derecho civil español*, III, Barcelona, 1955, págs. 604 y 605.

(13) *La culpa*, en R. D. P., 1926, pág. 296.

el caso del artículo 1.910. La regla, por lo demás, es aplicable a todos los otros supuestos de responsabilidad." Y como Díaz Pairó (14), después de preguntarse si la presunción de mancomunidad, contenida en el artículo 1.137, se aplica a todas las obligaciones o sólo a los procedentes de contrato, y de recoger la sentencia de 23 de diciembre de 1903, advierte que: "Nos parece erróneo ese punto de vista que arranca de no haber sabido corregir la fórmula del artículo 1.137, omisa, según hemos visto: el verdadero principio es que no hay solidaridad más que cuando la establecen las partes o el legislador; tanto en el caso del pago de lo indebido como en el de la responsabilidad por delito civil, no existe la primera, pero tampoco la segunda, y, por ello, de acuerdo con ese principio y en armonía con las razones en que el mismo se basa, debe optarse por el carácter mancomunado de la obligación, cualquiera que sea su fuente."

E) ARGUMENTOS EN PRO DE LA SOLIDARIDAD

21. *Enumeración de los mismos.*—En definitiva, los argumentos alegados en pro de la solidaridad de los responsables por acto ilícito, son:

1.º Que la presunción de no solidaridad contenida en los artículos 1.137 y 1.138 parece referirse sólo a las obligaciones convencionales, y, por tanto, no a las de acto ilícito.

2.º Que el principio de solidaridad en cuanto a la responsabilidad civil, entre los responsables criminalmente de un delito o falta (Código penal, art. 107), induce a pensar que igualmente serán responsables solidarios los que cometen en común un acto ilícito no punible.

3.º Que la solidaridad de los responsables asegura más firmemente el resarcimiento.

4.º Que cada uno de los que han cooperado a un acto ilícito es responsable de la totalidad del daño producido, ya que éste podría haber sido causado íntegramente por la sola conducta de cada uno de los responsables.

5.º Que la solidaridad existe, aun no establecida por los interesados o por la ley, cuando, concurriendo varios deudores, así se deduzca de la naturaleza de la obligación. Hipótesis que se da en el caso en estudio.

F) REFUTACIÓN DE LOS MISMOS

22. *Inexactitud de que la presunción de no solidaridad se reduzca a las obligaciones contractuales.*—Vamos a examinar uno por uno estos argumentos:

Que la presunción de no solidaridad de los artículos 1.137 y 1.138

(14) *Introducción al Derecho de obligaciones*, II, La Habana, 1943, páginas 180 v 181.

se refiera sólo a las obligaciones convencionales, es afirmación fácilmente refutable.

Ciertamente, tal afirmación no es que se haya hecho por vez primera por alguno de nuestros autores, sino que antes lo había sido por la doctrina y jurisprudencia francesa para el Código Napoleón (15). Y, por haber sido este inspirador tan frecuentemente del nuestro, quizás se pensó que cabía aplicarla al Derecho español.

Ahora bien, en rigor, entendemos que independientemente de que sea o no exacta para aquél, no lo es para éste. Sin ocuparnos más del primer extremo, basta probar el segundo. En efecto, nuestros artículos 1.137 y 1.138 se refieren a la obligación en general; no a la que nazca de determinada fuente, como los contratos (16). Por eso no hay por qué excluir que sean aplicados a las obligaciones procedentes de actos ilícitos. Estas podrán estimarse solidarias, si se prueba que, por otras razones, la ley las exceptúa de aquella regla. Pero no cabe sostener, de entrada, que lo sean porque tal regla no las alcance en principio.

Por otro lado—y este argumento bastaría por sí solo—, insis-

(15) Cfr., entre otros, MAZEAUD, número 1.943, PLANTOL-RIPERT-BOULANGER, número 1.036 (en ellos más citas). En efecto, el artículo 1.202 del Código de Napoleón, que proclama la mancomunidad como regla, se encuentra en el Título "De los contratos o de las obligaciones contractuales en general", y en el párrafo primero de aquél se dice que la solidaridad no se presume; es preciso que sea expresamente *estipulada*. Luego es que, tanto por la rúbrica del título como por hablar de *estipulación*, se piensa en referirse sólo a las obligaciones contractuales. (Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, número 1.300, recogiendo la opinión de LAROMBIERE.)

Sin embargo, es lo cierto que el artículo 1.202 del Código francés se limita a presumir la mancomunidad en términos muy generales, y podría entenderse aplicable a las obligaciones extracontractuales, como admiten ciertos autores franceses (cfr. LALOU, núm. 103; DRAKIDES, núm. 142). De éstos, algunos encuentran base en ello para defender la mancomunidad en la obligación extracontractual (así LAURENT, XVII, números 318 y sgs.). Pero, en general, los que se inclinan por la solidaridad, independientemente de la no aplicación del artículo 1.202, apoyan ésta en tratarse de una solución admitida por una antigua jurisprudencia, o en otras razones de más peso que aquélla (por ejemplo, LALOU, loc. cit.; PLANTOL-RIPERT-BOULANGER, loc. cit.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, número 1.301, etc.). Como dice DRAKIDES (loc. cit): "Incluso si se admite que el artículo 1.202 no está escrito sino para los contratos (lo que, por lo demás, no está absolutamente demostrado), queda que la solidaridad, siendo por su propia naturaleza una excepción al Derecho común de las obligaciones plurales, no podría ser establecida sin pacto expreso o sin disposición legal." También, cfr. VINCENT, págs. 662 y sgs.

(16) En el mismo sentido, DÍAZ PAIRÓ, pág. 181. También, implícitamente, HERNÁNDEZ GIL, pág. 82. Y véanse, asimismo, en especial, los razonamientos de la sentencia de 19 de febrero de 1959.

El título I (del libro IV) de nuestro Código lleva la rúbrica "De las obligaciones", y el Capítulo III (en el que se encuadran los arts. 1.137 y 1.138), "De las diversas especies de obligaciones". Los títulos siguientes se ocupan de las diversas fuentes de obligaciones y, entre ellas, de los contratos en general, de los mismos en particular, y en el XVI, bajo la rúbrica "De las obligaciones que se contraen sin convenio", no de las especialidades de tales obligaciones, sino de las fuentes extracontractuales.

tiendo en lo que ya he señalado (17), si la presunción de mancomunidad no fuese aplicable a las obligaciones extracontractuales, no cabría sino reducirse a una de estas otras dos soluciones:

1.^a A afirmar que respecto de ellas no hay presunción de ningún tipo, ni de mancomunidad ni de solidaridad. Lo que es inaceptable, por las razones ya expuestas (18). Pero que, aun aceptándolo, nos llevaría, no a afirmar que son solidarias, sino a—presupuesto que no se presume que lo sean—tener que probar, por otras razones, que efectivamente lo son.

2.^a A afirmar que respecto de ellas rige la presunción de solidaridad. Afirmación que también habría que probar por otras razones, y no sólo por la de negar que les sean aplicables los artículos 1.137 y 1.138, porque, de por sí, la exclusión de éstos no implica la aplicación de la regla contraria, sino que dejaría en el aire la cuestión de qué regla se aplicaría. Y no cabe duda de que, como también hemos señalado (19), a falta de otro precepto legal aplicable al caso, procedería acogerse al principio de Derecho que aquéllos artículos contienen.

23. *Imprudencia de aplicar por analogía la solidaridad dispuesta en el C. penal para los civilmente responsables de un hecho punible.*—Que la solidaridad entre responsables de un acto ilícito civil se base en que el Código penal establece la solidaridad de los responsables por delitos o faltas, es cuestión que se presta a bastantes consideraciones (19 bis).

El artículo 107 del Código penal dispone que “los autores, los cómplices y los encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables [en responsabilidad civil] solidariamente entre sí...”.

A la vista de este artículo, puede razonarse así: Supone una muestra de cuál es el espíritu de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad civil procedente de actos ilícitos, puesto que los delitos son unos de ellos, y no cabe pensar que la solidaridad se establezca como castigo por ser delictuoso el acto ilícito, ya que el resarcimiento del daño no es un castigo para el delincuente (por haber sido delito su acto ilícito), sino un medio de reparar al lesionado. Por lo cual parece que igual razón hay para aplicar la solidaridad en caso de que el hecho dañoso sea delito, como en el de que no lo sea.

A base de ese razonamiento quedaría justificada la solidaridad de los deudores de la reparación por acto ilícito civil.

Ahora bien, cabe oponer dos objeciones de peso:

1.^a La responsabilidad solidaria impuesta en el Código penal pro-

(17) *Supra*, número 7.

(18) *Supra*, número 7.

(19) *Supra*, número 7.

(19 bis) Por supuesto, damos por hecho que no hay problema de aplicación por analogía de disposición penal. Cualquier obstáculo oponible a dicha aplicación analógica de la ley penal, lo entendemos soslayado a base de estimar que, realmente, en el caso que nos ocupa no se trata de un precepto punitivo, sino de uno sustancialmente civil en cuanto referente a la responsabilidad civil, y no penal.

cede, no de que sea ilícito el acto dañoso, sino de que, *por ser punible*, deben de ser tratados con más rigor sus autores, y reforzarse lo más posible los derechos de la víctima (20). Lo que se consigue mediante la solidaridad. Aquel aserto se probaría observando que, además de la responsabilidad solidaria, dentro de su respectiva clase, de los autores, cómplices y encubridores, el C. penal establece, en ese mismo artículo, una *responsabilidad subsidiaria* de los componentes de cada clase, para caso de insolvencia de los de las otras; ello demuestra, sin duda, que quiere reforzar la seguridad de la reparación. Luego apoyándose la solidaridad en el reforzamiento de esta seguridad y en un trato más riguroso al culpable, y procediendo, tales reforzamiento y rigor, de ser punible el acto, no hay por qué pensar que sea aplicable a la responsabilidad por actos ilícitos no punibles la expresada solidaridad.

2.^a El argumento de analogía sobre el artículo 107 del C. penal, argumento en cuya virtud se justificaría la solidaridad de los codenudores por acto ilícito civil, se salta limpiamente la teoría de las fuentes, formulada en el artículo 6 del C. c. Según éste, a los principios generales del Derecho sólo se acude (21) a falta de ley (y de costumbre; pero esto no importa ahora) aplicable. Ahora bien, la solidaridad sería acogida como principio de Derecho revelado por el artículo 107 del C. penal. para los actos ilícitos. Pero es que no se da el supuesto necesario para acudir a dichos principios generales, ya que hay ley aplicable: el artículo 1.137, que establece la mancomunidad, salvo excepción; excepción que no se ha probado se dé en el caso en estudio.

24. *El argumento de que la solidaridad de los responsables asegura más firmemente el resarcimiento.*—En cuanto a que sea argumento en pro de la solidaridad la consideración de que mediante ella se asegura más firmemente el resarcimiento del lesionado, lo primero que hay que advertir es que en todo caso existe una clara diferencia entre la obligación procedente de acto punible y la de acto no punible. En aquél el espíritu de la ley favorable al reforzamiento lo prueba el artículo 107 del C. penal, según hemos visto, al establecer, no sólo la responsabilidad solidaria, sino la subsidiaria. En éste no lo prueba ningún texto; por lo que para acogerlo como argumento es preciso antes demostrar que está en el espíritu de la ley.

Que con la solidaridad se asegura el resarcimiento, es cosa obvia. Pero, a tenor de lo expuesto, no se trata de que ello sea ya un argumento en pro de aquélla, sino de ver si la ley ofrece apoyo para admitir que se ha aceptado como preferible la mayor seguridad del acreedor; y, esto demostrado, tendremos el argumento en favor de la solidaridad.

Ahora bien; la preferencia de la ley por la mayor seguridad del

(20) Sobre el reforzamiento que la solidaridad de los deudores constituye para el que sufre el daño por acto ilícito civil, véase lo que se dice *infra*, número siguiente, examinando si puede ser argumento a favor de la misma.

(21) Directamente, se sobreentiende. Cfr. mis *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1961, págs. 53 y 54.

acreedor no se puede sostener sin más, por el solo hecho de que éste haya sido víctima de un acto ilícito (cosa que, intuitivamente, es cierto que inclina más el ánimo en su pro que en el de los causantes del daño). Pues la verdad es que lo que la balanza se incline a favor de aquél, es perjuicio para el codeudor solvente frente a uno eventualmente insolvente. Ya que el acreedor cobrará, pero ¿podrá después obtener el deudor, que pagó, el reembolso de la parte correspondiente al insolvente?

No se olvide que hay que partir de que la solidaridad no se imponga por otras razones, y de que sea atribuible a cada deudor una parte del resarcimiento. Esto presupuesto, es injusto mantener la solidaridad sobre la base de que beneficia al acreedor, porque este beneficio es a costa de librarle de un riesgo que se endosa a los deudores. Y pensar que eso es precisamente lo que quiere la ley, sólo es posible cuando haya indicios de que efectivamente prefiere el agravamiento de la posición de éstos. Deducción que no hay texto en que apoyar. Mientras que para mantener la tesis contraria sí que se puede alegar el principio de "*favor debitoris*", a tenor del que, en la duda, hay que inclinarse en beneficio de éste, librándole de la solidaridad (22).

Si ciertamente, a primera vista, parece que es equitativo decidir cualquier duda en disfavor de quienes causan un daño, sin embargo, no puede negarse que contra ello militan las razones expuestas. Además de que, partiendo de la base de que a cada uno de los varios causantes les sea atribuible una porción de la responsabilidad encaminada al resarcimiento, no hay por qué exponerlos a soportar también la parte de responsabilidad que inicialmente no pese sobre cada uno, puesto que el disfavor con que la ley los mire sólo será en el ámbito de la de cada uno.

Por otro lado, el argumento que venimos refutando, en el fondo se apoya en la idea de que la protección al acreedor por daños debe de ser mayor que la del acreedor por cualquier otra clase de obligación. Lo que es inexacto, porque presupuesto cualquier crédito, no cabe duda de que para la ley sea absolutamente respetable y digno de la máxima protección. Luego, salvo el caso de que se conceda excepcionalmente una aún mayor a alguno (como en el caso del artículo 107 del C. penal), los demás no es de pensar que tengan unos menos que otros; y, teniéndola igual, el crédito extracontractual no sería más privilegiado (por la solidaridad de los deudores) que el contractual.

Para acabar con el argumento que estamos examinando, conviene recordar que el T. S. ha manifestado que el vínculo de solidaridad, como agravatorio de la responsabilidad, no es presumible (sentencia de 20 de marzo de 1943), y que no es lícito considerar existente "la solidaridad pasiva a pretexto de existir fundamentos de justicia y de equidad (que, al fin y al cabo, eso sería el querer reforzar las garan-

(22) Ya DOMAT había advertido esto: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1829, II, pág. 321.

tías del acreedor), con olvido de que el legislador patrio cuando desea que el juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos, para dar paso a decisiones encauzadas en tales superiores principios, así lo manifiesta sin ambages..." (sentencia de 19 de febrero de 1959) (23).

25. *El argumento de que la solidaridad viene exigida por la naturaleza de la obligación de resarcimiento, en cuanto que cada uno de los que contribuyeron a la producción del daño es responsable de su totalidad.*—Los dos últimos argumentos en pro de la solidaridad los vamos a examinar juntos, porque, en síntesis, el 5.º viene a ser una especificación del 4.º En efecto, según éste la solidaridad se basa en que siendo cada uno de los que realizaron el acto ilícito responsable de la totalidad del daño, es también deudor de la totalidad de la reparación. Y, según el 5.º, la solidaridad se deduce de la naturaleza de la obligación. Pero, al fin y al cabo, es esa naturaleza la consistente en que hubo producción de un daño íntegramente atribuible a todos y cada uno de los que concurren a su producción, razón por la que la obligación de repararlo es también de naturaleza total para cada cocausante.

Todo lo anterior sería, sin duda, apoyo irrefutable de la solidaridad, siempre que no fallase uno de los dos pilares que son conjuntamente necesarios para el argumento: 1.º La conducta de cada uno de los causantes fué suficiente, ella sola, para causar la totalidad del daño. 2.º En virtud de ello, cada uno de los causantes es responsable de todo él, y debe resarcirlo íntegramente. Aunque, naturalmente, como no hay tantos daños totales como conductas causantes, no haya que resarcir

(23) Contra todo lo expuesto, no tienen fuerza ciertos argumentos o ejemplos, un tanto lacrimosos, utilizados a veces:

Así cuando (como hacen algunos, como MAZEAUD, núm. 1.943) se dice que hay que favorecer a la víctima del daño mediante la imposición de solidaridad a los deudores, ya que aquélla no pudo —como habría podido si la obligación hubiese sido contractual— prevenirse estipulando la solidaridad. Semejante tesis tiene la fácil respuesta de que si la ley lo considera conveniente —como, en efecto, hacen algunos Códigos— es ella misma la que establece tal solidaridad en los casos en que, por no tratarse de obligaciones contractuales, no cabe que sea pactada, para prevenirse, a solicitud del acreedor. Y no estableciéndola la ley, lo único que cabe es criticarla por no hacerlo, y pedir que sea modificada.

Igualmente cuando (como también dice MAZEAUD, *loc. cit.*) se alega que —no aceptando la solidaridad de los causantes del daño— el lesionado, por ejemplo, por una colisión de dos automóviles, siendo insolvente uno de ambos conductores culpables, sería de peor condición que el lesionado sólo por un automovilista solvente. Preguntándose: El aumento del número de culpas y de responsables, ¿va a disminuir la reparación del daño? Cabe responder que ciertamente, no, que tal aumento no es él el que puede, eventualmente, disminuir la reparación, sino que es la insolvencia del causante la que la pone en riesgo. Y que aún podría haber pasado algo peor al pobre peatón: ser atropellado por un solo automovilista que resulte insolvente a la hora de reparar.

Está claro que lo que pone en peligro la indemnización no es el número de responsables, sino la insolvencia de quienes (uno o muchos) lo sean. Y también está claro que el pretendido argumento de no empeorar la condición del acreedor se puede deshacer diciendo que con la tesis impugnada no se tiende a evitar la *disminución* de la seguridad que el crédito de aquel tiene en el caso, podríamos decir normal, sino que se intenta conseguir un *aumento* de esta seguridad.

el todo tantas veces como sujetos culpables hay. El daño total se resarce una sola vez, ya que una sola vez se ha producido. Lo resarce cualquiera de los que deben la reparación íntegra, y luego, entre sí, los codeudores reparten la totalidad de la reparación.

Antes de entrar en el examen del último argumento en pro de la solidaridad, creo que conviene insistir en que aun en el caso de que sirviese para fundamentarla, sólo serviría para ello cuando efectivamente el daño íntegro hubiese procedido de cada uno de los cocausantes, de haber actuado solos, ya que, en otro caso, no se puede decir que la conducta de cada uno tenía virtualidad para producirlo íntegro, ni, por tanto, que haya razón para que cada uno responda de la totalidad de él.

Lo que podríamos llamar imputabilidad del daño íntegro a cada uno de los que realizan un acto ilícito común, no se da:

1.º Si, de cualquier forma, es imputable exclusivamente a cada uno de los coautores una parte de la conducta total, parte a la que pueda adscribirse determinada porción de daño.

En este caso, realmente no hay un acto dañoso realizado en común, sino diversos actos ilícitos, que, aunque a algunos efectos puedan considerarse conjuntamente, a los fines del resarcimiento del daño deben distinguirse unos de otros y enjuiciarlos separadamente en cuanto de dicho resarcimiento se trata. Por ejemplo, por negligencia de dos personas que hacen, a la vez, una reparación en un coche de otro, una le daña la carrocería y la otra, después, provoca un incendio que lo destruye por completo. Aquélla responderá del valor del desperfecto ocasionado; ésta, del valor que aún conservaba el coche después del deterioro (24).

2.º Si la producción del daño requiere la concurrencia de las varias conductas, de manera que cada una por sí sola no lo hubiese producido.

Por ejemplo, por negligencia de dos claveros que no custodian debidamente sus dos llaves, ambas precisas para abrir las dos cerraduras de una caja fuerte, y las confían indebidamente a un empleado, éste la abre y roba su contenido, que, después, no puede ser recuperado ni indemnizado por insolvencia del empleado. Con lo cual la negligencia de aquellos dos daña al propietario en la cuantía de lo robado (24 bis). O bien, dos personas suscriben un documento lesivo para otro, pero sólo eficaz con la firma de aquellos dos. O pongamos por caso, para tomar un acuerdo, que es injusto y perjudicial a un tercero, es preciso un cierto número de votos favorables, que se obtienen porque la mayoría de los votantes no tiene escrúpulos en otorgarlos (24 ter).

(24) Otras hipótesis, por ejemplo, en DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1946., pág. 139.

(24 bis) Partimos, naturalmente, de la base de que la negligencia no constituya un caso de imprudencia punible (C. penal, art. 565), ya que si así fuese se aplicaría la solidaridad, a tenor del artículo 107 del C. penal.

(24 ter) Más casos, por ejemplo, en DE CUPIS, págs. 139 y 140.

Tampoco en estos casos *sub 2.º*, aun aceptando como buena la tesis de la responsabilidad solidaria por acto ilícito realizado en común, procedería declarar responsables solidarios de todo el daño a quienes con la concurrencia de sus diversas conductas infligieron a otro daño o un conjunto de daños que quepa estimar como daño global.

Y vayamos ahora al llamado caso de daño ocasionado por varios en común, imputable (25) íntegramente a cada uno de los causantes.

¿Está justificado admitir en él una solidaridad basada en que cada uno es responsable del todo?

Creemos que no, porque por mucho que se diga que la conducta de cada uno es causa de todo el daño o que tenía virtualidad para producir el daño total, es lo cierto que, en el caso concreto, no lo produjo ella sola, sino juntamente con la de los demás.

O sea, es que en realidad no es el daño íntegro imputable a cada uno de los causantes, sino que sólo le es imputable a cada uno una conducta que en potencia pudo haber provocado el daño total, pero que no lo provocó efectivamente íntegro ella sola.

Una cosa es que el daño que cada uno pudo hacer por sí solo, lo hubiese causado efectivamente por sí solo (entonces sí que respondería del todo), y otra que cuando concurrieron varios a causarlo hayan hecho entre todos lo que si bien pudo hacer uno solo, no lo hizo.

Cuando la responsabilidad proceda de observar una cierta conducta, cabrá que se exija responsabilidad entera a todo el que la haya observado, aunque el resultado de las varias conductas juntas haya sido el mismo que podría haber producido una sola. Pero cuando la responsabilidad procede de (además de haber observado la conducta) haber producido un cierto resultado (el daño), no es exigible por entero sino a quien lo causó por entero. Y aunque la conducta de uno hubiese sido apta para producirlo por sí sola (potencia), si efectivamente no lo produjo (acto), sino en concurrencia con otras, la responsabilidad total no es exigible a cada uno de los partícipes, porque dicha responsabilidad procede del daño, y éste, en el caso concreto, no ha sido efectivamente ocasionado en su integridad por cada uno de aqué-

(25) Como sabemos, el artículo 1.156 del C. italiano de 1865 ya hablaba de "delito o cuasi delito imputable a varias personas", y el de 1942 (art. 2.055) de "hecho dañoso imputable a varias personas". De antiguo ya se vino dando a tales expresiones un sentido demasiado amplio, según la posición que mantengo en el texto. Así, GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, trad. española, 2.ª edición, I, Madrid, 1928, decía que el precepto se aplica "todas cuantas veces el hecho dañoso sea único y tenga por causa una deliberación tomada de común acuerdo o una intervención material de varios autores". También insistiendo en la unidad del hecho, cfr., por ejemplo, MAROI, voz *Obbligazione*, en *Dizionario pratico del Diritto privato*, IV, § 17, pág. 273. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, en "Studi sulle obbligazioni", I, 1918, pág. 298. DE CUPIS, pág. 139, advierte que, sin embargo, en cuanto el daño sea producto de un haz de actividades concurrentes, de diversos sujetos, estas actividades, subjetivamente distintas, no cesan de ser tales, es decir, subjetivamente distintas, simplemente porque de ellas derive un único daño: en realidad, la ley —concluye— ha querido referirse a la hipótesis en que un mismo daño deriva de diversas acciones de varios sujetos responsables, juntos concurrentes a su producción.

llos, sino por todos juntos; razón por la que la responsabilidad del total, sólo es exigible a todos ellos juntamente (25 bis). Así, que cuando se trata de reparación específica indivisible, la conducta reparadora sólo puede ser exigida conjuntamente contra los varios obligados. Pero si se trata de indemnización del perjuicio, la obligación (no siendo solidaria) se divide entre los obligados (cfr. C. c., arts. 1.139 y 1.150).

Todo lo anterior, a menos que haya un precepto que, como en el caso del artículo 107 del Código penal, imponga excepcionalmente a cada uno la responsabilidad por el todo. Precepto que no existe para los actos ilícitos civiles, que sólo quedan sometidos (art. 1.093) a lo dispuesto en los artículos 1.902 y siguientes, y en lo que estos no determinen sobre las obligaciones (de reparación) que nazcan, a las reglas generales de las obligaciones, y, entre ellas, a los artículos 1.137 y 1.138.

Poniendo en plural el artículo 1.902, y a continuación el 1.137, se ve más plásticamente la exactitud de la tesis que propugno: "Los que por acción u omisión causan daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, *están obligados a reparar el daño causado.*" Ahora bien: "La concurrencia... de dos o más deudores [de dos o más que *están obligados*] en una sola obligación, no implica que cada uno... deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación [o la ley] expresamente lo determine constituyéndose con el carácter de solidaria."

G) ARGUMENTOS EN PRO DE LA MANCOMUNIDAD

26. *Argumentos en pro de la mancomunidad.*—Hasta aquí me parece que están suficientemente refutados los argumentos en que se ha venido apoyando la solidaridad de los deudores de reparación de daño causado por acto ilícito.

En mi opinión no hay que dar argumentos para demostrar que su obligación es mancomunada, pues esto es lo que se presume mientras que no se pruebe la solidaridad, que rebatidos sus sedicentes apoyos, se esfuma.

Ahora bien, como lo que abunda no daña, tampoco está de más señalar algunos puntos que hacen ver cómo la mancomunidad defendida es perfectamente adecuada al caso. En efecto:

En primer término, el riesgo que la falta de solidaridad provoca es el de que el lesionado no llegue a recibir la reparación íntegra si cualquiera de los causantes del daño es insolvente; lo que no ocurriría si, siendo la obligación solidaria, es solvente alguno de ellos. Pero este no es un riesgo especial que acarree la división de la deuda, sino que (aunque, ciertamente, sin tal división se daría menos) es simple-

(25 bis) Lo que decimos no puede refutarse, por ejemplo, advirtiendo cómo la responsabilidad penal por un delito puede alcanzarse íntegramente a todos y cada uno de los que participaron en él. Pues es evidente que hasta para justificar la diferencia el diverso fundamento de la responsabilidad criminal, y el de la civil por daños.

mente una parte del riesgo que toda deuda implica, de que el deudor (uno o varios) sea insolvente, total o parcialmente. Ciertamente que se aminora creando más responsables o haciendo que cada uno de ellos responda por el todo. Pero estos procedimientos no son un medio de evitar la *disminución* de la garantía normal del acreedor, sino un medio de *aumentar* esta garantía normal.

Lo mismo que el que sean varios los causantes no aumenta el daño total tampoco tiene por qué aumentar la garantía del dañado, que ha de fijarse habida cuenta del daño y no del número de los que le causan. Piénsese que que sea insolvente uno de los codeudores es una hipótesis y un peligro para el acreedor, sustancialmente iguales a que lo fuese parcialmente el responsable único, si el hecho hubiese sido cometido sólo por una persona. Hasta podría decirse que si los causantes fueron varios, han de correr menos riesgo que siendo uno, ya que, proporcionalmente, es más perjudicial el que daña por su sola conducta que el que sólo contribuye con otros, dentro de una conducta total, a realizar el daño, pues su potencia de daño podrá ser total, pero *in actu* su lesividad es menor.

Por último, si por la naturaleza de la obligación que genera el acto ilícito, se hubiese de responder íntegramente, por todos los participantes, del acto ilícito común, holgaría que ello fuese establecido especialmente por ningún Derecho. Luego, si muchos lo hacen, es porque el propio modo de ser de la obligación no lo implica, sino que permite la responsabilidad parcial de cada participante. Y cuando esta cabe, y un Derecho (como el nuestro) acepta como regla la responsabilidad por partes si es posible, dicha regla, no habiendo excepción para el caso de actos ilícitos, hay que aplicarla a éstos.

III

LA MANCOMUNIDAD RIGE EN CASO DE PLURALIDAD DE OBLIGADOS POR CASOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

27. *Mancomunidad de los responsables objetivos.*—A tenor de las razones en que he basado la responsabilidad mancomunada de los que realizan en común un acto ilícito dañoso, es evidente que para los supuestos en que nuestro Derecho acoja la responsabilidad objetiva, entiendo que si los llamados a responder son varios, quedan obligados, no solidaria, sino mancomunadamente.

No pretendo aquí dilucidar cuándo —en los casos en que se discute— hay responsabilidad por culpa y cuándo la hay objetiva (25 ter).

Presupuesta la solución de esa cuestión, parto de la base de que, sin duda, la responsabilidad objetiva existe en ciertos casos, como: el del poseedor o el que se sirve de un animal, que responde (salvo que hubiese habido fuerza mayor o culpa del perjudicado) de los perjuicios

(25 ter) Sobre este punto, véanse mis *Instituciones*, págs. 995 y sgs.

que cause (art. 1.905); el del propietario, que responde por los daños ocasionados por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades y (salvo fuerza mayor) por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito (art. 1.908, 2.º y 3.º); y el del cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, que responde por los daños causados por las cosas que se arrojasen o cayesen de la misma (art. 1.910).

Y en ellos (o en otros posibles) entiendo que si hay cotitularidad en las situaciones de que se trata —así, el animal es coposeído por varios o son varios los que se sirven de él, o el árbol está en condominio o una vivienda está habitada en coarrendamiento o en copropiedad, etc., por más de un cabeza de familia—, de los daños responden mancomunadamente los obligados a repararlos (26).

28. *Argumentos en pro de la mancomunidad.*—Apoyos, para mi opinión, con vistas a nuestro Derecho, lo son los siguientes:

1.º Faltando la culpa en la hipótesis de responsabilidad objetiva, no servirían de fundamento para sostener la solidaridad en el caso presente, aquellos argumentos (como el de analogía sobre el art. 107 del C. penal) que, de forma directa o indirecta, justifican sobre la culpa la responsabilidad solidaria en el caso de responsabilidad por culpa.

2.º Artículos como los 393 y 575 del C. c., y 3, b, 2.º (la cuota de participación en el total del inmueble “servirá de módulo para determinar la participación [de los condueños] en las cargas y beneficios por razón de la comunidad”), y 9, quinta, 1.ª, y sexta, 2.º, de la ley de propiedad horizontal facilitan un argumento de analogía para afirmar que por igual razón que son mancomunadas (por aplicación de los artículos 1.137 y 1.138) las obligaciones de levantar las cargas del condominio o de la medianería, lo son las de indemnizar por daños que la cosa en condominio o en medianería ocasione.

3.º Es obvio que los artículos 1.137 y 1.138 no tienen menos razón de aplicarse en caso de responsabilidad objetiva que en el de responsabilidad por culpa.

29. *Doctrina sobre Derechos extranjeros.*—Para los Derechos extranjeros que adoptan la solidaridad en la responsabilidad por actos ilícitos, la doctrina no es siempre unánime. Algunos autores estiman que tal solidaridad se extiende también al caso de pluralidad de res-

(26) En el caso del artículo 1.910, desde luego, a tenor de sus antecedentes históricos, hay que entender que si habita la casa, o la parte correspondiente de ella, más de un cabeza de familia, responde del daño aquel de cuya familia procede la culpa, si la hubo (así, *Partidas*, 7, 15, 25, y Proyecto de 1851, artículo 904. Igualmente otros Códigos, como el argentino, art. 1.119, y cfr., además, *infra*, número 30). Ignorándose, responderán todos mancomunadamente. El Proyecto de 1851 establecía, entonces, la responsabilidad solidaria, en el artículo 1.904 (dice este artículo que responden “mancomunadamente”, pero es que en el Proyecto, “mancomunado” significa “solidario”: cfr. art. 1.056). Pero, en punto a mancomunidad o solidaridad, a falta de declaración expresa de la ley, hay que decidirse por aquélla, según lo establecido, como ya hemos visto, por el C. c., por la Novísima Recopilación, y porque, en el caso presente, además, existe el argumento de que el Código suprimió lo que decía el Proyecto.

ponsables objetivamente (26 bis). Pero otros piensan que en este caso (o, por lo menos, en las hipótesis singulares del mismo para las que hablan) debe aplicarse la mancomunidad (27).

30. *Algunos Códigos que acogen expresamente la mancomunidad en caso de responsabilidad objetiva.*—Por último, algunos Códigos que establecen la solidaridad en la responsabilidad por actos ilícitos, expresamente acogen la mancomunidad para casos de responsabilidad objetiva o hasta de responsabilidad por culpa, pero no por dolo. Así: El de Chile y el de El Salvador, que son literalmente iguales en esta materia, y disponen (arts. 2.323 y 2.074, respectivamente) que: “El dueño de un edificio es responsable a terceros... de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso se dividirá entre ellas la indemnización a prorrata de sus cuotas de dominio”, y que tampoco hay responsabilidad solidaria de los que habitan en la parte de que se trate, por los daños causados por una cosa que cae o se arroja de un edificio sin culpa o mala intención (si se dan éstas, responde sólo el autor) (arts. 2.068 y 2.079 del Código de El Salvador, y 2.317, 2.328 del de Chile). Y el argentino suprime la solidaridad si el acto ilícito se realizó sin intención de causar daño (artículos 1.081 y 1.108).

31. *Responsabilidad por presunción de culpa.*—Habiendo adoptado en este trabajo la tesis de que los deudores del resarcimiento están obligados mancomunadamente, tanto en el caso de responsabilidad por culpa como en el de responsabilidad objetiva, es claro que no tiene alcance práctico advertir que en las hipótesis en que la ley establece la responsabilidad por presunción de culpa (por ejemplo, *in vigilando*, *in eligendo*: así, art. 1.903, etc.), es aplicable lo dicho para el primer caso, cuando los presuntos culpables sean más de uno (por ejemplo, condueños de un establecimiento o codirectores del mismo, respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los

(26 bis) Así: Para el alemán, a tenor del § 840, 1.º, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, II, 1.º, pág. 444, y II, 2.º, pág. 731; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. española, I, Madrid, 1958, pág. 501. Para el italiano de 1865, CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno*, trad. española, II, 2.ª ed., Madrid, 1928, número 470. Para el francés, MAZEAUD, número 1.029, PLANIOL-RIPERT-ESMETN, números 610 y 684, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, IV, número 2.963. Cabría quizás entender que en algún caso se defendiese la responsabilidad solidaria por partir el autor que lo hiciese de la idea de que, en alguna forma, la responsabilidad no es puramente objetiva, sino basada en presunción de culpa. Pero, sin duda, muchos de ellos mantienen la solidaridad aún partiendo de la rigurosa responsabilidad objetiva.

(27) Así, para el Derecho francés, LALOU, 107 bis (más citas en BAUDRY-LACANTINERIE, número 2.963, nota 3, y en MAZEAUD, número 1.029, nota 3). Para el italiano de 1942, MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., § 169, número 26, i). Para el suizo, VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad. española, I, Madrid, 1934, pág. 295. Cfr., también sobre el particular con Derecho comparado, PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*. Montevideo, 1954, número 325.

ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones) (28).

IV

FIJACION DE LA PARTE QUE CORRESPONDE A CADA RESPONSABLE

32. *Preliminar.*—Al estudiar la parte de reparación que corresponde a cada responsable, es útil examinar no sólo lo que dicen los que opinan que la responsabilidad es mancomunada, sino también lo que dicen los autores, jurisprudencia o Códigos que acogen la solidaridad, ya que luego, al referirse al régimen de reembolso entre los varios deudores solidarios, o relación interna entre ellos, muestran un criterio en cuanto al reparto, que a nosotros nos puede servir para hacer este reparto en la relación externa entre deudores y acreedores.

A) CASOS SIN DIFICULTAD

33. *Casos sin dificultad.*—La mencionada fijación de la parte de daño que corresponde resarcir a cada responsable, no tiene dificultad, si se fija la participación en él de los varios causantes. Cada uno responde sólo de la suya.

Esa participación aparece clara:

1.º Cuando es discriminable qué parte de daño corresponde a cada parte de conducta, y está determinado qué parte de ésta fué realizada por cada sujeto.

2.º Cuando aun habiendo un daño procedente de conductas de varios conjuntamente productoras de aquél en globo, y sin posibilidad de adscripción a cada uno de parte concreta, sin embargo, según las circunstancias se puede estimar la parte alicuota que a las conductas diversas corresponde en el total.

Por ejemplo, los daños causados al dueño por el robo que hizo posible la negligencia de los dos claveros que dejaron sus llaves simultáneamente y con descuido equivalente al mismo empleado, deben repararlo aquéllos por partes iguales, porque sus negligencias han contribuido a producirlo en iguales partes alicuotas.

34. *Principio para el caso de indemnización en supuestos de responsabilidad objetiva.*—Igualmente si se trata de responsabilidad objetiva, cada obligado a resarcir lo está, en principio, en proporción al derecho que tenga sobre la cosa causante del daño.

Ya que, en cuanto la responsabilidad es objetiva (y presupuesto que hemos descartado que alcance solidariamente a los responsables), cada copartícipe no cabe que sea responsable por la cuantía de su culpa; luego será deudor según su cuota de participación en la cosa que produciendo el daño da lugar a responsabilidad.

(28) Cfr. TOSERRO, voz *Solidarietà*, en *Nuovo Digesto italiano*, XII, parte 1.ª, Torino, 1940, pág. 557, nota 2, última parte.

Si el daño se causa por culpa de ambos o de uno de los titulares de la cosa, hay responsabilidad por culpa (29), se entienda o no que también subsiste la objetiva (que ese es problema en el que no podemos entrar [30]).

Si se entiende que subsiste la responsabilidad objetiva, el dañado podrá dirigirse bien contra el culpable o bien contra los responsables objetivos (contra cada uno por su cuota de participación en la cosa). Si se entiende que la responsabilidad por culpa borró la objetiva (31), sólo le cabe al dañado dirigirse contra el culpable (pero, de cualquier forma, si comienza reclamando a los responsables objetivos, será quien de éstos no sea culpable el que haya de probar que hubo uno que lo fué, razón por la que ya no existe su responsabilidad objetiva).

En todo caso, si resarcen el perjuicio los responsables objetivos, pero, de ellos, alguno obró diligentemente y otro no, dando así lugar a dicho perjuicio, creo que aquél podrá reclamar a éste la parte que le hubiese tocado reparar, puesto que, en el fondo, entre ellos, vendría a darse un caso del artículo 1.902 (ya que uno, por acción u omisión culpable, produjo un daño al otro, daño consistente en tener que contribuir a la reparación del primer perjudicado).

B) CASOS CON DIFICULTAD

Se presentan dificultades en los casos siguientes:

35. *Casos en que la culpa de los diversos causantes es de diferente gravedad o importancia en orden a la producción del daño.*—1.º Cuando faltando la igualdad (o proporcionalidad) absoluta entre las circunstancias relativas a las diversas conductas, puede estimarse que cabe que no contribuyeran igualmente (o en la proporción conocida que sea) al daño.

Así, en el ejemplo anterior, un clavero debe estimarse más negligente que el otro porque éste confió su llave al empleado, con dos atenuantes: sabiendo que no tenía la otra y que debía ausentarse del

(29) Una cuestión es que en la hipótesis de responsabilidad objetiva se responda sin necesidad de culpa (ya que se trata de que quede así más asegurada la indemnización a favor de eventuales dañados por quien obtiene las ventajas de la cosa que crea el riesgo de perjuicio) y otra que haya responsabilidad por culpa cuando hay culpa en un caso que sin necesidad de ésta daría lugar a responsabilidad (objetiva).

(30) No se trata, naturalmente, de que quepa exigir una indemnización a base de la responsabilidad por culpa y otra a base de la objetiva, sino de si para exigir la indemnización única se *pueda* o se *deba* seguir uno de ambos caminos, que pueden llevar a distintos responsables, con diferente solvencia.

Por eso no tiene interés la posible responsabilidad por culpa de la misma (o mismas) personas responsables objetivamente.

(31) Una de las posibles objeciones contra esto es la de que, si el responsable por culpa es insolvente, y solventes los demás responsables objetivos, ¿va a ser de peor condición —no pudiendo obtener el resarcimiento— el dañado por culpa que el dañado sin culpa? Pero podría responderse que su peor condición no dependería de *cómo* se le daña, sino de la solvencia del responsable que en cada caso fije la ley.

lugar donde estaba la caja, con lo que el alejamiento evitaría riesgo de intentar abrirla; mientras que aquél conocía que ya había recibido la primera, y que el proyecto de ausentarse se había cancelado.

Ante ello, ¿qué hacer? ¿Condenar a resarcimiento mayor al uno que al otro? ¿O pensar que en definitiva ambos deben pagar lo mismo, puesto que al fin y al cabo lo que importa es que sin las dos llaves no se podía abrir la caja, luego cada uno facilitó a medias el poder hacerlo?

En mi opinión, se debe:

Partir en principio, y mientras que no haya constancia de otra cosa, de que el total se divide en tantas partes iguales como deudores haya (art. 1.138).

Cuando, por algún motivo, deba razonablemente desecharse la idea de igualdad, será cuestión que —en definitiva ante el desacuerdo de los interesados— resolverán los Tribunales, a los que entonces compete, a la vista de las circunstancias, fijar la cuantía de la responsabilidad de cada deudor. A falta de otro precepto, aquí sí que creo puede aplicarse por analogía el artículo 106 del C. penal, según el que: “En el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno” (32).

En bastantes Derechos extranjeros, bien establecido de forma explícita por la ley, bien a base del espíritu que en la misma suelen hallar doctrina y jurisprudencia, cabe afirmar que (con más o menos reconocimiento —cuando proceda— de libertad de apreciación al juez) arrancando de la presunción de igualdad, a falta de datos en contra, se acepta que cuando la gravedad de la culpa sea mayor en unos participantes que en otros, la cuantía de la proporción de indemnización a cargo de cada uno será proporcional a la gravedad de su culpa en orden a la producción del daño.

Así, el Código italiano de 1942 habla de pagar cada uno (33) “en la medida de la gravedad de la respectiva culpa y de la entidad de las consecuencias derivadas de ella. En la duda, las distintas culpas se presumen iguales” (art. 2.055, 2.º y 3.º). E igual cabe decir para el Derecho alemán, a base del § 426 y del espíritu que revela

(32) Artículo 106, que no contradice al 107. Pues, como establece éste, en responsabilidad civil procedente de hecho punible rige la solidaridad de los causantes; y el 106, al hablar de fijación de cuotas, se refiere a la relación interna entre éstos.

(33) Conviene señalar, de nuevo, que lo que digo a continuación respecto de la distribución de la carga de la reparación entre los obligados a ésta, no es porque los Códigos, doctrina y jurisprudencia a que me refero admitan la mancomunidad, sino porque, presupuesto que opto por ésta, es aplicable al reparto de la reparación entre deudores mancomunados el razonamiento que aquellos hacen para el reembolso que, aceptada la solidaridad, puede obtener de sus codeudores el deudor que indemnizó íntegramente al perjudicado.

el 254 (34), para el suizo (35), para el francés y para el belga, según entienden la jurisprudencia y la doctrina (36), etc.

No obstante, según otra opinión, también mantenida para alguno de los Derechos anteriores en los que la solución no la da explícitamente la ley, es erróneo calcular la parte de responsabilidad de cada deudor por la gravedad de la culpa con que contribuyó a la producción del daño que debe de ser resarcido. Pues cuando ese daño se produce por concurrencia de culpas diversas, de forma que todas han sido necesarias para producirlo, realmente lo lógico es que todos los culpables contribuyan por partes iguales a reparar un daño que a pesar de las diferentes gravedades de sus culpas, sin embargo, todos contribuyeron igualmente a producir, ya que sin la culpa de cualquiera no se habría producido (37).

En todo caso, lo que es evidente es que si para algún supuesto concreto que la ley regule en particular se halla establecido que el resarcimiento se divida en cierta forma entre los responsables, habrá que atenerse a la forma dispuesta, sea por partes iguales o sea a tenor de la gravedad de cada culpa.

(34) LARENZ, pág. 511; ENNECCERUS, págs. 457 y 458.

(35) VON TUHR, págs. 295 y 296.

(36) Por ejemplo, LALOU, número 111; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, número 1.040; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, número 687; BOUILLENNE, número 251. Extensamente y con gran número de razonamientos, DEREUX, en especial, páginas 157 y sgs. Para este autor, dentro de ciertos límites no deberían quedar obligados solidariamente los causantes frente al perjudicado. Pero supuesto que lo queden, luego entre ellos deberá repartirse la indemnización según la gravedad de sus culpas.

(37) Así BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, número 1.306. MAZEAUD, números 1.973 y sgs. Dicen los MAZEAUD: "Es también imposible, nos parece, fijar la parte de cada uno por la gravedad de su culpa. Ciertamente, las culpas que han concurrido a la realización del daño pueden ser de diferentes gravedades; el cómplice que ha estado al acecho, es menos culpable que el asesino que ha asestado el golpe. Pero cada una de las culpas ha causado por sí sola, por muy leve que haya sido, todo el daño. Todas las culpas, cualesquiera que sean sus gravedades respectivas, han contribuido, pues, igualmente a la producción del perjuicio. Supongamos... que sea precisa una fuerza de 100 k. para mover un vagón. Primus aporta un esfuerzo de 99 k. El vagón no se mueve. Secundus agrega el empuje de 1 k. El vagón se mueve, rueda, hiere a Tertius, etc. ¿Se concibe que Secundus sea menos causa que Primus? Evidentemente, no, puesto que sin Secundus no habría ocurrido nada, lo mismo que sin Primus. La gravedad de la culpa no tiene, pues, influencia sino para la pena. Y precisamente porque la jurisprudencia tiende siempre a hacer una pena de la reparación del daño, es por lo que a menudo no duda en dividir la parte de indemnización de cada uno de los coautores, en relación con la gravedad de cada una de sus culpas..."

Continúan diciendo los MAZEAUD que la única solución lógica es la de que respondan todos por igual, y concluyen: "En ausencia de texto, la solución lógica es la única defendible. En realidad cada culpa ha causado igualmente el daño, puesto que cada una lo ha producido ella sola por entero. Hay una igualdad absoluta que dicta la solución. En las relaciones de los coautores entre sí, la carga de la reparación debe recaer igualmente sobre cada uno de ellos, porque cada uno es igualmente causa del daño. La deuda se divide por cabezas entre los coautores solventes. El que ha pagado puede obtener de cada uno de los demás una parte calculada así, es decir, una porción viril."

36. *Casos en que, conocido el daño y sus causantes, se ignore la parte atribuible a cada uno.*—2.º Cuando, conocido el daño y el grupo causante, se ignora la parte atribuible a cada uno, o incluso no está probado que todos los que tomaron parte en un hecho con cuyo motivo se produjo otro daño, hayan sido causantes de éste.

En tal caso la cuestión queda entre dos consideraciones: una, que no paguen justos (¿?) por pecadores; otra, que dificultades de prueba (no poder demostrar quiénes lo hicieron) no vayan a impedir en la práctica siempre la indemnización.

En mi opinión:

Por un lado, no hay que olvidar que la causalidad del daño no tiene que ser exclusiva y puramente material, sino que también puede imputarse —según las circunstancias— a quienes, aun sin participar personalmente en el acto inmediatamente causante del daño, intervinieron, sin embargo, en el hecho que mediatamente dió ocasión a aquél. Por otro lado, a la vista de las exigencias de la realidad práctica, que normalmente no permitirá precisar y probar quién o quiénes, y en qué cuantía, causaron inmediatamente el daño, no se puede requerir la prueba directa, pues ello equivaldría de hecho a privar de la indemnización. Además, jugando con un razonable sistema de presunciones, se puede estimar —salvo prueba en contrario— causantes inmediatos del daño a todos los que intervinieron en el hecho, y en la cuantía en que intervinieron.

Por lo demás, resuelto quiénes deban responder, creo que en principio cabe aplicar lo ya dicho sobre la inicial presunción de igualdad y las facultades de los Tribunales para fijar la cuota de cada uno.

Y decidiéndose que —aun sin prueba directa de haber participado en el daño— respondan (a falta de conocerse los verdaderos causantes) todos los que concurrieron a realizar el hecho con cuyo motivo se produjo el daño, pienso que —dentro de lo ya dicho— la parte de cada uno en éste venga en principio determinada por su cuota de participación en aquél.

La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Legislaciones regionales en que tiene vigencia el precepto.*—III. *Sujetos activo y pasivos de la partición que previene el artículo 1.056, 2:* 1) Sujeto activo. 2) Sujetos pasivos: A) Heredero atributario de la explotación agrícola. B) Legitimarios.—IV. *Móvil de la adjudicación integral de la explotación: el interés de la familia.*—V. *Objeto de la partición:* 1) La explotación agrícola: sus requisitos: A) Existencia. B) Titularidad. C) Bienes que la integran. 2) La legítima de los demás hijos: su asignación en metálico: A) Si el metálico debe existir en la herencia del padre. B) Trascendencia de la asignación de la legítima en metálico. C) Momentos a distinguir en el proceso de liquidación y pago de las legítimas en dinero. D) Asignación legitimaria concreta: problemas que plantea. E) Pago de la legítima en dinero.—VI. *Requisitos formales de la partición:* 1) Necesidad de un testamento, previo o posterior a la partición. 2) Acto particional: sus modalidades. 3) Disposición testamentaria a favor del adjudicatario de la explotación y de los legitimarios. 4) Voluntad particional del causante. 5) Otros pretendidos requisitos formales.—VII. *Efectos de la partición en cuanto al adjudicatario de la explotación agrícola:* 1) Posición jurídica del adjudicatario de la explotación agrícola. 2) Mejora del adjudicatario de la explotación. 3) Posición del adjudicatario respecto del tercio de libre disposición. 4) Título en cuya virtud se adjudica al atributario de la explotación la parte del valor de la misma que en principio era indisponible a favor de éste, por estar reservada a los demás hijos.—VIII. *Efectos de la partición en cuanto a los legitimarios, no adjudicatarios de la explotación:* 1) Naturaleza jurídica de la legítima del artículo 1.056, 2. 2) Afección real de los bienes de la herencia al pago de las legítimas dinerarias. 3) Garantía registral de la legítima del artículo 1.056, 2.—IX. *Inscripción en el Registro de la Propiedad de todos los bienes inmuebles que integran la explotación agrícola a favor del adjudicatario de la misma.*

1) INTRODUCCION

El artículo 1.056 C. c. dice así: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los he-

rederos forzosos. El padre que, en interés de su familia, quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.”

El precepto es una evidente novedad en nuestro Derecho Común, introducida por primera vez por nuestro Código civil en nuestra legislación. Se halla inserto en la sección segunda, del capítulo sexto, del título tercero, libro tercero, sección destinada a la partición. Es evidente que se trata de una facultad particional del testador, si bien la prevenida en el párrafo segundo del precepto transcrito tiene tal importancia y trascendencia jurídica, que penetra en el ámbito de lo dispositivo, transforma la habitual naturaleza jurídica de la legítima y afecta de modo notable a su consistencia.

Modernamente, dicho párrafo segundo tiene una importancia trascendental, especialmente en el campo de la empresa agrícola. Royo Martínez entiende que dicho precepto “brinda, si se le conjuga bien con la mejora y el tercio libre, amplísimas posibilidades de renovación del régimen sucesorio, sin llegar a caer en la preterición de los descendientes no favorecidos de modo especial” (1). Castán relaciona este precepto con la institución alemana del Auerbenrecht, y en nuestro Derecho, con la legislación sobre patrimonio familiar, huertos familiares y concentración parcelaria.

Prescindiremos de estudiar el indudable aspecto mercantilista que presenta el precepto, al hablar de “explotación industrial o fabril”. El mismo ha sido abordado brillantemente por Puig Brutau (2), por lo que centraremos nuestro estudio en las repercusiones que el precepto tiene en el campo estrictamente agrícola.

Existe entre los autores que han tratado el precepto, una indudable tendencia minimizadora de su trascendencia, tendencia que de continuarse impediría se desarrollaran “las amplísimas posibilidades de renovación del régimen sucesorio” de que habla Royo Martínez. Entendemos al respecto, que en el precepto son muy significativas las palabras “en interés de su familia” y “conservar indivisa una explotación agrícola”. Estas motivaciones del uso de la facultad que estudiamos, motivaciones que legitiman su aplicación, en unión del inciso del párrafo 1.º del mismo precepto: “se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos”, le confieren una gran elasticidad, permitiendo la atribución de empresa agrícola como un todo a un solo heredero, quien, en acatamiento del interés público, representado en el sistema de legítimas del Código civil, deberá satisfacer en metálico su legítima a los demás hijos.

La trascendencia del precepto resalta en aquellas zonas rurales del norte de la Península, en que no rigiendo el Derecho foral —de gran elasticidad en materia legitimaria—, se viven todos los problemas de “la casa”, como unidad trascendente que hay que proteger frente a

(1) Cit. por LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones*, Parte General, p. 496.

(2) *El testamento del empresario*, “Revista de Derecho Privado”, 1960.

todos los intentos de disolución. Estas zonas son Guipúzcoa y parte de Asturias y de Galicia. En todas ellas, el problema de vida o muerte de la economía rural es el mismo: conservar indiviso el pequeño patrimonio agrícola, atribuyéndolo por diversos medios a un solo heredero, reduciendo en lo posible los derechos de los legitimarios, que serán pagados en dinero, y compensándoles mediante la concesión de “derechos de casa” —derecho del soltero o viudo de ser tenido y mantenido en la casa paterna en tanto trabaje en la misma en la medida de sus posibilidades—. No es capricho de los campesinos el intentar atribuir la casería a un solo heredero: la orografía, durísima, de dichas zonas, limita de tal modo la posibilidad de la división material de las fincas, que obliga a su atribución integral. El rendimiento de las explotaciones es tan bajo, que el atributario de la explotación se ve obligado a trabajar durante toda su vida para pagar las legítimas en dinero.

Pues bien: en todas esas zonas se aplica frecuentísimamente el precepto que comentamos para resolver los problemas que hemos planteado.

No sería, por otra parte, absurdo, que los profesionales del Derecho aconsejaran a los pequeños propietarios agrícolas del resto de la Península —provincias todas de Derecho común, excepto Baleares—, que hicieran uso de la facultad objeto de nuestro estudio, procurando atribuir la explotación agrícola a un solo heredero, sin perjuicio de las compensaciones dinerarias que procedieran, que incluso podrían exceder de la cuantía de la legítima estricta. Porque si, según los datos estadísticos, la magnitud de las explotaciones agrícolas es inadecuada en la mayor parte de los casos, predominando el minifundio en la España del Norte, y el latifundio en la del Sur, de seguir con las anárquicas e individualistas costumbres sucesorias, se dará el caso, contrario a las modernas orientaciones del Derecho agrario, que mientras las pequeñas empresas agrícolas se pulverizan más y más, por efecto de la partición igualitaria de las herencias, provocando la proletarización del campesinado, las grandes fincas permanecen amortizadas en manos de las mismas familias, sin ser parceladas en porciones menores. Con lo cual se produce un fenómeno de descolonización.

Por supuesto que en dicho proceso social interviene el Estado, parcelando las grandes explotaciones, recomponiendo las unidades agrícolas fragmentadas e impidiendo que se produzca de nuevo la pulverización fundiaria. En toda la legislación intervencionista en esta materia —de patrimonios familiares, huertos familiares, permutas forzosas de fincas, concentración parcelaria, unidades mínimas de cultivo, explotaciones familiares...— late una preocupación fundamental: reconstruir y proteger la dimensión óptima de la base de la explotación agraria, el factor tierra, primario y básico para la vida humana. Es de tal importancia tal principio que al menos puede parigularse —y quién sabe si en el futuro podrá superar— al de protección de la familia, cifrado en la sucesión necesaria de los legitimarios.

Principio éste fundado en modernos imperativos de justicia social.

y que aun no habiendo sido reconocido expresamente con carácter general en la ley o en la doctrina legal, puede inducirse de los esfuerzos estatales y populares por evitar una fragmentación excesiva de la propiedad rústica.

Dentro, pues, de este orden de ideas, habrá que interpretar progresivamente el precepto que comentamos, colaborando con el propósito del legislador y con las necesidades actuales de la economía agraria

II) LEGISLACIONES REGIONALES EN QUE TIENE VIGENCIA EL PRECEPTO

El padre que puede hacer uso de la singular facultad sucesoria que estudiamos debe estar sujeto al Derecho común al tiempo de su fallecimiento, ya que la ley por la que se rige su sucesión es su ley personal (arts. 10, 2, y 15 C. c.).

Si fuere aforado, no podría hacer uso de la misma, ya que los Derechos forales tienen un sistema de legítimas muy elástico, mucho más liberal que el del Derecho común. Ello es indudable respecto de los Derechos de Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya. En ellos resulta superfluo aplicar el precepto que comentamos, ya que la atribución integral al heredero de la pequeña explotación agrícola es su preocupación fundamental, sin que el sistema legitimario ponga dificultad alguna a dicho propósito. Ordinariamente el heredero atributario de la explotación puede pagar en metálico la legítima —en muchos casos ficticia—, sin que pueda verse obligado el testador a asignar cuerpos ciertos a los legitimarios. La finalidad a que obedece la facultad partitiva que comentamos está sobreabundantemente servida en estos Derechos forales.

Sin embargo, respecto del Derecho privativo de Baleares, conviene distinguir las diversas islas.

Las islas de Mallorca y Menorca se hallan regidas, a este respecto, entre otros, por el artículo 46 de la Compilación de 19 de abril de 1961, que dice así: “La legítima atribuye derecho a una porción de la herencia, y debe ser pagada en bienes de la misma, siendo ineficaz en contrario toda disposición del testador. Los legitimarios, como herederos, podrán ejercitar las acciones de petición y división de la herencia y promover el juicio de testamentaria.”

Creemos que en virtud de tal artículo, que configura el derecho de los legitimarios como una *pars hereditatis*—a diferencia de la legítima del C. c.—, y que prohíbe toda atribución de legítima que no sea “en bienes de la misma”, decae toda posibilidad de hacer uso de la facultad que comentamos—si entendemos que el metálico a que se refiere el precepto no debe hallarse en la herencia— en casi todo el archipiélago balear.

En el Derecho especial de Ibiza y Formentera, creemos que tampoco cabe la aplicación de este precepto, ya que el artículo 81 de la referida Compilación establece: “El legitimario tendrá derecho a que

su legítima se satisfaga en bienes de la herencia, salvo en los casos siguientes: 1) que el testador donante haya dispuesto otra cosa..." Por tanto, el testador puede disponer que se pague la legítima con metálico que no se halle en la herencia, supuesto que concuerda con el del precepto que comentamos. Pero con la diferencia que la legislación foral no exige que la atribución integral de la explotación agrícola y el pago de la legítima en dinero no hereditario se realicen "en interés de la familia", lo que evidentemente supone un freno para el testador de Derecho común.

Por ello, creemos que tampoco en Ibiza y Formentera tiene aplicación el precepto objeto de nuestro estudio.

III) SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA PARTICION QUE PREVIENE EL ARTICULO 1.056, 2

1) SUJETO ACTIVO

El Código civil describe inequívocamente quién puede hacer uso de dicha facultad: habla de "el padre", y presupone que dicho padre tiene varios hijos.

Lo primero, que sea "padre", porque dicha permisión legislativa, que amplía el ámbito normal de los poderes que corresponden al testador, no tendría sentido si el testador careciere de herederos forzosos, con derecho a ser satisfechos con bienes *in natura* existentes en la herencia. En tal caso, bastaría la libertad de testar del causante (artículo 763), en conexión con la facultad partitiva ordinaria del párrafo 1.º del precepto objeto de nuestro estudio.

Lo segundo, porque de existir un solo hijo, éste es legitimario, que necesariamente ha de recibir una porción de bienes hereditarios, variable según sea legítimo o natural. Si concurre con un heredero voluntario, al hijo debe serle adjudicada la explotación agrícola: el interés de la familia lo exige; el mismo C. c. lo presupone al hablar de la legítima de "los demás hijos". De atribuirse la explotación agrícola a un heredero, necesariamente habrá de ser al legitimario, y pagarse la cuota hereditaria al heredero voluntario en metálico, lo que no plantea problema alguno y, desde luego, no necesita se aplique la facultad especialísima de que tratamos para su validez. La disposición contraria del padre testador sería inoficiosa.

2) SUJETOS PASIVOS

A) *Hercedero atributario de la explotación agrícola*

¿Puede el hijo atribuir la explotación agrícola a uno de los ascendientes, ordenando satisfaga en metálico su legítima a los demás? Podría alegarse a favor de tal posibilidad que el interés de la familia y el designio de mantener indivisa la explotación agrícola se pueden dar en el caso que contemplamos; igualmente que siendo, como es, la legítima

tina de los ascendientes de menor consistencia económica que la de los hijos legítimos, y subsidiaria a esta última, si no concediéramos esta facultad partitiva al descendiente respecto de los ascendientes, se daría el contrasentido de que cobraría mayor fuerza la legítima de los padres que la de los hijos; finalmente, que el legislador ha querido conceder tal facultad a todo testador respecto de sus legitimarios, sin restringirlo a los que sean hijos.

Sin embargo, el tenor literal del precepto es inequívoco. La doctrina, que a duras penas ha admitido la posibilidad del abuelo de atribuir la explotación agrícola a un nieto en vida del padre, rechaza tal posibilidad e interpreta literalmente la norma legal. Así, Lacruz Berdejo (3): “La facultad queda limitada por el artículo 1.056 al “padre-testador”: el texto del segundo párrafo y su inclusión en el precepto así lo demuestran”.

El tenor del precepto presupone que la adjudicación de la explotación agrícola se verifica a favor de uno de los hijos del testador. Dentro de esta noción amplia entendemos se incluyen no sólo los hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, sino los legitimados por concesión del Jefe del Estado y naturales reconocidos. En efecto, todos ellos —y sus legítimos descendientes, por premoriencia de los mismos— acreditan legítima en la herencia del causante. El interés de la familia natural puede exigir la aplicación de este precepto, y la consiguiente adjudicación a uno de los hijos naturales o legitimados por concesión del Jefe del Estado de la explotación, quedando el adjudicatario obligado a satisfacer en metálico su legítima a los demás hijos naturales. Ahora bien: si concurren hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio con naturales reconocidos o legitimados por concesión del Jefe del Estado, el criterio restrictivo que sigue nuestro Código civil respecto de la legítima de estos últimos, veda que pueda el testador adjudicar la explotación a uno de éstos, en perjuicio del derecho preferente de uno de aquéllos. Además, desde el punto de vista económico, sería sumamente gravoso para el hijo natural o legitimado por concesión del Jefe del Estado, el tener que satisfacer en legítimas a los herederos legítimos dos terceras partes del valor líquido de la explotación. Y, además, tal adjudicación iría contra el criterio que análogamente podría deducirse del párrafo 2.º del artículo 821 del Código civil.

Si los hijos son adoptados en forma plena, conforme al artículo 179, 1, del mismo Código, tienen en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y, por tanto, acreditan legítima en la misma proporción que éste: por tanto, pueden ser adjudicatarios de la explotación en los términos que vimos para los hijos naturales.

Los adoptados en forma menos plena no pueden ser adjudicatarios de la explotación en concurso con hijos del adoptante, pues no acreditan derecho a legítima ninguno, como se deduce del último párrafo

(3) *Ob. cit.*, p. 497.

del artículo 180 del Código civil. Pero, aun en el caso de que por el pacto permitido por el párrafo 3.º del artículo 174 del mismo cuerpo legal se le hubiesen conferido derechos en la herencia del adoptante, como los mismos son voluntariamente concedidos, y no entrañan la cualidad de legitimatario, parece que el hijo que se halla en estas circunstancias no debe ser contado entre los demás hijos de sangre del testador a los efectos de que le sea adjudicada la explotación agrícola en concurso con los demás. Ello lo robustece el tenor de dicho último párrafo del artículo 180, que establece que los derechos del adoptado menos pleno, aun pactados en la escritura de adopción, se entenderán sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante.

Por lo tanto, concurriendo el hijo adoptivo con hijos de sangre del testador, el legado o la porción hereditaria pactada a favor de aquél se transformarán en metálico y serán abonados por el adjudicatario, que deberá ser hijo de sangre.

En defecto de un hijo podrá ser adjudicatario un descendiente legítimo ulterior, por derecho de representación. Ello, aunque lo niegue Sánchez Román, haciendo gala de un criterio muy restrictivo en la materia, al decir que sólo al padre y no al ascendiente ni a otro testador cualquiera es a quien se concede el derecho de este precepto.

Lo que verdaderamente es problemático es la posibilidad de adjudicar la explotación agrícola a un nieto, en vida de su padre. Covián y Bonet entienden que dicha facultad se concede al testador en relación con todo descendiente y que el beneficiado puede ser un nieto, al que también puede mejorarse en dos tercios del haber hereditario.

Vallet de Goytisolo entiende que, en este caso, la letra de la ley es un obstáculo para tal interpretación favorable a la posibilidad, mejor que su espíritu; pero que cabría obviar la dificultad mediante la doctrina clásica que interpreta, se comprende, bajo la palabra hijos a todos los descendientes.

Creemos que esta interpretación, últimamente citada, puede robustecerse teniendo en cuenta la finalidad familiar del precepto: puede ser "en interés de la familia", adjudicar la explotación al nieto, mejorado en dos tercios, y no al hijo, simple legitimario, que habría de soportar en tal caso un insoportable gravamen de los dos tercios adjudicados al nieto y la parte de legítima estricta adjudicada *ope legis*, a cada uno de los demás legitimarios.

¿Puede el testador asignar la explotación agrícola al cónyuge viudo, en propiedad, con obligación de pagar su legítima a los hijos? Anteriormente vimos que sólo al padre testador se le confería esta facultad en relación con los hijos. Tal adjudicación sería inoficiosa. La finalidad familiar a que obedece tal adjudicación responde al designio de conservar al cónyuge viudo en idéntica posición de preeminencia en el hogar que tenía el difunto. Pero tal designio puede ser satisfecho mediante las diversas formas de usufructo universal que la práctica arbitra, sin necesidad de violentar tanto el sistema legitimario. Sin embargo, la práctica de ciertas provincias —Guipúzcoa, por

ejemplo— admite dicha adjudicación, y la misma se inscribe en el Registro de la Propiedad.

B) *Legitimarios*

El precepto que comentamos habla de satisfacer en metálico su legítima “a los demás hijos”. En principio, pues, puede satisfacerse sus derechos legitimarios en metálico a los hijos, tanto legítimos como legitimados y naturales reconocidos; a los descendientes legítimos de los mismos, en su defecto; a los hijos adoptivos en forma plena, y en general a todos los legitimarios. Al cónyuge viudo, también, pues si los herederos pueden cifrar el importe de su legítima en un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial (art. 839, 1), con mayor razón podrá el testador, en interés de la familia, eliminar tal opción e imponer el pago en metálico.

IV) MOVIL DE LA ADJUDICACION INTEGRAL DE LA EXPLOTACION: EL INTERES DE LA FAMILIA

Lacruz Berdejo (4) opina que “esta frase —en interés de la familia— con la que el precepto condiciona, en general, el ejercicio de la facultad concedida al ascendiente, deberá interpretarse en sentido amplio, teniendo en cuenta las circunstancias familiares, sociales, económicas, etc., del caso a que se aplique; es, por otra parte, una cuestión de hecho, sometida en su apreciación al arbitrio de los Tribunales”.

Creemos que cuando el padre hace uso de la facultad que comentamos —atribuir parcialmente la explotación—, se presume la existencia del interés familiar, sin que, en defecto de impugnación, sea preciso probarlo. Corresponde al que alega la existencia del interés familiar demostrar su aserto. Creemos que tal presunción puede deducirse de la otra que prevé la importante sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1951, al decir que “la unidad de la explotación no necesita una prueba terminante, porque constando ya en el testamento, constituye una situación jurídica que no necesita de más prueba, sino que, por el contrario, son los que la impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basan su impugnación”. De ahí deducimos un criterio jurisprudencial favorable a presumir la existencia de los elementos fácticos necesarios para la aplicación de la facultad estudiada, en virtud de la simple alegación por parte del testador, que puede ser implícitamente deducida de la voluntad de atribuir indivisa la explotación agrícola.

Si el padre no actuó en interés de la familia, y especialmente, si actuó en contra del mismo, es evidente que la partición que examinamos será impugnabile. Dicha impugnación sólo se podrá realizar por la vía del procedimiento declarativo correspondiente, y no por la del juicio de testamentaría (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de

(4) *Ob. cit.*, p. 498.

octubre de 1960). Producirá un efecto similar al de la rescisión por lesión en más de una cuarta parte (arts. 1.074 y siguientes del Código civil), debidamente atendida la diversa naturaleza de la acción a ejercitar: aquí no se pretende salvaguardar la cuantía de la legítima, sino impugnar su indebida atribución en metálico. El legitimario tiene derecho a que se rescinda parcialmente la partición y se le atribuyan bienes *in natura* en lugar de metálico. Si fueren varios los legitimarios, todos ellos deberán conjuntamente obtener la nulidad de dicha cláusula, pues a todos debe afectar la fuerza de la cosa juzgada (artículo 1.252, párrafo 2.º, del Código civil). Por supuesto, el adjudicatario no tendrá la opción de indemnizar en metálico a los legitimarios (art. 1.077, pfo. 2.º, del Código civil): de otra suerte, su acción de impugnación sería ilusoria. La atribución de bienes *in natura* se entenderá sin perjuicio de respetar la extensión de la unidad mínima del cultivo y, en su día, la de la explotación familiar.

V) OBJETO DE LA PARTICION

1) LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA: SUS REQUISITOS

A) *Existencia*

El requisito de hecho de la existencia de la explotación agrícola puede decirse que es uno de los más controvertidos en la interpretación del presente precepto. De una parte, el heredero adjudicatario pretenderá siempre que existe la explotación agrícola. De otra, los legitimarios negarán la unidad de explotación entre los bienes adjudicados por el testador, pretendiendo con ello impugnar la partición.

La noción de explotación agrícola la estimamos diversa de la empresa agrícola. Una noción de esta última se deduce de la noción del empresario agrícola que da el Código civil italiano de 1942, artículo 2.135: "Es empresario agrícola el que ejercita una actividad dirigida al cultivo del fundo, a la silvicultura, a la cría de animales y actividades conexas. Se reputan conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agrícolas, cuando entran en el ejercicio normal de la agricultura."

Creemos que la noción de explotación es más amplia todavía que la de empresa agrícola, y abarca aquellos supuestos en que el propietario de la tierra no es empresario agrícola, por haber cedido su disfrute a otra persona, a título de arrendamiento, de aparcería, de usufructo, anticresis u otro título análogo, pero, pese a ello, sus fincas rústicas mantienen entre sí un nexo tal que permiten sean consideradas como un todo económico. Indicio poderoso en tal sentido será que figuren en el Registro de la Propiedad inscritas como una sola, o que, al menos, puedan ser inscritas conforme a los criterios que suministra el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, párrafos 2.º y 3.º, principalmente.

Tal unidad formal que el Registro de la Propiedad brinda a todas las diversas parcelas que figuran inscritas como una sola, difícilmente

podrá ser destruída por prueba en contrario, a menos que se demuestre que el testador procuró la inscripción con ánimo de defraudar el artículo 1.056, 2.

También es indicio de la existencia de la explotación la colindancia entre las diversas piezas de terreno, la existencia de una casa de labor desde la que el testador rige y organiza las labores todas de la explotación, y el uso o costumbre local que puede determinar la composición de una explotación agrícola típica.

La existencia de la explotación agrícola es una cuestión de hecho, lo cual tiene una gran trascendencia procesal, pues la declaración del juzgador de instancia sobre su existencia o inexistencia sólo podrá ser combatida por el estrecho margen del 1.692, 7, de la Ley de Enjuiciamiento civil, y no conforme a la vía más cómoda del 1.692, 1, del mismo Cuerpo legal.

En todo caso, creemos que la existencia de este requisito debe apreciarse con gran generosidad, en aras al principio, antes aludido, de la conservación de la dimensión óptima de la unidad de cultivo. No sería absurdo, en tal sentido, que el testador disponga se cree entre las fincas de su propiedad una explotación agrícola por vez primera al ser adjudicadas las fincas al heredero atributario, o sea, que mediante el precepto que comentamos no se conserve la explotación agrícola, sino se cree por vez primera. El tenor literal de la norma está en contra de tal interpretación; el principio antes aludido, en su favor.

En cualquier caso, aun cuando prospere la impugnación de la adjudicación practicada al amparo de la presente disposición, y procediere la adjudicación de bienes *in natura* de la explotación pretendida a los legitimarios en pago de sus haberes, la división material parcial que se practicare en ningún caso deberá infringir lo dispuesto en la legislación de unidades mínimas de cultivo y, en su día, de explotaciones familiares.

Anteriormente vimos que la existencia de la explotación no necesita prueba terminante, sino basta en tal sentido la declaración del testador, que debe ser impugnada por quienes pretendan anular la cláusula (sentencia del Tribunal Supremo de 19-V-1951).

La enumeración que hace el precepto de las clases de explotación no es taxativa, sino ejemplificativa. En consecuencia, entenderemos bajo la noción "explotación agrícola" no sólo la campesina propiamente dicha, sino también a la ganadera y a la forestal. Todas ellas precisan, en ocasiones, se evite su división material mediante el uso de la facultad partitiva que estudiamos.

B) Titularidad

Es evidente que sólo el titular de la explotación podrá hacer uso de la misma facultad. Pero es preciso interpretar el sentido de tal titularidad en relación con la propiedad de las fincas y elementos diversos que las integran. Porque la titularidad y la propiedad pueden

ir juntas o separadas, distinguiéndose así los siguientes supuestos: explotación unida de la propiedad; explotación separada de la propiedad; propiedad separada de la explotación.

El caso más frecuente en que se utilizará la tan repetida facultad partitiva es del propietario de la tierra que al mismo tiempo es cultivador directo, o sea, empresario agrícola. Para caracterizarlo creemos es perfectamente aprovechable la definición legal que para los arrendamientos rústicos establece al efecto el artículo 11, párrafo 5, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959: "se entenderá por explotación directa aquella en que el propietario de la tierra asume los riesgos totales de la empresa agrícola, sufragando los gastos a que la misma dé lugar". Por supuesto, el empresario agrícola no es preciso que cultive directa y personalmente sus fincas.

En las zonas en que no es vivida la partición hereditaria a la muerte del testador, ocurre con frecuencia que las herencias permanecen indivisas durante largos años. Cuando el primer testador mejoró a uno de sus descendientes, normalmente el mismo permanece en la posesión de los bienes, respetando o no el derecho de los demás coherederos. En tal caso, si el mejorado, titular de la empresa agrícola de facto, otorga testamento, ¿podrá hacer uso de la facultad que comentamos? Partimos de la base de que la herencia indivisa se compone exclusivamente de una explotación agrícola, cuya indivisión hay que procurar. Por supuesto, si la misma se integrara con otros bienes, nunca podría, por su propia autoridad, adjudicar cuotas indivisas —que no existen— sobre un elemento de la herencia, como es la explotación agrícola. En tal caso, es inaplicable el precepto estudiado. Pero aun en el caso que en la herencia indivisa sólo existiera la explotación agrícola, como todos los herederos pueden pedir en cualquier momento la partición de la herencia, e incluso la venta en pública subasta si los bienes que la integran fueran indivisibles (art. 1.062, 2, del Código civil), el testador, heredero mejorado, no puede usar de la facultad que comentamos, atribuyendo los derechos que sobre la herencia le asisten de modo integral a un heredero, puesto que el objeto de su derecho puede volatilizarse, y convertirse en metálico, al ser adjudicado en la partición a un coheredero.

Otra cosa sería, por supuesto, si el heredero mejorado fuere adjudicatario de la explotación agrícola en virtud del mismo precepto que comentamos: su ejercicio supone la supresión, *in limine*, de la comunidad hereditaria y la concreción de la cuota del coheredero en la explotación agrícola, en propiedad plena. Y nada obsta a ello el que las legítimas de los herederos del primer causante estén todavía pendientes de pago cuando el heredero mejorado quiere hacer uso, a su vez, de la facultad que comentamos —supuesto nada infrecuente—, puesto que los mismos no suponen una cotitularidad en la explotación, sino un gravamen —análogo a una hipoteca solidaria— sobre la misma: el segundo testador podrá atribuir integralmente la explotación a su propio heredero, sin perjuicio de las legítimas de la primera transmisión, y con obligación también de pagar las legítimas de la segunda.

Otro problema de interés se presenta cuando la explotación agrícola ha sido adquirida constante matrimonio en régimen de sociedad de gananciales. ¿Cómo cabrá hacer uso de tal facultad en interés de la familia, si ninguno de los cónyuges tienen cuotas concretas sobre cada uno de los bienes que integran la explotación —mucho menos tienen el dominio de bienes concretos de la misma— y si sólo una participación global en la explotación? ¿Cómo compaginar tal facultad con las palabras “sus bienes”, único objeto de la partición testamentaria de que habla el párrafo 1.º del artículo estudiado?

Frente a las tesis afirmativa y negativa de los autores, creemos, siguiendo a Lacruz Berdejo (5), que los cónyuges pueden conjuntamente, mediante acto inter vivos, incluso dentro del régimen del Código, dividir los bienes gananciales entre sus herederos comunes. Más aún: podrán, *a fortiori*, disponer de los bienes privativos que de hecho, durante el matrimonio, estuvieron adscritos a la explotación familiar. Y aun más: en interés de la familia, como antes vimos, cabrá adscribir a la explotación agrícola aquellos bienes que durante la vida de los esposos constituyeron una explotación independiente de la familiar, siempre que el heredero adjudicatario pueda constituir entre los mismos y la explotación familiar propiamente dicha un vínculo económico, una organización estable. Todo ello, mediante el acto en cuya virtud los esposos parten conjuntamente sus bienes.

Fuera de tal acto particional inter vivos, no podrá hacerse uso de la facultad que comentamos. Es peligrosa, en efecto, la fórmula que la práctica arbitra de dividir la explotación común mediante testamentos de un mismo tenor, en que cada cónyuge dispone de la mitad que en la explotación común le corresponde, o de la participación que de la misma le ha de ser adjudicada en la liquidación de la sociedad conyugal.

Otro problema que se suscita al respecto es el que plantea el posible ejercicio del precepto examinado por el padre que no es propietario de la finca o fincas base de la explotación agrícola. No existe problema en caso en que el empresario sólo es titular de un derecho real limitado personalísimo: usufructo y uso.

Los supuestos son variados: así, el arrendatario o aparcerero, el anticresista, el censatario o forero, cuyos derechos sobre la finca normalmente no se extinguen con su muerte, ¿podrán hacer uso de la facultad que comentamos, y adjudicar la empresa agrícola a uno de sus hijos, con obligación de que satisfaga su legítima a los demás?

Debemos distinguir diversas figuras jurídicas.

Respecto de las figuras censales, es evidente que la posición del enfiteuta, del propietario de una finca rústica gravada con censo reservativo y del forero, son transmisibles *mortis causa* (arts. 1.617, 1.618 y 1.619 del Código civil). El censatario tiene, o el pleno dominio, gravado con la pensión —supuesto del censo reservativo—, o, al menos, el dominio útil —supuestos del censo enfiteúutico y el foro—

(5) *Ob. cit.*, p. 486.

Podemos equipararlo al dueño pleno, por lo que podrá hacer uso de la facultad discutida. Y no es obstáculo a esta interpretación que el artículo 1.618 del Código civil prohíba dividir entre dos o más personas las fincas gravadas con censo sin el consentimiento expreso del censalista, aunque se adquieran a título de herencia, y el artículo 1.056, párrafo 2.º, sea una forma de partición hereditaria, pues lo que el primer precepto prohíbe es la división material, y no la jurídica, de las fincas censadas, de la que es ejemplar característico el precepto que examinamos. Antes bien, ambos preceptos tienen una finalidad análoga, antiparceladora.

Creemos que el acreedor anticrético, cuyo crédito no se extinga por su muerte, difícilmente puede hacer uso de la facultad reseñada, adjudicando el crédito y el uso de la finca garantizadora a un solo heredero, pues no existe interés familiar en mantener una tal explotación agrícola, que necesariamente ha de extinguirse cuando se extinga el crédito garantizado por pago o cualquier otra causa.

¿Puede el aparcerero hacer uso de tal facultad partitiva? Porque la muerte del aparcerero no extingue necesariamente el contrato de aparcería: al contrario, según el artículo 47, 2, del Reglamento de 29 de abril de 1959, “la muerte del aparcerero da derecho al propietario para rescindir el contrato si no le conviniera la continuación del mismo por los herederos de aquél”. Luego, en principio, la aparcería subsiste no obstante la muerte del aparcerero, sin perjuicio de la facultad rescisoria, de apreciación discrecional, del cedente de la tierra.

Para que quepa aplicar el precepto que comentamos, es preciso que en la herencia del causante exista un bien o un valor económico partible. La simple posición jurídica del aparcerero, ¿es valorable en dinero? ¿Cabe entender que la relación jurídica parciaria, en cuanto al aparcerero, es un valor económico que integra su herencia, acaso el único —hipótesis— del artículo 1.056, 2º?

Creemos que sí, fundándonos en que, según el artículo 43 del Reglamento citado, se crea mediante el contrato de aparcería un “capital de explotación”, cifrable en dinero, en el que tiene su parte el aparcerero, juntamente con el propietario. Dicho capital, por supuesto, es un anejo de la relación jurídica principal, y sólo puede ser atribuido, juntamente con ella, a uno de los herederos.

Por tanto, y salvo que el propietario haga uso de la facultad rescisoria que le reconoce el precepto citado, el aparcerero, en interés de su familia, puede atribuir la titularidad derivada del contrato de aparcería y su parte en el capital de explotación a uno de sus hijos, con obligación de satisfacer en metálico sus legítimas a los demás. Por supuesto, que esta atribución integral quedará sin efecto si el propietario rescinde el contrato.

¿Puede el arrendatario rústico, dotado de mayor autonomía empresarial que el aparcerero, hacer uso de esta facultad?

Lacruz Berdejo (6) parece entender, respecto de la sucesión en los

(6) *Ob. cit.*, p. 114 y 115.

derechos del inquilino en el contrato arrendaticio urbano, que: "al parecer, pues, la posición del arrendatario no forma parte del caudal relicto, ni pasa al heredero: es objeto de una particular *mortis causa capio*, sin relación con la herencia, de modo que ni será objeto de reunión ficticia a efectos de la legítima, ni se contará en la formación de cuotas de los coherederos, ni responderá del pago de las deudas, etcétera". Y respecto de la sucesión en los derechos del colono, tanto en los arrendamientos protegidos como singularmente protegidos, establece que el derecho de los sucesores en el arrendamiento "es de idéntica naturaleza al inquilino. Hay así un *mortis causa capio* independiente de la condición de heredero y los derechos del caudal relicto." Por tanto, si el derecho del colono derivado del contrato de arrendamiento rústico protegido no forma parte de la comunidad hereditaria, sino sigue el destino preordenado por la ley —moderna sucesión vincular—, se sigue de ahí la inutilidad de pensar en la aplicación del precepto que comentamos.

Hay que anotar, no obstante, la posición contraria de Ferrandis Vilella (7). "¿Cómo se compagina, dice, el régimen de sucesión en el arrendamiento con el sistema de legítimas? Tengamos en cuenta que se trata aquí de pequeños cultivadores, y que el arrendamiento constituía un elemento patrimonial importante, cuando no el más valioso, del patrimonio del arrendatario. Dada la forma como se ha regulado la transmisión *mortis causa*, puede suceder que algunos legitimarios no puedan hacer efectivo su derecho a una parte de la herencia cuando el elemento principal de ésta sea el arrendamiento, y queden ellos excluidos por no tener la cualidad de familiares cooperadores. Parece que el criterio de la ley ha sido sacrificar a los legitimarios en beneficio de los familiares cooperadores." Como solución a este conflicto de intereses propone un sistema de compensaciones en metálico a los legitimarios, aunque confiesa que en ocasiones puede ser difícil de aplicar.

Si admitimos esta última tesis, será muy conveniente que el colono no se limite tan sólo a designar en su testamento al familiar cooperador en el cultivo de la finca que quiere sea su sucesor, sino que, si éste es legitimario—supuesto muy corriente—, ordene se atribuya el importe de las legítimas en dinero. En consecuencia, completar lo dispuesto en el Reglamento citado —art. 86, párrafo 1.º— con la esencia institucional del precepto que comentamos.

Creemos que esto mismo puede predicarse, e iguales problemas se plantean, respecto de aquellas empresas agrícolas concedidas por el Estado como consecuencia de su actividad colonizadora. Así cabe hablar de la sucesión en los lotes familiares de las colonias agrícolas creadas en virtud de la Ley de 23 de octubre de 1907 y reguladas por el Reglamento de 23 de octubre de 1918; en las concesiones de parcelas otorgadas por el Instituto Nacional de Colonización, que se

(7) *La Sucesión en los Arrendamientos Rústicos*, ADC, 1954, p. 871.

rigen por el R. D.-L. de 9 de marzo de 1928; y en los huertos familiares, regulados por el Decreto de 12 de mayo de 1950.

En todos estos casos, si seguimos la tesis de Ferrandis Vilella y consideramos como parte de la sucesión del causante la correspondiente titularidad administrativa, podremos hacer uso de la facultad reseñada, siempre que se adjudique a favor de una de las personas que en cada caso la ley prefiere a cualquier heredero.

No existe cuestión en cuanto al patrimonio familiar, regulado por Ley de 15 de julio de 1952, por cuanto su artículo 16 resuelve el problema, ordenando que el patrimonio familiar responda del pago de las legítimas hasta un límite máximo equivalente al tercio de su valor, entendiéndose reducidas las porciones legitimarias en la cantidad precisa. Ello, combinado con el principio de sucesor único en el patrimonio familiar que establecen los preceptos 12 y 13 de la misma ley, permiten resolver el problema de las legítimas en un sentido análogo al del precepto que comentamos.

Un supuesto especial de aplicación del precepto tan reiteradamente aludido es aquel en que el cónyuge viudo que no ha contraído ulteriores nupcias tiene, respecto de la herencia del cónyuge premuerto, las facultades que determina el artículo 831 del Código civil. Precepto éste tan usual en las zonas del norte de España en que no rige el Derecho foral, que se inserta casi como cláusula de estilo por los Notarios en las capitulaciones matrimoniales.

¿Puede el cónyuge viudo no sólo disponer de los bienes del supérstite entre los hijos comunes, sino también partirlos y, en consecuencia, hacer uso de la facultad tan repetida?

Creemos que sí. Tanto si admitimos la tesis de Seco Caro (8) como la de Lacruz Berdejo (9), el cónyuge podrá adjudicar a su prudente arbitrio la explotación agrícola a uno de los hijos comunes —supuesto, lo que es dudoso, que las facultades particionales y dispositivas se extiendan a poder adjudicar el tercio libre—, sin que se entienda que el respeto de las legítimas que exige el citado artículo obligue a atribuir las *in natura*, con bienes de la explotación agrícola, destruyendo su unidad. Tiene, en principio, las mismas facultades que el testador, no sólo partitivas, sino dispositivas, con la limitación de respetar las mejoras ordenadas por éste. Y si puede partir, con efectos no similares a la partición practicada por el contador partidor, sino a la realizada por el mismo testador (10), podrá hacer uso de la facultad que comentamos.

Además, como reúne en su propia persona las facultades dispositivas del patrimonio del difunto y del suyo propio, con toda amplitud

(8) *Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo*. Entiende, en sustancia, que el ejercicio de las facultades que concede al cónyuge viudo el art. 831 constituye una forma especial y excepcional de partición, intermedia entre la que realiza el causante y la que se encomienda a un contador partidor.

(9) *Ob. cit.*, pág. 479. Entiende que se trata de una partición, pero consecutiva e incrustada en su propia disposición.

(10) LACRUZ BERDEJO, *id. id. id.*

podrá partir los bienes gananciales entre los hijos comunes habidos con el difunto (11). En consecuencia, podrá adjudicar la explotación ganancial íntegramente a uno de ellos y ordenar el pago en metálico de las legítimas a los demás hijos.

¿Cabe combinar la sustitución pupilar y ejemplar con el uso, por el testador, de las facultades que estudiamos? (12).

Creemos que sí, aunque con limitaciones. En tal sentido, estimamos perfectamente válida la siguiente disposición testamentaria: "Instituyo heredero a mi hijo el incapacitado X. Dejo a mis hijos Y y Z su legítima. Adjudico la explotación agrícola M a mi hijo X, en uso de las facultades que me concede el artículo 1.056 del Código civil, disponiendo satisfaga en metálico la legítima de los demás hijos. Sustituyo pupilarmente a mi nieto F, hijo de mi hijo X [o a mi hijo Y], en el lugar de éste, incluso en la adjudicación de la explotación agrícola, salvo la legítima de mi hijo X."

Cabe, pues, sustituir cuasi pupilarmente al incapacitado adjudicatario de la explotación agrícola, pero con las limitaciones siguientes: a) que el sustituto sea descendiente del testador. Entrañando, como veremos, la adjudicación prevista en la norma comentada una mejora —expresa o tácita—, rige la ratio del artículo 782 del Código civil; b) que la sustitución respete la legítima del sustituido: tiene aquí aplicación el artículo 813, párrafo 2.º, del mismo Cuerpo legal; c) finalmente, hay que respetar la eventual legítima de los herederos forzosos del sustituido (art. 777 del mismo Código). No obstante, el interés de la familia permitirá atribuir las legítimas en metálico, aun cuando se tratara de la de los ascendientes en la herencia del sustituido.

Todo ello aconseja la máxima cautela en la aplicación de esta institución, que, sin embargo, tiene gran utilidad, porque en virtud de doctrina nunca refutada, entraña en sí la sustitución vulgar en caso de premoriencia del sustituido al testador, doctrina no aplicable a la sustitución fideicomisaria, en virtud de la sentencia de 13 de febrero de 1943 (13).

C) Bienes que la integran

Es evidente que en la noción "explotación agrícola" se deben incluir los bienes inmuebles, sin excepción, que constituyen la base de la misma. No obstante, adjudicar los inmuebles tan sólo, excluyendo los demás elementos que la integran, sería desorganizarla totalmente. De haber sido tal el criterio legislativo, le hubiera bastado hacer referencia al artículo 1.062 del Código civil, permitiendo excluir, en interés de la familia, la venta en pública subasta de los bienes indivisibles. Si

(11) Id. *id.*, p. 486.

(12) Vid. LÓPEZ LÓPEZ: *Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español*, ADC., T. XI, fasc. 1.º, página 3 y ss. En principio, sostemos la tesis del autor citado, como se deduce de la fórmula empleada.

(13) Otras ventajas que las sustituciones pupilar y cuasi pupilar presentan sobre la fideicomisaria en *Ob. cit.* últimamente, ps. 11 a 13.

ha empleado la noción que examinamos, en lugar de la de “cosa indivisible”, lo ha hecho inconscientemente, valorando el nexo económico existente entre los diversos elementos, factores de producción, que en vida del causante formaban la unidad.

Como criterio acerca de lo que el legislador considera como explotación agrícola, podemos traer a colación el artículo 2.º de la ley citada de 15 de julio de 1952: “el patrimonio familiar —dice— constituirá una unidad económica integrada por las tierras a él adscritas, la casa de labor, elementos de trabajo, ganados, granjas y, en general, los bienes y derechos inherentes a una buena explotación” (14).

Naturalmente, el testador puede excluir alguno o algunos de los elementos de la explotación agrícola y atribuirlo a alguno de los legítimos. En la interpretación de la voluntad del causante conviene tener en cuenta el artículo 347 del Código civil.

2) LA LEGÍTIMA DE LOS DEMÁS HIJOS: SU ASIGNACIÓN EN METÁLICO

A) *Si el metálico debe existir en la herencia del padre*

Un problema de gran trascendencia en orden a la aplicación de la norma estudiada es determinar si el metálico en que se ha de satisfacer la legítima de los demás hijos debe hallarse en la herencia del causante o, por el contrario, por carecerse del mismo, debe el adjudicatario asumir la obligación de satisfacer la legítima y, en definitiva, abonarla con su dinero propio.

Parte de la doctrina entiende que el párrafo 2.º del artículo 1.056, que estudiamos, es superfluo y redundante, pues bastaría para obtener el resultado que el mismo prevé hacer uso de la facultad particional que establece en provecho del testador el párrafo 1.º del mismo.

Pero, como agudamente entiende Vallet de Goytisolo (15), “si realmente se pretende reducir la facultad concedida en ese párrafo 2.º, de ordenar el pago de las legítimas en metálico, al supuesto de que lo haya en la herencia, como al parecer pretende Ortega (Pardo), ciertamente este párrafo sobra por redundante y es inútil. Pero no es lícito dar a un precepto una interpretación tal que lo inutilice y que, además, lo haga inadecuado a los fines por él perseguidos y enunciados”

En consecuencia, Fuenmayor (16) separa el supuesto de que haya metálico en la herencia, que encaja en el párrafo 1.º del artículo 1.056, y el caso de que no lo haya, que es el contemplado por el párrafo 2.º, objeto de nuestra especial atención. Como dice González Palomino, si existiera metálico en la herencia, el heredero no estaría autorizado para pagar en metálico, sino obligado a hacerlo, que es cosa muy diversa.

(14) Vid. fórmula que inserta el Boletín de Información del I. C. Notarial de Granada, abril de 1960, p. 183.

(15) *Apuntes del Derecho Sucesorio*, Separata del ADC., ps. 213 y 214.

(16) Cit. en esta última obra, p. 215.

B) *Trascendencia de la asignación de la legítima en metálico*

La asignación de la legítima a los demás hijos en metálico tiene una importancia trascendental, pues justifica y condiciona el efecto característico de la norma examinada: la atribución íntegra de una explotación agrícola, cuyo valor excede de la legítima del asignatario y de la porción de que el testador puede disponer a su favor, y que, por tanto, al invadir las legítimas de los demás hijos, en principio sería inoficiosa. Tal carácter de contrapartida de la atribución integral lo subraya magistralmente Vallet de Goytisoló (16 bis): “El Código civil —dice— únicamente permite al causante disponer *mortis causa* de la porción reservada precisamente a favor de esas personas. Sobre esta base vemos que, excepcionalmente, el párrafo 2.º del artículo 1.056 autoriza al testador para disponer de toda una herencia —concretada en una explotación— a favor de una sólo de sus descendientes. A éste, por tanto, se le puede atribuir la parte de bienes reservada por la ley a los demás herederos forzosos. Pero dicha autorización excepcional sólo es conferida por la ley supeditándola a que el asignatario satisfaga en metálico a los demás legitimarios el valor de aquella porción que les estaba reservada, y de la que se ha permitido disponer al ascendiente testador, en interés de la familia, para conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril.”

Sin embargo, entendemos que no existe preterición parcial cuando el testador, salvando la legítima de los demás hijos en su testamento, no dispone en la partición que el adjudicatario satisfaga en metálico las legítimas, o no emplea una fórmula de la que se deduzca que el testador no ha olvidado a los legitimarios al atribuir la explotación agrícola. Porque la estructura del artículo 1.080, regulador de la preterición parcial, está pensando en supuestos diversos de la partición testamentaria al hablar de mala fe o dolo por parte de los otros interesados, que no pueden predicarse del testador que salvó en su testamento las legítimas. Pero aunque se aplicase, como de todos modos la partición del 1.056, 2, del Código civil no atribuye bienes concretos al legitimario, ni es preciso —como luego veremos— asigne una cantidad cierta, la disposición testamentaria le permite reclamar el metálico en que consiste su legítima, sin necesidad de impugnar la partición.

C) *Momentos a distinguir en el proceso de liquidación y pago de las legítimas en dinero*

El testador no tiene por qué concretar en la partición que estudiamos la cantidad de metálico a satisfacer a los legitimarios. El artículo 15, párrafo 5.º, apartado b), núm. 1, de la Ley Hipotecaria, aplicable —según demostraremos— a la partición que analizamos, prevé expresamente que el causante no haya fijado el importe de dichas legítimas. El número 2 del mismo apartado y artículo habla de que el

(16 bis) *Ob. cit.*, ps. 220 y 221.

causante “se hubiere limitado a asignar una cantidad cierta para pago de las legítimas...”. Y Vallet de Goytisolo, en todas las fórmulas de partición de que hablamos que transcribe (17), no concreta que se haya de cifrar por el testador el importe de la legítima. Ello por el inconveniente práctico que luego examinaremos.

Por consiguiente, en el complejo proceso de liquidación y pago de los derechos de los legitimarios no adjudicatarios de la explotación, hay que distinguir tres momentos, siguiendo en parte la terminología que emplea Roca Sastre (18) para las menciones registrales de legítimas: a) Expresión legitimaria abstracta de quedar el adjudicatario obligado a satisfacer en metálico la legítima de los demás hijos, pero sin cifrar su cuantía. b) Asignación legitimaria concreta, o sea, fijación —ya veremos luego por quién— de una cantidad de metálico para el abono de los derechos legitimarios. c) Pago de la legítima, al que debe equipararse su consignación.

Dichos tres momentos se reducen a dos si el testador asigna una cantidad cierta como cuantía de la legítima a satisfacer por el adjudicatario de la explotación.

D) *Asignación legitimaria concreta: Problemas que plantea*

a) *¿Quién puede realizar tal asignación?*—Pueden realizarla el heredero y los legitimarios, quienes, ateniéndose a las reglas de los artículos 818 y siguientes del Código civil, fijarán una cantidad de común acuerdo. Si no existiere tal acuerdo, la determinarán los Tribunales, por el trámite del oportuno procedimiento declarativo ordinario, y no por el juicio de testamentaría, ya que practicada una partición, entiende la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, resulta dilatorio e inútil el juicio de testamentaría y debe sobreseerse.

Puede el testador determinar la cuantía de la legítima en la misma partición. No existe precepto legal que lo impida. Lo que ocurre es que como está sujeto imperativamente el causante a lo prevenido en los artículos 818 y siguientes del Código civil, si realiza una asignación de metálico inferior a la legítima, computada con arreglo a dichas normas, aquélla es impugnabile y la partición rescindible por lesión en la legítima (arg. arts. 1.056, 1.º, y 1.075 del Código civil). Sobre todo, si entre la partición testamentaria y la apertura de la sucesión ha mediado largo tiempo, la asignación concreta de la legítima puede romperse por aumentar la masa del patrimonio del testador, o por desvalorización monetaria. Por ello, no es aconsejable tal forma de asignación legitimaria.

Por eso creemos que es muy conveniente que el testador, en lugar de asignar el metálico por sí, se limite a nombrar un albacea específico para liquidar las legítimas.

Por supuesto, tal designación no implica en modo alguno que la herencia no se entienda partida. Porque la función del albacea no es

(17) *Ob. cit.*, p. 217.

(18) Derecho Hipotecario, T. II, ps. 673 y 675.

partir toda la herencia, sino tan sólo computar y liquidar la legítima: acto éste, si se quiere, complementario de la partición del testador, pero que no debe entenderse una verdadera partición, puesto que no adjudica bienes singulares a los partícipes en la comunidad hereditaria, eliminando ésta, sino liquida las cuotas de valor que a los legítimos corresponden en la explotación, que en virtud de la partición del testador es propiedad privativa del heredero asignatario (19).

La posibilidad de un tal albacea, con facultad de asignar metálico como importe de las legítimas, está prevista en los apartados a) y b) del párrafo 5) del artículo 15 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente que tal precepto contempla especialmente la legítima catalana. Sin embargo, como luego veremos, es aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, al menos parcialmente, al supuesto objeto específico de nuestro estudio.

Lo que estimamos absolutamente inadmisibile es que el heredero asignatario de la explotación, por sí solo, pueda señalar el importe de las legítimas (20).

b) *¿A qué momento hay que atenerse para liquidar la legítima de los demás hijos?*—Cuando la legítima se liquida casi inmediatamente al tiempo de abrirse la sucesión, su valor será aproximadamente el mismo, ya se valore el caudal relicto al tiempo de la muerte del testador o al practicarse la liquidación. Pero si desde la muerte del causante ha transcurrido un gran lapso de tiempo hasta el momento en que se liquida la legítima —supuesto muy frecuente en regiones como Galicia en que la partición de las herencias frecuentemente se retrasa considerablemente—, ¿en qué momento se habrá de valorar el caudal relicto: en el de la apertura de la sucesión o en el de la liquidación legítimaria? Porque la depreciación monetaria puede hacer muy dispares estas cifras, que normalmente guardan plena adecuación.

Roca Sastre (21) dice: “Evidentemente, el valor o importe de la legítima es el que tenía al tiempo de fallecer el causante...”

La depreciación de la divisa nacional repercute directamente en los casos en que la legítima tenga su expresión concreta en dinero, principalmente cuando en definitiva la percepción legítimaria tiene lugar en función de pago de una cantidad de dinero por los herederos. Así ocurre en los supuestos del artículo 1.056, 2: “...En estos casos, si la legítima se paga poco después de la apertura de la sucesión, normalmente no hay problema, pero si se paga tiempo después en que el dinero se ha desvalorizado sensiblemente, ¿podrá tenerse en cuenta esta depreciación monetaria en la forma que se indica en el texto? Hay que sostener que no, aunque ello sería lo justo. El Estado se resiste en general a reconocer relevancia jurídica a la desvalorización de su valuta, e incluso requiere un gran esfuerzo jurisprudencial reconocer eficacia a la previsión de los interesados adoptada contractualmente en cláusula valor oro (cfr. S. 4-I-1951). Di-

(19) Vid. ROCA SASTRE, Ob. cit. p. 675.

(20) Id. id., ps. 674, nota 2, y 675.

(21) Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp, vol. II, p. 302.

cho resultado reñido con la equidad no compete corregirlo regularmente a la ley civil.”

Vallet de Goytisolo (22) rechaza esta afirmación, y señala que en tanto el heredero y los legitimarios, de común acuerdo, no concreten la suma a pagar, traduciéndola en moneda cuyo pago aplacen, o la transformen en una pensión periódica, la desvalorización monetaria no perjudicará al legitimario. Tal conclusión la fundamenta en los siguientes argumentos: a) Que Roca Sastre adopta un criterio distinto en el caso de que el pago de la legítima se haya autorizado legalmente en metálico, del que sigue cuando dicho derecho deba ser satisfecho con bienes del caudal no individualizados previamente. Si el valor a satisfacer en metálico a los legitimarios mientras no se haya pagado representa “una fracción del valor económico de dicho patrimonio”—se pregunta aquel autor—, ¿por qué esta fracción en un caso—pago en bienes del caudal— es proporcional, y en otro—autorización del pago en metálico— está nominalmente prefijada? b) El artículo 818 no es un apoyo a la tesis de este autor, pues su finalidad es calcular la porción de la herencia disponible y aquella indisponible, por reservarla la ley a los herederos forzosos, a efectos de reducción de las donaciones y legados; pero la legítima no queda nominalmente fijada en una cifra inmutable; cuando quiera conocerse su valor o pagarlo en un instante dado, habrá que atender, como resulta del artículo 1.074 del Código civil, al valor correspondiente a aquel quebrado en el momento del pago, siendo igual que se satisfaga *in natura* o por su equivalencia en metálico.

Por lo tanto, como la desvalorización de la moneda se traduce en una revalorización—ficticia—de los bienes que integran el activo de la explotación, también se revalorizará la legítima, o sea, percibirá el legitimario el valor fijado en su día traducido al actual poder adquisitivo de la moneda.

La compilación de Derecho civil de Cataluña, en su artículo 129, sigue el criterio de Roca Sastre, al señalar que “la cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base resultante de aplicar las siguientes reglas: Se partirá del valor de los bienes de la herencia al tiempo de fallecer el causante...”.

Por el contrario, la del Derecho civil de Baleares, en su artículo 47 establece que “la legítima se computará en relación a los bienes hereditarios existentes al fallecimiento del causante y por el valor que tuvieren en la fecha en que se practique la liquidación”.

La divergencia de concepciones en este punto de los dos cuerpos legales obedece a la distinta conceptualización que de la legítima tienen: mientras en el Derecho catalán se configura la legítima como una *pars valoris bonorum*—siquiera garantizada con una acción real—, en el Derecho balear es necesariamente una *pars hereditatis*, que confiere la cualidad de heredero al legitimario.

(22) *Ob. cit.*, p. 223 y ss.

Aun cuando en principio la legítima dineraria que prevé el precepto que comentamos es más similar a la catalana que a la balear, entendemos justas las razones que aduce Vallet de Goytisolo en pro de su tesis.

c) *Modo concreto de fijar la legítima en dinero.*—La legítima de los demás hijos debe ser liquidada en dinero, y precisamente en un capital cifrado en dinero. La expresión del Código civil es inequívoca al respecto.

El cobro de dicho capital entendemos que no puede quedar aplazado, ni ser fraccionado sin el consentimiento del legitimario. Ello, pese a la opinión discordante de Royo Martínez (23), que entiende que dicho precepto “ni siquiera veda de modo expreso la distribución en plazos del abono del metálico. “No necesita vedarlo el precepto que comentamos: basta para ello el artículo 813, 2 del Código civil. El derecho del legitimario a que se abone en el acto la legítima liquidada no puede quedar enervado. Ello lo demuestra, *a sensu contrario*, el precepto de la ley de Patrimonios Familiares que citamos a continuación: desde el momento en que el legislador ha estimado oportuno facultar expresamente al heredero asignatario del patrimonio familiar para satisfacer la legítima en plazos, es porque en los demás casos entiende que el sistema legitimario lo prohíbe.

En muchas ocasiones, no obstante, la explotación agrícola no produce lo suficiente para con sus ahorros permitir el abono inmediato de la legítima liquidada. Se plantea un problema de no escasa trascendencia, que sólo soslaya la comprensión de los legitimarios. que no suelen reclamar de un modo inexorable sus derechos, sino suelen conceder, por el contrario, una espera prudencial.

Problema que, en un plano estrictamente jurídico, resuelve de forma brillante el artículo 16 de la ley de Patrimonios Familiares, que en su párrafo 1.º dispone que “en el caso de que no existan bienes independientes del patrimonio familiar o no sean éstos suficientes para el pago de las legítimas, el patrimonio quedará afecto a su pago, total o parcial, hasta un límite máximo equivalente al tercio de su valor, entendiéndose reducidas las porciones legitimarias en la cantidad precisa”. Y el párrafo 5.º del mismo precepto señala que “el titular deberá efectuar el pago de las legítimas o porción de ellas que afecten al patrimonio familiar en el plazo máximo de seis años, contados a partir de la apertura de la sucesión, devengando las cantidades aplazadas el interés legal”.

¿Podrá obligarse al legitimario a recibir una pensión a cambio de la legítima que le corresponde? Tal es el supuesto de las llamadas “rentas en saco” o “pensiones a cambio de legítima”, usuales en ciertas partes de Galicia. Vallet de Goytisolo (24) resume las opiniones de diversos autores al respecto. Siguiendo la opinión de Fuenmayor, que nos parece la más acertada, estimamos que tal posibilidad de pa-

(23) Cit. por LACRUZ BERDEJO, *Ob. cit.*, p. 496.

(24) *Ob. cit.*, p. 215, nota 283.

gar con una renta vitalicia la legítima puede admitirse, siempre que consideremos que la mejora de labrar y poseer, con su anejo, la renta en saco en pago de la legítima, es una institución foral gallega, vigente al amparo del artículo 12 del Código civil. Pues bien; según nuestras noticias, el Proyecto de Compilación Foral de Galicia, no sólo considera total la institución de la mejora de labrar y poseer, y la regula con cierto detalle, sino que permite que el heredero mejorado pague mediante renta en saco, metálico o bienes de la herencia su legítima a los demás hermanos (25).

E) Pago de la legítima en dinero

Fijada la cuantía de la legítima, deberá realizar su pago el heredero adjudicatario de la explotación a los legitimarios. Antes vimos que no puede aplazarse ni fraccionarse este pago sin el consentimiento del *accipiens*. Si dentro de cinco años a la constancia de la asignación legitimaria concreta en el Registro de la Propiedad, no se hubiera impugnado por insuficiente tal asignación, podrá cancelarse la mención legitimaria previa la consignación de su importe en ciertas condiciones (artículo 15, apartado b), número 2.º, inciso 2.º, del párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria).

Problema de cierta trascendencia es si la desvalorización monetaria perjudica al legitimario cuando la legítima ha sido liquidada y concretada en una cantidad de dinero, pero no pagada. En muchas ocasiones, el legitimario fija—expresa o tácitamente—, en unión del heredero adjudicatario, el importe de la legítima, y recibe, a cuenta de la misma, cantidades varias. Transcurridos largos años—sin que haya llegado a prescribir la legítima—, reclama el resto que no le fué abonado. En el intervalo, la moneda se ha desvalorizado considerablemente. ¿Podrá exigir sea revalorizada la cantidad que no le fué abonada?

(25) Problema que creemos no resuelve expresamente el citado Proyecto es el que suscita en aquellas partes de Galicia—zonas del interior y alta montaña—en que no se conoce la institución de la mejora de labrar y poseer, al menos como se configura en las rías bajas. En estas zonas, también se sigue el sistema foral de heredero único y legítimas cortas, pagaderas en metálico, a fin de conservar la unidad del pequeño patrimonio familiar agrícola. Para ello, el instrumento jurídico adecuado es precisamente el uso del testamento, con mejoras variables—a veces del tercio de mejora e íntegramente del de libre disposición—en que el testador hace uso del precepto que comentamos, y ordena el pago de la legítima en metálico. No conocemos un solo caso de constitución de renta en saco por el heredero y el legitimario, ni de mandato por el testador de que el heredero satisfaga en metálico, precisamente mediante renta, la legítima a los demás hijos.

La admisión por la futura Compilación de Derecho civil de la posibilidad de pagar las legítimas mediante renta en saco, ¿implica que en dichas zonas donde no es vivida la mejora de labrar y poseer, pero sí una institución análoga, instrumentada en el testamento del titular de la explotación familiar, quepa ordenar se pague la legítima mediante renta? Creemos que sí, pues la Compilación configura legalmente como territorio foral las cuatro provincias gallegas (art. 1.º párrafo 1.º) y no sólo los territorios de vigencia de las costumbres forales que expresamente contempla. Máxime cuando la práctica ha adoptado el mecanismo del testamento particional por prudencia, acogiéndose al puro régimen del Código civil, pero consciente de las peculiaridades forales que el caso presenta.

Otras veces, la renta vitalicia que le fué asignada al legitimario en pago de su haber legitimario, es notoriamente insuficiente para atender a las necesidades del perceptor. ¿Podrá éste reclamar su valorización?

Según la opinión de Roca Sastre y de Vallet de Goytisolo, es indudable que el *periculum* y el *commodum* quedan a cargo y en provecho o perjuicio del legitimario, quien del mismo modo que se perjudica con la desvalorización monetaria, se beneficia con una eventual revalorización.

Sin embargo, si entendemos que el derecho del legitimario, contemplado desde el estricto punto de vista del Derecho de Obligaciones, es una deuda de valor, será posible la revalorización del importe de la legítima liquidada pero no pagada. Pues como dice Hernández Gil (26), “la deuda de dinero acota la zona regida por el nominalismo, la deuda de valor acota la zona sustraída al imperio de este principio”.

No faltan argumentos que permiten configurar de tal suerte el derecho del legitimario, aun cifrado en una suma de dinero. El autor últimamente citado (27) señala que “en otros muchos supuestos entre sí heterogéneos y algunos no pertenecientes al Derecho de Obligaciones— el Código civil considera directa y expresamente como objeto de la deuda—o más ampliamente de un deber jurídico— el valor... Así... en la partición hereditaria los coherederos tienen un verdadero derecho al valor de los bienes al tiempo de la adjudicación, y, consiguientemente, se hallan asistidos de la acción rescisoria por lesión en más de la cuarta parte (art. 1.074), que asegure la efectividad de ese derecho al valor que genera un deber recíproco”.

Si los coherederos tienen derecho a un valor de los bienes al tiempo de la adjudicación, correspondiente con la cuota que sobre el caudal hereditario les corresponde, con mayor razón lo tendrá el legitimario, en que el derecho al valor que la ley le concede está fuertemente protegido por todo el sistema legitimario de nuestro Derecho.

Y no se diga que tal valor queda convertido en una simple deuda pecuniaria ordinaria, al tiempo de liquidarse la legítima, deuda que por su propia naturaleza, y salvo que en ella expresamente se establezca cláusula de estabilización por el testador o por acuerdo del heredero y del legitimario,—no por decisión unilateral del contador partidor—, está sujeta al principio nominalista. Hernández Gil (28) desata esta dificultad. “La deuda de valor, a los efectos de su pago en dinero, exige una ulterior liquidación. Si la liquidación no coincide con el pago, ¿queda convertida desde entonces en deuda de dinero? A nuestro juicio, no, salvo que con motivo de la liquidación se nove voluntariamente la naturaleza de la deuda. El constatar si la deuda de valor se ha convertido en deuda de dinero únicamente tiene verdadera importancia en el caso de que hayan de efectuarse necesariamente prestaciones pe-

(26) *Derecho de Obligaciones*, t. I, pág. 202.

(27) *Idem* íd. íd., págs. 204 y 205.

(28) *Idem* íd. íd., pág. 202.

riódicas—supuesto típico de la renta vitalicia en pago de la legítima, añadimos nosotros—, como ocurre en la deuda de alimentos...

Nota característica de la deuda de valor es también la de que en la fijación de ese valor se tengan en cuenta las mutaciones económicas derivadas del transcurso del tiempo que, en definitiva, repercuten en la estimación dineraria. No se trata meramente de determinar un valor sino más en concreto un valor actual, no retrospectivo”.

Si entendemos que el derecho del legitimario es, antes de su concreción, una deuda de valor, y después de la liquidación una deuda pecuniaria ordinaria, regida por el nominalismo, es porque presumiremos que la liquidación opera *iuris et de iure*, una novación de la obligación. Pues bien, tal novación entrañaría la extinción de la garantía real que, según los autores citados, acompaña a la legítima en tanto ésta no es pagada o consignada (art. 1.207 del Código civil). Sólo cabría eludir tal conclusión negando la legítima, *ab origine*, el carácter de deuda de valor. Y esto último es bien dudoso, por las razones apuntadas.

Por lo tanto, entendemos que salvo novación expresa—y entonces con las consecuencias del artículo 1.207 del Código civil (29)—, la deuda valorista que la legítima representa no se transforma en deuda pecuniaria ordinaria, sino conserva su naturaleza, por lo que la ulterior desvalorización de la moneda no debe perjudicar al legitimario, quien tendrá derecho a exigir la oportuna revalorización del capital o de la pensión asignados.

En el primer caso, creemos debe establecerse una limitación de equidad para el adjudicatario: si el legitimario, por simple tolerancia, desidia o cualquier otro motivo se abstuviera de reclamar la legítima liquidada, no podrá alegar la desvalorización monetaria para reclamar la revalorización del capital. Si, por el contrario, se hubiera convenido entre legitimario y adjudicatario de la explotación un aplazamiento de pago en beneficio de este último, creemos deberá admitirse la posibilidad de la revalorización.

(29) Ciertamente que cabría aducir que existe voluntad de las partes de conservar la garantía real en beneficio del nuevo crédito: la legítima liquidada, deuda pecuniaria. Pero PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. II) comenta así el precepto: “Como expresa claramente Lehmann, la total extinción de la obligación anterior se manifiesta en que se extinguen todos los derechos de preferencia y accesorios que le acompañaban... y lo mismo las excepciones.” Hasta tal punto es sin duda así, que estimamos de suma conveniencia indagar de manera preferente si las partes han querido o han tenido clara conciencia de que la relación jurídica que en lo sucesivo debe unirles no estará acompañada por los citados derechos accesorios. Incluso nos parece poco probable y bastante irreal la hipótesis de Castán de que las partes pueden lícitamente pactar que tales derechos subsistan a favor del nuevo crédito. Si verdaderamente se trata de un nuevo crédito, será difícil que no deban estimarse las garantías como nuevamente constituídas.” Y añade en nota: “En la práctica, lo primero que debería pensarse en España en este caso es en la calificación del liquidador del Impuesto de Derechos Reales” (ps. 397-398).

VI) REQUISITOS FORMALES DE LA PARTICIÓN

1) NECESIDAD DE UN TESTAMENTO, PREVIO O POSTERIOR A LA PARTICIÓN

Creemos, con la mayor parte de la doctrina, y de acuerdo con las decisiones jurisprudenciales, que sólo puede partir sus bienes, y en consecuencia, adjudicar la explotación agrícola a uno de sus hijos, disponiendo se satisfaga en metálico la legítima de los demás, el causante que además otorga testamento, pudiendo, según la jurisprudencia, ser el mismo anterior o posterior a la partición (30).

2) ACTO PARTICIONAL: SUS MODALIDADES

El párrafo 1.º del precepto que analizamos estatuye que la partición puede realizarla el testador “por acto entre vivos o por última voluntad”.

Ningún problema plantea la partición realizada en testamento. Este puede ser el mismo en el que se dispuso a favor del heredero y de los legitimarios —supuesto éste el más usual en la práctica— o en otro testamento independiente. Por supuesto, que en este caso será válido el testamento aun cuando no contenga otra materia que la estrictamente particional, sin disposición de bienes.

La partición por acto entre vivos ha suscitado grandes controversias acerca de su alcance. No podemos entrar, por no ser objeto directo de nuestro estudio, en el examen de las múltiples teorías de nuestra doctrina al respecto (31). En definitiva, según la opinión de la mejor doctrina, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, negaremos el carácter contractual irrevocable de la partición por acto entre vivos, aun cuando la otorgue el testador con anuencia de sus herederos. Lacruz Berdejo (32), al respecto, haciéndose eco de esta tesis, señala que “considerando que la partición del causante es siempre un complemento del testamento, ha querido simplemente dispensarle de las rígidas formas testamentarias, y en este sentido, la alusión a los actos intervivos tiene alcance meramente negativo o residual: la partición puede hacerse en testamento o fuera de testamento, sin exigencia formal determinada” (32 bis).

3) DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA A FAVOR DEL ADJUDICATARIO DE LA EXPLOTACIÓN Y DE LOS LEGITIMARIOS

La partición realizada por el testador es una ejecución y determinación de lo dispuesto en el testamento. Lo partitivo está subordinado a lo dispositivo, aunque en ciertos límites. En el testamento, existiendo

(30) Sobre tal punto, vid. LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, ps. 484-485.

(31) Un excelente resumen en LACRUZ BERDEJO, *cit.*, ps. 486-490.

(32) *Ob. cit.*, p. 491.

(32) bis Sobre los eventuales efectos *inter vivos* de la partición testamentaria, vid. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, “Revista de Derecho Notarial”, enero-marzo 1960, ps. 179 y 180.

pluralidad de herederos forzosos, el testador debe disponer a favor de ellos, sea a título de herencia o de legado, para evitar los efectos de la preterición testamentaria (art. 814 del Código civil). Lo normal será que la disposición testamentaria contenga una o varias disposiciones de herederos o de legados de la parte alicuota para satisfacer las legítimas, fuera del caso que se les legue alguna cosa singular.

En el caso de la adjudicación de la explotación agrícola a uno solo de sus hijos, el padre, normalmente, empleará una de estas dos fórmulas: instituirá herederos a todos los hijos en el tercio de legítima estricta; mejorará y legará el tercio a uno de ellos, y ordenará que se adjudique la explotación al heredero mejorado, quien pagará en metálico la legítima de los demás hijos; o bien instituirá a uno de ellos, legará a los demás lo que por legítima les corresponda y adjudicará al heredero la explotación en iguales términos que hemos visto. Ambas fórmulas las recoge Vallet de Goytisolo (33).

¿Qué cuándo el testador otorga un acto inter vivos que contenga la siguiente disposición?: “Adjudico la explotación agrícola M a mi hijo X, quien abonará en metálico la legítima de mis hijos Y y Z.”

Por supuesto que tal acto particional, contenido en acto inter vivos y sin el respaldo de un testamento, anterior o posterior, será nulo, no valiendo como disposición testamentaria por carecer de las formas necesarias —ni como partición— por carecer del apoyo de un testamento que le sirva de presupuesto.

Cuando dicha disposición se contenga en un acto que revista las formas testamentarias precisas, ¿será válida por sí, o como mera atribución particional precisará un testamento que le sirva de apoyo?

Creemos más bien lo primero. La disposición trascrita entraña a la vez una voluntad dispositiva y partitiva. Aplicando el artículo 668 del Código civil, parece que la voluntad del testador está clara acerca del carácter de heredero del atributivo de la explotación. Al mismo tiempo, tal voluntad dispositiva entraña una voluntad partitiva o atributiva de bienes: la cualidad de heredero se concreta con la adjudicación de la explotación agrícola M, salvas, en todo caso, las legítimas de los demás hijos. En tal sentido, Lacruz Berdejo (34). “Así entendida la coherencia del patrimonio hereditario y reducida a su verdadera finalidad y a sus justos términos, no impide la sucesión a título universal en bienes previamente determinados; meramente obliga a considerar esos bienes en su relación con la totalidad de la herencia, es decir, *sub specie universitatis*, en cuanto es necesario conocer la relación entre el valor de cada uno de los bienes y el del patrimonio hereditario, a fin de determinar su contribución al pago de las deudas del causante y de la herencia, legados, etc...” Si, según Vallet de Goytisolo (35), en el ejercicio de la facultad particional por el propio testador, lo particional no es totalmente separable de lo dispositivo, inseparabilidad que se acentúa extraordinariamente en la facultad que

(33) *Ob. cit.*, p. 217.

(34) *Notas al Derecho de Sucesiones de Binder*, p. 15.

(35) *Ob. cit.*, p. 218.

estudiamos en este trabajo, entendemos que si se parte es porque mediante la partición se ha dispuesto.

Aunque la disposición que antes hemos transcrito se hubiera concebido en los siguientes términos: "Instituyo heredero a mi hijo X en la explotación agrícola M, satisfaciéndose en metálico la legítima de mis hijos Y y Z", no por ello nos encontraríamos ante una institución de heredero en cosa cierta y determinada, con las consecuencias que establece al efecto el artículo 768 del Código civil. La doctrina ha rechazado que el artículo de referencia sea imperativo, y ha resaltado su carácter interpretativo (36). En particular, Lacruz Berdejo (37) entiende que cuando la institución, como cosa cierta, abarca prácticamente la totalidad o parte muy principal de la herencia, hay que pensar que el instituido lo ha sido como heredero, entendiendo el causante, que al designar los bienes que constituían lo fundamental de su patrimonio, hacía una institución en el *universum ius*, y que de aparecer nuevos bienes estos deben también atribuirse al instituido en cosa cierta y no a los herederos abintestato. Y creemos que no es obstáculo al respecto que el testador, en dicha partición, salve las legítimas y grave con ellas la explotación, pues dicha reserva la hace en cumplimiento del mandato legal.

4) VOLUNTAD PARTICIONAL DEL CAUSANTE

Creemos que no basta que el testador ordene que en su día se adjudiquen los bienes que integran la explotación agrícola al heredero. Conviene distinguir la partición testamentaria de las reglas particionales que al efecto pueda dictar el causante, incluso que se incluya en el lote del heredero la explotación agrícola. Tales reglas son perfectamente posibles, al amparo del artículo 1.046 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero no eliminan la necesidad de practicar la partición, ni sobreesen, en consecuencia, el juicio de testamentaria: simplemente son de obligado acatamiento en el mismo. Debe constar, pues, la voluntad del testador de que sus bienes queden partidos y adjudicados, voluntad que deberá constar en el complejo testamento-acto particional. Voluntad de eliminar la comunidad hereditaria que de otra suerte surge al abrirse la sucesión. Problema éste de interpretación de voluntad del testador. Por ello, para evitar las consecuencias desfavorables que para el heredero tendrían las dudas sobre la voluntad particional de aquél, conviene emplear fórmulas de partición de bienes lo suficientemente explícitas para que quede bien clara la posición del heredero como único adjudicatario de la explotación.

5) OTROS PRETENDIDOS REQUISITOS FORMALES

El que la voluntad del causante conste indubitada en el sentido de adjudicar la explotación agrícola al heredero, con efectos inmediatos a la apertura de la sucesión, no significa en modo alguno que el mismo

(36) *Idem* *íd.*, ps. 168 y ss.

(37) *Derecho de Sucesiones*, p. 87.

se vea obligado a realizar las operaciones particionales usuales de inventario, avalúo, liquidación y división (38); máxime en casos como el presente en que nada hay que valuar ni liquidar, sino sólo adjudicar íntegramente la explotación agrícola al heredero mejorado. Problemas de liquidación del pasivo y determinación del activo se suscitarán cuando se determine la legítima en su día, pero aun entonces, las reglas a que habrán de atenerse herederos y legitimarios no serán estrictamente particionales, sino las que los artículos 818 y siguientes establecen para la fijación de las legítimas.

Mucho menos será preciso que la particion contenga los requisitos que la Ley Hipotecaria y su Reglamento determinan para su inscripción, singularmente las circunstancias que establecen los artículos 9.º de la primera y 51 del segundo. La falta de dichos requisitos dará lugar a su subsanación conforme a los artículos 16 de la Ley y 298, párrafo 4.º, del Reglamento.

Como antes vimos, es perfectamente válida la partición que no contiene fijación del metálico de las legítimas.

Si la partición constare en testamento, deberá reunir los requisitos, ciertamente rigurosos, que nuestro Código civil establece según la clase de cada uno de ellos, requisitos exigidos bajo pena de nulidad (art. 687 del Código civil).

Si la partición se hiciere en acto inter vivos, está dispensado, según Lacruz Berdejo (39), de toda exigencia formal: podrá formalizarla el testador en documento público o privado, e incluso realizarla verbalmente, si bien esto último, sobre ser insólito y peligroso, chocará con la recomendación que el artículo 1.248 establece respecto de la apreciación de la prueba testifical. En cualquier caso, cuando la partición se refiera a bienes inmuebles estará sujeta al régimen de los artículos 1.279 y 1.280 del Código civil. Además, para inscribirse en el Registro de la Propiedad, precisa cumplir los requisitos del artículo 83, párrafo 1.º, del Reglamento Hipotecario. En su lugar adecuado estudiaremos extensamente este punto.

VII) EFECTOS DE LA PARTICION EN CUANTO AL ADJUDICATARIO DE LA EXPLOTACION AGRICOLA

1) POSICIÓN JURÍDICA DEL ADJUDICATARIO DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA

Una primera dificultad que se suscita al respecto es que, como la partición se verifica anticipadamente, no puede considerarse verdadera partición, pues la comunidad hereditaria no ha surgido aún, ni puede surgir, porque la misma partición del testador lo impide. De esta forma, los presuntos herederos, a la muerte del causante, se encontrarán

(38) SÁNCHEZ ROMÁN, citado por DE LOS MOZOS, *Ob. cit.*, p. 217.

(39) *Ob. cit.*, p. 481.

con que no perciben una cuota de la herencia, sino unos bienes determinados, y por tanto, serán legatarios y no herederos (40).

Sobre este punto, nos remitimos al apartado 3) del epígrafe VI) del presente estudio. Allí quedó debidamente demostrado que no obstaba a la cualidad de heredero del atributario de la explotación el que se concretase tal cualidad con la asignación de la misma en la partición. Además, añadimos ahora, si el adjudicatario de la explotación agrícola es considerado como legatario, habrá de ser considerado como legatario de parte alicuota —de la parte que reste, detráida la legítima de los demás hijos, que es parte alicuota de la herencia—, y aparecerá que los demás legitimarios serán legatarios de parte alicuota. En consecuencia, se habrá distribuido de herencia íntegramente en legados (art. 893 del Código civil), en cuyo caso, según la opinión de Vallet de Goytisolo (41), correspondería a los legatarios “una responsabilidad directa y personal *pro viribus*, y no una mera afección *cum viribus*”, entendiendo aplicable por analogía dicho autor, siguiendo a Sánchez Román, el artículo 1.084, que establece la responsabilidad solidaria frente a las deudas, en este caso, de todos los legatarios. Ello va en contra de la naturaleza de la posición jurídica del legitimario excluido de la explotación, según luego veremos.

De los Mozos y de los Mozos (42), por lo demás, desata la dificultad que él mismo propone: “en efecto, podremos decir que en la partición del testador, los herederos suceden a título universal, a pesar de no existir una previa comunidad, porque, o bien se ha de entender que el testador, al partir la da por supuesta, en virtud de una ficción jurídica, o bien que no se altera la naturaleza de la partición porque no exista la comunidad, o, en fin, lo que el testador quiere es que no llegue a surgir, coincidiendo su propósito con la facultad que el artículo 1.056, 1.º, le concede.”

2) MEJORA DEL ADJUDICATARIO DE LA EXPLOTACIÓN

El artículo que comentamos habla de pagar la legítima de los demás hijos. Pero, ¿qué legítima es ésta? ¿La estricta, o sea, la parte que a los legitimarios no asignatarios corresponde en el tercio de este nombre? ¿La larga, o sea, una cuota en los dos tercios de la herencia destinados a legítima y mejora? ¿O la cuota que le corresponda en la parte de legítima estricta y en la destinada a mejora, que no haya sido dispuesta en concepto de mejora?

Por supuesto, que si el testador ordenó mejora expresa, a ella habrá que atenerse. La cuota a satisfacer al legitimario, en este supuesto, será la legítima estricta y, en su caso, la parte del tercio de mejora de que no se haya dispuesto.

(40) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Ob. cit.*, p. 195.

(41) *Ob. cit.*, p. 167 y 168.

(42) *Ob. cit.*, p. 198.

Pero si el testador no dispuso mejora alguna, y se limitó a adjudicar la explotación a uno de los legitimarios, respetando la legítima de los demás, ¿habrá que entender que el heredero adjudicatario deberá abonar a los legitimarios la cuota que les corresponde en el tercio de mejora, o bastará que les satisfaga la parte alícuota de la legítima estricta? En una palabra, la adjudicación de la explotación agrícola, ¿comporta una mejora tácita?

El problema depende de la solución que demos a la admisibilidad de la mejora tácita en nuestro Derecho. Aun cuando la misma ha sido negada por la mayor parte de la doctrina, al amparo de los artículos 825 y 829 del Código civil, algunos autores, como Roca Sastre (43) y Vallet de Goytisolo (44), entienden ser posibles las mejoras tácitas con mucha mayor amplitud que la doctrina anterior. En tal sentido, el primero de los autores, parte de la distinción entre mejoras tácitas y mejoras presuntas. Lo que prohíbe el Código civil son precisamente las segundas: bloquea toda posibilidad de inducir conjeturalmente un sistema de mejoras fundadas en la voluntad presunta del testador. Pero no exige que la voluntad de mejorar se manifieste de un modo formalista, empleando precisamente la palabra sacramental "mejora". Ambos autores, en consecuencia, entienden que la legítima que el adjudicatario de la explotación ha de satisfacer a los legitimarios es precisamente la estricta, por comportar el uso de las facultades que comentamos una mejora tácita.

La mejora dispuesta por el testador, expresa o tácitamente, ¿a qué título se deferirá al adjudicatario de la explotación? Porque si entenderíamos que a título de legado, por cuanto la voluntad del testador, al atribuir, expresa o tácitamente, el tercio de mejora, era simplemente legárselo, lo que, según la opinión de los autores, constituye un legado —parciario—, cabría entender, conforme a los artículos 833 y 890 del Código civil, que podría el adjudicatario de la explotación renunciar la herencia y aceptar el legado o renunciar éste y aceptar aquélla. Y la mejora no respondería de las deudas hereditarias, por ser un título sucesorio que no atribuiría la cualidad de heredero.

Pues bien: entendemos que no son de aplicación al caso que estudiamos dichas consideraciones. El testador, al hacer uso de las facultades particionales del párrafo 2.º del precepto tan repetidamente aludido, ha configurado un único título sucesorio y, además, ha concretado su alcance cuantitativo, determinado su contenido económico: la explotación agrícola como un todo, salvo la liquidación legitimaria que proceda. Sería contrario a la voluntad del testador que ese título unitario, dispositivo-partitivo, que materialmente comprende no sólo la legítima estricta que corresponde al adjudicatario de la explotación y el tercio de mejora, sino —como luego examinaremos— el tercio de libre disposición e incluso la parte reservada a los demás hijos, su

(43) Notas al *Derecho de Sucesiones de Kipp*, vol. II, p. 358.

(44) *La mejora tácita*, "Anales de la Academia Matritense del Notariado", tomo VIII.

legítima estricta, pudiera escindirse. El atributario puede aceptar o repudiar la disposición-partición del testador, globalmente, pero no disponer de sus singulares elementos, que a efectos contables pueden distinguirse, pero que no fueron considerados como elementos autónomos en la intención del testador.

Para evitar tal efecto, entendemos que la mejora, en el supuesto que estudiamos, se atribuye a título de heredero. Y a ello no es óbice que en la mejora expresa, el testador haya empleado la palabra "mejora" al disponer del tercio de este nombre, sin precisar el título de tal atribución. Pero entendemos que, aun cuando normalmente, la mejora en el tercio de este nombre, sin ulterior precisión de título, atribuye al mejorado la condición de legatario parciario, según la opinión de la doctrina, al menos cuando hay institución expresa de herederos, en el caso que contemplamos, tal regla general debe ceder ante la voluntad del testador de crear un título sucesorio único e inescindible, precisamente en concepto de institución de heredero. Y en estas materias hay que estar a la voluntad del testador (art. 668, párrafo 2.º, del Código civil).

3) POSICIÓN DEL ADJUDICATARIO RESPECTO DEL TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN

¿Debe el adjudicatario de la explotación satisfacer a los legitimarios parte alguna en el tercio de libre disposición?

En principio, creemos que no. El empleo por el testador —como será lo corriente— de las fórmulas: dejo la legítima a mis demás hijos; dejo lo que por legítima estricta corresponde a mis demás hijos; instituyo herederos en el tercio de legítima estricta a mis demás hijos, indudablemente elimina del tercio libre a los legitimarios. Es evidente la voluntad del testador que se contenten con su parte en la legítima estricta. Incluso creemos que la fórmula: "Instituyo herederos a mis hijos X, Y y Z. Adjudico la explotación M a X, con la obligación de pagar sus legítimas a los demás hijos", entraña no sólo la exclusión de los legitimarios del tercio de mejora, y su atribución por vía de mejora tácita al adjudicatario X, sino, con mayor razón, la exclusión del tercio libre, pues es evidente también la voluntad de reducir la institución hereditaria al tercio de legítima estricta. Cuestión aparte es si el legatario que contemplamos es heredero o simple legatario de parte alicuota.

Más dudosa sería la solución si la fórmula empleada fuese de este tenor: "Instituyo herederos a mis hijos X, Y y Z. Adjudico la explotación agrícola M a X, quien satisfará en metálico su parte —o cuota— a mis demás hijos." En tal caso peligraría no sólo la atribución de la parte libre al asignatario de la explotación, sino incluso la de la mejora, pues cabe deducir fundadamente que la voluntad del testador ha sido atribuir igualitariamente su herencia a todos los hijos, sin perjuicio de adjudicar la explotación agrícola a uno de ellos.

De ahí que sea muy conveniente que el empleo de la facultad par-

tional que comentamos se realice con pleno conocimiento de todos los problemas sucesorios que comporta.

4) TÍTULO EN CUYA VIRTUD SE ADJUDICA AL ATRIBUTARIO DE LA EXPLOTACIÓN LA PARTE DE VALOR EN LA MISMA QUE EN PRINCIPIO ERA INDISPONIBLE A FAVOR DE ÉSTE POR ESTAR RESERVADA A LOS DEMÁS HIJOS

Es evidente, partiendo del supuesto básico en nuestro estudio, de la inexistencia de metálico en la herencia del testador que hace uso de la facultad que examinamos, que si el testador atribuyó integralmente la explotación agrícola a uno de sus hijos, en rigor dispuso de una parte del valor de la herencia, la cuota de los demás hijos en el tercio de legítima estricta, que estaba reservada a éstos y era indisponible (art. 806). Ciertamente que se les concede el derecho a reclamar la legítima en dinero, pero es lo cierto que el adjudicatario ha obtenido un plus en sustancia de la herencia, que en rigor no puede serle adjudicada. ¿A qué título adquiere dicha porción?

Sanz Fernández (44) expresa así su opinión: "Resulta, por una parte, que al hijo a quien se dejala explotación se le deja más de aquello que se puede transmitir por herencia (art. 763) y, a la vez, se le impone una obligación de pago, creando, por otra parte, un crédito a favor de los demás legitimarios. El título de adquisición del hijo instituido será, pues, doble: 1.º El de herencia, en cuanto a la parte de que el testador podía disponer libremente. 2.º Un título extraño a la herencia, que con toda exactitud se ha asimilado a la adjudicación para pago de deudas, en el resto de la explotación... La situación del legitimario sería idéntica a la que se produciría en caso de partición practicada voluntariamente por los herederos, quedando algunos de ellos obligados a indemnizar en metálico a los demás, por diferencias de valor en los bienes adjudicados, si bien se refuerza por la adjudicación para pago de deudas hecho a uno sólo de ellos por el testador."

González Palomino (45) dice al respecto: "Aunque no haya hecho (el testador) sino una lisa y llana disposición de esta explotación en su testamento, esa cláusula es de naturaleza y contenido particional, y nada menos que con dos adjudicaciones: una, al beneficiario de la explotación, en pago de sus haberes (legítima, mejora, parte libre); otra, para pagos de los haberes de los demás legitimarios."

Así, pues, ambos autores entienden que la naturaleza de la asignación de la parte de valor reservada a los legitimarios es precisamente particional, y la encuadran en la figura de la adjudicación para pago de deudas. Ello tiene la consecuencia ineludible de que es aplicable a la misma la doctrina que para dicha institución previene el artículo 45 de la Ley Hipotecaria, y, en consecuencia, carece el legitimario en

(44) Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria, p. 144, nota 12.

(45) Cit. en VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes*, cit., p. 218.

principio de acción real sobre la explotación agrícola, sin perjuicio de la anotación preventiva que previene el párrafo 2.º del mismo precepto.

Sin embargo, creemos, de acuerdo con Vallet de Goytisolo (46), que no debe configurarse de tal suerte ni la posición del heredero ni la del legitimario. Porque tal doctrina peca de conceptualismo dogmático: se encuadra la asignación objeto de nuestro estudio dentro de la figura de la adjudicación para pago de deudas y, en consecuencia, se le aplica el efecto característico de dicha figura: la denegación de los efectos reales a favor de los respectivos acreedores, reducidos a obtener tan sólo una anotación preventiva si se dan los supuestos del párrafo 2.º del artículo 45 de la Ley Hipotecaria. Pero tal deducción automática desconoce la índole de los intereses en conflicto: los de los legitimarios que se han visto despojados de la explotación, han visto reducido su derecho a cuerpos de la herencia a un crédito, y que ante el choque con los intereses de los terceros adquirentes de bienes concretos de la explotación no tienen sino la endeble defensa de la anotación preventiva aludida.

Creemos que planteado así el problema, el sacrificio del legitimario no debe llevarse nunca al extremo de posponerlo al tercer adquirente de la explotación agrícola. Tal tesis le reduciría a ser un legitimario aún de peor condición que el catalán. En efecto, el artículo 140 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, dice así: "Todos los bienes de la herencia están afectos al pago de la legítima, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En consecuencia, corresponderá al legitimario acción real para reclamar la legítima, sin perjuicio de las demás acciones que le competan en cada caso." A la vista de tan determinante precepto, es evidente la inaplicabilidad del artículo 45 de la Ley Hipotecaria al legitimario catalán, fuertemente garantizado por el precepto de la Compilación transcrito, al que suaviza en interés de terceros adquirentes el artículo 15 de la Ley Hipotecaria. Por lo tanto, es inadmisibles que en un sistema legitimario rígido, como el nuestro, quepa una solución que otro mucho más elástico rechaza.

La garantía que el párrafo 2.º del artículo 45 de la Ley Hipotecaria brinda no es ni mucho menos suficiente para el legitimario. Porque, aparte de producir unos efectos semejantes a la anotación preventiva de embargo (47), efectos que según el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, son los del artículo 1.923 del Código civil, en la mayor parte de los casos sería inaplicable. Porque a menos que se haya liquidado la cuantía de las legítimas, sea por el testador, por el contador partidor o por acuerdo entre el heredero y los legitimarios, no constará en escritura pública el crédito garantizado con la adjudicación para pago. A tales efectos estimamos insuficiente que en el testamento exista una mención legitimaria abstracta, que no concrete la cantidad a percibir por el legitimario. Y por sentencia firme obli-

(46) Id. íd., p. 219 y ss.

(47) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, T. III, p. 102.

garia al legitimatario a seguir un juicio declarativo para fijar el importe de su legítima, para luego tener que acudir al procedimiento del artículo 172 del Reglamento Hipotecario, lo que evidentemente es antieconómico.

Aparte que durante la tramitación del proceso de determinación de la cuantía de la legítima, quedaría indefenso el legitimatario frente a la posible enajenación que verificara el adjudicatario de la explotación (48).

Por último que, salvo en los casos anteriormente expresados de liquidación de la legítima, faltarán los requisitos que para la práctica de la anotación preventiva previene el artículo 166 del Reglamento Hipotecario: “los circunstancias del crédito asegurado y las declaraciones de la escritura de adjudicación referentes al mismo”.

Por lo tanto, quedando suficientemente demostrado que el título en cuya virtud sucede el adjudicatario en la porción indisponible no puede ser en modo alguno el de una adjudicación para pago de deudas, entendemos que tiene el mismo carácter que el de la porción disponible: título puro y simple de herencia. El adjudicatario no podrá aceptar la parte disponible y rechazar la indisponible, ni viceversa, pues ello lo veda el artículo 990.

VII) EFECTOS DE LA PARTICION EN CUANTO A LOS LEGITIMARIOS, NO ADJUDICATARIOS DE LA EXPLOTACION

1) NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA DEL ARTÍCULO 1.056, 2

Prescindimos deliberadamente de las múltiples opiniones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la legítima (49). Bástenos examinar la concreta naturaleza de la legítima que nos ocupa.

La mayor parte de los autores (Castán, Clemente de Diego, Porpeta, Dávila, García, Roca Sastre, Vallet de Goytisolo), niegan el carácter de herederos de los demás hijos a que alude el precepto que comentamos, y encuadran su posición en la figura del legatario.

¿Qué tipo de legatarios serán? Algunos de dichos autores no especifican la clase del legado. Otros, como Porpeta, hablan de un simple legado de dinero, subespecie del de cantidad.

Creemos que tal legítima es una variedad del legado parciario, precisamente del que llama Lacruz Berdejo (50), legado del valor

(48) Si admitimos que mientras se sustancia el doble proceso contra el heredero adjudicatario, puede el legitimario obtener anotación preventiva de suspensión por falta subsanable del título —esto es, de determinación de la cuantía de la legítima—, creemos muy violento equiparar dicha indeterminación a una falta subsanable, cuando lo normal es que en el testamento y su complemento, el acto particional, no se asigne una cantidad en concepto de legítima, por las razones aducidas en su lugar.

(49) Un resumen de las teorías en VALLET, *Ob. cit.*, p. 92 y ss.

(50) *Ob. cit.*, p. 91.

puro de la herencia. Porque, siguiendo la clasificación de este autor, como es evidente que la legítima de que tratamos no da derecho a obtener bienes *in natura* de la herencia, sino sólo una cantidad de metálico, que puede incluso no estar en la misma, no cabe encuadrar este tipo de legado ni en el de legados de parte alicuota del remanente, ni en los del activo. Porque aquí no es de aplicar la presunción que a favor del legado de remanente establece el autor citado (51), siguiendo la caracterización legal de dicha figura: aquí, precisamente, la ley faculta al testador para que disponga se pague la legítima en dinero. Además, si configuramos como legado la parte alicuota del presente derecho del legitimario, esto sería tanto como considerarlo cotitular en la comunidad hereditaria. Y esto, por definición es imposible, ya que precisamente se parte de que la partición ha sido efectuada por el testador y que la comunidad hereditaria no ha llegado a nacer.

Le son aplicables la mayor parte de los rasgos que asigna el citado autor en el lugar citado a dicho legado del valor puro. Sin embargo, entendemos que los gastos de liquidación y entrega del legado legitimario son a cargo del heredero y no del legitimario, pues de otra suerte sufriría lesión su legítima (arts. 1.064 y 886, 3, Código civil).

La valoración del caudal relicto, como antes vimos, deberá referirse al momento de la liquidación del legado, y no al de la muerte del causante.

Como consecuencia de su condición de legatario, el legitimario no responde de las deudas hereditarias, ni, por lo tanto, está suieto al sistema de responsabilidad solidaria que previene el artículo 1.084 del Código civil.

No es obstáculo para dicha conceptualización el que la partición deba realizarse ordinariamente entre herederos y que el ejercicio de la facultad que estudiamos sea verdaderamente una partición. La consecuencia parece ineludible: el legitimario en tal caso será un heredero. No, decimos nosotros: porque, según los autores, también procede la partición entre legatarios de parte alicuota, o cuando concurren herederos y legatarios de parte alicuota —supuesto que ahora examinamos—.

Ni siquiera es un obstáculo para la configuración de la posición del legitimario como la de un legatario, que el testador le haya instituido heredero en el tercio de legítima estricta. Como dice Vallet de Goytisolo (52): “Ni el empleo ni la falta de utilización de la palabra heredero son decisivos. Dichos datos deben subordinarse a la verdadera intención del testador, resultante generalmente del contenido de la disposición. Así se deduce de los artículos 668 y 768 del Código civil. El testador que dispone se pague a un legitimario su mínimo haber legal precisamente en metálico, que ni siquiera se halla en la herencia, sin duda alguna no quiere atribuirle la posición jurídica de heredero, ni en su aspecto activo ni verosímilmente en su lado

(51) Notas al *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, p. 97.

(52) *Ob. cit.*, ps. 217 y 218.

pasivo. Lo de menos es que al designarlo haya usado la palabra heredero, si no le ha dado a ésta su debido significado.”

La peculiaridad del legado que examinamos es su origen legal. Y su origen es legal por dos motivos: remotamente, porque la ley obliga al testador a dejar por cualquier título (art. 815 del Código civil), al legitimario, la porción de bienes que le está reservada (art. 806 del Código civil), so pena de incurrir en preterición (art. 814 del Código civil) o de sufrir la acción de complemento de legítima (art. 815 del Código civil).

Próximamente, la adjudicación de la explotación agrícola —único bien de la herencia— a un solo heredero, permitida por la ley en interés de la familia, transforma el derecho del legitimario a obtener en bienes de la herencia el pago de su legítima en un simple crédito —luego veremos que garantizado—.

Se halla en una posición análoga, *mutatis mutandis*, a la del expropiado por causa de utilidad pública. El derecho a obtener bienes de la herencia se le transforma, por imperio de la ley y voluntad del testador, en uso de la facultad que la ley le concede, en un derecho a obtener una suma de dinero del adjudicatario de la explotación.

Por lo tanto, el legado legitimario que examinamos tiene un origen legal remoto: el sistema legitimario. Y en su forma de atribución dineraria, nace de la adjudicación de la explotación agrícola, único bien de la herencia, a un solo heredero, adjudicación permitida por la ley.

Por otra parte, difiere el legado legitimario de la norma examinada respecto del tipo común del mismo, en que mientras éste tiene como garantía registral la anotación preventiva —cuestión aparte es cuál sea la procedente: la del derecho hereditario, artículo 152 del Reglamento Hipotecario, en relación con los artículos 42, párrafos 6.º y 46 de la Ley; o la del legado de género o de cantidad— artículo 48 de la Ley—, el legado legitimario del artículo 1.056, 2, del Código civil, está dotado de la garantía específica del artículo 15 de la Ley, como luego demostraremos. Garantía registral que es reflejo de la afección material de todos los bienes que integran la explotación agrícola al pago de las legítimas dinerarias, que, por supuesto, no existe en el caso de legado de valor puro de la herencia.

2) AFECCIÓN REAL DE LOS BIENES DE LA HERENCIA AL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS DINERARIAS

Anteriormente examinamos ser improcedente configurar la asignación de la parte no disponible de la herencia al heredero adjudicatario de la explotación como adjudicación para pago de deudas. Vimos que ello consagraría prácticamente la indefensión del legitimario frente a terceros adquirentes de la explotación.

En tal sentido, oponiéndose a la tesis que configura la legítima que examinamos como un simple derecho de crédito, Roca Sastre (53),

(53) Notas, cit. vol. II, ps. 337 y 338.

“hay que entender—dice—que mientras a los demás hijos no se les haga efectiva su legítima, mediante consiguiente pago del dinero correspondiente... entretanto subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legitimario una titularidad respecto de una fracción del valor económico de dicho patrimonio... Cuando el legitimario, sin resultar ser heredero no es tampoco legatario, la reclamación dirigida a la efectividad de su legítima opera a manera de acción de división de la herencia; el legatario de lo que por legítima le corresponde, sin mayor precisión por el testador, hay que situarlo en este supuesto, así como al legatario parciario por legítima”.

Vallet de Goytisolo (54) sostiene muy parecida posición. “Excepcionalmente —dice—, el párrafo 2.º del artículo 1.056 autoriza al testador para disponer de toda su herencia —concretada en una explotación— a favor de uno solo de los descendientes. A éste, por lo tanto, le puede atribuir la parte reservada por la ley a los demás herederos forzosos. Pero dicha autorización excepcional sólo es conferida por la ley supeditándola a que el asignatario satisfaga en metálico a los demás legitimarios el valor de aquella porción que les estaba reservada y de la que se ha permitido disponer al ascendiente testador... Por lo tanto, en buena lógica, cabe sostener que mientras dicho pago no se haya consumado, la reserva seguirá latente, repercutiendo así en la titularidad y disponibilidad del heredero. Así, la afección de los bienes al pago de las legítimas se mantendrá, aunque aquéllos hubiesen pasado a manos de terceras personas, en tanto los legitimarios no hayan percibido el metálico correspondiente.” Y más arriba: “Con la construcción que defendimos, el legitimario no podría quedar perjudicado por la enajenación de la explotación por el heredero, pues al mantenerse latente la designación legal del artículo 806, mientras el legitimario no fuere pagado le restaría entretanto como arma contundente la propia *actio familiae erciscundae*.”

Admitimos en principio la existencia de dicha afección real de los bienes de la herencia al pago de la legítima, afección que actúa como una carga real. Pero nos permitimos disentir de la opinión del autor últimamente citado, que considera que tal carga real tiene los efectos de la acción de división de herencia. Para ello nos fundamos, entre otras razones, en que el mismo Roca Sastre no mantiene una postura inmutable al respecto. En su Derecho Hipotecario (55), entiende que la afección real de la herencia al pago de la legítima produce efectos semejantes a los de una hipoteca: “la legítima funcionaba y funciona al modo de un derecho real de hipoteca, pero en el bien entendido que no debe confundirse con ésta, pues la hipoteca atribuye una titularidad sobre el valor en cambio de determinados bienes, o sea, un derecho de realización de valor en garantía de la efectividad de un crédito, mientras que esta función de garantía no existe en la legítima,

(54) *Ob. cit.*, p. 220 y 221.

(55) T. II, ps. 681-682.

pues por constituir una *debita pars valoris bonorum*, asume dicho carácter de titularidad sobre el valor en cambio o derecho de realización de valor, pero de tipo independiente a autónomo, como si se tratara de una hipoteca con débito vencido". Y más abajo, pág. 682, nota 1: "Como la Ley Hipotecaria no puede naturalmente atribuir al derecho de legítima unos efectos dispares con la naturaleza jurídica propia de este derecho, de ahí que dentro de dicha confusión en que incurre el artículo 15, este precepto viene a confirmar que, en el orden sustantivo, aquel tipo de legítima constituye una carga real que afecta solidariamente a todos los bienes de la herencia al pago del débito legitimario. Es decir, que en fondo se trata del mismo mecanismo de la hipoteca solidaria."

Creemos más acertada esta última opinión del eminente hipotecarista. Si entendemos que el gravamen legitimario tiene el juego de la *actio familiae erciscundae*, es indudable que atribuye al legitimario el derecho de percibir *in natura* lo que le corresponde, mediante la consiguiente desintegración de la explotación agrícola. Porque, por definición, habrá fracasado la posibilidad de obtener el pago en dinero, porque carezca de él el heredero atributario o por cualquier otro motivo. En la práctica de la división material de la explotación, no existirá más límite que la tímida recomendación del artículo 1.078 de la Ley de Enjuiciamiento civil (procurar evitar la excesiva división de las fincas) y la legislación de unidades mínimas de cultivo, en tanto la de explotaciones familiares no haya entrado en vigor. Legislación que, según el sentir de la mayor parte de la doctrina, no sanciona con la nulidad los actos atentatorios a la unidad mínima de explotación, sino se limita a crear un derecho de opción legal de los colindantes a la compra de las parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, aún más inoperante que el retracto legal de colindantes.

Pues bien, de admitir tal interpretación se frustraría la finalidad de la norma que examinamos. ¿De qué serviría sostener que se ha adjudicado parcialmente la explotación al heredero si existe pendiente sobre la explotación una carga real que puede obligar a realizar una nueva partición, desintegrando la explotación agrícola? En tal caso, cabría sostener que el testador, en lugar de practicar por sí la partición, se ha limitado a dictar reglas particionales, en el sentido del artículo 1.046 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se guardarán en el correspondiente juicio de testamentaría, pero que no obligarán a sobreseerlo, como si de una auténtica partición se tratase.

Por tanto, tal interpretación, que conduciría a la práctica inoperancia de la norma que comentamos, debe ser rechazada.

Creemos más conveniente, si no desde el punto de vista familiar, sí, al menos, de la conveniencia de conservar las unidades racionales de explotación, considerar, de acuerdo con la opinión más reciente de Roca Sastre, tal gravamen como una hipoteca solidaria. El ejercicio de la misma llevará a enajenar en pública subasta la explotación agrícola —o incluso a adjudicarla al legitimario en pago de su crédito— sin fragmentarla materialmente, como en el supuesto de la división.

Por otra parte, tal es el criterio legislativo sentado en materia de patrimonios familiares por la ley que los regula, que en su artículo 16, 4.º, dice así: "Para garantizar el pago de la porción legitimaria que afecte al patrimonio familiar se establece hipoteca legal, cuya constitución podrá ser exigida por el heredero o herederos forzosos a quienes no hubiera correspondido suceder a su causante en la titularidad del patrimonio."

Sin embargo, si hemos calificado de gravamen afín a la hipoteca solidaria la afección al pago de las legítimas de todos los bienes de la explotación, lógicamente habremos de examinar la procedencia de las soluciones que para tal figura jurídica establece nuestra legislación hipotecaria.

Fundamentalmente, el artículo 123, 2, de la Ley Hipotecaria establece que "no verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, o contra todas a la vez". Ello supone entregar al arbitrio del acreedor la posibilidad de dividir materialmente la explotación agrícola mediante la enajenación en pública subasta de alguna o algunas de las fincas que eventualmente integren la explotación. Y dicha facultad no está limitada sino de un modo insuficiente en el artículo 15 de la misma ley, y a partir de determinados períodos de tiempo y en beneficio de los terceros adquirentes de la explotación, y no en beneficio del heredero adjudicatario de la misma.

Por ello, creemos que el funcionamiento de la hipoteca solidaria en el caso objeto de nuestro estudio es perjudicial. Hubiera sido más adecuado que la ley estableciese una hipoteca que podríamos llamar conjunta —empleando la terminología de Roca Sastre— sobre la totalidad de las fincas que integran la explotación agrícola. En tal caso sería de aplicar el criterio del artículo 218 del Reglamento Hipotecario, cuyo último párrafo establece que "el acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho en estos casos dirigiéndose contra la totalidad del edificio". Y ello, pese a estar inscritas como fincas independientes cada uno de los pisos que lo integran y, por tanto, contra el criterio de distribución del crédito hipotecario que establece el artículo 119 de la Ley, pero también contra el criterio de solidaridad que señala precisamente el artículo 123 del mismo cuerpo legal. Criterio el del precepto del Reglamento Hipotecario que estaría respaldado por el valioso precedente del artículo 10 de la ley de patrimonios familiares, que dice así: "Siempre que hayan de ejecutarse los bienes raíces del patrimonio familiar, la ejecución afectará a la totalidad de los mismos, y se realizará de forma que se cumplan las condiciones que determina el artículo 7.º"

Siguiendo el criterio del artículo 227 del Reglamento Hipotecario, creemos que la ejecución del patrimonio familiar para satisfacer una legítima no debe producir la extinción de las demás legítimas y subsiguiente cancelación de la correspondiente mención en el Registro de la Propiedad, sino que los demás gravámenes legitimarios seguirán

subsistentes, subrogándose en la deuda el adjudicatario de la explotación. Inconveniente éste grave que puede desvalorizar notablemente en la ejecución forzosa la explotación objeto de la misma.

Otro grave defecto de la actual regulación es la inaplicabilidad de la mayor parte de los procedimientos legales de ejecución hipotecaria. Si la legítima no ha sido liquidada en dinero, sólo cabrá reclamarla por la vía del procedimiento ordinario, que fijará la cuantía de la legítima, y en trámite de ejecución hipotecaria, se venderá la explotación en pública subasta para con su precio abonar el importe fijado.

Sólo si se hubiese liquidado la legítima en escritura pública o documento privado reconocido judicialmente por el adjudicatario de la explotación, cabrá reclamar dicho importe por el procedimiento ejecutivo ordinario de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y muy excepcionalmente cabrá admitir la procedencia de los procedimientos judicial sumario o extrajudicial, cuando en la escritura de liquidación de legítima se determinaran los requisitos que en cada caso la ley establece. Lo normal es que estos últimos —de tanta importancia para el acreedor hipotecario— sean inaplicables.

De todo ello se deduce que la asimilación del gravamen legitimario que estudiamos en la hipoteca solidaria —asimilación que tiene su base en la dicción del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, párrafo 5.º, apartado a): “quedarán solidariamente afectos al pago de la legítima todos los bienes de la herencia”— ofrece graves problemas, debido a la inadaptación de las normas hipotecarias al supuesto legitimario concreto que se pretende regular, y singularmente, al criterio social que debe presidir el precepto que comentamos. Hubiera sido preferible que el legislador hubiese dictado normas especiales, al igual que tiene hecho con el patrimonio familiar creado por la colonización del Estado.

Pese a todos sus inconvenientes, estimamos preferible tal solución —que en los casos, muy numerosos, de que la explotación agrícola esté constituida por un sola finca, no planteará los problemas de la hipoteca solidaria —que la configuración que antes hemos rechazado.

¿Qué clase de garantía real debe pesar sobre los bienes muebles que integran la explotación agrícola o ganadera? Porque es indudable que la afectación real debe existir, sean muebles o inmuebles los bienes que integran la explotación adjudicada al heredero. Ello se deduce no sólo del precepto de la Compilación catalana, antes transcrito, sino también de la aplicación analógica de lo prevenido en el artículo 839, 2, del Código civil: mientras no se satisface al cónyuge viudo su legítima, estarán afectos *todos los bienes* de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.

No sirve para nuestro propósito, caracterizador del gravamen sobre los inmuebles, el configurarlo como una extensión de la hipoteca a los mismos. Los artículos 111 y 112 de la Ley Hipotecaria excluyen de la hipoteca la mayor parte de los muebles que pudieran interesar a nuestro propósito: ganados, aperos, maquinaria agrícola no fija

El gravamen real que estudiamos tiene las siguientes características: no es hipotecario, por recaer sobre bienes muebles. Tampoco es

pignoraticio, en el sentido de la prenda regulada en los artículos 1.863 y siguientes del Código civil, ya que por definición la posesión —y la propiedad, por supuesto— de los bienes muebles corresponde al adjudicatario.

Creemos, pues, que es un derecho de realización de valor de carácter mobiliario y de origen legal, sin desplazamiento de la posesión. Se encuadra en lo que la legislación de prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria califican de prenda sin desplazamiento, ya que por su naturaleza, no halla acomodo en la hipoteca mobiliaria.

Sin embargo, como dicha legislación no prevé la existencia de tal gravamen legal, y por supuesto tampoco su inscribibilidad en el Registro especial de gravámenes que crea, prácticamente la afección real de los bienes muebles pierde toda eficacia. Basta, al efecto, que el heredero enajene a un tercero de buena fe los muebles, para que entre en funciones el régimen legitimador del artículo 464 del Código civil —dando por supuesto que nuestro Derecho sigue la orientación germanista del Code civil de Francia—, y el tercer adquirente de los muebles pueda ignorar la afección legitimaria. Para los derechos reales de realización de valor sin desplazamiento posesorio es vital la inscripción en un Registro, a fin de que puedan perjudicar a terceros, y pueda quedar sin efecto el juego del artículo 464.

3) GARANTÍA REGISTRAL DE LA LEGÍTIMA DEL ARTÍCULO 1.056, 2

Anteriormente negamos la aplicación al supuesto que comentamos de la anotación preventiva prevista en el párrafo 2.º del artículo 45 de la ley. También negamos procediese la anotación preventiva, ya sea del derecho hereditario, ya del legado de género o cantidad. Todo ello nos lleva a plantear la cuestión decisiva: ¿es aplicable al caso contemplado la mención legitimaria que establece el artículo 15 de la Ley Hipotecaria?

Sanz Fernández (56) resuelve en sentido negativo el problema: “Este caso —observa—, aunque guarde alguna analogía con el supuesto de la Ley Hipotecaria, es bastante diferente de él. Mientras en ésta se parte de la existencia única del título fundamental de la sucesión, sin haberse practicado la partición de la herencia, en el artículo 1.056 hay una verdadera partición practicada por el testador. Por ello el legitimario habrá de respetarla y únicamente la podrá impugnar en dos casos: por nulidad, en cuyo caso se entiende no realizada la partición, y la de rescisión, supuesto en el cual han de ser aplicables las reglas de los artículos 1.073 y siguientes del Código civil. Desde el punto de vista de la garantía del legitimario, si el testador ha establecido alguna, ésta será la única que se debe aplicar, y en caso negativo habrá que estimar que existe en el heredero no sólo una adquisición hereditaria, sino además una adjudicación para el pago de legítima,

(56) Ob. y p. citada.

en la que la garantía, conforme al Derecho común, ha de ser la que presta exclusivamente esta figura jurídica, pero en forma alguna las que determina el artículo 15 de la ley."

Entiende dicho autor que el requisito que el párrafo 1.º, artículo 15 de la Ley Hipotecaria exige para la mención de la legítima en el Registro de la Propiedad, no hallarse el legitimario facultado para promover el juicio de testamentaria, es inaplicable al caso que comentamos, pues una de dos: o ya está practicada la partición por el mismo testador, en cuyo caso es imposible promover el juicio de testamentaria, o no lo está, en cuyo supuesto podrá promoverlo siempre.

Sin embargo, otros muchos autores han entendido lo contrario. Citemos en tal sentido a Roca Sastre (57), Dávila García (58), Casso (59).

Vallet de Goytisolo (60): "Creemos —dice— que la aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria debería extenderse al supuesto que estudiamos..." Y líneas más abajo, tras recoger las objeciones de González Palomino y Sanz a tal opinión: "Pero de ello, consecuentemente, sólo podremos deducir que si el artículo 1 LH no es aplicable en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056, la afección de los bienes de la herencia en garantía de la legítima deberá existir sin las atenuaciones del artículo 15 de la LH."

Creemos que de seguir la tesis negativa, o sea la inaplicación del artículo que comentamos a supuesto alguno del Derecho común, como quiere Sanz Fernández, no tendría sentido el primer inciso del primer párrafo de dicho precepto, y sería redundante, bastando al efecto con el inciso segundo; en efecto, si sólo los legitimarios catalanes pueden pedir la práctica de la mención que el mismo previene, ¿para qué hablaría de la ley de "los derechos del legitimario de parte alcuota que no puede promover juicio de testamentaria por estar autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles"? Debe rechazarse toda interpretación que prive de sentido a un precepto.

Entendemos, pues, que el artículo que comentamos es aplicable al supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil. Pero no en su totalidad, sino sólo en parte. Esta es la opinión de Lacruz Berdejo (61).

Ha hecho un exhaustivo estudio del precepto Roca Sastre (62). Por lo tanto, nos limitaremos a determinar el alcance del mismo en relación con el precepto del Código civil comentado.

En tal sentido, el párrafo 2.º del citado precepto de la Ley Hipotecaria es inaplicable a la partición testamentaria estudiada. En la misma se parte de la base de que la legítima debe ser abonada en

(57) *Ob. cit.* últimamente, T. II, ps. 667 y 668.

(58) *Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad*, R. C. D. I., 1945, p. 649.

(59) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1946, II, p. 409.

(60) *Ob. cit.*, p. 221, nota 296.

(61) *Notas cit.*, p. 309.

(62) *Ob. cit.* últimamente, ps. 661-701.

metálico, no que se asignen bienes concretos para su pago, ni que se afecten en garantía de la legítima.

El párrafo 6.º del mismo es igualmente inaplicable. Porque el mismo presupone la existencia de derechos de cuantía determinada o determinable que formen parte de la herencia, que se adjudiquen al heredero, y que deban ser extinguidos por éste. Pues bien, entendemos que ninguno de dichos derechos puede integrarse en la dotación de la explotación agrícola, forestal o ganadera, sino que constituirá un activo de la herencia del testador, libre de la adjudicación integral que prevé el precepto civil que estudiamos. Porque la explotación se compone de cosas corporales, no de derechos, al menos la que prevé la norma de referencia. Por lo tanto, dicho activo deberá aplicarse al pago de las legítimas de los demás hijos, y no ser extinguido, previo su cobro, por el adjudicatario de la explotación.

Por consiguiente, que la adaptación práctica del artículo 15 de la Ley Hipotecaria a la norma estudiada será la siguiente:

La mención de los derechos legitimarios se realizará al tiempo de la inscripción de los inmuebles que integran la explotación agrícola. Luego veremos cómo se practica ésta.

Dicha mención se realizará de oficio, por el hecho de solicitar la inscripción el heredero adjudicatario de la explotación (63). De suerte que quedan perfectamente garantizados los derechos de los legitimarios —siempre que de los documentos aportados al Registro se deduzca la existencia de legitimarios.

Las menciones a practicar, de entre todas las que expresa dicho precepto, son dos: la expresión legitimaria abstracta, en la que se publica que el testador simplemente ha salvado los derechos de los legitimarios, pero sin cifrarlos en cantidad alguna; y la concreta, en la que —por alguno de los medios que antes estudiamos— se cifra la cuantía legitimaria. Creemos que para que tenga acceso al Registro de la Propiedad, este último señalamiento legitimario concreto debe hacerse constar en escritura pública, por imperativo del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria. Por supuesto, que el testador podrá otorgarlo en testamento que no sea escritura pública; pero, en todo caso, para que acceda al Registro, deberá ser convenientemente protocolizado.

Los efectos de dichas menciones legitimarias se producen en perjuicio de todos los adquirentes posteriores de las fincas que integran la explotación agrícola. Mencionados los derechos de los legitimarios, ya sea en forma abstracta o concreta, dichos terceros adquirentes no pueden desconocer los enérgicos efectos de la afección de todos los bienes al pago de la legítima. Esto es lo que quiere expresar, siquiera de forma incorrecta, el párrafo 4.º de la norma comentada.

Si la mención, por el contrario, no se hubiese practicado en el Registro de la Propiedad por cualquier causa —fundamentalmente por no expresar los títulos inscribibles la existencia de legitimarios— o no se extendiese a todos los bienes inmuebles por cualquier causa tam-

(63) ROCA SASTRE, *Ob. cit.*, T. II, p. 670.

bién, el heredero hubiese logrado inscribir la explotación libre de la mención legitimaria, y enajenase toda la explotación o bienes concretos a un tercero que reuniese los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el legitimario no podrá hacer valer su derecho contra dicho tercero, que deberá ser mantenido en su adquisición, por confiar en la plena titularidad del adjudicatario de la explotación que publicaba el Registro.

Aun cuando la mención registral no se hubiese practicado, si el tercer adquirente no inscribiese en el Registro de la Propiedad su adquisición, fuere adquirente a título gratuito, o careciese de buena fe; si el heredero no hubiese inscrito o, finalmente—supuesto muy frecuente en ciertas zonas del norte de la Península—, la explotación agrícola no estuviese inmatriculada, y su vida jurídica transcurriese al margen del Registro, el gravamen legitimario surtirá los efectos de Derecho civil puro, que anteriormente estudiamos. En consecuencia, en tanto no se haya pagado o consignado el importe de la legítima, o haya ésta prescrito, creemos que la afección real de todos los bienes al pago de las mismas subsistirá sin las atenuaciones que al efecto establece el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

IX) INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE TODOS LOS BIENES INMUEBLES QUE INTEGRAN LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA, A FAVOR DEL ADJUDICATARIO DE LA MISMA

Entendemos que el acto particional, debidamente documentado en escritura pública o documento privado protocolizado, en unión del testamento que le sirve de base y de los documentos complementarios correspondientes—certificado de defunción del causante y del Registro de Actos de Última Voluntad—, es por sí inscribible y publica en el Registro de la Propiedad la plena titularidad del adjudicatario de la explotación, con la carga real de la afección legitimaria. Si los bienes que la integran están inscritos a nombre del causante en el Registro de la Propiedad, no existe duda ninguna: la inscripción acredita que en la sucesión testamentaria deferida a favor del adjudicatario de la explotación se hallan incluidas las fincas objeto de la partición. Si las fincas no se hallasen inscritas a favor del causante, se inmatriculan a nombre del mismo o se reanuda el tracto, y practicada la inscripción en estos términos, nos hallamos en el supuesto anterior.

Cabe que interese inmatricular la explotación a nombre del heredero adjudicatario: tal es el supuesto que prevé el artículo 298, párrafo 4.º, del Reglamento Hipotecario. Por que es evidente que el título del heredero—complejo del testamento y acto particional— normalmente no describe o especifica los bienes inmuebles a que se refiere: a lo sumo se limita a hacer una referencia de ellos. En tal caso,

al título referido deberá unirse una escritura de manifestación de bienes otorgada exclusivamente por el heredero adjudicatario —aplicando a *sensu contrario* el artículo 14, 3, de la Ley y 82 del Reglamento Hipotecario—. Por último, dicho título así integrado deberá ser completado por la prueba de que la explotación agrícola pertenecía al causante; prueba que ha sido sumamente facilitada en la nueva redacción que del artículo 298, 4, del Reglamento ha dado el Decreto de 17 de marzo de 1959.

Auxilios a los aprovechamientos de aguas en Canarias y otras cuestiones

(Notas a la Ley n.º 59 de la Jefatura del Estado de 24 de diciembre de 1962)

Por MARCOS GUIMERA PEKAZA

Notario

SUMARIO: I. *Antecedentes*: 1) Reforma de la Ley de Aguas. 2) Consejo Económico Sindical. 3) Plan Canarias. — II. *Ley sobre aprovechamientos de aguas y auxilios a los mismos en Canarias*: 1) Proyecto del Gobierno enviado a las Cortes. 2) Informe de la Ponencia de la Comisión de Obras Públicas. 3) Ley aprobada en Cortes.—III. *Cuestiones que aborda la nueva Ley*: 1) Distancia entre alumbramientos. 2) Reserva de caudales de agua por el Estado. 3) Conflicto entre las leyes de minas y aguas. 4) Auxilios del Estado para Obras Hidráulicas.—IV. *Las Comisarias de Aguas de Canarias*.

I. ANTECEDENTES

1) REFORMA DE LA LEY DE AGUAS

La vieja Ley de Aguas de 1879 está en trance de reforma. Aparte de un proyecto del Ministerio de Obras Públicas, de modificación parcial de ella—proyecto que no conocemos—, el Instituto de Estudios Políticos ha confeccionado otro de modificación total de dicha Ley, siguiendo las directrices de la hasta hoy vigente. Para ello, circuló en el año 1959 por toda España un minucioso cuestionario, en el que se inquiriere por numerosos problemas que plantea la reforma de nuestra ya venerable ley. Y, por cierto, que es muy de elogiar la modestia con que sus autores someten el asunto a la consulta pública, al proponer la siguiente *cuestión previa*:

“1. ¿Cree conveniente y oportuna la reforma de la Ley de Aguas y de los preceptos del Código civil en materia de aguas?”

Modestia más de destacar cuanto que no suele ser muy frecuente de hallar; y porque una respuesta negativa hace inútil todo el trabajo posterior del cuestionario, detalladamente inquisidor.

En las Islas Canarias se produjeron por esas fechas bastantes sugerencias, en contestación a dicho cuestionario, a muchas de las cuales habremos de referirnos luego, y aun recoger y analizar, cuando tratemos de algunos preceptos de la nueva ley.

Pero sí queremos dejar constancia ahora de un importante antece-

dente. Se trata de la *Ponencia sobre Aguas de Canarias*, fechada en 7 de abril de 1962, formulada dentro del plan general de reforma de la vigente Ley de 1879, texto que, se dice, está confeccionando la Sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos. Y está pensada para resolver los problemas que las aguas suscitan en este archipiélago. Tal Ponencia se ocupa, entre otros problemas, de las distancias entre alumbramientos, de los sobrantes de aguas públicas, del régimen de auxilios de obras hidráulicas —los que estima no son materia de una ley de aguas—, etc. Se indica la necesidad de una ley peculiar, sin perjuicio de recoger ahora especialidades en la ley general, tales como las distancias y el régimen de las Comunidades de regantes. Aludiremos también a esta fuente al tratar de los extremos a que abarca la ley de 1962 (*).

El Consejo de Estado abordó el tema de la reforma de la Ley de Aguas en un dictamen de fecha 7 de junio de 1958, en el que se aboga por una reforma total y sistemática de la Ley de Aguas (1).

En la doctrina, se ha ocupado de la reforma el profesor Jordana de Pozas, en dos ocasiones, en las que resalta su necesidad y oportunidad (2).

2) CONSEJO ECONÓMICO SINDICAL

En el mes de marzo de 1962, y después de un trabajo largo e intenso, se celebró en Santa Cruz de Tenerife el III Consejo Económico Sindical. En su ponencia III, subdividida en la Sección de Obras Hidráulicas y en las Secciones de Aguas subterráneas y Jurídica, se ocupó del tema de las aguas en Canarias y los puntos necesitados de reforma. Aludiremos constantemente a sus puntos de vista, al contemplar los preceptos de la nueva ley, recogidos en sus dictámenes y conclusiones (3).

3) PLAN CANARIAS

Por último, también en el mismo año 1962, se designó, el 12 de junio, la Comisión de trabajo de la Comisaría de Desarrollo Económico de las Islas Canarias, sobre *Régimen Jurídico de las aguas y auxilios a obras hidráulicas*. La Comisión celebró las reuniones prepara-

(*) Con posterioridad a la redacción de estas notas, hemos visto el Informe al Excmo. Sr. Ministro de Justicia y Anteproyecto de Nueva Ley de Aguas, fechado en Madrid a 11 de julio de 1962. Dedicada a Canarias dos disposiciones adicionales.

(1) Consejo de Estado, *Recopilación de Doctrina Legal 1957-58*. Madrid, 1960, págs. 103 y siguientes, dictámenes números 76 y 77, expediente 23.528.

(2) LUIS JORDANA DE POZAS, *El Derecho español de Aguas y la oportunidad de su revisión*, discurso leído en la inauguración del curso 1961-62 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 22 de enero de 1962. Madrid, 1962.

Y *La evolución del Derecho de las Aguas en España y en otros países*, "Revista de Administración Pública", núm. 37, enero-abril 1962, págs. 9 y siguientes.

(3) *Consejo Económico Sindical de Santa Cruz de Tenerife*, III Pleno, marzo 1962, Imprenta Sindical, 1962, págs. 81 y siguientes, y 93 y siguientes.

torias convenientes y convocó a todos los sectores interesados para que pudieran exponer sus sugerencias y realizar las peticiones que estimasen oportunas, a fin de que unidos a técnicos y juristas, elaboraran la proposición que habría de elevarse al Gobierno. Tal fué una de las facetas del llamado, comúnmente, *Plan Canarias*. Durante su elaboración, la prensa dió publicidad al Proyecto de ley que motiva estas líneas. Y ya no hemos vuelto a saber más del *Plan Canarias* en este punto.

II. LEY SOBRE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y AUXILIOS A LOS MISMOS EN CANARIAS

1) PROYECTO DEL GOBIERNO ENVIADO A LAS CORTES

En Consejo de Ministros celebrado el 21 de julio de 1962, el Ministerio de Obras Públicas remite a las Cortes un "Proyecto de ley sobre regulación de los aprovechamientos de aguas y auxilios a los mismos en Canarias". Consta de una exposición de motivos y de seis artículos, de los cuales son los más importantes los cuatro primeros. A este Proyecto lo denominamos *Proyecto A*, para distinguirlo del que, con sensibles variantes, se publicó en el "Boletín Oficial de las Cortes Españolas", número 746, correspondiente al 15 de octubre de 1962, como remitido por el Gobierno a la presidencia de dicho organismo legislativo. A este segundo lo llamaremos *Proyecto B*.

Consta éste de un preámbulo y de cinco artículos. Integraron la Ponencia que habría de estudiar y defender el Proyecto de ley los procuradores don Luis Alarcón de la Lastra, don Pedro García Ormaechea y don Luis Nieto Antúnez. Se envió el proyecto a la Comisión de Obras Públicas, a la que correspondía el estudio del mismo; y se abrió un plazo de quince días naturales para que los procuradores pudieran enviar a dicha Ponencia las enmiendas que estimasen pertinente formular a la totalidad o al articulado. Este plazo se amplió por diez días más, según se hizo público el 26 de octubre de 1962.

Las enmiendas fueron bastante numerosas y alguna de ellas importante. En total, fueron diez enmiendas, comprensivas de 34 puntos: uno a la totalidad y treinta y tres al articulado. La enmienda a la totalidad fué encabezada por don José García Hernández. Y las restantes, además de por el propio señor García Hernández, presentadas por los procuradores señores Díaz Bertrana, Lamo de Espinosa, Amigó de Lara, Vilalta Caralt, Llera López, Yagüe Yus, Gómez de Aranda y Naranjo Hermosilla.

2) INFORME DE LA PONENCIA DE LA COMISIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

La Ponencia de la Comisión de Obras Públicas informó el 28 de noviembre de 1962. Su estudio es importante y detallado: a él hemos de referirnos con frecuencia al analizar la nueva ley.

Por su parte, la Comisión de Obras Públicas de las Cortes Españolas se reunió el 4 de diciembre siguiente. Bajo la presidencia del señor González Bueno y con la asistencia e informe del Director general de Obras Hidráulicas. Actuaron de ponentes los señores don Luis Alarcón de la Lastra, don José García Hernández, don Matías Vega Guerra, don Pedro García Ormaechea y don Luis Nieto Antúnez. Allí se modificó el Proyecto y fué convertido en dictamen. Como tal fué publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes Españolas", correspondiente al 18 de diciembre de 1962.

3) LEY APROBADA EN CORTES

El Pleno de las Cortes tuvo lugar el 19 siguiente. Allí el señor González Bueno explicó las particularidades del Proyecto y los criterios sostenidos durante los debates en el seno de la Comisión; y pronunció un discurso el Ministro de Obras Públicas, don Jorge Vigón y Suero-Díaz. El Proyecto quedó aprobado por unanimidad.

Por fin, la ley se publica en el "Boletín Oficial del Estado, Gaceta de Madrid", del jueves, 27 de diciembre de 1962, número 310: Se llama *Ley de la Jefatura del Estado 59/1962 de 24 de diciembre, sobre aprovechamiento de aguas y auxilios a los mismos en Canarias*". A su estudio van consagradas estas notas.

III. CUESTIONES QUE ABORDA LA NUEVA LEY

1) DISTANCIA ENTRE ALUMBRAMIENTOS

A) *Antecedentes*

Es éste un tema que ha preocupado hondamente en Canarias. Como sabemos, según el artículo 24 de la Ley de Aguas de 1879, la distancia mínima a que habrá de encontrarse la explotación proyectada de otras ya existentes es la de CIEN metros. La doctrina se movió siempre en el sentido de reclamar una mayor distancia para los alumbramientos en Canarias.

Así, Andrés de Orozco—recientemente fallecido, siendo Decano del Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife—, en un primer trabajo dedicado a estos temas, pidió una distancia mínima de DOS-CIENTOS metros; y en su *Proyecto de Bases para la formación de un Decreto-Ley para el alumbramiento de aguas en Canarias*, artículo 2.º, previene la imposibilidad de efectuar labores de captación de aguas "... a menos de doscientos [metros] de otro alumbramiento, trabajos legalmente en ejecución para efectuarlo o fuente..." (4). Este

(4) ANDRÉS DE OROZCO Y BATISTA, *Los alumbramientos de aguas de Canarias. Apuntes para su estudio jurídico*. Santa Cruz de Tenerife, Imp. de Alvarez, 1926, págs. 100 y 103.

criterio lo ratificó años más tarde, al contestar al Cuestionario del Instituto de Estudios Políticos, desarrollándolo. En efecto, pide que las autorizaciones concedan una demarcación formada por el espacio comprendido entre dos líneas paralelas al proyecto presentado, distando cada una 100 metros de éste; pero, además, no podrán otorgarse autorizaciones a menor distancia de 200 metros de la línea más próxima de demarcación del polígono citado, ni a menos de 400 metros de otro alumbramiento preexistente.

Para otros autores, la distancia debe ser de TRESIENTOS metros. En este sentido, puede verse el *Anteproyecto de Régimen de Aguas*, formado por la Organización Sindical de las Islas Canarias, que solicita tal distancia, como mínima, entre una y otra explotación (5). Igualmente se pronuncia la *Cámara Sindical Agraria de Las Palmas* al contestar al citado Cuestionario del Instituto de Estudios Políticos, especialmente en su punto 51.º. Por último, comparte este criterio el *Consejo Económico Sindical de Santa Cruz de Tenerife*, en su III Pleno celebrado en marzo de 1962, donde solicita establecer una zona de protección delimitada por una distancia radial de 300 metros en proyección horizontal, contados desde cualquier alumbramiento de agua, fuente o venero (6).

Otro criterio, reiteradamente sostenido también, estima necesaria la distancia de QUINIENTOS metros. Así, la *Cooperativa Agrícola de Unión de Propietarios de Aguas y Tierras* (U. P. A.), domiciliada en la villa de la Victoria de Acentejo, al contestar al tan repetido Cuestionario, pide un apéndice o sección de la nueva Ley de Aguas, en que se recoja que las labores de alumbramiento de aguas no puedan "ejecutarse a menor distancia de quinientos metros de otro alumbramiento de aguas, que seguirá guardándose en sus prolongaciones...". "La aludida distancia lo es en proyección horizontal, comprendiendo todo el terreno situado debajo" (7). También estima necesaria esta distancia la *Comunidad de Regantes del Norio de Gran Canaria*, al informar sobre la propuesta de una disposición complementaria de la Orden de 23 de mayo de 1938 (8).

El actual Decano accidental del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife, Guillermo Cabrera, ha venido sosteniendo con reiteración, a lo largo del tiempo, una posición alternativa: la distancia mínima de DOSCIENTOS metros de manantiales o alumbramientos preexistentes, en todo caso; y una distancia entre los DOSCIENTOS y los QUINIENTOS metros, con exigencia de las garantías necesarias efectivas para el reintegro de las aguas existentes o

(5) Tal Anteproyecto fué editado y difundido por la Delegación Provincial de Sindicatos de Las Palmas de Gran Canaria, año 1953. Ver su *Proyecto de Decreto del Ministerio de Obras Públicas*, art. 7.º, y su *Proyecto de Ley de Aguas para Canarias*, art. 8.º.

(6) Ver su publicación, págs. 93 y 97, texto de la ponencia y conclusión 1.ª.

(7) Ver su escrito, del 14 de diciembre de 1959.

(8) En escrito fechado en Las Palmas de Gran Canaria el 31 de enero de 1961.

su justo valor; dejando el exigir tales garantías, para el caso de distancias mayores de quinientos metros, a los informes técnicos (9).

Por su parte, el letrado Tomás Cruz, publicista de temas económicos insulares y buen conocedor, asimismo, de las aguas canarias, solicitó en varias ocasiones la ampliación de la distancia fijada en la Ley de Aguas, aunque sin expresar concretamente su cifra (10).

Las Heredades de Gran Canaria, al estudiar el *Anteproyecto Sindical*, entendieron muy conveniente que esa distancia se aumentase a MIL metros, como mínimo (11).

A nosotros nos pareció siempre en su punto la opinión de López de Haro (12), por lo que estimamos que esta norma de las distancias, por inflexible, era injusta. Pueden darse casos en que no basten mil metros; y otros en los que, a menor distancia de los cien metros legales, sea imposible la influencia de un aprovechamiento en otro, previamente alumbrado. Por ello entendimos —y lo hicimos público— que esto debería quedar siempre al dictamen de peritos; quienes, en cada caso, informarían lo que estimasen más prudente (13).

B) Legislación vigente

La Ley de 24 de diciembre de 1962 se ocupa de este punto en su artículo 1.º y dedica varios párrafos de su preámbulo al mismo. El discurso del Ministro de Obras Públicas nos dice poco en este extremo, pues sólo se refiere a la ampliación de la distancia como una de

(9) Sobre la posición de GUILLERMO CABRERA FELIPE, puede verse con más amplitud, fundamentalmente, la contestación al cuestionario del Instituto de Estudios Políticos y el informe sobre la propuesta de disposición complementaria de la Orden de 23 de mayo de 1938, en 1961.

(10) Ver la Exposición de las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias al Jefe del Estado con motivo de la visita de éste al Archipiélago en octubre de 1950, principalmente su preámbulo. Y TOMÁS CRUZ GARCÍA, su opinión sobre el repetido Cuestionario del Instituto de Estudios Políticos, en unas declaraciones a un redactor de la *Hoja Oficial del Lunes*, publicadas el 21 de diciembre de 1959, extraordinario de Navidad.

(11) Reseña publicada en el diario *La Provincia*, de Las Palmas de Gran Canaria, correspondiente al sábado 20 de noviembre de 1954.

(12) CARLOS LÓPEZ DE HARO, *Aguas subterráneas*, "Revista de Derecho Privado", 1917, págs. 33 y siguientes: "Las distancias legales son regla inflexible en lo variable y, por tanto, errónea."

(13) Para confirmar lo dicho en el texto, debe verse la opinión de LUIS G. GARCÍA LORENZANA, *Las aguas subterráneas en la Isla de Gran Canaria*, "Revista Financiera del Banco de Vizcaya", número dedicado a las Islas Canarias, Bilbao, 1950, págs. 48 y siguientes: "Las distancias mínimas pueden ser muy diferentes en cada caso particular, y deben fijarlas los técnicos en sus informes."

También son de consultar las sentencias del Tribunal Supremo de 22 diciembre 1913 y 9 noviembre 1953; así como las sentencias de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 19 de enero de 1957 y de 11 de diciembre de 1959; y el dictamen del Consejo de Estado de 12 de febrero de 1954, sobre caducidad de concesión administrativa.

Para ampliar en algún punto lo expuesto anteriormente, puede verse nuestro trabajo *El derecho del subsuelo (Aguas subterráneas)*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1961, separata del tomo XIV, fascículo I, pág. 121.

las medidas de justicia que se propone la ley. He aquí el texto de la ley:

Preámbulo: “El señalamiento de las distancias mínimas establecidas por la Ley de Aguas para llevar a cabo las perforaciones necesarias para el alumbramiento de las aguas subterráneas, como medida de protección de aquellos ya existentes, constituye una presunción no siempre coincidente con la realidad.

”Fijar una distancia mayor, con el fin de garantizar los aprovechamientos existentes, de modo que los nuevos no se produzcan a su vez en detrimento de aquéllos, constituiría una fórmula no menos convencional, por lo que parece oportuno reformar el artículo 24 de la ley en el sentido de que esa distancia pueda ser ampliada cuando de los estudios técnicos correspondientes, realizados por el Distrito Minero y la Comisaría de Aguas, resulte mayor la zona de influencia del alumbramiento existente.”

Artículo 1.º “La distancia de cien metros que con carácter general fija el artículo 24 de la Ley de Aguas, en relación con las obras a que se refiere el artículo anterior de la misma ley, para poder realizar obras de alumbramiento de aguas privadas, podrá ser incrementada en la medida en que se determine la zona real de influencia sensible del pozo, socavón o galería existente, según resulte de los informes que en la tramitación establecida para el otorgamiento de las requeridas autorizaciones han de emitir el Distrito Minero y la Comisaría de Aguas de Canarias.

”Los dueños de aprovechamientos ya existentes podrán oponerse ante la Administración a la realización de nuevas labores de perforación a más de cien metros del pozo, socavón o galería de su propiedad, pudiendo establecer aquélla el límite de esas labores, así como las condiciones técnicas de realización, entre las que podrán imponerse el señalamiento de una mayor distancia en planta y en profundidad y una distinta dirección de las galerías.”

”Tanto en los casos a que se refiere el párrafo 1.º del presente artículo como en los supuestos previstos en el párrafo 2.º, las condiciones técnicas indicadas deberán ser recogidas en el oportuno expediente, que se someterá a nueva información pública.”

Disposición final

“Quedan exceptuados de lo previsto en el artículo 1.º de esta Ley los alumbramientos de aguas que se efectúen en predios de propiedad privada en las islas de Lanzarote, Fuerteventura, Gomera y Hierro, quedando obligados quienes se propongan realizarlos simplemente a comunicarlo a la Comisaría de Aguas.

”El Gobierno queda, no obstante, autorizado a extender a cada una de dichas islas, por separado, según las circunstancias lo aconsejen, el régimen de autorización previa gubernativa para dicha clase de alumbramiento, debiendo, a estos efectos, el respectivo Cabildo Insular informar sobre la oportunidad de la medida.”

Quizá no sea superfluo, en este caso como en otros, analizar cómo se ha llegado a esta redacción, arrancando desde el primitivo proyecto y pasando por las enmiendas presentadas. No sólo nos dará idea de la *ratio legis* —o, al menos, de la *mens legislatoris*—, sino que nos permitirá una mejor apreciación crítica.

El *Proyecto A* incluía en el preámbulo unos argumentos que en el texto definitivo han sido suprimidos. Así, en el primer párrafo añadía un inciso final, que decía:

“... que el desarrollo de los procedimientos técnicos actuales permite fijar con una aproximación desconocida en la época en que se elaboró la Ley de Aguas, que por eso mismo hubo de verse forzada a establecer con carácter general la distancia recogida en el artículo 24, independientemente de que la zona de influencia de un pozo rebase los límites señalados.”

Y añadía a continuación otro párrafo, también suprimido en el texto definitivo, que decía:

“Esto es más cierto aún en el caso de minas y socavones, en los cuales la distancia ática carece en absoluto de sentido, porque las bocas de mina pueden estar a mucha mayor distancia de cien metros una de otra y, en cambio, tomar las galerías tal dirección relativa que se crucen o que coincidan en algún tramo, influenciándose los alumbramientos de aguas de tales labores. Lo que habría que definir como distancia ática debería ser la distancia entre ejes de las galerías.”

Aclaraciones que, a salvo el enigmático adjetivo de *ática* —felizmente suprimido por el Informe de la Ponencia—, ponían de manifiesto un buen fundamento de la norma elegida, al par que un perfecto conocimiento de la realidad de los pozos y galerías de Canarias. Ignoramos por qué se suprimieron tales párrafos, que ya no aparecen en el llamado *Proyecto B*.

Este *Proyecto B*, además, introdujo algunas variaciones en la redacción del anterior. Así, sustituyó el término “Administración” por “el Distrito Minero y la Comisaría de Aguas”; en el artículo primero, párrafo primero, al “Servicio Geológico del Ministerio de Obras Públicas” le sustituye “la Comisaría de Aguas”; y suprime, en el párrafo segundo, la frase “la suspensión de las obras ya iniciadas hasta que por los organismos indicados en el párrafo anterior se dictamine sobre su procedencia o no”. Esto sin contar alguna otra variación de forma, que juzgamos de menos interés el reseñar.

En la enmienda encabezada por el señor García Hernández se destaca que el punto de los “perímetros de protección está recogido, con mayor rigor técnico y con extensión general, en el artículo 25 del Proyecto del Instituto de Estudios Políticos”. Y añade: “De otra parte, esta trayectoria de protección para el alumbramiento de aguas subterráneas no puede, sin más, considerarse aplicable a todas las islas, habida cuenta de que en algunas resulta conveniente no poner trabas, dentro del respeto impuesto por el artículo 24 de la Ley de Aguas, a la iniciativa particular.” Así se puede leer en su enmienda a la totalidad. En la que formuló al articulado, destaca que en el preámbulo “se da

a entender, contra toda realidad, que tratándose de galerías, las distancias que hasta ahora se han venido teniendo en cuenta son las existentes entre boca y boca y no entre todos y cada uno de los puntos de los trazados de las galerías de que se trate". Propone que el artículo 1.º acomode su redacción "al similar contenido en el artículo 25 del Anteproyecto de la Ley de Aguas redactado por el Instituto de Estudios Políticos, que es mucho más correcto". Inserta su texto a continuación, comprensivo de tres apartados, y propone agregarle otras cuatro prevenciones. Por último, propone añadir una *Disposición final*, comprensiva de dos apartados. De todas estas propuestas, la Ponencia, en su Informe de 28 de noviembre de 1962, desestima la enmienda a la totalidad, y no admite ni aun la propuesta de sustitución de articulado ya reseñada. En cambio, acoge, con sólo una ligera modificación terminológica, la Disposición final que propone.

La enmienda presentada por el señor Vilalta Caralt propuso añadir un párrafo que dijera que la distancia "será, como mínimo, de 300 metros cuando se trate de galerías" y podría ser incrementada en la forma prevista en el Proyecto. En el segundo párrafo, computa los cien metros a contar "del pozo o de 300 metros del socavón o galería". Es decir: para los pozos, mantiene la distancia de los cien metros, mientras que para los socavones y galerías la aumenta a trescientos metros. No fué recogida en el texto de la ley.

Por su parte, la enmienda que presentaron, con idéntico tenor, los Procuradores de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas, siguiendo una de las líneas antes expresadas, sin distinguir entre pozos y galerías, proponen que la distancia "será, como mínimo, de 300 metros", sin perjuicio de su incremento; y en el párrafo segundo, añaden, con relación a la mayor distancia y distinta dirección de las galerías, "previa nueva información pública en estos dos últimos casos"; enmienda ésta que fué acogida, por el Informe de la Ponencia, y luego, con variantes amplificatorias en su redacción, por el párrafo tercero de la ley definitiva.

El Informe de la Ponencia de 28 de noviembre de 1962, además de los extremos ya señalados anteriormente, declara que no acoge las de los señores Díaz Bertrana, Amigó de Lara, Vilalta Caralt y Naranjo Hermosilla "por entender la Ponencia que no procede señalar en el Proyecto distancias concretas, ya que la Administración parece la más indicada para resolver, en cada caso, cuál debe ser la separación mínima entre los alumbramientos".

C) Crítica

Al formularla, habremos de tener en cuenta ciertas opiniones vertidas, incluso previamente o al margen de las enmiendas reseñadas, tanto como nuestro personal criterio, porque estimamos que todos ellos dan buena idea de la acogida que ha tenido esta parte de la reforma.

La Ponencia sobre Aguas de Canarias de 7 de abril de 1962, ya citada, contempló este problema de las distancias y se inclinó a dejarlo

al dictamen pericial; proclamando, además, que el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos da plena satisfacción al mismo.

En contra, la "Comunidad Barranco de Araca", al acudir a la encuesta abierta para el *Plan Canarias*, en el apartado 2.º de su escrito, si bien propone aumentar las distancias, añade que "los informes técnicos, dada la absoluta naturaleza volcánica [de las Islas], no merecen la garantía que en terrenos normales".

Tomás Cruz (14), al ocuparse del Proyecto a la sazón en las Cortes, observa que la distancia fija "es una fórmula totalmente objetiva, extraña por completo a todo criterio personal, siempre muy expuesto a equivocaciones o errores, en muchos casos carentes de una racional justificación". Y mantiene la postura de fijar la distancia en cantidad no inferior a trescientos metros, con la exigencia de la fijación de una fianza. Critica también la posibilidad de ampliación de distancias, hacia un lado u otro, y la posible modificación de la dirección o rumbo indicados, señalando sus inconvenientes, y reafirmando que la mejor es la solución prevista en la Orden de 23 de mayo de 1938, que exige el afianzamiento previo suficiente de los caudales que pudieran resultar afectados en los anteriores aprovechamientos. Por último, solicita la inclusión en la nueva ley de los tres artículos de la citada Orden de 1938 y la doctrina contenida en otra Orden de 21 de julio de 1944.

Nosotros, pese a estas consideraciones contrarias al dictamen pericial, que no dejamos de encontrar fundadas, estimamos que la solución del proyecto es la mejor. Creemos preferible pasar por algún y aun algunos errores, que mantener una regla injusta, como la hasta ahora existente. Esperemos que los medios de prospección modernos permitan disminuir el margen de equivocaciones al mínimo posible. Y confiamos, por qué no, en que la prudencia habrá de presidir la actuación de los técnicos al emitir sus dictámenes periciales.

En cambio, quizá pueda en algún caso resultar peligrosa la doctrina introducida en la Disposición final para cuatro de las llamadas islas menores. Hubiera sido preferible darle el mismo trato que a los alumbramientos en Tenerife, Gran Canaria o I.a Palma, sobre todo en aras de la paz pública. Esperamos, sin embargo, que tal evento no se produzca; y puedan proseguirse los alumbramientos con sólo dar cuenta a la Comisaría de Aguas.

2) RESERVA DE CAUDALES DE AGUA POR EL ESTADO

A) Antecedentes

A diferencia del punto anterior, no son muchos los precedentes de esta cuestión en el archipiélago canario; aunque justo es proclamar que como preocupación ya se puso de manifiesto hace tiempo.

(14) Artículo publicado en *El Día*, de Santa Cruz de Tenerife, el martes 13 de noviembre de 1962, bajo el título: *Un importante tema de actualidad insular. Comentarios al proyecto de ley sobre aprovechamientos de aguas y auxilios a los mismos en Canarias. Ocho posibles modificaciones y una coyuntura aprovechable para dar rango legal a ciertas disposiciones.*

Así, la *Diputación Provincial de Canarias*, en 1822, reclamó de las Cortes “una medida legislativa por la que se declare que cuando el dueño de aguas se niegue expresa o tácitamente a aprovecharlas, se repunte como si fueran del común” (Diario de Sesiones de Cortes, sesión de 24 de octubre de 1822, pág. 577).

Por su parte, la *Junta Provincial de Agricultura de Canarias*, en 1848, vió un dictamen acerca de las obras de aprovechamientos de aguas para riegos de los terrenos, presentado en la sesión de 6 de octubre de dicho año, en el que pide se autorice “a los particulares para hacer las obras necesarias, en caso de que los legítimos dueños no lo verifiquen en el tiempo que les prefije la misma Ley” (Libro de Actas, folio 10 vuelto).

Después, que sepamos, sólo aparece la propuesta de Orozco (15), que criticó el abuso del derecho del propietario de un predio, cuando se niega a permitir la investigación en él de aguas subterráneas; y se funda para tal crítica en que “el moderno concepto de la propiedad atribuye a ésta una función social, superior a la individual”. Ante la negativa del dueño a investigar, propone que otro pueda hacerlo “previa la consiguiente indemnización de los perjuicios que se le ocasionen”. Por analogía con la expropiación forzosa, se pregunta por qué “no se permite investigar aguas en terreno ajeno”. Y propone la aplicación de la Ley de Minas, que pone el subsuelo bajo el dominio eminente del Estado; o someterlo “en beneficio público a esa especie de servidumbre forzosa de ocupación por las obras de alumbramiento”; reconociendo al propietario “un tanto por ciento del producto que de la obra se obtenga”. Desarrollando su tesis, en su Proyecto de Bases dispone la notificación a los propietarios para que en plazo de quince días manifiesten si se obligan a efectuar por su cuenta la obra, entendiéndose el silencio como negativa (art. 5.º). Y si se opusieren, se practicarán las obras por expropiación forzosa, previa declaración de utilidad pública y abono de la indemnización correspondiente (art. 6.º). Debiendo abonar al propietario, en concepto de indemnización, el cinco por ciento de las aguas que alumbren (art. 9.º). Es decir, propuso constituir la servidumbre forzosa de ocupación para las obras de alumbramiento de aguas, reconociendo al propietario el derecho a la justa indemnización por esa expropiación, representado por el cinco por ciento de las aguas que se alumbren.

Nada previó el cuestionario del Instituto de Estudios Políticos. Y surgió en el *Proyecto A*. Realmente, constituye el punto más trascendente del mismo, y el que mayores recelos y censuras ha levantado.

B) *Legislación vigente*

La Ley de 24 de diciembre de 1962 trata de ello en el artículo 2.º, y dedica un párrafo de su preámbulo a su justificación.

Preámbulo: “A su vez, la necesidad de satisfacer imperiosas exi-

(15) Lugar citado, págs. 82 y siguientes.

gencias de interés público, como son, por ejemplo, las de abastecimientos de agua a poblaciones, que encuentran difícil solución en el sistema actual de aprovechamientos de aguas existentes en el archipiélago, exige que la Administración del Estado, por medio de sus órganos competentes, pueda tener un título legítimo de intervención en determinadas zonas, que, respetando siempre las situaciones existentes, le permitiera reservarse en ellas los volúmenes de agua no aprovechados hasta ahora, los que, una vez alumbrados, pudiera utilizar directamente u otorgar para su utilización mediante la oportuna concesión administrativa.”

Artículo 2.º “El Ministerio de Obras Públicas podrá reservarse los caudales de aguas subterráneas todavía no alumbrados, en aquellas zonas en que por la escasez de aguas y la importancia de las necesidades a satisfacer lo requiera el interés público o haya razones de utilidad social para ello, respetándose siempre los aprovechamientos, alumbramientos y derechos preexistentes, reserva que llevará a cabo con las indemnizaciones a que en su caso haya lugar, de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa, señalándose en cada reserva el plazo de vigencia de la misma.

”Realizado el alumbramiento de las aguas en la zona de reservas, corresponde al Ministerio de Obras Públicas regular su aprovechamiento directo o en régimen de concesión. La concesión, tramitada de conformidad con la legislación de aguas públicas, se otorgará según el siguiente orden de preferencia: 1.º Abastecimiento de agua a poblaciones. 2.º Riegos; y 3.º Abastecimientos industriales.”

El *Proyecto A*, entre otras diferencias que no es del caso comentar ahora, se refería exclusivamente a la posibilidad de la otorgación de la pertinente concesión administrativa; y, lo que es más grave, sin mencionar indemnización de clase alguna por la expropiación del agua.

Tampoco el *Proyecto B* tuvo en cuenta esta consideración fundamental e inexcusable. Se limitó a introducir ligeras modificaciones en la primitiva redacción, tales como, en el preámbulo, suprimir la alusión al interés *social*, que se nombraba antes al lado del *público*; introducir la frase “como son, por ejemplo, las de abastecimientos de agua a poblaciones”; y, sobre todo, la novedad de que los caudales alumbrados puedan utilizarse directamente, alternativamente con la concesión. Pero ni una palabra referida a la expropiación y subsiguiente indemnización. Las protestas fueron numerosas y fundadas, y de ellas da buena muestra el número y clase de las enmiendas presentadas a este punto. Lo que se proyectaba era tanto como convertir las aguas privadas en aguas públicas, derogando tácitamente los artículos 414 y 417 del vigente Código civil.

Así, en la enmienda presentada por el procurador señor Vilalta Caralt, se contienen los siguientes párrafos, que hacemos nuestros:

“Nos damos perfecta cuenta de la gravedad social que puede suponer la resistencia activa o pasiva de un propietario a alumbrar aguas

en el subsuelo de su finca, o a permitir que otros, interesados en su alumbramiento, lo efectúen...

"Pero tal problema, que bien podemos llamar el de la *función social de la propiedad del agua en Canarias*, requiere, para su debido planteamiento, la concurrencia mínima de las garantías que, para el titular del derecho dominical afectado, exige el vigente ordenamiento sobre expropiación forzosa.

"Bastaría esto para que la actitud insolidaria de los propietarios de los terrenos se viese suficientemente corregida; y se respetaría lo prevenido en el artículo 350 del Código civil. En esta línea, podría optarse: o por la expropiación del dominio del subsuelo con abono de su justo precio o por la constitución forzosa de una servidumbre en dicho subsuelo.

"Tendría aquí adecuado encaje la aplicación del Decreto de 19 de enero de 1934, reclamado insistentemente por diferentes personas y entidades de la región. En él se previenen y regulan las diferentes indemnizaciones, según sean convenidas (art. 7), sea la servidumbre temporal (art. 8), perpetua (art. 9) o temporal que luego se convierte en perpetua (art. 10). Como decimos, su aplicación viene reclamándose desde hace tiempo, como servidumbre forzosa de acueducto sobre terrenos de propiedad privada. Ultimamente así fué solicitado por la Ponencia de Aguas en el III Pleno del Consejo Económico Sindical, celebrado en Santa Cruz de Tenerife en el mes de marzo pasado.

"La aplicación de tal Decreto, si bien pensado y dictado para servidumbres sobre fincas de superficie, pudiera extenderse sin extorsión jurídica alguna a la constitución de las servidumbres en el subsuelo de las fincas afectadas. Pero, y no nos cansamos de insistir en ello, siempre con la legal y justa indemnización.

"Así se iría de acuerdo con la esencia de la propiedad y con las normas, todavía vigentes, del Código civil. De lo contrario, se llevaría la publicación del Derecho privado, en este caso el de las aguas subterráneas, a extremos inadmisibles."

Añadiendo al texto proyectado del artículo 2.º los siguientes párrafos:

"Tales aprovechamientos, directo o mediante concesión, sólo podrán ser realizados por la Administración, cuando se hayan cumplido los siguientes requisitos:

1.º Intimación fehaciente al propietario para que explote las aguas existentes en el subsuelo de su finca, dentro del plazo de seis meses, a contar de la misma.

2.º Negativa expresa del dueño o transcurso del término de seis meses sin empezar las obras.

3.º Expropiación forzosa, previa indemnización.

La expropiación acordada podrá llevarse a cabo por medio de una de las dos fórmulas siguientes:

a) Expropiación forzosa del dominio del subsuelo de la finca o fincas en cuestión, con abono de su justo precio y con arreglo a lo dispuesto en la legislación pertinente.

b) Constitución forzosa de una servidumbre de alumbramiento de agua y acueducto bajo de tierra, en el subsuelo de la finca o fincas atecadas, con autorización para toda clase de servidumbres accesorias; precedida también de la justa indemnización y con arreglo a las normas del Código civil."

Por su parte, en la enmienda encabezada por el señor García Hernández, se lee:

"El artículo 2 plantea un problema de fondo con relación a la situación secular existente en Canarias; se trata de que la Administración entre a competir con los particulares en el alumbramiento de aguas subterráneas, cosa que sería muy de alabar siempre que, de una parte, no existiera una fecunda iniciativa de intereses particulares y que el Estado hubiera realizado todos los cometidos que del estudio de unos Planes Hidráulicos se derivan.

"Dado el alto valor de las aguas en Canarias, no es presumible que la Administración vaya a dedicar ahora sus esfuerzos en la búsqueda de caudales subterráneos, postergando el papel que le corresponde en el aprovechamiento de las aguas discontinuas que, a falta de la realización de una política hidráulica en las islas, van a perderse en el mar.

"Por otra parte, el concepto de "reserva" que se apunta es técnicamente defectuoso al considerar las aguas como materia propia de la legislación minera —con excepción de las mineromedicinales—, criterio que vendrá a complicar aún más la situación presente mediante un intervencionismo estatal, acentuado por el cruce de diversas competencias ministeriales sobre la misma materia."

Y con relación ya al propio texto, dice:

"El artículo 2.º debe ser totalmente rechazado, suprimiéndose en razón de las consideraciones apuntadas.

"La aplicación de este artículo, tal como se proyecta, en el Archipiélago originaría problemas de tal magnitud que aconsejan una supresión absoluta de la norma.

"A lo más que se podría llegar, en este aspecto, es a una disposición que, inspirada en el artículo 21 del Anteproyecto de la Ley de Aguas, del Instituto de Estudios Políticos, dijera lo siguiente:

"1. Con respecto a los aprovechamientos preexistentes, el Consejo de Ministros podrá disponer la investigación de aguas subterráneas en la zona que determine, declarando previamente las obras de utilidad pública a los efectos de aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa, incluida la ocupación temporal."

A ella convendría agregar:

"2. Las aguas alumbradas serán destinadas a su utilización por el Estado, el Cabildo o el Ayuntamiento y para su aplicación a las necesidades de servicios públicos, sin que en ningún caso se pueda otorgar sobre las mismas concesiones en favor de particulares o empresas distintas de los dueños de los subsuelos de que se trate."

En las enmiendas formuladas por los Procuradores de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas se añadió al artículo 2.º la limitación de:

otorgar la concesión sólo en favor de “alguna entidad estatal, Mancomunidad Provincial, Cabildo Insular o Municipio”, y, sobre todo, los siguientes párrafos:

“Realizándose las expropiaciones con arreglo a la legislación de Expropiación Forzosa que fuere procedente.”

“Las aguas alumbradas serán destinadas a su utilización por el Estado, la Mancomunidad Provincial, el Cabildo o el Ayuntamiento y para su aplicación a las necesidades de servicios públicos, sin que en ningún caso se pueda otorgar sobre las mismas concesiones en favor de particulares o empresas distintas de los dueños de los subsuelos de que se trate.”

Tomás Cruz, en su artículo últimamente citado, propone que tal reserva “debe limitarse exclusivamente a los caudales aún no alumbrados que puedan existir en los terrenos del Estado, de dominio público o de propios o del común de los pueblos o Municipios, dejando a salvo de tal reserva los caudales que subsistan en el subsuelo de terrenos de propiedad privada, que corresponden a los legítimos dueños de los mismos, conforme reconocen los artículos 23 de la Ley de Aguas y el 414 del Código civil”.

El Informe de la Ponencia redactó un artículo muy breve, en el que ponía a disposición del Ministerio de Obras Públicas la reserva—sin mencionar para nada el aprovechamiento directo ni la concesión—, autorizándole solamente “donde exista escasez de agua”, sin tener en cuenta la importancia de las necesidades a satisfacer: respetando los aprovechamientos preexistentes; y con la importante adición de “previas las indemnizaciones a que haya lugar de acuerdo con la vigente Ley de Expropiación Forzosa, y para su aplicación a necesidades de servicios públicos”. Suprimiendo todo lo demás contenido en el *Proyecto B*. Por el señor Nieto Antúnez se hizo expresa reserva de la facultad de exponer su disconformidad a esta redacción en el seno de la Comisión. Por la Ponencia se entendió que así “se otorgan a los propietarios de tierras las garantías jurídicas en cuya ausencia” se fundaban algunas enmiendas [las de los señores Lamo de Espinosa y Naranjo Hermosilla] para pedir la supresión del artículo. Realmente, es muy de alabar el criterio de la Ponencia. De no prosperar la tesis de la supresión del artículo

El texto definitivo recoge de la Ponencia la atribución al Ministerio de Obras Públicas: vuelve no sólo a la escasez de aguas, sino a las necesidades a satisfacer y al interés público del *Proyecto B*; añadiendo “o haya razones de utilidad social para ello”, con respeto no sólo de los aprovechamientos, sino de los “alumbramientos y derechos preexistentes”; recoge lo de las indemnizaciones, de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa; vuelve al aprovechamiento directo o concesión; y, por último, regula el orden de otorgación de esta última.

Aquí sí que el discurso del Ministro de Obras Públicas pone bien de manifiesto el designio de la Ley, por lo que estimamos imprescindible la transcripción de los párrafos más importantes a este respecto. Dijo:

“Es esencialmente una preocupación social la que ha conducido a tratar de establecer la intervención directa del Estado en los alumbramientos de aguas de Canarias, aplicando la técnica de zonas de reserva que le permitirá alumbrar en ellas caudales destinados a la aplicación del agua a fines de utilidad social o de interés público. No era admisible que para ninguno de estos dos fines acudiesen el Estado o las Corporaciones públicas al mercado del agua; para evitarlo, y con el máximo respeto a los alumbramientos existentes y a los derechos adquiridos, el Estado actuará —si las Cortes aprueban este proyecto— en aquellos casos especiales que lo requieran, sin que ello sea romper la actual estructura de la producción y distribución de aguas privadas en las islas, pero sí haciendo aparecer aguas públicas que al mismo tiempo que cumplen los fines indicados, tendrán, con su más económica utilización, una repercusión favorable en los precios de venta del agua, que con demasiada frecuencia han llegado a ser abusivos.

”Son muy expresivos, y parece oportuno traerlos ahora a vuestro conocimiento, unos párrafos —que vienen aquí como anillo al dedo— estampados en el dictamen del Consejo de Estado al proyecto de reforma parcial de la Ley de Aguas, estudiado por el Departamento de Obras Públicas.

“Hay que observar, finalmente —dice el Alto Cuerpo Consultivo—, que los problemas que plantea la existencia del mercado de aguas deberían ser también objeto de meditación en relación con las aguas subterráneas alumbradas por los particulares.

”Son notorios los abusos que se producen en provincias y regiones en las que el regadío es el único medio posible de cultivo y éste se provee por medio de particulares o sociedades que emplean su capital en buscar y alumbrar aguas; frecuentemente se hace pagar el agua en momentos de escasez a precios fabulosos, que comprometen o hacen desaparecer los legítimos beneficios que en buena parte corresponden a los cultivadores de la tierra. La unión biológica de la tierra y el agua comporta la necesidad de no desconocer este aspecto económico, el cual viene intervenido por el Estado en otros órdenes de la producción agrícola, como sucede con los precios de las semillas, abonos minerales, venta de productos, etc., etc. No desconoce el Consejo de Estado el respeto que merece la iniciativa privada en la búsqueda de agua en dichas comarcas, la cuantía de los capitales empleados en tan nobilísimo afán y el bien que han producido a la economía nacional. Pero estas razones, que pudieran justificar una justa y generosa expropiación o la conversión de la propiedad en concesiones, y una regulación de estímulo a los capitales para incrementar estas inversiones, no impide que se deba considerar como urgente y necesario afrontar este grave problema.”

”Esta doctrina del Consejo de Estado es la que trata de implantarse, en la forma limitada y con la ponderación que el proyecto de Ley recoge.

”Tiende el Proyecto que se somete a vuestra consideración, señores Procuradores, a estimular el proceso de la que llama el Consejo

de Estado "unión biológica de la tierra y el agua", y que en términos administrativos venimos llamando la adscripción del agua a la tierra; a abrir camino a la organización de Comunidades de regantes facilitando también la incorporación a sus esenciales modos de ser y de estar, de otras instituciones que, respetables por su antigüedad, revalidarán el derecho a ser respetadas con su adaptación sin reservas a una forma de producirse que tiene, de siglos, acreditada eficacia.

"Pues bien, si esta Ley lograra, como espero, moderar el precio de las aguas —a lo que habrá de contribuir, en mayor medida aún, el aprovechamiento integral de los recursos hidráulicos de las islas, en estudio muy avanzado y con grandes posibilidades de ser acometido sin tardar mucho—; si así se estimula la puesta en riego de unas tierras extraordinariamente fértiles; si el empleo de aguas de riego a precios razonables consiente y estimula la diversificación de cultivos; si la extensión del regadío conduce, como es de esperar a una prudente y justa subdivisión de la propiedad, ¿no se habrá logrado de este modo una obra trascendente de amor o, si queréis, una finalidad social del más alto interés?"

Para tal finalidad, la de abaratar el precio del agua, que predomina palmariamente en el texto del discurso, se hacen aparecer aguas públicas y se impone su adscripción a la tierra; se convierte la propiedad privada en concesión pública; se estimula la organización de Comunidades de regantes... Con ello, se cree conseguir, además, la diversificación de cultivos y una prudente y justa subdivisión de la propiedad.

C) Crítica

Se hace necesario un análisis crítico del texto legal; y nada mejor para ello que hacerlo a través de su interpretación auténtica, siguiendo algunas de las afirmaciones del discurso ministerial. Anticipamos que nuestra opinión es adversa a la idea que preside la Ley y a la forma en que ha sido desarrollada.

Las Heredades y Comunidades de aguas de Canarias han cumplido y siguen cumpliendo a la fecha una verdadera función social. Las primeras, especialmente, constituyen unos de esos cuerpos intermedios que a todo trance importa conservar y fortalecer, como organismos indispensables en una sociedad donde no deja de ser un peligro la existencia de tan sólo Administración y administrados, Estado e individuos.

El plausible deseo de que el agua cueste menos, y de que se eviten en todo lo posible el agio y la especulación en torno a ella, no afecta directamente a las Heredades y Comunidades: si acaso, a algunos de sus partícipes. Y raro será el heredero que no destine su agua a regar sus fincas, aprovechándola íntegramente.

El convertir artificiosamente, desde la *Gaceta*, las aguas privadas en aguas públicas, puede que sea fácil: pero no puede ser duradero ni eficaz; ni, sobre todo, es jurídico. Venga en buena hora la adscripción

del agua a la tierra en los aprovechamientos colectivos de aguas públicas destinadas a riegos, por medio de las Comunidades de regantes oficiales. Pero no se fuerce a tal adscripción a las aguas de las Heredades y Comunidades, de siempre eminentemente privadas, que deben conservar, como hasta ahora, su elasticidad, la libre disposición de sus aguas con la posibilidad de su cambio o permuta, su arrendamiento, su enajenación aislada de la tierra en donde nacen o en donde inicialmente se regaron. Existen —aunque pocas— y existirán en Canarias Comunidades de regantes, cuando se trata de aprovechar las escasas corrientes de aguas públicas que hay o cuando se trate de embalsar y distribuir las aguas pluviales discontinuas que se recojan en una determinada cuenca, aguas que se pueden adquirir por prescripción o por concesión. Pero de nada servirá hacerlas surgir artificialmente. Ya las Heredades han llegado al máximo en esta materia, con la reglamentación, que se encuentra en los estatutos de algunas de ellas, de limitar las aguas a unas determinadas zonas, fuera de las cuales se impide su riego. Pero ni esto supone una adscripción inseparable del agua a la tierra, ni ello sería admisible.

En fuerza de oír hablar de la función social de la propiedad, maravillosa explicación de lo que debe ser el contenido del dominio, hecha en primer término por la Iglesia Católica, especialmente desde el Papa León XIII hasta nuestros días, parece olvidarse que tal función social se monta, precisamente, sobre la propiedad privada, a la que se enaltece y considera como bien indispensable en la sociedad cristiana. Si la propiedad estuviera al servicio exclusivo de *lo social*, ello supondría tanto como la desaparición de la propiedad misma.

Quizá sea ideal la *desiderata* de la diversificación de cultivos. En principio, Canarias es una buena muestra de ella, si se contemplan sus fértiles medianías. Pero desde hace muchos años y por ahora, al menos, sólo los cultivos especiales, y de costa —concretamente, en la actualidad, plátanos y tomates— son los que justifican las enormes inversiones de los particulares en el alumbramiento, conservación y distribución de las aguas. Son esos cultivos los únicos rentables; por eso a ellos se ha de aplicar preferentemente el agua, casi siempre escasa. Son hasta ahora nuestro sustento. Sólo la existencia del cultivo del plátano hace posible esa enorme densidad de población de Canarias, que en algún término municipal de una isla llega a la asombrosa cifra de 640 habitantes por kilómetro cuadrado. Como ha dicho recientemente Antonio de la Nuez Caballero, “el cultivo del banano es el único que podría soportar esta densidad, puesto que es también el que da más cantidad de materia vegetal por metro cuadrado y año” (16).

Hablar para Canarias de subdivisión de la propiedad invita a preguntar: ¿más aún? Nuestros latifundios no son tales; ni, aunque relativamente lo fueran, son tantos. Y si hay verdadero minifundio, es.

(16) ANTONIO DE LA NUEZ CABALLERO: *Límites humanos de una dimensión. Geografía de don Simón Benítez Padilla*, “El Museo Canario”, enero-diciembre 1960, “Homenaje a Simón Benítez Padilla, núms. 75-76, tomo II, pág. 70.

precisamente, porque la clase de cultivo permite su rentabilidad suficiente. El medio empleado, en todo caso, sería excesivo para el fin: para lograr la subdivisión de la propiedad, subvertir todo el dominio de las aguas en Canarias, al menos, desproporcionado.

Sobre este último punto ya se había pronunciado hace años Juan Hernández Ramos, ingeniero agrónomo y conocido publicista, una de las autoridades canarias en materia de aguas (17), cuando aporta y comenta datos, con los que replicar “a los que aquí y fuera de aquí claman contra la concentración de la riqueza platanera en pocas manos y contra las ingentes fortunas que, por tanto, acumulan y disfrutan los afortunados mortales que en estas Islas las poseen”. Y recoge la aseveración de que “conviene airear las cifras que reflejan el reparto de la propiedad platanera para que desaparezca el mito de que aún vivimos en un país de estancias, granjas, chacras y caballerías, donde unos acaudalados propietarios, por intermedio de inhumanos mayordomos, manejan pueblos y hatos, o rebaños de personas y ganados”. Tiene nuestro sistema —añade— “mucho que enseñar y otros muchos que aprender, de sus sistemas económico, jurídico y social”. Y después de dar cifras muy elocuentes, añade que hay que destruir, también, otro mito: “el de la acumulación de las aguas de las Heredades en pocas manos”. Estudio que aún está por hacer, pero que también demostraría la realidad de una buena distribución de la riqueza entre poderosos, propietarios medianos y multitud de labradores modestos.

3) CONFLICTO ENTRE LAS LEYES DE MINAS Y AGUAS

A) Antecedentes

Cuestión ésta ya vieja en Canarias: la del alumbramiento y apropiación de aguas subterráneas al amparo de autorizaciones o concesiones obtenidas conforme a la legislación minera. La muestra más antigua que conocemos es un escrito formulado por las Heredades de Gran Canaria en 1873 (18). Se referían allí a la Ley de Minas de

(17) JUAN HERNÁNDEZ RAMOS: *¿Se quiere más parcelación? El cultivo del plátano está, económicamente, casi parcelado al límite*. Artículo publicado en “Diario de Las Palmas”, lunes, 2 de agosto de 1954.

(18) *Observaciones dirigidas a la Sociedad de Amigos del País de la Ciudad de Las Palmas acerca de los perjuicios que se están irrogando a los propietarios de aguas con la concesión de pertenencias mineras*. Gran Canaria, Tipografía Ramírez, 1873 (“Museo Canario”, folletos).

Firman en Las Palmas a 11 de marzo de 1873 el Conde de la Vega Grande, Presidente de la heredad de aguas de Vegueta, distrito de la ciudad de Las Palmas; de la de Aldea Blanca, distrito de San Bartolomé de Tirajana; y condeño de las de la mina del Cascajo o Alcarabanal, en el barranco de Telde. Alfonso Gourie, Presidente de la heredad de aguas del pueblo de Tafira. Miguel Ripoche, Presidente de la heredad de aguas de Triana, distrito de Las Palmas. Fernando Cabrera Dávila, Presidente de la heredad de Fuente de Morales, distrito de Las Palmas. Bruno González Castellano, Presidente de la Junta de Gobierno de la heredad de la Villa de Arucas. Juan del Castillo de Westerling, Presidente de la Heredad de aguas de la Fuente de Telde. José del Castillo

6 de julio de 1859, reformada por la de 4 de marzo de 1868 y por un Decreto titulado *Bases Generales para la nueva legislación de Minas*, de 29 de diciembre de 1868, con referencia a las pertenencias mineras solicitadas en la Isla y que no llevaban otro fin que la explotación de aguas. Contra esto protestaban los firmantes; y, entre otros argumentos, aducían: "Las primeras materias, los caldos, las manufacturas o los valores públicos, pueden lanzarse al mercado; pero ni la tierra ni el agua no tenemos noticia de que el comercio las haya hecho objeto de sus especulaciones" (pág. 7, nota 1). "En la Isla de Gran Canaria, donde los productos minerales son nulos, donde las aguas de riego juegan el papel más importante en la agricultura por no contar con las del cielo las zonas costaneras, y en donde, por consecuencia de ello, la ley de aguas debe ejercer un absoluto imperio." "¿Hay un país cuya formación volcánica, cuya estructura geológica no presume la ocultación de ninguna de las sustancias de la Sección 3.ª, y de cuyo suelo brotan raudales de agua que lo fecundizan, como el nuestro, apenas favorecido por las aguas pluviales? Que prevalezca la ley de aguas" (pág. 11). Y denuncian: "Las heredades de aguas y todos aquellos que posean esta clase de riqueza, bien formando parte de dichas sociedades, o aislada y exclusivamente, están amenazados, decimos mal, notificados por la piqueta del minero enmascarado" (pág. 13). Y añaden: que "estorban, no ya para las genuinas, legítimas y verdaderas explotaciones de aguas, sino aun para la limpia de nuestras propias y antiguas galerías. Ahí están las heredades de aguas de Triana y Vegueta que abonan nuestro dicho, que intentando limpiar una antigua represa, se opone a ella un minero, porque considera suyo aquel subsuelo" (pág. 15). Y al elevar sus conclusiones proponen:

"2.º Si nuestro celo, no obstante, no ha sido aún suficiente para traer a la superficie los veneros que la tierra entraña, pedimos que las nuevas empresas que se intenten, adoptando la índole de su verdadero objeto, se ajusten a las prescripciones de la legislación de aguas.

"3.ª Que se ilustre a la opinión pública para que se tenga por

Olivares, condeño de las aguas de la mina del Cascajo o Alcarabanal en el barranco de Telde y de otras varias. Fernando del Castillo Olivares, Presidente de la heredad de aguas del Valle de los Nueve. Andrés de Lezcano y Mujica, Presidente de la heredad de aguas de Tenoya. José I. Gutiérrez, Presidente de la heredad de aguas de la Vega Mayor de la ciudad de Telde. José Morales y Ramírez, Presidente de la heredad de Aguas del Ingenio. Luis Alemán, Presidente de la heredad de aguas de la Villa de Agüimes. Felice Valdés, Presidente de la heredad de aguas de la ciudad de Güia. Francisco Delgado y Silveira, Presidente de la heredad de aguas de la villa de Gáldar. Manuel Francisco Hernández, Presidente de la heredad de aguas de Moya. Francisco Gil Navarro, Vicepresidente de la heredad de aguas de Satautejo y La Higuera, distritos de San Mateo y Santa Brígida. José Nicolás Cabrera, condeño de las aguas del heredamiento del Dragonal y otras. Juan Hernández Talavera, Presidente de la heredad de aguas del Bucio, jurisdicción de Santa Brígida. Juan Ponce y Guerra, Presidente de la heredad de aguas del Laureral y Acebuchal, jurisdicción de San Lorenzo.

odioso e ilegal el que la legislación de minas sirva de antifaz para las explotaciones de aguas" (págs. 16 y 17).

Años más tarde, Orozco (19) se ocupó también de este problema. Pero aun reconociendo que la finalidad de la Real Orden de 27 de noviembre de 1924 era la de salir al paso de las concesiones mineras solicitadas en Canarias, como subterfugio para a su amparo buscar aguas, estimaba que el remedio propuesto era mil veces peor que la enfermedad, por lo que se inclinaba a considerar el subsuelo bajo el dominio eminente del Estado, atenuado por la solución propuesta en el apartado precedente.

Recientemente, al contestar al cuestionario del Instituto de Estudios Políticos, varias personas y entidades se ocuparon también de este grave problema.

Así, la citada Cooperativa U. P. A. estimó que las labores de alumbramiento de aguas "podrán llevarse a cabo dentro de concesiones mineras, sin que sea preciso obtener la autorización de los propietarios de éstas y sin otra limitación que la de dejar a su disposición los minerales que se hallaren (ver su escrito, apartado B). Añadiendo que: "No podrán ejecutarse labores mineras subterráneas sin guardar la indicada distancia de quinientos metros, con relación a los aprovechamientos de aguas preexistentes" (apartado c); terminando por solicitar el mantenimiento de la R. O. de 1924, "en lo que respecta a la ejecución de labores mineras subterráneas, armonizadas con las normas que anteceden, que se impondrán al concesionario como condiciones especiales" (apartado J).

Tomás Cruz, en su primer artículo citado, propone "modificar sustancialmente el artículo 26, por el que se concede la propiedad de las aguas halladas en las labores mineras a los concesionarios de sus pertenencias, mientras conserven la de sus minas respectivas, limitando el derecho de los mismos sólo al uso de tales aguas, mientras las precisen para el laboreo o lavado de los minerales, pero no para que puedan destinarlas a otros distintos usos, en perjuicio evidente de los propietarios de los terrenos en que han sido alumbradas, a quienes en todo caso deben pertenecer en propiedad, conforme a lo prevenido en el artículo 23".

Guillermo Cabrera, después de poner de manifiesto el hecho, propone que "el minero no podrá hacer uso de las mismas aguas alumbradas, sino en el lavado de su mineral, hasta que la explotación de éste se considere industrialmente provechosa, y que hasta ese momento las aguas pertenecen al dueño del terreno en que se alumbran, en lo que no hayan afectado o mermado otras que deban reintegrarse, con derecho a sacarlas a la superficie por los socavones". Añadiendo: "4.º Los concesionarios de pertenencias mineras sólo podrán adquirir las aguas halladas en sus labores, si para éstas también obtuvieron previamente las licencias y en las condiciones de los preceptos anteriores pues de lo contrario las alumbradas serán del dueño del pre-

(19) Lugar citado, pág. 47.

dio, en lo que exceda de las obligadas al reintegro de las atectadas y en lo que sobren de las necesarias para el lavado del mineral extraído, único uso a que el minero podrá destinarlas en tanto la explotación de su mineral no sea industrialmente provechosa”.

Por otro lado, al resumir las sugerencias formuladas a dicho cuestionario, la mayoría de los opinantes deniega validez a los permisos y concesiones mineras, para realizar a su amparo alumbramientos de aguas.

Y llegamos ya a estos días. El problema vuelve a surgir, y esta vez grave y acuciante, en la Isla de La Palma. Se producen dictámenes, la prensa se hace eco de ello y las Corporaciones provinciales toman cartas en el asunto. La cuestión la plantea así un dictamen del letrado palmero, nuestro buen amigo don Juan Edmundo Hernández Hernández, de fecha 11 de enero de 1962: “Ante el hecho frecuente de los numerosos permisos de investigación de minerales otorgados por la Jefatura del Distrito Minero de Santa Cruz de Tenerife, al amparo de la legislación minera y, por consiguiente, formalmente correctos, pero que —por parte de los peticionarios— encubren el propósito de captación y explotación de aguas subterráneas, con grave perjuicio de intereses tanto públicos como privados, dignos de protección, se planten los siguientes problemas:

1.º A quién pertenecen las aguas alumbradas a través de unos trabajos amparados en un permiso de investigación de minerales.

2.º Qué derecho atribuye sobre esas mismas aguas alumbradas el simple permiso de investigación de minerales.

3.º Qué derechos tiene sobre las mismas aguas el concesionario de una explotación minera”.

Concluye que el titular de un simple permiso de investigación de minerales “no tiene, en ningún caso, derecho alguno sobre las aguas alumbradas durante los trabajos que realice al amparo de aquel permiso”. Y que el titular de una concesión de explotación de un yacimiento de minerales, si ha demostrado la existencia del criadero, “no tiene, de igual forma, derecho alguno sobre la propiedad de las aguas alumbradas, sino el derecho simple de utilización que le otorga la legislación minera”.

La Comisión Delegada de Asuntos Económicos de Santa Cruz de Tenerife, vio el 17 de febrero de 1962 el problema planteado por el Cabildo Insular de la Isla de La Palma, por el perjuicio que se origina como consecuencia de que, al amparo de la vigente legislación de Minas, se realicen obras de captación de corrientes subterráneas, con daño de legítimos intereses. Y tomó el acuerdo de interesar de la Mancomunidad Provincial Interinsular, para que designe persona que proceda al estudio del problema en su integridad, a efectos de proponer a la Superioridad las medidas pertinentes; y al propio tiempo recabar de la Jefatura de Minas cuanto al respecto se determina en la Real Orden de 7 de junio de 1899 (20). Tal dictamen

(20) Referencia periodística de *La Tarde*, sábado 17 de febrero de 1962.

fue encargado, según nuestras noticias, al Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, don Rafael Entrena Cuesta, buen amigo y muy ocupado desde hace años en los problemas del agua de Canarias. No conocemos su opinión.

El asunto saltó a la Isla de La Gomera, preocupación que pone de relieve Eligio Herrera (21), que comienza su trabajo: "Prospecciones mineras en la isla"; y añade: "No se busca mineral... No se busca el mineral porque allí no lo hay de ninguna clase, acaso de hierro; pero no es rentable la inversión para conseguirlo en un plano de laboratorio. No se buscan minerales; se busca otro elemento: el agua...". Y concluye: "Llamada de atención sobre las autorizaciones para explotaciones mineras, aunque sean de piedra pómez. El agua no hay que perderla de vista en una isla que la precisa y la distribuye de una forma especial".

La "Comunidad Isla de la Gomera", constituida por escritura otorgada ante el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Federico Nieto Viejobueno, con fecha 10 de marzo de 1962, domiciliada en San Sebastián, expuso por impreso sus aspiraciones (22); y entre ellas, en la 1.ª, hizo constar expresamente:

"No se pretende, por consiguiente, explotar "minerales" ni usar de procedimientos indirectos para la captación de aguas".

Por último, el III Consejo Económico Sindical de Santa Cruz de Tenerife de marzo de 1962, ya reiteradamente citado, limita los derechos de los titulares de autorizaciones de investigaciones de minerales y de concesiones mineras a utilizar las aguas que se alumbrén en sus labores únicamente en el lavado del mineral que se extraiga, "debiendo revertir lo que exceda de esta necesidad y aun la empleada en la misma, una vez cumplida su anterior finalidad, al dueño del subsuelo o persona o entidad a quien éste hubiere autorizado para alumbrarla"; añadiendo:

"Dentro de las concesiones mineras que en lo sucesivo se otorguen, se permitirán los trabajos de investigación y alumbramiento de aguas, sin que sea preciso obtener la autorización de los propietarios de la mina y sin otra limitación que la de dejar a la disposición de éstos los minerales que se hallaren" (págs. 93 y 94). Y en la conclusión segunda pide que:

"Se modifique el régimen vigente sobre registros mineros en orden a una mayor protección de los derechos del subsuelo y de las concesiones y aprovechamientos de aguas preexistentes" (pág. 97).

(21) En su artículo *Ahoros en la Isla de la Gomera*, publicado en *La Tarde*, el día 17 de mayo de 1962.

(22) "Comunidad Isla de la Gomera" (*Acogida a la Ley de 27 de diciembre de 1956*). *San Sebastián de la Gomera*, 1962. *Memoria que, acerca de sus propósitos, la "Comunidad Isla de la Gomera" presentó al Excelentísimo Señor Gobernador Civil de la Provincia, con motivo de haber solicitado permiso para la investigación de aguas subterráneas en distintos barrancos de dicha Isla*. San Sebastián de la Gomera, a diez de mayo de mil novecientos sesenta y dos.

B) *Legislación vigente*

La Ley de 24 de diciembre de 1962 regula este punto en su artículo 3.º Pero sorprendentemente, no hay ni una sola línea dedicada a él en su preámbulo, cosa que si extraña por constituir una excepción en los demás extremos de la misma, aún lo es mayor, dado que el *Proyecto A* le dedicaba unos párrafos, si no suficientes a justificar la solución adoptada, sí al menos que servían para plantear debidamente el problema. Decía así el *Proyecto A*, en su preámbulo:

“Resulta necesario también afrontar la cuestión de la atribución de las aguas aparecidas en las minas, por ser evidente y estar comprobado hasta la saciedad cómo con el subterfugio de esta técnica y mediante las oportunas solicitudes de aprovechamientos de unos minerales, la mayor parte de las veces inexistentes o de significación económica mínima en comparación con la de las aguas allí alumbradas, ha venido a provocarse una situación verdaderamente caótica, siempre al margen de la justa accesoriadad con que, tanto la Ley de Aguas como muy especialmente la de Minas, otorgan al titular de una concesión o de una licencia de investigación las aguas allí alumbradas”.

Se publica el *Proyecto B* y en él ha desaparecido va toda justificación preliminar. Lo que convierte el artículo 3.º del texto legal en algo como sacado de la manga, sin que ni por asomo se fundamente la reforma. Queda desnudo el articulado. Tampoco nos aclara mucho el discurso del ministro de Obras Públicas, que en este punto se limita a decir que otra medida de justicia es la de “cortar definitivamente el subterfugio de alumbrar aguas utilizando una autorización de investigación minera con la que se soslayaba la tramitación normal de una petición de alumbramiento, sistema vicioso que dejaba indefensos los intereses afectados constituyendo, además, el utilizar tales aguas, una auténtica sustracción”.

He aquí lo que previene la Ley:

“*Artículo 3.º* La atribución de la propiedad de las aguas halladas en una mina, en régimen de concesión de explotación, que el artículo 26 de la Ley de Aguas hace al concesionario de la mina y cuyo uso ratifica a favor del mismo la vigente Ley de Minas, deberá entenderse reducida exclusivamente a los volúmenes que a las labores de la explotación minera pudieran ser necesarios, de acuerdo con lo que el Distrito Minero dictamine en cada caso. Los volúmenes de aguas no empleados para tal fin se destinarán, en primer término, a reponer las mermas, acreditadas por la Comisaría de Aguas, de los aprovechamientos hidráulicos preexistentes que hayan resultado afectados como consecuencia del alumbramiento llevado a cabo en la mina. Los sobrantes deberán en todo caso ser vertidos a un cauce público o puestos a disposición de la Comisaría de Aguas de Canarias, sin que quepa alegar consolidación alguna en el disfrute de esos caudales sobrantes hasta que no se acredite el derecho adquirido por prescripción o legitime su si-

tuación mediante la correspondiente concesión de las aguas públicas que utiliza.”

“Las infracciones a este respecto se estimarán como constitutivas de sustracción y, al margen de las responsabilidades a que pudieran dar lugar, podrán ser sancionadas por la Comisaría de Aguas si, realizadas las oportunas notificaciones, no se procede a la rectificación de esa situación, con multas de 500 a 5.000 pesetas por cada día en que persista la infracción.”

He aquí las circunstancias que recoge:

1.^a Se limita a contemplar las aguas alumbradas al amparo de concesiones mineras. No atribuye derecho alguno a las aguas que se alumbran al amparo de un mero “permiso de investigación de minerales”. Con ello va de acuerdo con lo prevenido en el *Proyecto B*. Y es de elogiar tal limitación, que suprime lo propuesto en el *Proyecto A* respecto a los permisos.

2.^a Limita el aprovechamiento del minero al agua necesaria para el lavado de material y demás labores de la explotación que se requieran.

3.^a El sobrante se destinará, en primer término, a reponer las mermas producidas en otros aprovechamientos preexistentes.

4.^a Si aún hubiere exceso, deberá ser vertida a cauce público o puesto a disposición de la Comisaría de Aguas.

5.^a Posibilidad de consolidar ese disfrute en el minero por medio de la prescripción o de la concesión administrativa correspondiente.

La enmienda del señor García Hernández enfocaba este artículo 3.^o desde el punto de vista de su supresión. Parte él de la base que tal precepto “puede responder a la situación existente últimamente en alguna Isla —el problema no es general— por la corruptela que se ha pretendido crear bajo las solicitudes de permisos de investigación y posteriores concesiones mineras. El propósito de corrección es laudable, pero no necesita norma legislativa alguna para evitar el abuso, ya que con otra de menor rango puede ser perfectamente corregida la tendenciosa desviación”.

Pero el mayor cúmulo de enmiendas, incluyendo esa del señor García Hernández, se centró, de una manera más o menos radical, en la crítica a la tesis de los *Proyectos A* y *B*: la de configurar esa agua alumbrada al amparo de permisos mineros como agua pública. Lo confirma la cita expresa de la prescripción o concesión como modo de adquirirlas, prevenida en el artículo 409 del Código civil, y la configuración de su sustracción como tal.

Así, la enmienda presentada por el señor Vilalta Caralt introducía en el segundo inciso del primer párrafo, que viene a ser el último, pues se suprime todo el resto del artículo, lo siguiente:

“Los volúmenes no empleados para tal fin pertenecerán al dueño de la finca o fincas en cuyo subsuelo hubieran sido halladas; reputándose, por tanto y en todo caso, aguas privadas.”

Por su parte, la enmienda encabezada por el señor García Hernández, sustituye el segundo inciso del primer párrafo por el siguiente:

“Los volúmenes de agua no empleados para tal fin deberán ser aplicados, en primer término, a restituir las que se hubieren disminuído, de los aprovechamientos preexistentes, atribuyéndose el resto, si lo hubiere, al dueño del terreno en cuyos suelos o subsuelos hubiera surgido.”

Añadiendo un tercer párrafo, que diga:

“Lo dispuesto en este artículo no afecta a las obligaciones impuestas por la Real Orden de 27 de noviembre de 1924, o disposición que le sustituya, relativa al afianzamiento que ha de hacerse de las aguas en los aprovechamientos preexistentes en los que exista la posibilidad de que sean afectados tanto por los permisos de investigación como por las concesiones de explotación.”

Las enmiendas presentadas por los Procuradores de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife, recogiendo en espíritu la misma tesis, la ampliaron, pensando en la restitución a favor de quienes hubieran sufrido perjuicio por los alumbramientos mineros. Así, decía, el segundo inciso del primer párrafo disponía: que los volúmenes de agua no empleados para tal fin “se destinarán en primer término a resarcir las mermas que los aprovechamientos hidráulicos preexistentes pudieran sufrir por consecuencia del alumbramiento efectuado en la mina; y el sobrante, si lo hubiere, será atribuido al dueño del predio o, en su caso, a quien por prescripción haya podido adquirirlo”.

Califica la sustracción de aguas, simplemente, sin el calificativo de *públicas*, como se proyectaba; consecuencia del carácter de agua privada que esta enmienda concede a las alumbradas de la forma expuesta. Y por último, le añade a este artículo el siguiente párrafo:

“La ejecución de labores, tanto para alumbramiento de aguas subterráneas como mineras, no impedirá el ejercicio de las acciones judiciales procedentes, incluso interdictales.”

Por su parte, Tomás Cruz, en su artículo citado, entiende que las previsiones del Proyecto están bien cuando las aguas se hayan alumbrado “en terrenos del Estado, del dominio público o de propios o del común de los pueblos o Municipios”. Pero que “cuando dichas aguas se encontraren en el subsuelo de terrenos particulares, ese sobrante debe entregarse al propietario particular del subsuelo donde se alumbraron, a los que se entregará previo pago al concesionario de la mina de la parte proporcional invertida en su explotación, y si no hubiere conformidad entre ambas partes, respecto a la fijación de los gastos, se estará a la cifra que, de común acuerdo, señalen la Comisaría de Aguas de Canarias y el Distrito Minero correspondiente”.

La Ponencia de la Comisión de Obras Públicas propuso recoger la primera parte de la propuesta del señor García Hernández —restitución primero, luego al dueño del subsuelo—, añadiendo:

“Y en caso de declararse de utilidad pública, serán puestos a disposición de la Comisaría de Aguas de Canarias, previa la indemnización a que haya lugar de acuerdo con la vigente Ley de Expropiación Forzosa.”

Recogiendo luego el resto de dicha enmienda; y parcialmente

—dice— las análogas de los señores Díaz Bertrana, Amigó de Lara y Vilalta Caralt.

Ya hemos visto que la Ley, si bien recoge lo de la restitución de las mermas, en cuanto a los sobrantes, insiste en su primitiva versión; es decir, el verterlos a cauce público o ponerlos a disposición de la Comisaría de Aguas, salvo la prescripción o la concesión.

C) Crítica

Juan Amigó de Lara, Ingeniero Jefe de Obras Públicas de Santa Cruz de Tenerife, en unas declaraciones concedidas al periodista Luis Alvarez Cruz (23), dice que “con ello se trata de evitar los subterfugios de todos conocidos para la obtención de alumbramientos de aguas sin el debido control, que al realizarse sin considerar los existentes, podrían ocasionar perjuicios irreparables. Sin duda alguna —añade—, creemos que tal estado de cosas se mejorará notablemente”.

Nosotros también creemos esto: la finalidad es plausible, y seríamos desagradecidos si otra cosa dijéramos; y las cosas mejorarán —de hecho ya han mejorado— con ello. Pero es lástima que el mismo acierto no haya acompañado a la solución buscada para resolver la verdadera naturaleza de las aguas, y la consiguiente restitución a su dueño verdadero. Los argumentos que ya antes apuntamos, contrarios a la transformación de aguas privadas en públicas, los damos aquí por reproducidos. No se nos explica, además, en la ley de reforma, por qué se adopta esta solución y no aquella reclamada con rara unanimidad por todos los preopinantes. Forzoso será entrar en el terreno de las conjeturas, sobre aquello que pudo querer el legislador. Suponemos que el fundamento de tal destino se halla en las prevenciones del artículo 39 de la Ley de Minas de 1944 y del artículo 128 del Reglamento para su aplicación de 1946, que así lo ordenan. Y que estos preceptos, a su vez, se fundan en la consideración que reina en la legislación de minería de que el subsuelo de las fincas es del dominio eminente del Estado. Presunción que, como es sabido, va en contra de la que prescriben, a efectos del alumbramiento de aguas, el Código civil y la Ley de Aguas de 1879, de consuno: que estiman que el agua alumbrada en el subsuelo de una finca pertenece al titular de ella.

Creemos que, una vez dirimida —con acierto— la cuestión en favor de la legislación de aguas, debió considerarse que los caudales alumbrados serían de la pertenencia del dueño del subsuelo donde se hubieran hallado. Es decir, la solución patrocinada recientemente por el III Consejo Económico Sindical de Santa Cruz de Tenerife —marzo 1962—, a que ya hemos aludido. Postura que estimamos la más justa y atendida a las presunciones del Derecho civil.

Sólo en el caso de que el dueño del subsuelo donde se alumbrare el agua decidiera no aprovecharla, estaríamos ante un supuesto análogo al contemplado por el artículo 2.º, ya estudiado, y su solución podría

(23) Publicadas en *El Día*, viernes 25 de enero de 1963.

ser similar: expropiación del agua alumbrada, por interés público: o constitución de servidumbre forzosa de acueducto bajo de tierra, bien en favor del solicitante, bien en favor del Estado; y en todo caso, también con la justa y previa indemnización. Y esto nos lleva como de la mano al estudio de una última cuestión relacionada con este artículo, que al exceder de un mero juicio o crítica, estimamos requiere epígrafe aparte.

D) *La servidumbre forzosa de acueducto*

Una de las enmiendas presentadas, la del señor Vilalta Caralt, propuso añadir al artículo 3.º un párrafo que dijera:

“Cualquier persona, natural, jurídica o comunidad, que se proponga construir canales para la conducción de aguas, podrá solicitar la servidumbre forzosa de acueducto sobre terrenos de propiedad privada, sin que sea preciso que ostente la posesión o pertenencia de las mismas, ni de los terrenos que se vayan a regar. Otorgada que le sea, con informe favorable de la Jefatura de Obras Públicas, la interposición de los recursos previstos en el artículo 78 de la Ley de Aguas no producirá el efecto de la suspensión de las obras, sin menoscabo de su demolición y de la indemnización de perjuicios, si el recurso fuere estimado.”

Tal enmienda no prosperó: fué rechazada en el Informe de la Ponencia, por entender “que plantea cuestiones que desbordan al ámbito del artículo tercero”. Sin embargo, nosotros creemos que hay que detenerse a considerarla, pues ella plantea una cuestión que desde hace años se viene demandando en Canarias: la inclusión en la Ley de Aguas de la servidumbre forzosa de acueducto, prevista en el Decreto de 19 de enero de 1934, que reglamenta la tramitación de los expedientes de imposición de la misma sobre los terrenos de propiedad particular para objetos de interés privado, prevista ya en el artículo 77 de la Ley de Aguas.

Puede verse sobre el tema el reciente e importante trabajo de Martín-Retortillo (24), donde pone de relieve que la institución está poco estudiada y su regulación actual resulta deficiente y pide corregir y rectificar la legislación. Destaca su carácter de servidumbre complementaria de un aprovechamiento principal, que es el agua. Alude al precedente de la ley de 24 de junio de 1849, dictada siendo Bravo Murillo Ministro de Comercio, Instrucción y Obras Públicas. Para concluir con la urgente necesidad de modernizar su regulación.

El Cuestionario del Instituto de Estudios Políticos, en su epígrafe IV. *De las servidumbres en materia de aguas*, 12, preguntaba: dado que según el artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, las servidumbres administrativas pueden

(24) CIRILO MARTÍN-RETORTILLO, *La servidumbre forzosa de acueducto por interés privado*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, julio-septiembre 1961, tomo XIV y fascículo III, pág. 691.

configurarse como una forma de expropiación, ¿juzga oportuno que se regulen en la Ley de Aguas las servidumbres en esta materia? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué modificaciones deberán introducirse?

Entre las diversas sugerencias formuladas, Tomás Cruz, en su citado artículo, propone “reglamentar la concesión de la servidumbre forzosa de acueducto en los términos señalados en el Decreto de 19 de enero de 1934”.

Guillermo Cabrera opina que “las aguas alumbradas debieran tener derecho a la servidumbre de acueducto sobre todos los terrenos y sin límite en cuanto a su extensión y sí en cuanto a que debe procurarse disminuir al mínimo los daños y perjuicios en los cultivos que se realicen. Claro es que ese derecho con las indemnizaciones correspondientes”. Y más adelante añade:

“Si se trata de servidumbre de acueducto y sobre terrenos cultivados o cultivables, se procurará que sea subterránea y a profundidad que no perjudique a los cultivos, ello siempre que la naturaleza del terreno lo permita, pues de lo contrario podrá ser superficial.”

Y dicta a renglón seguido algunas reglas complementarias, como que:

“Se comprenderá como terreno afectado... el indispensable para su posible construcción y una faja de terreno que permita el pase por sus márgenes.”

Orozco también solicitó la declaración de la servidumbre forzosa de acueducto, de conformidad con el Decreto de 19 de enero de 1934.

Ultimamente, el citado Consejo Económico Sindical pidió la elevación a rango de Ley el citado Decreto (págs. 95 y 97).

Por todo ello, quizá hubiese sido acertado aceptar la enmienda formulada por el señor Vilalta Caralt.

4) AUXILIOS DEL ESTADO PARA OBRAS HIDRÁULICAS

A) *Antecedentes*

Siendo Ministro de Obras Públicas el diputado canario Rafael Guerra del Río, en el Gobierno formado el 9 de octubre de 1933 —quien ya lo era desde el anterior Gobierno, constituido el 8 de septiembre, y lo volvería a ser en el que le subsiguíó, formado el 16 de diciembre del mismo año—, se dicta el *Decreto de 8 de diciembre de 1933*, por el que se generalizan al Archipiélago canario “adecuadamente a sus peculiaridades geográficas y sociales” los beneficios de las leyes de auxilio para obras de riego. Se trata, pues, de aplicar a Canarias la Ley de Obras Hidráulicas de 7 de julio de 1911 y otras (artículo 1.º). Se da entrada a los Cabildos Insulares, Ayuntamientos y otras Corporaciones. Los propietarios podrán adquirir el agua “por unidad de volumen, con arreglo a la práctica insular” —fundamentalmente, la *azada* en Gran Canaria, la *pipa* en Tenerife— y según tarifa que al efecto, y siguiendo aquellas mismas prácticas, se fija (art. 2.º). Su importante artículo 8.º aplica esos auxilios incluso a “las obras en

curso de ejecución, o realizadas parcialmente por entidades o particulares sin auxilio del Estado desde la promulgación de la Ley de 7 de julio de 1911", con determinados requisitos. Y se dispone "la formación de un plan de Obras Hidráulicas insular, para la creación de nuevos regadíos y mejora de los antiguos" (art. 10) (24 bis).

Tal Decreto se aplicó a Canarias, y a su amparo se realizaron obras de relativa importancia, hasta fecha relativamente reciente, según hemos de ver luego.

Ya con motivo de la publicación del Cuestionario del Instituto de Estudios Políticos, Tomás Cruz abogaba por "reglamentar la concesión de auxilios o ayudas estatales a entidades o a particulares, para transformar los secanos en regadíos o para mejorar éstos, en justa reciprocidad a lo que contribuyen al fomento de la riqueza nacional".

Guillermo Cabrera pedía exceptuar de tributación las obras que se realicen, amén de disfrutar "de los auxilios o subvenciones que concede el Estado, las aguas de las concesiones y licencias administrativas de aprovechamientos o alumbramientos y sean públicas o privadas, cuya exención alcanzará a los capitales invertidos en sus obras y en los depósitos, canalizaciones o distribuciones".

En la ya citada Ponencia de Aguas de 1962 se hace eco de las aspiraciones contenidas en diversos Congresos Sindicales anteriores, entre las que destaca el *Régimen de auxilios a las obras hidráulicas*, que pretende restablecer la vigencia del Decreto de 1933, que había sido suspendido en su aplicación desde 1956 "a causa de que determinado Departamento Ministerial formuló ciertos reparos en cuanto a su rango administrativo. Ello —prosigue— ha creado una situación de desagrado en el archipiélago, manifestada a través de múltiples peticiones. La más reciente, en el curso del año actual, consiste en un proyecto de ley presentado al Consejo Económico Sindical de Las Palmas que se intenta presentar a las Cortes mediante la firma de veinticinco procuradores, para dar rango y fuerza de ley al mencionado Decreto". Pero excluye la Ponencia su estudio porque "no son materia de la Ley de Aguas".

La Ponencia III del Consejo Económico Sindical de Santa Cruz de Tenerife, Sección Obras Hidráulicas, pedía:

"Es absolutamente necesaria la ayuda estatal para mantener un ritmo de desarrollo económico adecuado al aumento de población y elevar la renta media *per capita*, una de las más bajas de España. Con tales miras, los Excmos. Cabildos Insulares de Tenerife y La Palma han tomado la iniciativa redactando sendos Planes de Obras Hidráulicas de las respectivas Islas para proponer al Estado su aprobación y conseguir posteriormente su auxilio económico."

Y su conclusión cuarta, dice:

"Se considera conveniente la promulgación de disposiciones legales que autoricen y faciliten el auxilio estatal a obras de regadío de ca-

(24 bis) Es digna de leerse la exposición de motivos del Decreto, publicado en la *Gaceta de Madrid* del 10 de diciembre de 1933. núm. 344.

rácter privado y actualizar la Ley de Auxilios a Obras Hidráulicas del 7 de julio de 1911, admitiendo la colaboración de Corporaciones locales como entidades beneficiarias de los auxilios que se establecen" (25).

B) Legislación vigente

La Ley de 24 de diciembre de 1962 recoge esta aspiración de la siguiente forma:

Précambulo: "Por último, el estímulo de la iniciativa privada, debidamente dirigida por el Estado, debe encontrar también adecuada acogida para su impulso y fomento en el sentido de hacer real y efectivo el sistema de ayudas y subvenciones. Con tal propósito, el Decreto

(25) En efecto, las tres principales han formulado ya sus respectivos Planes Hidráulicos.

En Gran Canaria, el Cabildo Insular editó en 1941 una *Memoria sobre Obras hidráulicas*, redactada por el que fué el Director de su Sección de Vías y Obras, DON SIMÓN BENÍTEZ PADILLA, con una justificación previa del entonces Presidente de dicha Corporación, DON MATÍAS VEGA GUERRA. En 1959 se ha hecho una segunda edición de la misma obra, bajo el título *Gran Canaria y sus Obras hidráulicas, Bases geográficas y realizaciones técnicas*, de la que es autor don Simón Benítez Padilla, con un Propósito del señor Vega Guerra, considerablemente ampliada y enriquecida. Y desde agosto de 1961 se encuentra en marcha un ambicioso Plan hidráulico, en el que el Cabildo, bajo la Presidencia de don Federico Díaz Bertrana, ha destinado durante el año 1962 la cifra de veinte millones de pesetas.

El Cabildo Insular de Tenerife, presidido por don Juan Ravina Méndez, acordó en 1959 un importantísimo *Plan de Obras Hidráulicas de la Isla de Tenerife*, que, redactado por los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos don Juan Amigó de Lara y don Juan La Roche Izquierdo, fué aprobado en 1960. Ha sido editado por Lit. Romero, Tenerife, en 1961.

El total del presupuesto asciende a la suma de 1.811.000.000 de pesetas, distribuidos en la siguiente forma:

Canales	267.900.000,00
Embalses	1.323.600.000,00
Galerías	149.500.000,00
Corrección de cauces	50.000.000,00
Repoblación forestal	20.000.000,00
	<hr/>
	1.811.000.000,00

Por último, el Cabildo Insular de La Palma acordó también su Plan hidráulico en 1960, que, redactado asimismo por el Ingeniero de Caminos don Juan Amigó y el Ingeniero don Aurelio Feliciano, fué aprobado en 1961. Se eleva a 632.000.000 de pesetas. Abarca un canal de circunvalación y depósitos reguladores, corrección de cauces y la indispensable repoblación forestal, a saber:

Canales	132.500.000,00
Embalses	439.500.000,00
Corrección de cauces	20.000.000,00
Obras de abastecimiento	30.000.000,00
Repoblación forestal	10.000.000,00
	<hr/>
	632.000.000,00

de 8 de diciembre de 1933 generalizó al archipiélago canario los beneficios de las Leyes de Auxilios del Estado para la ejecución de las obras hidráulicas de regadío, *beneficios que hasta dicha fecha no habían podido aplicarse a las obras de las islas por las especiales características concurrentes en ellas*; por ello, la regulación del citado Decreto pretendía y consiguió generalizar tales beneficios adecuadamente a sus peculiaridades geográficas y sociales, procurando respetar las prescripciones de las Leyes de Auxilios aún vigentes. La aplicación del citado Decreto hasta 1956 se tradujo en un buen número de obras relativamente modestas, pero, en cambio, de amplia significación económica; *suspendida la aplicación de ese Decreto porque carecía del rango necesario para recoger la regulación en él contenida, las obras hidráulicas de regadíos en las Islas Canarias han vueltó a verse privadas de los beneficios de los auxilios del Estado, paralizándose la mayor parte de las actividades en ese importantísimo sector, trascendental para el desarrollo económico de las islas, precisamente en un momento en el que aceleradamente se ha incrementado la acción estatal en la península.*

"Ahora bien, al volver a las fórmulas del Decreto de 8 de diciembre de 1933, no parece ni lógico ni conveniente proceder a su total revalidación en cuanto que es preciso adecuar las modalidades en él establecidas a las directrices económicas del momento presente, y en tal sentido deben modificarse las soluciones presentadas en el mismo, en orden a dos puntos fundamentales. Todo el sistema de ayudas y subvenciones que se fija se aplicará a todo tipo de obras que en el futuro se realicen para la captación y mejor aprovechamiento de las aguas; *no hay razón alguna para recoger la especial retroactividad que el Decreto de 1933 señalaba en su artículo 8.º, incluyendo en el cómputo de los auxilios y ayudas las obras ya realizadas.* En segundo lugar, se fija el sistema de ayudas de acuerdo con una técnica diferenciada, de modo que si ha de recibirla un Cabildo Insular o una Comunidad de Regantes constituida para un aprovechamiento de aguas públicas, de acuerdo con la Ley de Aguas de 1879, lo será como subvención a fondo perdido; si se trata, por el contrario, de ayudas a propietarios particulares, aisladamente o a través de agrupaciones de interés privado, la ayuda tendrá carácter de anticipo reintegrable en el plazo que se señala. Fácilmente se comprende la razón de esta diversidad si se considera que las obras a que ha de aplicarse este segundo sistema mantienen el carácter privado a favor de los beneficiarios y *van a traducirse en una inmediata plusvalía, en beneficio exclusivo de los particulares solicitantes.*

Artículo 4.º "Se convalida a todos los efectos el Decreto de 8 de diciembre de 1933 sobre ejecución de obras hidráulicas en las Islas Canarias con auxilio del Estado, modificado en los términos siguientes:

a) Todas las ayudas, auxilios, subvenciones y anticipos que se consignan en el referido Decreto se aplicarán exclusivamente a los presupuestos de todo tipo de obras hidráulicas, principales o complemen-

tarias, que en el futuro se realicen para el alumbramiento, la captación y el mejor aprovechamiento de las aguas, sin que en ningún caso pueda incluirse en ellas el valor de las obras ya realizadas.

b) Los auxilios establecidos en el Decreto citado deberán entenderse como subvenciones a fondo perdido hasta el 50 por 100 del importe total de las obras si son realizadas por las Mancomunidades Interprovinciales, Cabildos Insulares o Comunidades de Regantes de aprovechamientos de aguas públicas, constituidas de acuerdo con la Ley de Aguas. Podrán acogerse a este mismo régimen los Heredamientos y Comunidades de Aguas comprendidos en la Ley de 27 de diciembre de 1956 y Grupos Sindicales de Colonización que adscriban el agua a la tierra y se estructuren con los mismos órganos y se rijan de acuerdo con las normas que la Ley de Aguas establece para las Comunidades de Regantes de Aguas Públicas.

c) En todos los demás casos el auxilio, que no podrá sobrepasar el 50 por 100 del importe total de las obras a ejecutar, se entenderá como anticipo reintegrable en veinte anualidades calculadas a interés compuesto del tipo legal y abonadas a partir del año siguiente a la puesta en explotación.

d) Los Cabildos Insulares podrán concertar con los particulares y entidades concesionarias de aprovechamientos de aguas públicas la transferencia de las concesiones otorgadas y subrogarse en los derechos y obligaciones de aquéllos, con la finalidad de realizar las obras hidráulicas correspondientes, al amparo de lo que establece esta ley.

Los Cabildos se reintegrarán de la aportación económica que efectúen por medio de las tarifas del riego que a tal fin sean aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas y transcurrido el plazo de amortización, pasará a la Comunidad de Regantes, que obligatoriamente habrá de constituirse, el dominio colectivo de todas las obras, de acuerdo con el artículo 188 de la Ley de Aguas. El Cabildo encomendará a la Comunidad de Regantes la explotación y administración del aprovechamiento en cuanto ésta quede constituida."

Artículo 5.º "Lo dispuesto en esta ley será de exclusiva aplicación a las islas del archipiélago canario.

Dadas las especiales circunstancias que concurren en las islas de Lanzarote, Fuerteventura, Gomera y Hierro, se atenderán preferentemente los expedientes relativos a ellas, que al amparo de esta ley se tramiten."

Nada diremos en comentario al artículo 5.º, centrandó nuestro estudio a los auxilios.

Es de notar que el *Proyecto A*, en el preámbulo, fundamenta la suspensión de 1956 "en evitación de determinado abuso". No hemos podido saber a qué abuso se referirían los autores del primitivo proyecto. Lo cierto es que ya esa frase no aparece en el *Proyecto B*, que, en cambio, fundamenta la suspensión del Decreto de Guerra del Río "porque carecía del rango necesario para recoger la regulación en él contenida"; lo que, como hemos visto, pasó a la ley, sin que pasara, en cambio, lo del *Proyecto A*. Y esto fué, sin duda, lo del rango legis-

lativo del Decreto de 1933, lo que motivó la suspensión y sirvió de fundamento a esta reforma, según se demuestra con los siguientes párrafos del discurso del ministro:

"El Ministerio de Obras Públicas, que no ignora que la justicia y la legalidad no van siempre de la mano, viene tratando desde hace cinco años de resolver estos problemas del agua de Canarias, dentro de sus limitados medios económicos, y con el propósito de armonizar con la justicia, una legalidad que no la servía con la finalidad apetecible.

"Así, por lo que se refiere al auxilio del Estado para realizar obras hidráulicas y específicamente de riegos, se contaba sólo con la legislación vigente en toda España que si no daba en Canarias más frutos, era por las especiales características de sus aprovechamientos de aguas. Otro instrumento legal creado como para adaptarse a tales características había sido el Decreto de 8 de diciembre de 1933, que el Ministerio de Obras Públicas comenzó a emplear con el mejor deseo. Los reparos puestos por los Servicios Jurídicos, que impedían la intervención económica de los créditos, cerraron el paso a una buena disposición del Gobierno, con razones, que fuerza es reconocer, jurídicamente correctas. Esta suspensión de una acción administrativa por razones estrictamente jurídicas, era una muestra más de las afortunadas servidumbres que a su Gobierno impone este Estado de Derecho que es el español.

"Para ajustar a sus exigencias las necesidades económicas que se estaban haciendo sentir con evidente urgencia, se preparó un proyecto de ley general de auxilios a obras de riego que actualizase la de 7 de julio de 1911, de aplicación en toda España, pero recogiendo en la reforma normas adaptadas al caso especial de Canarias. La amplitud de este proyecto y, sobre todo, su relación con otros supuestos económicos y sociales aconsejó revisar el estudio efectuado, lo que supuso un sensible aplazamiento de unas medidas que eran absolutamente indispensables para la economía canaria. Para acortarlo, se estudió entonces un proyecto de ley específica para el Archipiélago, que al revestir características de ley especial permitía salirse del marco limitado de la prestación de auxilio que contemplaban las disposiciones anteriores para tratar de resolver en la nueva otros problemas típicos de los aprovechamientos de aguas en Canarias."

Hemos de volver más adelante sobre otros puntos del discurso del ministro de Obras Públicas en las Cortes.

Una vez publicados los proyectos, la opinión se movió en torno a dos polos: el primero, de aplauso por la decisión tomada de volver a aplicar los beneficios del Decreto Guerra del Río, de tanta justicia como necesidad; el segundo, el lograr que la restauración fuera más generosa, en el sentido de que comprendiera, si no todas las obras realizadas, como prevenía el artículo 8.º del Decreto de 1933, al menos sí las obras que iniciadas al amparo de aquél se hubieran visto afectadas por la interrupción —confesada— de 1956. Porque, se argumentaba, las razones que motivaron hace treinta años la promulgación de aquel Decreto se seguían dando en el archipiélago canario; y porque ello

supondría un justo premio a la enorme labor realizada por la iniciativa privada, antes y después de esas fechas (1933/1956), en el fomento de la agricultura en Canarias, alumbrando aguas en galerías y pozos; y ello con su exclusivo sacrificio pecuniario.

También se solicitó suprimir la alusión hecha en el preámbulo de ambos proyectos a las "agrupaciones mercantiles" para designar a los antiguos Heredamientos y modernas Comunidades, y proponiéndose en su lugar la calificación de "agrupaciones de interés privado" o simplemente "agrupaciones privadas", más conforme con la verdadera naturaleza de aquellas instituciones.

En tal línea se situó la enmienda presentada por el señor Vitalta Caralt al pedir la extensión de los beneficios a las obras "que hayan sido iniciadas desde 1956 y las que en el futuro" se iniciaren. Mas sobre todo destaca en esta enmienda un añadido: al apartado b), después de los Cabildos Insulares y en sustitución de las "Comunidades de Regantes de aprovechamientos de aguas públicas, constituidas de acuerdo con la Ley de Aguas", propuso:

"O Heredamientos o Comunidades de Aguas, constituidas legalmente".

Importante adición, que colocaba en lugar de las Comunidades de Regantes *oficiales*, apenas extendidas en Canarias por la inexistencia práctica de aguas públicas, a los Heredamientos y Comunidades de aguas privadas, numerosos y realizadores de todas las obras de alumbramiento de aguas subterráneas en el archipiélago.

Por su parte, la enmienda presentada por el señor García Hernández expone con una gran claridad la cuestión. En la que formuló a la totalidad del proyecto, pide la retirada de éste, para una regulación completa y orgánica de las aguas en Canarias. Y lo fundamenta así:

"En efecto, este proyecto ha surgido como consecuencia de la reiterada petición canaria de que no se suspendiera la aplicación del régimen de auxilios a las obras hidráulicas, que para Canarias fue establecido por el Decreto de 21 de noviembre de 1933.

"Dicho Decreto fue aplicado y hace años suspendida su efectividad por haber surgido determinados escrúpulos en orden a su rango y legalidad. Tal suspensión ha afectado a las provincias canarias, en las que, como es obvio, los daños derivados de tal medida han sido muy importantes. La justificación de la publicación de un Decreto-Ley, por razones de urgencia, en aquel momento hubiera evitado tales consecuencias.

"El propósito de traer a las Cortes un proyecto en el cual se traten de regular las medidas adecuadas para establecer un régimen de auxilios para las obras hidráulicas en Canarias es loable; pero no cabe, a estas alturas, limitarse a reproducir la vigencia del Decreto de 1933 sin considerar todos y cada uno de los problemas que la realización de las obras hidráulicas, en la doble vertiente de la acción oficial e iniciativa privada, comporta, no ya en razón del tiempo transcurrido

desde aquel entonces, sino de las peculiaridades evidentes de los problemas de las islas, que entre sí, ofrecen indudables diferencias.

“En este aspecto, la regulación es inadecuada e insuficiente, más aún cuando el artículo 4 del proyecto —único que se refiere a esta cuestión— establece un tratamiento discriminatorio entre las Comunidades de regantes de aguas públicas —prácticamente inexistentes en Canarias, por su escaso número— con las Comunidades de aguas privadas, reguladas en la Ley de 27 de diciembre de 1956.

“Aunque la razón de ello es indudable que se fundamentará en motivos directamente conectados con los valores que el agua alcanza en el mercado, resulta cierto el que un régimen de auxilios para las aguas en Canarias no puede seguir postergando el estímulo y fomento que debe otorgarse a la iniciativa privada, cuando ella, con todos sus defectos, ha sido la que ha permitido una investigación de las aguas que ha facilitado el desenvolvimiento de la agricultura en el país, siendo, además, paradójico que mientras en otros aspectos, como el de la colonización y ayudas para pequeñas canalizaciones, se pueden obtener créditos del Ministerio de Agricultura, se siga manteniendo en el ramo de las Obras Públicas un criterio distinto.”

Y en la enmienda presentada al articulado propone introducir en el artículo 4.º varias modificaciones. Así, en el apartado *a*), incluye, al lado de la captación de aguas, “el alumbramiento, conducción, represamiento y, en general, el mejor aprovechamiento” de las mismas. En el apartado *b*) propone incluir las Comunidades y Heredamientos comprendidos en la Ley de 27 de diciembre de 1956, siempre que, respecto a estos últimos, destinen las aguas a su distribución entre los partícipes y no a su venta”. Y, por último, le añade al artículo 4.º cuatro apartados más, letras *c*), *d*), *e*) y *f*), de los cuales logró pasar a la Ley solamente el contenido en la letra *f*), que forma, con variantes en su redacción, el actual apartado *d*) del artículo 4.º

Las enmiendas firmadas por los Procuradores de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas propusieron añadir al apartado *a*) análoga frase; al apartado *b*) añadieron “las Mancomunidades Interprovinciales” y la ayuda a los Heredamientos o Comunidades de aguas “que destinen su caudal a repartirlo entre sus partícipes o herederos con destino al riego de terrenos y no a su venta”; y por último, propusieron añadir como párrafo *c*) el que luego fué en la Ley apartado *d*).

Hagamos constar aquí que lo propuesto en las enmiendas analizadas últimamente, al pedir su extensión a los Heredamientos y Comunidades de la Ley de 1956, era loable en su principio, y justo en su control, como toda medida que tienda a revalorizar el sentido reverencial del dinero; aunque en la práctica podría ser de difícil ejecución tal medida de garantía. Pero puesta muy en la realidad, además, porque la mayoría de los herederos —y aun de los comuneros— destinan su agua a regar fincas de su propiedad o que llevan en arrendamiento, la que suele ser, incluso, insuficiente.

Tomás Cruz pidió la extensión de los auxilios, subvenciones y anticipos a las obras “que puedan ejecutar los Ayuntamientos”, necesarias

para el abastecimiento de las poblaciones. Por lo que hace a los auxilios en particular, los juzga insuficientes, sobre todo en comparación con el Decreto de 1933. Cabía esperar —dice— que los auxilios fueran excepcionales. Y pedía la ampliación del plazo de un año para comenzar a devolver el anticipo reintegrable a tres, por ser ese el mínimo para poner en explotación una obra hidráulica.

La Ponencia, en su informe, recoge ya la sustitución de la frase “agrupaciones mercantiles” por las “agrupaciones de interés privado”, con base en las consideraciones expuestas por el señor Vilalta. Y con respecto al artículo 4.º, propuso:

En cuanto al apartado a), después de recoger lo sugerido en las enmiendas del señor García Hernández y de los Procuradores de Las Palmas y de Santa Cruz, le añade que podrán ser subvencionadas las obras “que hayan sido declaradas subvencionables durante el período de aplicación del Decreto”.

En el apartado b) acoge la enmienda del señor García Hernández y, en sentido general, las de los señores Díaz Bertrana, Amigó de Lara, Vilalta Caralt y Naranjo Hermosilla. Pero no acoge la del señor Yagüe Yus, “ya que el plazo de cinco años que en ella se propone parece innecesariamente largo, habida cuenta de que la rentabilidad de las obras hidráulicas en Canarias se manifiesta de modo inmediato, dado el alto valor del agua en las Islas”. Ni tampoco recoge la del señor Gómez de Aranda, ya que este precepto “se refiere específicamente a aprovechamientos para riegos y que, por otra parte, los Ayuntamientos disponen de las facultades que les reconoce el correspondiente Decreto del año once”. Por último, somete a la Comisión el antiguo apartado f), por ser extremo nuevo en relación con el Proyecto.

El Ministro de Obras Públicas, en su discurso, dijo especialmente, en cuanto a este punto:

“Y hasta el régimen de auxilios, que parece dictado exclusivamente por consideraciones económicas, tiene una finalidad trascendente del mismo signo. Es cierto que, mediante ellos, la iniciativa privada, que tanto ha hecho por la prosperidad de Canarias, tendrá un estimable apoyo financiero con los préstamos a largo plazo que se establecen, y han de fomentar, indudablemente, la puesta en riego de las tierras isleñas, con las favorables consecuencias ya apuntadas.”

“Pero si, además, la iniciativa, por su origen o por bien entendida generosidad, se encamina a trocar el régimen de venta del agua por el de adscripción del agua a la tierra, el préstamo se transforma en subvención, a fondo perdido, justificada por la consideración del bien común, régimen éste que se aplica a los Cabildos Insulares y a las Comunidades de Regantes.”

C) Crítica

¿Qué opinión nos merece y ha merecido la redacción definitiva del texto legal?

Juan Amigó, en sus declaraciones antes citadas, emite juicio favorable. Literalmente dice:

“Es sabido de todos que en Canarias el valor del agua permite la ejecución de obras de elevado coste específico para mejor aprovecharla, pero ese mismo coste elevado no lo puede realizar el particular por razones económicas. Por ello, al concederse préstamos hasta del 50 por 100 del importe de las obras, no cabe duda que se estimulará económicamente la iniciativa privada. Además, cuando la obra la ejecuta un organismo local o insular, la subvención hasta del 50 por 100 es a fondo perdido, con lo que el coste específico de las aguas aprovechadas se reduce a la mitad, permitiendo la realización de obras no financieras sin la existencia de tal ayuda o auxilio.”

“Por último, se pretende la constitución de Comunidad de regantes con el régimen definido en la Ley de Aguas, estimulando su organización mediante la concesión de auxilios también hasta un 50 por 100 a fondo perdido de las obras que se realicen para establecimiento de regadíos.”

Nuestra opinión va implícita, al menos en parte, en lo expuesto anteriormente. La retroactividad solicitada era de justicia: el preámbulo de la ley lo señala —y nosotros lo hemos destacado en letra cursiva— al reconocer que los beneficios de la legislación general para toda España de 1911 “no habían podido aplicarse a las obras de las islas por las especiales características concurrentes en ellas”. A remediar esta injusticia —la de privar a unas provincias españolas de los beneficios que se dictaban para todas— vino el Decreto de Guerra del Riego de 1933. De esa fecha a 1956 vino aplicándose el Decreto, y a su amparo realizándose —y aún proyectándose— obras. En ese año se reconoce que por razones de rango legislativo se suspendió la aplicación del Decreto y con ella la de los beneficios de él derivados. Pues bien, aquellas circunstancias que determinaron la promulgación del Decreto de 1933 siguen manteniéndose: luego la retroactividad prevista en él debería volver a darse, por lo menos para las obras comprendidas en ese período de 1956 a esta fecha. Así lo vió también la Ponencia, en su apartado *a*).

Por otra parte, si es cierto que las plusvalías se traducen en beneficio de los particulares, no lo es tanto que sea en beneficio exclusivo de ellos; antes al contrario, revierte de inmediato en favor del Estado, por medio de la contribución territorial, entre otras. La tierra, hasta entonces de secano, pasa a tributar por finca de regadío, con el enorme aumento de base imponible que ello supone. Sin contar con que el alumbramiento anima en seguida a los propietarios a “sorribar” y poner en cultivo tierras hasta entonces baldías. “valutas” en la terminología local.

No se ha aclarado suficientemente qué deba entenderse por “puesta en explotación”. Suponemos que deberá entenderse por tal el inicio de las obras, no el alumbramiento del agua. Los gastos, enormes por cierto, tienen que ser afrontados desde el comienzo —y aun antes— de la iniciación de las obras. No se puede esperar a recibir el auxilio a que se alumbré el agua, cosa siempre incierta en el sí y en el cuándo, perfectamente aleatoria.

Pero, sobre todo, es censurable que sigan considerándose a los Heredamientos y Comunidades como entidades de lucro, pese a la modificación que se ha logrado introducir en el preámbulo, sustituyendo el adjetivo *mercantiles* por el de *interés privado*.

En efecto, una primera lectura del texto aprobado por las Cortes hacía concebir esperanzas: las de ver incluidas en el grupo de entidades que podían obtener subvenciones a fondo perdido a los Heredamientos y Comunidades de aguas de Canarias, junto a las Mancomunidades, los Cabildos, las Comunidades de regantes y los Grupos Sindicales de Colonización. La condición impuesta no afectaría más que a estos últimos, los Grupos Sindicales, que se equiparan a las Comunidades de regantes; equiparación acertada, pues unos y otras, como entidades de derecho público que son, encajan bien en la prescripción de que "adscriban el agua a la tierra". Por su parte, Heredamientos y Comunidades no necesitarían así más que estar comprendidos en la Ley del año 1956, que los regula. Verían premiados sus trabajos, sin mengua de sus específicas características, que no podían ser desconocidas para los redactores de la Ley. Esas instituciones darían a las subvenciones que recibieran el destino adecuado; cosa, por otra parte, de no demasiado difícil comprobación.

Pero la propia redacción del inciso en cuestión da margen a que se entienda que la condición abarca por igual a Heredamientos y Comunidades y a los Grupos Sindicales de Colonización. Las reseñas periodísticas de la sesión de Cortes del 19 desvanecieron las esperanzas que se pudieran haber formado. No conocemos el discurso del Presidente de la Comisión de Obras Públicas, pero sí el texto íntegro del pronunciado por el Ministro de Obras Públicas, que hemos copiado en buena parte anteriormente. De su lectura se desprende claramente que los Heredamientos y Comunidades canarios, para poder gozar de aquellas subvenciones a fondo perdido, necesitarán adscribir sus aguas a la tierra que rieguen; y, además, estructurarse de la misma forma que las comunidades de regantes oficiales. Es decir, que para poder gozar de aquellos beneficios habrán de variar radicalmente su naturaleza y regulación. Si no lo hacen, no serán acreedores a tales auxilios. Y esto sí que es criticable con todas nuestras fuerzas.

Si el derecho a ser repetadas han de volverlo a ganar las Heredades transformándose ahora en Comunidades de regantes, ¡menguados derecho y respeto son éstos! Si las Comunidades de regantes cuentan con siglos en su haber, también las Heredades tienen su abolengo secular: pues, como es sabido, nacieron a raíz de la conquista de las Canarias, y pueden situarse cronológicamente en los albores del siglo XVI. Es decir, toda nuestra historia. Y durante ella, a no dudarlo, han acreditado también su eficacia.

La adaptación a las normas de las Comunidades de regantes implicaría un retroceso, un retorno a los años alrededor de 1880, en que es sabido que algunas heredades se transformaron en Comunidades de regantes. Pero sin que perdamos de vista que ya entonces la Administración, con fino instinto, rechazó en más de un caso la

aprobación de las ordenanzas que se le sometían, "por tratarse de aguas claramente privadas". Nuestro sentir es ahora el mismo que el ya expuesto, reiteradamente a lo largo de algunos años, en diferentes trabajos sobre el tema. Insistir sobre esto sería repetir y repetirnos. Los argumentos para la distinción entre Heredades y Comunidades de regantes; la crítica a la transformación de fines del siglo XIX, ya aludida líneas arriba, con la fina ironía del "sabe tanto, sabe tanto... ; que está cambiando las aguas privadas en aguas públicas!"; todo ello conserva su validez y su vigencia. Las Heredades son unas de las pocas instituciones que pueden seguir siendo baluartes del Derecho civil, "el más puro y justo de los Derechos", como se ha dicho con frase feliz; la norma eterna del Derecho privado, frente a los avances de la publicación del Derecho.

Por tanto, si para obtener subvenciones a fondo perdido las Heredades y Comunidades de Aguas de Canarias han de alterar su estructura, adaptándose a las normas de Derecho público de las Comunidades de regantes, deberán renunciar a ellas, conformándose con los préstamos previstos para particulares. Y quedando reservadas aquellas subvenciones, exclusivamente, para las Corporaciones de Derecho público.

Siendo también de advertir que los préstamos resultarán bastante onerosos, ya que se conceden "en veinte anualidades calculadas a interés compuesto del tipo legal".

IV. LAS COMISARÍAS DE AGUAS DE CANARIAS

En otra parte (26) hemos destacado el error que ha supuesto la reforma jurisdiccional realizada por el Decreto de 8 de octubre de 1959 y sus Ordenes complementarias de 31 de diciembre de ese año y 16 de enero de 1960, al crear una sola Comisaría de Aguas en Canarias, con jurisdicción sobre las dos provincias de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife y capitalidad en Las Palmas de Gran Canaria; creación paralela a la del Servicio de Obras Hidráulicas de Canarias, con análoga jurisdicción y capitalidad en Santa Cruz. Sean cuales fueren las motivaciones administrativas y aun funcionales que hayan llevado a ello para la Península, en Canarias supone una centralización incómoda y peligrosa. Incómoda, porque se obliga a toda una provincia a acudir a ventilar sus solicitudes de alumbramiento de aguas a la capital de otra provincia, haciendo viajar la documentación entre ambas ciudades, se ha dicho, ¡hasta 18 veces! Peligrosa, porque ello está contribuyendo manifiestamente a reverdecer antagonismos y pugnas interinsulares, que, si no habían desaparecido, al menos se habían atenuado desde la división del archipiélago en dos pro-

(26) MARCOS GUIMERA PERAZA, *El derecho de subsuelo* (Aguas subterráneas), ya citado, pág. 122, nota 1°. Ver también mi *Régimen jurídico de las aguas en Canarias*. La Laguna de Tenerife, 1960, pág. 20, nota 38.

vincias, en el año 1927. Tales funciones venían atribuidas, hasta ahora y desde entonces, a las respectivas Jefaturas de Obras Públicas provinciales, a satisfacción de ambas partes; es decir, de todos. El estar compuesta cada una de las provincias por islas complica aún más la cuestión; y ya que no pueda irse al *desideratum*, que consistiría en una desconcentración total por islas, al menos deben dejarse las cosas como estaban; es decir, repartidas las funciones, en forma idéntica, entre ambas provincias, para que cada una pueda bastarse a sí propia en sus necesidades. Cosa análoga ocurrió con la supresión de los Tribunales Provinciales de lo Contencioso Administrativo, que el Poder Central ha rectificado después, decretando la creación de una Sala Especial en la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con independencia de la establecida en la Audiencia Territorial de Las Palmas, que es la norma general para toda España. La única solución para que el pleito de la capitalidad no renazca es una buena y auténtica división. Dos Comisarias de Aguas, dos Servicios de Obras Hidráulicas, como dos Salas de lo Contencioso Administrativo, contribuirían grandemente a ello.

Haciéndose cargo de esta situación, el procurador en Cortes, señor Vilalta Caralt, presentó una enmienda, que en este punto dice:

Adición al articulado:

“La condición insular de la región canaria puso de relieve los graves inconvenientes que una centralización de servicios entrañaba principalmente en lo que atañía a la complicación de los trámites administrativos y retraso obligado en el despacho de los asuntos, con su inevitable secuela de suspicacias y fricciones que la realidad geográfica y fundamentalmente política del archipiélago imponía.

”Desaparecidas desde hace casi treinta años, tales dificultades, con la división de aquél en las dos provincias que hoy lo integran, entendemos que cualquier género de centralización, y como tal reputamos la creación de una sola Comisaría de Aguas y un único Servicio de Obras Hidráulicas, con jurisdicción sobre todo el conjunto insular y capitalidad respectiva en Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife, respectivamente, sólo vendría a resucitar una situación en buena hora superada y a enfrentarnos con problemas que, a pesar del poco tiempo de vigencia de la disposición, la práctica ha venido destacando en toda su crudeza.

”De aquí la necesidad de aprovechar esta coyuntura legislativa para incitar en el proyecto, cuya enmienda proponemos, la oportuna disposición descentralizadora creando los dos servicios (Comisaría de Aguas y Oficinas de Obras Hidráulicas) en ambas provincias, con entera independencia de los unos con respecto a los otros.”

Añadiendo el siguiente

Artículo quinto. “En cada una de las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas existirán una Comisaría de Aguas y un Servicio de Obras Hidráulicas, con jurisdicción sobre cada una de

dichas provincias y capitalidad en Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria, respectivamente."

Sin embargo, la Ponencia de la Comisión de Obras Públicas, en su informe, rechaza esta enmienda "porque plantea un problema de organización administrativa ajeno por completo a la finalidad del proyecto".

Extraña, en verdad, esta respuesta. Primero, porque sí se trata de un proyecto típicamente administrativo —apenas contiene cosa alguna de Derecho civil— en el que tendrían adecuado encaje todas las cuestiones de esa índole, como la que se proponía. Segundo, y sobre todo, porque basta leer la ley para observar la enorme importancia que se concede a la intervención de la Comisaría de Aguas. Así, en punto a distancias, el artículo 1.º previene el necesario informe que, con el Distrito Minero, ha de emitir la Comisaría. En punto a conflicto entre minas y aguas, el artículo 3.º exige el dictamen de la Comisaría sobre las mermas producidas en los aprovechamientos preexistentes que hayan resultado afectados por el alumbramiento hecho en la mina. Y aún más: los sobrantes de agua deberán ser vertidos al cauce público "o puestos a la disposición de la Comisaría de Aguas de Canarias". Y todavía, la Comisaría podrá sancionar la sustracción de esas aguas con multas de 500 a 5.000 pesetas. Por lo que hace a las prevenciones del artículo 1.º, relativas a Lanzarote, Fuerteventura, Gomera y Hierro, se obliga a los iniciadores de la explotación a comunicarlo a la Comisaría.

Ante esta numerosa e importante intervención, no cabe duda de que debió meditarse más en la necesidad antes expuesta. La presencia de una Comisaría —al menos— en cada una de las dos provincias se hace inexcusable. Y un buen momento para ello pudo haber sido el de la elaboración de esta ley. Esperemos, ahora, que en un plazo no lejano el legislador resuelva esta cuestión, en bien de la paz y la prosperidad de Canarias.

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

«La doctrina de los actos propios.—Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», por Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

El miércoles siguiente a la festividad de San Raimundo de Peñafort del año 1962 fué un día grande en el Seminario de Anuario de Derecho Civil, reunido en torno a don Federico de Castro. El motivo de la alegría lo constituía el hecho de que uno de sus más conspicuos concurrentes, Luis Díez-Picazo Ponce de León, había sido galardonado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona y por el Ilustre Colegio de Abogados de dicha ciudad con el premio Raimundo de Abadal y Calderó, brillantemente conseguido con su monografía "La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

Más de un año después, y dado otro nuevo motivo de alegría al mismo Seminario por el propio Luis Díez-Picazo, al conseguir con el número uno la Cátedra de Derecho Civil, me ha sido deparada la satisfacción de ser yo quien comente, para ANUARIO DE DERECHO CIVIL, su premiada monografía.

"*La doctrina de los actos propios*", con sus cuidados índices, constituye un volumen de más de quinientas páginas, en el cual —además de la monografía propiamente dicha— se recogen en un apéndice un repertorio de las 238 sentencias del Tribunal Supremo que se han referido al tema de los "actos propios", todas finamente anotadas por el autor que en cada una de ellas busca la verdadera *ratio decidendi* del fallo.

Este trabajo de recopilación y análisis, paciente, inteligente y riguroso, unido a la amplia perspectiva histórica y comparatista que ofrecen los cuatro primeros capítulos de la obra, y la labor de análisis, delimitación y ordenación, verificada para precisar y sintetizar el contenido, fundamento, presupuestos y consecuencias de la doctrina de los actos propios, constituye un magisterio práctico de método jurídico-científico.

* * *

Es muy significativo el subtítulo de la obra: "Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo". Veamos cómo nos lo explica el mismo autor:

"Un ordenamiento jurídico no puede quedar reducido a la pura expresión, abstracta y formal, contenida en las normas legales, sino que es, ante todo, una realidad vital, algo que cotidianamente se realiza: en definitiva, una determinada manera de ordenar heterogéneos conflictos de intereses que, entre los hombres, produce su coexistencia en el mundo. El frío dogmatismo y el posi-

tivismo legalista de nuestros esquemas conceptuales tiene que ser, de alguna manera, revitalizado. Acaso no exista, para ello, ningún camino mejor que estudiar y analizar críticamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Está el jurista teórico demasiado acostumbrado a operar sobre los preceptos legales, casi exclusivamente, y a montar sobre ellos brillantes estructuras institucionales, olvidando con frecuencia que tanto los preceptos como las construcciones realizadas sobre ellos no son otra cosa que instrumentos de que servirse para resolver con justicia, en cada caso concreto, particulares conflictos de intereses."

Y, unos párrafos después, prosigue:

"Mas si efectivamente esta jurisprudencia constituye una inacabable fuente de enseñanza al mostrarnos un sistema jurídico en su aplicación y desarrollo, habremos de convenir igualmente en la necesidad de una labor de depuración y de elaboración doctrinal sobre esta jurisprudencia, que no puede quedar reducida al macizo ingente de los repertorios, ni al menudeo detallista de las anotaciones de los textos legales. Hay que acometer una labor detenida de investigación y de análisis crítico para obtener, depurados y elaborados, unos criterios básicos de interpretación, utilizables tanto para entender como para aplicar todo el sistema jurídico."

"He aquí, pues —prosigue—, el propósito que he querido subrayar: el análisis crítico de la jurisprudencia del T. S. Tomar de la cantera jurisprudencial unos materiales, tratarlos adecuadamente y obtener una doctrina elaborada, me parece un deseo ambicioso. Además, poner en práctica un método de estudio: la jurisprudencia no puede utilizarse —como frecuentemente ocurre entre nosotros— cual mero dato de carácter erudito, cuando se cita una sentencia más o menos conocida; tampoco puede utilizarse entresacando, en unas líneas, algunas de las afirmaciones que hizo para fundar el fallo. Una sentencia del T. S. es, ante todo, una decisión sobre un caso concreto. La única manera rigurosa de recordarla es decir en síntesis lo que decidió. Un estudio serio de la jurisprudencia tiene que contemplar ineludiblemente el conflicto concreto que se hallaba planteado, la solución a que los Tribunales inferiores le habían sometido y el recurso de que fué objeto. Sólo así estaremos en condiciones de calibrar lo que verdaderamente nos interesa, que es esto: cuál fué la decisión y cuáles fueron sus fundamentos (*ratio decidendi*), que deberá ser cuidadosamente separado del resto del contenido de la sentencia, de las afirmaciones hechas de una manera incidental o a mayor abundamiento."

Es decir, que Luis Díez-Picazo rehuye todo *positivismo*. Tanto rechaza el positivismo legalista —cada día más abandonado por la actual doctrina civilista y refutado por la reciente Filosofía del Derecho—, como también el positivismo jurisprudencial —que aireado por el realismo angloamericano tiende a influenciar el Derecho continental europeo—.

Valora Díez-Picazo debidamente los fallos jurisprudenciales, porque los valora críticamente. No acepta aquella esceptica afirmación que hace coincidir el Derecho con los inapelables fallos de los Tribunales, y que considera que su estudio no consiste sino en la previsión del fallo, con lo cual nunca podría enseñar al Juez cómo y qué debe fallar justamente.

Se trata, pues, de estudiar la jurisprudencia, pero de estudiarla críticamente y centrándola en su verdadera *ratio decidendi*.

También rechaza el método dogmático basado en los fríos esquemas concep-

tuales. Pero, tratando de revitalizar la labor científico-jurídica, intenta obtener, en labor de investigación y análisis crítico, "depurados y elaborados, unos criterios básicos de interpretación, utilizables tanto para entender como para aplicar todo el sistema jurídico".

Esta es la más moderna orientación de la labor conceptual en el campo jurídico.

Así, Coing ha distinguido, los *conceptos generales empíricos*, los *conceptos esenciales de valores* y los *conceptos esenciales fenoménicos*. Los primeros, que pueden referirse a objetos y hechos importantes de la vida social (v. gr., predio, casa, árbol, etc.) o de tipo técnico jurídico o *conceptos de ordenación* (v. gr., sujeto de derecho, objeto de derecho, derecho real, etc.), no pueden ser base para deducir decisiones en cuanto carecen de puntos de vista valorativos. En cambio, están basados en valores morales (v. gr., lealtad, confianza, buena fe, seguridad jurídica, etc) los *conceptos esenciales de valores*, que pueden constituir el fundamento de decisiones, no mediante subsunción lógica, pero sí casuísticamente a través de una descripción de valores, preguntándose por el comportamiento que exige una situación dada. Y los *conceptos esenciales fenoménicos* (v. gr., esencia del matrimonio, propiedad privada, pesesión), tras los cuales obra la supratemporal *naturaleza de las cosas*, y de los que pueden y deben obtenerse consecuencias capaces de fundamentar decisiones, sin tratarse de una mera deducción y exclusión lógicas, sino de una aclaración de esencia.

Tal labor, después de una investigación y análisis exhaustivo de la jurisprudencia española y completa del Derecho histórico y el comprado, es la que acomete Díez-Picazo acerca de la doctrina de los actos propios, a través de conceptos esenciales de valores —en especial el de *buena fe*— y de conceptos esenciales fenoménicos, utilizados con tanta precisión casuística como elevación y síntesis científica.

* * *

Pero veamos ya cómo trata el autor la doctrina de los actos propios, y para ello vamos a intentar seguirle sintéticamente en su exposición.

La regla "*Adversus jactum suum quis venire non potest*" fué expresada por la Glosa, aunque tiene viejas raíces en el Derecho romano, en textos concretos, que suministraron los materiales para su formulación. En todos los pasajes, estudiados por el autor, "la idea fundamental consiste en impedir un resultado conforme al estricto Derecho civil, pero contrario a la equidad y a la buena fe", y el mecanismo utilizado consistía en conceder una "*exceptio*" —con estrecho parentesco con la *exceptio doli*— frente a una "*actio*" civilmente fundada.

Azo, fundamentándolo en varios textos romanos, anunció —acaso por primera vez— este brocardo, que fué recogido por Accursio y del que se ocuparon más tarde postglosadores —con Bartolo y Baldo al frente—, cononistas, prácticos y también tratadistas de los siglos XVI y XVII. Díez-Picazo resume su investigación diciendo que se trata de una abstracción o generalización de la *ratio* de algunas particulares decisiones romanas que no tuvieron en ningún momento carácter universal. Generalización que estuvo falta de una elaboración teórica completa que permitiera diferenciar los supuestos en que la regla se aplicaba de aquellos otros en que era excluida. Sin embargo, los autores, reiteradamente, habían señalado dos excepciones: los casos de nulidad de un

contrato por prohibición de la ley (*contra legem*) y de entablarse la impugnación no en interés del impugnante, sino de tercera persona representada *ministerium legis* por el impugnante. Sobre esa base, del análisis de estas excepciones, Schacher, en el siglo XVII, intentó la primera elaboración doctrinal del tema.

Próximo parentesco con nuestra regla tiene en el Derecho inglés la doctrina del *estoppel*—etimológicamente: estorbo, impedimento, obstáculo, detención—, que técnicamente significa que una persona dentro de un proceso está impedida para hacer una alegación—aunque sea cierta—que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta. Se trata de una creación de la práctica jurisprudencial, fundada en decisiones de los tribunales y no en la legislación parlamentaria. Su más profunda raíz se halla en la protección objetiva de la apariencia jurídica. Se trata—como ha observado Puig Brutau—de “situaciones jurídicas cuya firmeza descansa en la protección concedida a la confianza en la apariencia”, que viene a consistir en una especie de sanción impuesta a una persona en virtud de su autorresponsabilidad, derivada del sentido objetivo de su conducta y de la confianza que ha podido suscitar en los demás. Dentro de un proceso significa que una persona no puede hacer una alegación en contradicción con el sentido objetivo de su conducta anterior. No hay efectos sustantivos, pero el resultado procesal puede llevar a igual resultado práctico concreto. Es un arma estrictamente defensiva (según Cababe, no es una espada, sino un escudo).

En la doctrina alemana de primeros de siglo, son constatados los esfuerzos de Erwin Riezle para construir como institución autónoma la doctrina que prohíbe venir contra los actos propios. Preocupación que posteriormente continúan Walsmann, Heinrich Lehmann, Esser, Weber y Siebert. Por otra parte, la jurisprudencia desarrolló la doctrina denominada del *Verwinkung*, caso especial de inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, o mejor de un especial abuso del derecho consistente en ejercitarlo con un retraso estimado como desleal según de una valoración objetiva de la conducta del ejercitante.

La jurisprudencia española del Tribunal Supremo ha venido aplicada de un modo constante y reiterado, desde hace mucho tiempo, la máxima conforme la cual “nadie puede ir válidamente contra sus propios actos”. Díez-Picazo explora la doctrina jurisprudencial, la analiza, matiza y clasifica cuidadosamente, ordenando los materiales de trabajo, con los cuales acomete su labor de fundamentar y delimitar dicha regla. Lo cual es objeto de la segunda parte del libro, conforme seguidamente vamos a ver.

* * *

Se trata de una proposición de lógica jurídica, pero ¿qué valor tiene? Se ha dicho que es una máxima, aforismo, apotegma o brocardo, que es un principio general, que constituye una doctrina jurídica. Su precisión es procurada meticulosamente por el autor. Su carácter de *regula iuris* poco dice, dada la amplitud de la aproximación. En cambio, su valor normativo *de facto* es evidente, puesto que los tribunales la aplican. Pero ¿de qué tipo es?

Las Sentencias del Tribunal Supremo han insistido reiteradamente en que, en nuestro ordenamiento, dicha regla tiene carácter de principio general del

Derecho. Afirmación que revisa Díez-Picazo, observando que si fuese así, las acciones de impugnación quedarían reducidas a piezas de carácter excepcional y, sin embargo, no es así, sino que tienen fundamento en su propia *ratio*, como situaciones de poder puestas por el ordenamiento jurídico a disposición de las personas para resolver determinados conflictos típicos de intereses; que igualmente carecerían de carácter normal y típico aquellos supuestos—que evidentemente lo tienen—en que es posible la revocación o el desistimiento unilateral o el cambio de parecer o conducta. Siendo así, ¿qué generalidad puede atribuirse a la doctrina estudiada?; y, si carece de ella, ¿cómo puede calificarse de principio *general* de Derecho? Por ello, el autor se resiste a admitir esa calificación.

Tampoco se trata evidentemente de una norma legal, ni puede decirse que se trate de una costumbre del lugar. Ni estima posible que se trate de una norma jurisprudencial, porque no es misión de los Tribunales crear "*ex nihilo*" normas jurídicas.

Por ello, se inclina a creer que, si bien la inadmisibilidad de "*venire contra factum proprium*" no es sostenible como un autónomo principio general de Derecho, es fácilmente viable como derivación necesaria e inmediata de un principio general universalmente reconocido: el de la *buena fe*, que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho. Este principio impide ejercitar abusivamente derechos subjetivos. Si no son ejercitados de buena fe, su ejercicio se torna antijurídico y no es admisible. Y la buena fe exige un comportamiento coherente con la confianza suscitada por los actos del autor.

Pero, para delimitar el objeto de su estudio, Díez-Picazo busca el acomodo de la regla en nuestro sistema civil, después de separarla de otras afines, como las de la eficacia vinculante del negocio jurídico, de las declaraciones tacitas de voluntad, de la prestación hecha de buena fe, de la renuncia, la "*exceptio doli*", la confesión extrajudicial y la preclusión. Aislada así, trata de ver si es posible catalogarla como una institución específica, concretada en la inadmisibilidad de la pretensión que se ejercita en contradicción con el sentido que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por el sujeto dentro de una situación jurídica concreta.

* * *

Los presupuestos de aplicación de esa forma, según el autor, son:

1.º Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante, eficaz y vinculante.

2.º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

3.º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

4.º Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos.

Este último requisito plantea la cuestión de la vinculación de los herederos por los actos propios de su causante. Hace unos años, al tratar de la eficacia

de la enajenación por el reservista de bienes reservables, si los reservatarios llegaban a ser sus herederos, examinamos las opiniones al respecto de Rodrigo Suárez y del portugués Alvaro Valasco. Díez-Picazo trata a fondo esta cuestión, hoy enriquecida con los artículos 209 y 263 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña.

En el capítulo final analiza las consecuencias de la aplicación de la doctrina estudiada. Fundamentalmente, la sanción consiste en la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria, sea por el mecanismo de la *excepción* opuesta, e incluso de oficio por el juez o Tribunal por el principio "*iura novit curia*".

* * *

Complementan esta magnífica obra, además del repertorio jurisprudencial a que ya nos hemos referido, dividido en una exposición cronológica y otra sistemática de dicha jurisprudencia, completos índices: bibliográficos, de la jurisprudencia y sistemáticos.

Se trata, en suma, de una obra que hermana un alto valor doctrinal y un concretísimo interés práctico. De tal modo, que su aportación deberá ser necesariamente tenida en cuenta, tanto por los estudiosos que científicamente quieren conocer a fondo el tema de la obra como por los abogados y jueces que se hallen, en cualquier litigio, con un problema real de actos propios.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI y José Luis LLORENTE

DERECHO CIVIL

ESTADO CIVIL: PRUEBA A FALTA DE INSCRIPCIÓN: *Se dirigen a los Encargados de los Registros Civiles instrucciones sobre prueba de nacimiento y filiación a falta de inscripción* (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 1963. B. O. del 17 de abril).

Mediante la presente Resolución (1), el Centro Directivo de referencia ha venido a declarar, «con el fin de que, en su caso, se illustre de ello a los interesados», lo siguiente:

1.º Que inscrito el nacimiento de una persona y salvo que por fuerza mayor no pueda expedirse la certificación, ésta es, en efecto, el único medio admisible de prueba.

2.º Que no estando inscrito, y aún en el caso en que la omisión se deba a culpa del interesado, deben admitirse otros medios de prueba del hecho del nacimiento, como son la partida de bautismo, el parte facultativo del alumbramiento o la declaración de testigos, siempre que con ellos se presente: a) certificación negativa del Registro Civil del lugar de nacimiento; y b) justificante de que se ha instado el procedimiento adecuado para practicar en su día la inscripción.

3.º Que en cuanto a la filiación sólo se exigirá prueba cuando interese conforme a las leyes el conocimiento de la relación familiar y entonces —y sin perjuicio de la necesidad de presentar la certificación y justificante a que se refieren los extremos a) y b) del párrafo anterior— la falta de la correspondiente inscripción podrá suplirse con otros medios de prueba.

La filiación legítima podrá acreditarse probando, con los medios legalmente admitidos, los supuestos de hecho de la misma, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto para los supuestos en que no se goce de hecho del estado de hijo legítimo.

La filiación natural puede probarse por cualquiera de los títulos que sean suficientes para, en su virtud, practicar la inscripción de la misma.»

(1) En los «vistos» de la misma se citan los artículos 53 a 55, 115, 116, 117, 118, 131, 135 y 327 del Código Civil, segundo de la Ley del Registro Civil y 41 y 339 del Reglamento del Registro Civil; a todos los cuales se ajustan las Instrucciones contenidas en la resolución que se anota.

OTRAS DISPOSICIONES

1. CÓDIGO PENAL: TEXTO REVISADO: *Se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal, en el que se comprenden todas las modificaciones introducidas en dicho Cuerpo legal desde la promulgación del Texto refundido de 1944* (Decreto 691/1963, de 28 de marzo; B. O. de 8 de abril).

La Ley número 79/1961, de 23 de diciembre, estableció las bases para una revisión parcia. del Código penal, autorizando al Gobierno para desarrollarlas en el plazo de seis meses (1) y para publicar, en otro plazo igual, un nuevo texto revisado del mencionado Código que recogiese las modificaciones introducidas en el mismo desde la promulgación del texto refundido de 1944, incluidas las de la propia Ley 79/1961.

Fruto de la primera de aquellas autorizaciones ha sido el Decreto número 168/1963, de 24 de enero que, en desarrollo de aquellas bases, da nueva redacción a los artículos afectados por la reforma contenida en las mismas

Finalmente, el Decreto 691/1963 que ahora se anota, da cumplimiento al segundo de los mandatos legislativos aludidos, aprobados el denominado «Código Penal texto revisado de 1963» del cual interesa destacar la incorporación de las modificaciones contenidas en las bases de la Ley 79/1961 y desarrolladas por el Decreto 168/1963. Prescindiendo de las ino-caciones de índole meramente sistemática, son dignas de anotar, entre otras, las siguientes nuevas modalidades delictivas creadas por la última reforma:

a) El llamado intrusismo en sus respectivos aspectos de delito (artículo 321) y de falta (art. 572, núms. 1.º y 2.º).

b) La ineficacia del consentimiento en determinados delitos de lesiones (art. 425, párrafo 2.º).

c) La creación de un nuevo capítulo referente a los delitos relativos a la prostitución (arts. 452 bis).

d) La acentuación de la incriminación dolosa en las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial (art. 534).

e) La introducción de la figura del «alterador», dentro del grupo de las falsedades (art. 283, núm. 4.º).

f) La nueva figura punitiva del delito cometido con cheque sin provisión de fondos (art. 535 bis)

2. COLEGIOS DE ABOGADOS: CONSEJO GENERAL: *Se reorganiza, con la nueva denominación del «Consejo General de la Abogacía Española» el hasta ahora denominado «Consejo General de los Ilustres Colegios de Abogados de España», creado por Decreto del 19 de junio de 1943* (Decreto 185/1963, del 31 de enero; B. O. de 8 de febrero).

3. COLEGIOS DE ABOGADOS: ESTATUTO GENERAL: *Se modifican los artículos 11 y 48, número 7.º del apartado A) del Estatuto General de los Ilustres Colegios de Abogados de España, relativos al pago de las cuotas corpora-*

(1) Plazo que fue prorrogado por otro seis meses a virtud del Decreto-Ley de 19 de julio de 1962.

tivas (Orden Ministerio de Justicia de 25 de enero de 1963; B. O. del 9 de febrero).

4. INDUSTRIAS EN GENERAL: LIBERTAD DE INSTALACIÓN: *Se autoriza la libre instalación, ampliación y traslado dentro del territorio nacional de toda clase de industrias, salvo las comprendidas en los sectores que se determinan* (Decreto 157/63, de 26 de enero; B. O. del 29).

Se inserta la presente disposición dentro de la reciente línea general de liberalización de la economía española y tiene su antecedente inmediato en el Decreto 3.060/62, de 23 de noviembre, que estableció las directrices y medidas preliminares del Plan de Desarrollo Económico. La Orden del Ministerio de Industria de 22 de febrero de 1963 (B. O. del 28) ha venido, a su vez, a fijar las normas de desarrollo y aplicación del Decreto 157/63 que ahora se anota, dando cumplimiento a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 4.º de la Ley de 24 de noviembre de 1939 (esta Ley exigía en todo caso resolución favorable del Ministerio citado para instalar nuevas industrias o ampliar o trasladar las existentes)

5. INVERSIONES EXTRANJERAS: *Se autoriza en determinados sectores económicos la inversión de capital extranjero en empresas españolas, en proporción superior al 50 por 100* (Decreto 701/1963, de 18 de abril; Boletín Oficial del 19).

Mediante el presente Decreto se cumple el requisito exigido por el artículo 5.º del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959, que, a su vez, había derogado los artículos 5.º y 6.º de la Ley de 24 de noviembre de 1939 (que limitaban la participación extranjera en empresas industriales españolas a la cuarta parte, como máximo, del capital social).

6. PROCEDIMIENTOS ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO: SEGUNDA INSTANCIA: *Se eleva a 125.000 pesetas la cuantía determinante de la procedencia de la alzada ordinaria o segunda instancia en el procedimiento económico-administrativo* (Decreto 169/63, de 24 de enero; B. O. de 2 de febrero).

Mediante el presente Decreto se modifican los artículos 10, 11, 24, 123 y 127 del Reglamento de Procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas de 26 de noviembre de 1959, que había fijado en 80.000 pesetas la cuantía de las resoluciones susceptibles de recurso de alzada.

7. URBANISMO: VALORACIÓN DE TERRENOS EXPROPIABLES: *Se desarrollan los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la Ley de 21 de julio de 1962, sobre valoración de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de los planes de vivienda y urbanismo* (Decreto 343/1963, de 21 de febrero; B. O. de 2 de marzo).

8. VIVIENDAS DE PROTECCIÓN ESTATAL: *Se determina la responsabilidad de los infractores, de las normas de construcción de las viviendas de protección estatal, señalando el procedimiento para hacerla efectiva* (Decreto 344/1963, de 21 de febrero; B. O. del 2 de marzo).

9. VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA: *Se dictan normas de rango legal para la interpretación de los artículos 28 y 30 de la Ley de 15 de julio de 1954 y 111 y 116 del Reglamento para su aplicación de 24 junio de 1955, relativos al precio de venta de la viviendas de renta limitada* (Ley 38/1963, de 2 de marzo; B. O. del 5).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ANUARIO DE DERECHO ARAGONES. Tomo X. Homenaje al excelentísimo señor don Miguel Sancho Izquierdo. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1959-1960; 533 págs.

Se contienen en el presente tomo trabajos de varia índole, pero todos ellos con el denominador común de representar el homenaje —carifio, respeto y admiración— al que fue Rector Magnífico de la Universidad de Zaragoza y Catedrático de su Facultad de Derecho.

Después de la *Dedicatoria* y de dos breves pero expresivas semblanzas que bajo los epígrafes *El señor profesor y Sancho Izquierdo y el Derecho aragonés* nos ofrecen, respectivamente, Juan González Ilglada y Jose Cascón y Marín, se recogen los siguientes estudios: «La décentralisation. Polymorphisme et unité fondamentale», por André Gervais.—«La 'Reversion' en Derecho sucesorio aragonés», por Felipe Aragüés Pérez.—«Glose juridique sur le troubadour Peire Cardena.», por Paul Ourliac.—«Le Droit naturel et les coutumes juridiques des basques français», por Etinne Dravasa.—«La colación de bienes en el Derecho foral navarro», por Joaquín Abadía Escolá.—«El acogimiento alto-aragonés», por Joaquín Sapena Tomás.—«La "Alia-la" aragonesa en la Edad Media» (Algunas notas para su estudio), por José María Lacasa Coarasa.—«El artículo 39 del Apéndice aragonés y su derecho de representación», por Juan Cruz Martínez Moya.—«Huecos para luces y vistas en pared propia, sobre suelo ajeno, en Aragón», por Fausto Navarro Azpeitia.—«Comunidad de bienes de origen comunal», por Cirilo Martín-Retortillo.—«Inexistencia de "Substratum" nacional en el Derecho civil de Cataluña», por José María Pascual Serres.—«Retracto de abolorio en Aragón», por Luis Bermúdez Acero.—«El régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca», por Francisco Palá Mediano.—«Les modifications récentes dans la réglementation française des marchés publics», por Georges Pequignot.—«L'application en France de la loi étrangère» (Etat actuel de la jurisprudence), por Jean Derrupé.—«Derecho de familia y Derecho de empresa», por Mauricio Serrahima.—«Orientation agricole et structure des exploitations rurales», por Henri Perret.—«La legítima en Aragón», por Martín Ibarra Franco.—«Una cuestión de Derecho histórico en tema de retracto gentilicio», por José Luis Lacruz Berdejo.—«Liquidación de los frutos naturales e industriales en la extinción del usufructo vital», por Francisco de A. Sancho Rebullida.—«La servidumbre de chimenea», por Enrique Martínez Isanta.—«Un punto de vista sobre el párrafo tercero del artículo 12 del Cuaderno foral y la ley de 20 de diciembre de 1952», por Mariano Alonso y Lambán.—«Acciones de Sociedades Anónimas y consorcio conyugal aragonés», por Fernando Laguna Ibáñez.

El más extenso de estos estudios es el relativo al régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca, cuya caracterización, según el señor Palá Mediano, es la de lograrse a través de una institución hereditaria contractual, si bien quizá no sea demasiado exacta la equiparación de la «expect-

tativa» que tiene inmediatamente el heredero contractual a la de los hijos adoptivos, sobre todo después de la reforma de 1958, pues la situación jurídica de éstos creemos que tiene más fuerza que la de una mera expectativa. Aunque la cuestión es debatida, se inclina por la opinión de que en la institución hereditaria contractual no se opera la sucesión mas que en el momento del fallecimiento del causante y a favor del designado heredero si sobrevive. Estudia los pactos más frecuentes, como son el acogimiento sobre bienes, la dación personal, el de juntar dos casas y el pacto al más viviente, así como la significación del patrimonio familiar y del grupo familiar (refiriéndose, dentro de éste, a la situación jurídica de sus componentes: los instituyentes, el heredero, su cónyuge, los hijos no heredados y otras personas), para terminar analizando la intervención de la Junta de parientes y «la Casa», que configura como institución personal. Como Apéndice inserta diversas escrituras, cuyas fechas van desde 1859 a 1957, en las que puede seguirse el desarrollo del régimen familiar a través de los pactos correspondientes.

F. C. L.

CAPPELLI, E.: «La legislazione europea sul credito agrario». Dott. A. Griffré, Editore 1960, XV + 868 págs.

Con el subtítulo *Saggio di una raccolta delle leggi fondamentali dei paesi adelle Comunità economica europea*, el presente volumen aparece dentro del marco de iniciativas del *Istituto di diritto agrario internazionale e comparato*, de la Universidad de Florencia, bajo la guía segura e incansable del profesor Giangastone Bolla, y en este caso, además, bajo los auspicios de la *Associazione Nazionale per el Credito Agrario di Miglioramento*.

La iniciativa de reunir el material legislativo relativo a la agricultura en los países europeos, ha querido empezar a actuarse reuniendo las normas que afectan al capital, desde el punto de vista crediticio, limitándose, por el momento, a los países de la comunidad económica europea.

La obra de recopilación es tanto más preciosa si se tiene en cuenta el papel decisivo de la comparación jurídica para la «aproximación de las legislaciones», propuesta por el tratado de Roma (art. 3, H.).

La materia ha sido recogida por países, por orden cronológico de promulgación, incluyendo a veces normas que sin referirse propiamente al crédito agrario ofrecen interés a los efectos de su disciplina. El orden por países es el mismo de la firma del Tratado de Roma.

Las breves introducciones al frente de la legislación de cada país, pueden ser útiles como guía para la consulta de la reglamentación. Se ha creído, además oportuno incluir la legislación Suiza.

El recopilador ha tenido el buen acierto de publicar la legislación recopilada en su versión original, acompañada, a doble página, de su traducción italiana.

Cuidadísimos índices, cronológico y analítico por países, cierran la obra, haciéndola más manejable, especialmente teniendo en cuenta su considerable volumen.

Obra oportuna y útil, que proporcionando todo el material necesario para la comparación jurídica, habrá de contribuir eficazmente a objetivos de integración que ya se están actuando.

E. VERDERA.

CONDOMINES, F. y FAUS, R.: «Derecho civil especial de Cataluña (Ley de 21 de julio de 1960 anotada)». Barcelona, 1960, Librería Bosch. Un volumen de 426 páginas.

Los ilustres juristas Condomines y Faus Esteve han realizado una obra que ellos, con modestia digna de elogio, califican de edición anotada a la *Compilación catalana*. Esta obra, ya divulgada y conocida en nuestro ámbito nacional, no necesita ser presentada, sino recomendarla a los estudiosos, pues les servirá de un magnífico medio de conocimiento, de estudio y de experiencia, ya que rebasa la meta que los propios autores se marcaron.

Esta obra no está concebida como un tratado de instituciones donde se exponga y estudie su teoría, ni supone tampoco una historia o resumen de las fuentes históricas de las normas vivas o vigentes que se compilan; estamos, sin embargo, ante un estudio vigoroso de contenido, pleno de datos y lleno de invariantes y disquisiciones donde los autores con brevedad magistral y rebosando conocimientos en la materia tratan de hacernos ver y sentir la realidad y necesidad de su instrumentación en la dirección lograda por esta *Compilación*. Se aporta no sólo el fundamento jurídico de las instituciones, sino también sus motivaciones sociológicas, las normas éticas y la idiosincrasia de su razón de ser. Por eso, los propios autores no nos ocultan que, con frecuencia resulta indicado e imprescindible hacer alguna alusión a esas fuentes y sobre todo a la realidad de las costumbres que quedan convertidas en leyes por medio de su *Compilación*.

En definitiva, esta obra compone una apretada síntesis que, como nos aclaran los propios autores, con frecuencia contiene dentro del texto citas de doctrina y jurisprudencia, cuidando de seleccionar ésta entre la más reciente, que haga fácil la consulta de otros textos y el trabajo de investigación conducente a adecuar la norma al caso concreto contemplado por el profesional del Derecho, aparte de una cierta referencia paralela a los artículos del Código civil. Se trata, pues, de una edición de la *Compilación* con un estudio preliminar que contiene la historia de los trabajos que han conducido hasta su promulgación como ley.

La autoridad científica de estos dos ilustres juristas y, concretamente su idoneidad como vocales ponentes de la «Comisión de Juristas» para la redacción del Proyecto, es, además, de una garantía y solvencia para esta publicación, un punto de vista cualificado y de autoridad para una interpretación recta de las normas de la *Compilación* que ha de tomarse muy en cuenta. Por todo ello, esta obra de Condomines y Faus, ocupa un lugar preferente para quien aborde el estudio del Derecho especial de Cataluña.

JOSÉ BONET CORREA

GÓMEZ YSABEL, Justo José: «Problemas fundamentales del ejercicio del albaceazgo». Madrid, 1963. Instituto Editorial Reus. Un volumen de 432 páginas.

El presente estudio fue objeto de elaboración para una tesis doctoral que obtuvo la máxima calificación en la Universidad de Madrid. Este solo índice es de por sí revelador para medir el grado de preparación del autor y la calidad de esta obra realizada sobre el ejercicio del albaceazgo.

Partiendo de un albaceazgo ya establecido, nos dice el propio autor (a través de los dos momentos indispensables para la existencia del mismo: designación de un albacea y aceptación del cargo por parte del designado), los problemas que se examinan hacen referencia directa e inmediata al ejercicio del albaceazgo, no en lo que afecta a su contenido, es decir, a la realización de las funciones que integran la misión del albacea, sino formando un ámbito, en cierto modo, previo y fundamental en orden a la efectividad de dichas funciones. El significado del ejercicio, su obligatoriedad y efectividad, los principios o líneas directrices de la realización, las formas de actuación y el tiempo que al albacea se concede para ejecutar su encargo constituyen, en efecto, el contorno o presupuesto jurídicos inmediatos del ejercicio del albaceazgo, dotados de cierta fijeza e invariabilidad, alrededor de los cuales adquieren existencia las funciones que, en cada caso concreto, determinan el contenido del cargo encomendado al albacea. Tal es el punto de vista que contiene esta obra.

GÓMEZ YSABEL sistematiza su estudio destacando el significado y obligatoriedad del ejercicio del albaceazgo y sus principios generales; expone los modos de ejercicio y sus modalidades: la unidad y pluralidad de albaceas; el tiempo y ejercicio del albaceazgo, fijándose en el plazo de cumplimiento del mismo; el análisis del plazo y su cómputo, así como su extensión.

Hay que destacar el profundo análisis histórico y comparado que el autor hace del albaceazgo, el examen de los sistemas legislativos y las opiniones jurisprudenciales; todos ellos son valores que acreditan esta sólida y concienzuda obra a la que se añade una relación bibliográfica muy valiosa sobre fuentes y autores, con un índice de las sentencias del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros, para concluir con otro índice sistemático de las materias tratadas. Felicitamos muy cordialmente a nuestro compañero y colega de seminario de estudios de Derecho privado por su meritoria obra y la aportación que realiza a esta institución que estaba necesitada de un tratamiento tan profundo como éste.

J. BONET CORREA

KAGI, Walter: «Der Einfluss des Devisenrechts auf internationale schuldrechtliche Verträge. Winterthur, 1961. Verlag H. Schellenberg. Un volumen de XX + 183 págs.

Esta obra, que fue objeto de una tesis doctoral, trata el tema tan palpitante como es la influencia que ejerce el ordenamiento de divisas en los contratos obligatorios internacionales. Secuela de los nacionalismos econó-

micos que trajeron consigo los dos conflictos mundiales bélicos de nuestro siglo y de sus postguerras convalecientes, el control de cambios y divisas es un sistema normativo que la Administración del Estado extenderá a todas las relaciones económico-patrimoniales.

El autor de este estudio trata de aportar los rasgos característicos de este especial ordenamiento de divisas que, a su juicio, va más allá de los métodos de protección monetaria, del control de cambios, sin llegar a identificarse con un abstracto Derecho económico. De aquí que su obra se cione al estudio del dinero en su consideración de moneda extranjera en el ámbito de la administración del Estado e internacional privado, así como de las disposiciones que tienen una serie de contactos con el Derecho civil clásico, especialmente en lo que atañe a las relaciones obligatorias.

El campo de estudio de esta obra tiene una doble vertiente: nacional e internacional, y, contiene el estudio de las normas que hacen referencia al control de divisas, al bloqueo, a los convenios de clearing, así como a toda la gama contractual de tipos estatales de pagos. De aquí que el autor, después de una introducción, donde trata de caracterizar este ámbito jurídico (concepto y finalidad del Derecho de divisas), pase a exponer la materia sobre la eficacia y validez de este ordenamiento. Su primera parte se refiere a la aplicación del Derecho de divisas respecto a los contratos internacionales obligatorios. La segunda parte —de interés preferente para el civilista— trata la influencia del Derecho de divisas sobre dichos contratos internacionales obligatorios; dentro de esta parte adquieren relieve los temas sobre la libertad contractual, la imposibilidad de la prestación en el cumplimiento del contrato, la nulidad contractual y las influencias de los ordenamientos de divisas extranjeros.

Se trata de una obra llena de sugerencias para la problemática del actual Derecho patrimonial o económico-jurídico, que comporta el llamado Derecho de divisas, donde el cruce e interferencias de disposiciones económicas, administrativas, penales y civiles tienen una cualificación especial de las que no puede prescindir el jurista de hoy día. La obra es para el civilista de gran interés y utilidad.

J. BONET CORREA

PASCUAL NIETO, Gregorio: «Legislación de Arrendamientos Urbanos», Aguilar; 759 págs. Madrid, 1963.

El presente volumen es el fruto de una paciente y escrupulosa labor de recopilación, llevada a cabo por Gregorio Pascual Nieto, publicista ya conocido por la acertada realización de obras análogas. La presente recopilación de la legislación arrendaticia urbana se recomienda por su riguroso criterio sistemático de ordenación de la materia, así como por su carácter exhaustivo ya que recoge lo civil, lo procesal, lo administrativo, lo vigente y lo derogado, sin olvidar curiosas normas de Derecho histórico y de los Derechos forales. De ello deriva su utilidad, no sólo para el jurista práctico, sino hasta para el investigador (en este sentido es muy útil su catálogo

de fuentes históricas del Derecho arrendaticio urbano anteriores al R. D. de 21 de junio de 1920).

Creo que es un acierto la ordenación sistemática, que agrupa la materia en cinco grandes apartados. El primero comprende la legislación especial de A. U. en donde se incluye el texto de la Ley vigente, con unas concisas, aunque generalmente orientadoras, notas de comentario, al que se añade la jurisprudencia del Tribunal Supremo y —novedad encomiable— la recaída en los recursos de suplicación. Viene luego la legislación general contenida en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil. En el apartado tercero y bajo la rúbrica de «Legislación especialísima de A. U.», se insertan fragmentariamente la relativa a las viviendas protegidas, a las viviendas de la Ley Salmón, a las viviendas bonificables, a las de renta limitada, a las subvencionadas, concluyéndose con algunas disposiciones del régimen del suelo que interesan en esta materia; el calificativo de «especialísima» de esta legislación hace relación a la legislación común o general, ya que en el artículo 1.º, 3 de LAU vigente se les denomina «leyes especiales», viniendo a ser así esta última una ley general para las mismas. El apartado cuarto ofrece, quizá, menor cohesión interna, dada la heterogeneidad de las normas legales que se incluyen (desde el Canje de Notas con Francia de 28 de febrero de 1933, hasta la suspensión de lanzamientos en los municipios catalanes afectados por las inundaciones de 1962). El último apartado comprende la legislación derogada, dividida en dos secciones: Derecho histórico y Legislación moderna.

La obra ofrece la acostumbrada pulcra presentación de la colección de «Leyes Usuales» de esta editorial, cuyo esfuerzo por lanzar al mercado en breve lapso de tiempo una completa edición de textos legales, debe resaltarse.

G. GARCÍA CANTERO

SEMANAS SOCIALES DE ESPAÑA: «Una tarea Común: La elevación del campo español»; XXI Semana Social, Valencia, 1962; 577 págs. Madrid, 1963.

Los cultivadores del Derecho agrario español leerán con provecho el presente volumen que contiene las lecciones y conferencias tenidas en la Semana Social de Valencia en 1962. No es despreciable el impulso que la Política agraria en España está recibiendo de la doctrina del catolicismo social, ni mínimo el papel que la Encíclica *Mater et Magistra* puede desempeñar en la reforma de nuestras estructuras agrarias.

Me parece que para el jurista son del mayor interés las siguientes lecciones: Mons. D. Antonio Añoveros Añau, «Doctrina de la Iglesia sobre la elevación del sector agrario»; D. Carmelo Vifias Mey, «La agricultura española, sector deprimido de la economía nacional»; D. Fernando Martín Sánchez Juliá, «La empresa agraria: sus características y posibilidades en España»; D. Alberto Ballarín Marcial, «Las instituciones jurídicas en relación con la empresa agraria».

Las conferencias suelen tocar temas de mayor amplitud, relacionados con la Sociología, la Economía mundial, etc. En este apartado considero que al jurista pueden ser de utilidad las siguientes: D. Miguel Siguan Soler «Principales características de la vida rural moderna»; D. Simón Cano Denia, «La integración de la Agricultura española en el Mercado Común Europea»; D. Vicente Martínez Uberos, «El campo en Valencia: sus realizaciones y problemas».

El volumen contiene también las conclusiones generales de la Semana, entre las cuales figuran algunas de acusado matiz jurídico (conclusión cuarta b.: «ordenar jurídicamente la propiedad, posesión y tenencia de la tierra, asegurando eficazmente su debida subordinación a la función social que le es intrínsecamente inherente e impidiendo tanto la excesiva concentración, como la atomización de los cultivos»; y c.: «Estructurar la empresa agraria con vistas a multiplicar las empresas pequeñas y medianas de tipo familiar y a difundir el sistema cooperativo en todos sus grados, que les asegure las ventajas económicas de la gran explotación y favorezca la creación en ellas de un verdadero sentido de comunidad»), así como las conclusiones de los diversos Seminarios reunidos durante la Semana, y las Comunicaciones presentadas.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

SOTO NIETO: «Subarriendo y hospedaje (Su repercusión en la relación de arrendamiento)». Alcoy, 1962, Editorial Marfil, S. A. Un volumen de 324 páginas.

El especialista en materia arrendaticia, el Juez Soto Nieto, continúa su tarea ahora en la distinción de dos figuras de gran importancia en materia locaticia: el subarriendo y el hospedaje. Su obra está dedicada a hacer ver como la posición del Código civil es de amplia liberalidad, donde se otorga un margen de libre disponibilidad al arrendatario, si bien se conciben posibles trabas limitativas emanadas del poder dominical (artículo 1550 C. C.) y se protegen los intereses del propietario (art. 1551 y 1552 C. C.). En cambio, la legislación especial surgida para el arrendamiento urbano adopta un criterio distinto respecto al subarriendo, más limitado y restrictivo que en el área común; la prórroga forzosa ha sido el motivo que determina un mayor rigorismo de la ley y que cambia la posición económica y objetiva del contrato, con el predominio de su nota subjetiva o del elemento humano. No obstante, la legislación especial tenía que admitir el subarriendo, dada su utilidad, por remediar la penuria de locales y viviendas. Entonces, esta figura se impone, si bien subordinándose al consentimiento del arrendador y a través de una minuciosa regulación de los derechos y obligaciones.

El contenido de esta obra se concreta en una introducción sobre las cuestiones generales que plantea el subarriendo, sobre el concepto que adquiere, así como las diferencias que le separan del hospedaje. En sucesivos apartados se añaden los requisitos legales para la constitución del su-

barriendo de viviendas (autorización y entrega de mobiliario adecuado), las clases de subarriendo, las rentas máximas exigibles en cada uno, la acción revisoria por renta excesiva, la acción revisoria por mobiliario insuficiente e inadecuado, la prohibición al inquilino de ceder una segunda vivienda en subarriendo, el subarriendo parcial legalmente autorizado, otros aspectos de subarriendo de viviendas (derecho de reducción de la renta, prohibición de transformación y prohibición de ceder), el subarriendo de locales de negocio, las causas de resolución del subarriendo y las originadas por razón de subarriendo, la disposición transitoria cuarta referente al subarriendo y las diversas cuestiones de interés para el subarriendo. Por último, se expone lo referente al ejercicio de la industria doméstica del hospedaje que se caracteriza, en lo esencial, en que junto a la permisión del albergue en el inmueble, se complementa con los diversos servicios que en el orden normal del desenvolvimiento de la vida se precisan para su indispensable desarrollo, higiene y comodidad. En la Ley de 1955 no se hace descripción de las características propias del hospedaje (como sucedió en la anterior respecto a la manutención) afirmándose en general que «los preceptos de esta sección no serán aplicables al inquilino que, al amparo de lo previsto en el párrafo primero del artículo 4.º, ejerza en la vivienda la industria doméstica de hospedaje». Distingue el carácter civil y mercantil de la relación de hospedaje, la pequeña industria doméstica del hospedaje, el Derecho transitorio, los efectos económicos y las causas de resolución del arrendamiento por razón de hospedaje.

JOSÉ BONET CORREA

REVISTAS

A cargo de Carlos MELON INFANTE y
José María DESANTES GUANTER.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General.

DE LA MARNIERRE, E. S.: *Crónica de Legislación Francesa*, RIN, año 11, número 44, 4.º trimestre 1959; págs. 45-52.

La supresión del procedimiento parlamentario normal, y de los largos plazos que en estas materias implica, han dado lugar, en el período de fines de 1958 a principios de 1959, a una abundante Legislación en Francia. Se indica la relativa a cuestiones de Derecho Civil y Mercantil: tutela, adopción, derechos sucesorios del cónyuge, sociedad entre esposos, cláusulas de estabilización, agentes de negocios, prórroga de sociedades, nacionalización de las mismas, publicación de los resultados, adaptación de sociedades al Mercado Común.

MEYER-LADEWIG, Jens: *Justizstaat und Richterrecht*, ACP, tomo 161, núm. 2-3, junio 1962; págs. 97-128.

El estudio lleva por subtítulo "En torno a la eficacia vinculante de las instituciones de Derecho judicial". Se comienza aludiendo a la posición preminente de los jueces en el Estado moderno, que se ha llegado a llamar "Estado de justicia". El juez, juntamente con el legislador, contribuye a la creación del Derecho. Se origina así un Derecho judicial que emana en suma de dos circunstancias: a) la creación judicial en y para el caso concreto; b) la fuerza institucional de esta creación, de acuerdo con el sentido moderno que se da al concepto "institución", entendido como una idea o postulado jurídico concretado por jurisprudencia y doctrina y por el legislador. Misión de la doctrina en relación con la jurisprudencia de acuerdo con esta idea de institución. Aspecto fundamental de la concepción institucional del Derecho es el relativo a la eficacia vinculante de las instituciones, que es preciso separar de la eficacia vinculante del precedente. El problema de la fuerza vinculante de las instituciones de Derecho judicial no puede tener una solución unitaria, ya que depende de las circunstancias que en cada caso perfilan la institución. Aspectos concretos de esa "vinculación": Ministerio fiscal, abogacía, administración, órganos constitucionales, poder legislativo, particulares. Vinculación a los propios jueces.

PASLEY, Roberto S.: *La «equity» en Derecho angloamericano*, RIN, año 13, número 52, 4.º trimestre 1961; págs. 81-91.

La consideración histórica tiene carácter imprescindible para comprender la aparición del sistema de la "equity" como cuerpo de principios distinto del "Common Law". No obstante la fusión de principios y de jurisdicciones con éste, la "equity" seguirá desempeñando un papel básico en el Derecho anglosajón. De cuatro formas esenciales influye en el mismo: a) ramas enteras del Derecho se han formado en la "equity"; b) existencia de una competencia auxiliar; c) existencia de una competencia concurrente, especialmente en el ámbito de las indemnizaciones de daños; d) es la gran reserva de principios de justicia y moralidad que influyen en el Derecho anglosajón y contribuyen a su desarrollo.

RÖTELMANN, Wilhelm: *Das Landwirtschaftsrecht im Jahre 1960*, MDR, año 15, núm. 2, febrero 1961; págs. 104-106.

Reseña de Bibliografía, Jurisprudencia y Legislación correspondiente al Derecho agrario en Alemania durante el año 1960. Consideración general y cuestiones concretas.

2. Derecho de la persona.

ALVAREZ ROBLES, J. M. Antonio: *La seguridad en los negocios jurídicos*, RIN, año 11, núms. 42-43, 2.º-3.º trimestres 1969; págs. 23-82.

Con espíritu y finalidad puramente pragmáticos tómanse en cuenta tres de los factores que, a juicio del autor, constituyen posibles causas de inseguridad en el negocio jurídico, indicándose la busca de los oportunos remedios. Los factores que se analizan son: En el aspecto subjetivo el problema de la apreciación y calificación de la capacidad jurídica, y más concretamente el de la capacidad mental, que sólo es dable resolver con criterio humanista y filosófico. En el aspecto objetivo el problema de la inestabilidad del *quale* y del *quantum* de las prestaciones, que sólo es posible atenuar con estipulaciones de equilibrio. En el aspecto formal la desnaturalización del negocio jurídico mediante su publicación, cuyo peligro sólo es posible conjurar mediante la reprivatización de la esencia del negocio: renaturalización del negocio jurídico.

BLEI, Hermann: *Abtreibung und Schwangerschaftsunterbrechung im Strafgesetzentwurf 1962*», EF, año 9, núm. 10, octubre 1962; págs. 403-411.

Consideraciones en relación con la reglamentación penal del aborto y de la interrupción del embarazo en el Proyecto de Código Penal alemán de 1962 (§§ 140-145 y 157-159). Conceptos, tratamiento penal e hipótesis diversas.

CÉSPEDES SOTO, Samuel T.: *Daño o lesión sufrida por un ser viable antes de nacer, como base para una acción de daños y perjuicios: Galdón v. Hospital Presbiteriano*, RIN, año 13, núm. 49, 1.º trimestre 1961; págs. 51-55.

Al practicarse una operación cesárea se causa al feto una herida. Después de nacer, el lesionado pretende indemnización. No se la concede porque el Código Civil de Puerto Rico no recoge el principio "nasciturus pro jam..." y por tanto el reclamante carecía de personalidad en el momento de la lesión. El autor critica la postura jurisprudencial. Entiende que la omisión del principio indicado fue debida a un olvido de la Comisión de 1902, como lo demuestran otros preceptos del Código (el español). La jurisprudencia de Estados Unidos también acepta el principio "nasciturus...".

DOBRY, Georges: *Interceptación de las comunicaciones telefónicas (los cuadros de escucha). Estudio Comparado*, RIN, año 11, núm. 41, 1.º trimestre 1959; págs. 43-61.

El problema de la interceptación de comunicaciones en Estados Unidos y en el Reino Unido. Se hace sentir la necesidad de una Legislación adecuada en aquéllos; en éste la necesidad de un control jurisdiccional sobre los procedimientos de interceptación utilizados por el Poder ejecutivo.

ESSER, Josef: *Aufbau und Verzahnung des Richterrechts zu § 242 BGB im Spiegel der Kommentierung*, ACP, Tomo 161, núms. 2-3, junio 1962; páginas 270-283.

Se trata de una nota crítica sobre la configuración y engranaje del § 242 del BGB (cláusula general de buena fe) por el "Derecho judicial". La nota está motivada por la gigantesca obra de WEBER "Treu und Glauben" (Berlín, 1961, 1553 páginas) que, formando parte de la 11.ª edición del Comentario de STAUNDIGER, ocupa ella sola más extensión que el Comentario de toda la Parte General del Código Civil.

HELM, Johann Georg: *Der Schutz der Zivilbevölkerung im europäischen Kriebsrecht in der Zeit vom 17. Jahrhundert bis zum ersten Weltkrieg*, EF, año 9, núm. 6, junio 1962; págs. 234-240.

Indicación de las más características tendencias que, en orden a la protección de la población civil, ofrecen las normas del Derecho de Guerra Europeo desde el siglo XVII hasta la época de la Primera Guerra Mundial.

KREUTZER, Rudolf: *Die Wehrpflicht der Minderjährigen*, EF, año 9, núm. 6, junio 1962; págs. 239-243.

Referencia a determinados aspectos concretos de la Legislación alemana (Ley de 21-VII-1956) sobre servicio militar obligatorio de los menores. El servicio se

presta a los veinte años, contrayéndose sin embargo la obligación a los dieciocho. Exenciones, sumisión de exentos, servicio anticipado y retrasado, negativa de servicios de guerra, cuestiones de procedimiento.

LUTTER, Marcus: *Die Zulässigkeit vol.nachlassigen Handelns für Gemeinde und dessen Genehmigung*, MDR, año 15, núm. 5, mayo 1961; págs. 361-366.

Entorpecimientos de carácter temporal son fundamentalmente la razón de que en el tráfico jurídico-privado de los municipios sea cada vez más corriente el fenómeno de que negocios jurídicos que requieren documentación notarial sean concluidos por representantes sin poder, otorgándose con posterioridad la ratificación (§§ 177 y 184 BGB). El procedimiento tiene lugar sobre todo con referencia a los negocios jurídicos sobre fincas. Indicaciones relativas a la admisibilidad de esas negociaciones y a los requisitos de la posterior ratificación de las mismas, según el tipo de negocio de que se trate (considerando en especial los negocios sobre fincas).

POTRYKUS: *Zur Erläuterung des Begriffs «Feilbieten» in § 41a GewO*, MDR, año 15, núm. 5, mayo 1961; págs. 366-368.

Sentido en que debe entenderse la prohibición de venta de preservativos mediante la utilización de máquinas automáticas colocadas en determinados lugares públicos. El § 41 de la "Gewerbeordnung" alemana (redacción de 1960) no tiene el sentido absoluto que el Proyecto del Gobierno pretendía. Sobre el aspecto penal de cuestión cfr. POTRYKUS, MDR, núm. 7, 1961, págs. 559-561.

SAUTTER, Bruno: *Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372a ZPO*, ACP, tomo 161, núm. 2-3, junio 1962; págs. 215-269.

El § 372a, de la Ordenanza Procesal Civil alemana impone la tolerancia de inspecciones corporales (en especial extracción de sangre) cuando sea preciso con el fin de constatar una descendencia o paternidad. Problemática civil, procesal, penal y constitucional del deber indicado en el estado actual del Derecho alemán. Significación del deber de tolerar la inspección, ámbito de aplicación (objetivo y personal) de la norma, motivos de negación apoyados en circunstancias objetivas y personales, riesgo de persecución penal (como motivo especial de negación, § 81a de la Ordenanza Procesal Penal).

SEELE, Hans: *Ärztliche Aufklärungspflicht*, MDR, año 15, núm. 7, julio 1961; págs. 553-556.

Teniendo en cuenta que las intervenciones médicas son "lesiones corporales", para su plena juridicidad y procedencia requieren el asentimiento del enfermo o paciente. Según el BGH este asentimiento sólo es suficiente si se otorga con

pleno conocimiento de la intervención a realizar y sus posibles consecuencias, estando el enfermo informado suficientemente por el médico. La jurisprudencia, basándose en que la Ley Fundamental garantiza como derechos fundamentales la libertad e inmunidad corporal, ha ido tan lejos en la configuración de este deber con claridad de los médicos en sus concepciones amenazan producir el efecto contrario al pretendido por la Ley. Comentando críticamente un fallo que, apoyado en esta jurisprudencia, dió lugar a una indemnización por sordera producida por una operación (único medio de salvar la vida de un enfermo al que debido a su estado no se pudo advertir), entiende el autor que en la relación médico-enfermo hay aspectos en los que no deben entrar las concepciones jurídicas.

WEIMAR, W.: *Für den juristischen Nachwuchs: Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung*, MDR, año 15, núm. 3, marzo 1961; págs. 204-205.

Aspectos fundamentales que presenta la facultad de impugnación de una declaración de voluntad por quien ha sido inducido a emitirla por engaño doloso (§ 123, I, BGB). Hipótesis varias. Carácter de *lex specialis* del § 123 frente a los §§ 134 y 138 del BGB; no excluye la nulidad de la declaración en base a estas últimas disposiciones (atentado a una prohibición legal o a las buenas costumbres).

3. Derecho de cosas.

DURGA DAS BASU: *Protección del derecho de propiedad en la Constitución india*, RIN, año 11, núm. 41, primer trimestre 1959; págs. 197-200.

Aunque ciertas enmiendas a la Constitución india inspiran recelo, es lo cierto que en ella la propiedad está tan protegida como en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Tanto en lo que respecta al derecho de propiedad y a su disfrute como en lo tocante al derecho a no ser arbitrariamente privado del derecho en cuestión. Indicación de textos comparativos.

IMLAU, Erich: *Hat der bedingte Eigentümer einer beweglichen Sache ein Anwartschaftsrecht?*, MDR, año 15, núm. 3, marzo 1961; págs. 193-195.

Con motivo de haber afirmado una sentencia de BGH de 21-9-59 que los deberes funcionales de los agentes en las negociaciones de automóviles les incumben también frente a los propietarios condicionales de los mismos (en el supuesto de compra a plazos), se argumentan de nuevo sobre el llamado derecho de expectativa que les corresponde. Se considera semejante expectativa como un estadio previo a la plena propiedad, que en su significación y eficacia se asemeja a un verdadero derecho real limitado. La circunstancia de que durante la pendencia de la condición se puedan reconocer dos propiedades condicionadas, no supone desconocer el sistema de *numerus clausus* en materia de titularidades. Interpretación de la voluntad negocial.

IRURZUN COICOA, Domingo: *La «actio communi dividundo» como posible fuente de originación y nacimiento de la propiedad horizontal*. RIN, año 11, núms. 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959: págs. 83-107.

Manteniendo en el fondo conclusiones análogas a las que pueden extraerse de las sentencias de 9 de julio de 1951 y 4 de diciembre de 1953, el autor entiende que en general la conversión de una comunidad corriente sobre un edificio en una situación de propiedad horizontal sobre el mismo constituye un medio de salir de la comunidad y un medio de "división" que no contradice precepto legal alguno. Partiendo del carácter esencial del dominio exclusivo de los pisos y del secundario del condominio de los elementos comunes, cabe perfectamente pues exigir la división de una comunidad corriente mediante su conversión en propiedad horizontal. División imperfecta, pero división que, en modo alguno, entraña subsistencia de la antigua comunidad. (Advertencia: Cfr. hoy Ley de Propiedad Horizontal.)

SENAY, Alphonse: *La aviación y el derecho de propiedad*. RIN, año 11, número 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959: págs. 121-123.

La aviación y sus exigencias significan continuamente una limitación y lógica atenuación al principio de extensión de la propiedad a lo que está encima y a lo que está debajo del suelo (art. 414 del Código Civil de la Provincia de Quebec). Jurisprudencia canadiense y de los Estados Unidos a título de ejemplo.

WEIMAR, W.: *Für die juristischen Nachwuchs: Ansprüche des Jagdherrn an den Wilddieb*. MDR, año 15, núm. 2, febrero 1961, págs. 112-113.

Consideraciones, referidas a la Legislación alemana, sobre las posibles pretensiones que corresponden al titular del derecho de caza en un coto contra el cazador furtivo, y en relación con los animales ya apresados por él y que aún se encuentren en su poder. La circunstancia de que el titular de la caza no es poseedor, excluye las acciones reales. Tampoco proceden las de enriquecimiento. Hay que exigir indemnización fundada en el § 823 del BGB. El derecho de apropiación de la caza es "otro derecho" de los que pueden lesionarse según el precepto.

WEIMAR, W.: *Für den juristischen Nachwuchs: Das Veräußerungsverbot*, MDR, año 15, núm. 7, julio 1961: pág. 568.

Descripción en esquema del mecanismo y respectiva posición jurídica de los interesados en las prohibiciones de enajenar relativas en el Derecho alemán. Se toma como ejemplo la venta a dos compradores. Norma básica: el § 135 del BGB.

4. Obligaciones y contratos.

BALLARÍN MARCIAL, Alberto: *El sistema español en materia de obligaciones solidarias (Estudio de Derecho Comparado)*, RIN, año 11, núm. 41, 1.º trimestre 1959; págs. 15-41.

En materia, especialmente, de solidaridad activa el panorama legislativo ofrece dos sistemas: el sistema francés o de la mutua representación y que arranca del Code Napoléon y el sistema rígido o romano-español. Descrito el primero, que suaviza enormemente el mecanismo de la solidaridad activa basado en que ofrece pocas ventajas y gran peligro para los acreedores, se pasa al examen del sistema romano-español que acepta con todo rigor las consecuencias de la solidaridad activa. Se señala la antinomia entre los arts. 1.141 y 1.143 y se considera la solidaridad como figura "a se stante" que entraña una situación fiduciaria. Son rasgos de la solidaridad en el Derecho español: unidad de vínculo, *cadem res debita*, unidad de objeto e identidad de causa.

BÄR, Rolf: *El establecimiento de un derecho de superficie o de comprar ¿constituyen casos de ejercicio del derecho de precomprar?*, RIN, año 13, número 52, 4.º trimestre 1961; págs. 13-26.

Sobre la base de fallos de los Tribunales suizos se examinan algunos supuestos concretos de enajenación que, a juicio del autor, pueden dar lugar al ejercicio del derecho de *precompra* (derecho de adquisición preferente). El art. 681 del Código suizo sólo habla de venta, pero la jurisprudencia entiende la expresión sinónima de enajenación. Se niega haya lugar a la precompra cuando, en lugar de vender, el propietario se limita a conceder a un tercero un *derecho de compra*. Se admite, en cambio, en el supuesto de concesión de un *derecho de superficie* que en el fondo encubre una verdadera venta.

BÖHMER, Emil: *Der Schlusssatz des § 254 Abs. 2 BGB bezieht sich nicht auf unerlaubte Handlungen im Sinne des § 254 Abs. 1 BGB*, MDR, año 15, núm. 1, enero 1961; págs. 1-3.

El párrafo I del § 254 del BGB declara que se tenga en cuenta la culpa concurrente del perjudicado en la indemnización de daños. El párrafo II determina que vale la misma regla cuando la culpa del perjudicado consista simplemente en no haber avisado al deudor del riesgo de un daño no corriente (que dicho deudor no conocía ni podía conocer) o en no haber evitado o aminorado el daño. Al final de este párrafo II hay un inciso que declara aplicable lo dispuesto en el § 278 (responsabilidad del deudor por la culpa de las personas de que se sirve para el cumplimiento, como por la culpa propia). Se discute el ámbito de la remisión. El autor entiende, parece que con sobrado fundamento, que debe referirse sólo al párrafo II (del cual forma parte) y no al párrafo I del § 254.

BÖHMER, Emil: *Haftungserleichterung für Kraftfahrer nach § 708 BGB?*, MDR, año 15, núm. 1, enero 1961; págs. 21-22.

Debe rechazarse una pretensión de indemnización de un pasajero contra el conductor de un automóvil basada en culpa de éste por el hecho de que entre conductor y reclamante, por el acuerdo de un viaje común, queda concluido un contrato de sociedad en el sentido del § 705 BGB y porque el socio, conforme al § 708, sólo responde en el cumplimiento de sus obligaciones de los cuidados que suele tener en asuntos propios. En tesis sostenida por una sentencia del BGH de 17-V-60. El autor hace su crítica, basado, sobre todo, en que el § 708 BGB es norma de carácter dispositivo que puede alterarse por pacto y nada impide que ese pacto pueda ser tácito.

BÖHMER, Emil: *§ 989 RVO schliesst Ansprüche aus § 847 BGB nicht aus*, MDR, año 15, núm. 2, febrero 1961; págs. 110-111.

Defiende el autor la tesis de que la exclusión de la responsabilidad por daños que prevé el § 898 de la Ordenanza Alemana de seguros no comprende la responsabilidad por daños no patrimoniales a que se refiere el § 847 BGB. Entender lo contrario supone una concepción "no social".

BÖHMER, Emil: *Verletzung vertraglicher Treupflicht durch Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Dritte?*, MDR, año 15, núm. 3, marzo 1961; págs. 202-203.

El empresario A está ligado con un contrato de trabajo con el trabajador B; y con otro distinto, con el trabajador C. Si C causa un daño a B (que nada tiene que ver con la relación contractual entre A y B) es evidente que B puede entablar contra C la oportuna acción de indemnización. El hecho de que A estuviera obligado a dejar indemne a C de las consecuencias de la reclamación de B (por tener que responder como empresario del daño causado por C), no supone una rotura del deber de fidelidad y buena fe hacia A (al entablar su acción contra C).

BÖHMER, Emil: *Ist ein Unfall durch Blitzschlag durch höhere Gewalt verursacht?*, MDR, año 15, núm. 4, abril 1961; págs. 288-289.

Un rayo cae en un poste de conducción de hilos de alta tensión, rompe los aisladores y el poste queda con corriente. Una mujer lo toca y muere. El Tribunal de Oldenburgo (sentencia de 17-II-60) entiende que no hay fuerza mayor, puesto que la caída de rayos en postes de conducción de electricidad no puede estimarse acontecimiento desusado ni imprevisible. Se critica la tesis del fallo, entendiendo debió estimarse la fuerza mayor.

BÖHMER, Emil: *Zum Begriff der «Verbindlichkeit» im Sinne des § 278 BGB*, MDR, año 15, núm. 7, julio 1961; págs. 566-567.

Dice el § 278 del BGB que el deudor ha de responder, con el mismo ámbito que de su propia culpa, de la culpa de su representante legal y de la de las per-

ronas de que se sirve para el cumplimiento de su *obligación*. En el término "obligación" que emplea la norma sólo se hace referencia a la obligación en sentido técnico-jurídico: a la que el deudor tiene hacia un acreedor determinado y concreto. No encajan en el término "obligación" del § 278 del BGB los deberes jurídicos hacia personas indeterminadas: de los municipios al buen estado de las calles, de los ferrocarriles a la vigilancia de pasos a nivel, etc. En estos casos la norma a aplicar no es el § 278 del BGB, sino el 823.

DESIRY, Robert: *El derecho de recobro de viviendas y la práctica notarial*. RIN, año 13, núm. 50-51, 2.º-3.º trimestre 1961; págs. 119-124.

Permite la Ley francesa de arrendamientos de 1948 que el propietario que adquirió la vivienda hace más de cuatro años recobre dicha vivienda para ocuparla él o los miembros de su familia, *con exclusión de toda idea de especulación*. Misión del notario en la demostración, difícil, de esta circunstancia.

IRURZUN COICOA, Domingo: *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio (Notas para un ensayo de su diferenciación)*, RIN, año 13, núm. 52, 4.º trimestre 1961; págs. 27-58. Año 14, núm. 53, 1.º trimestre 1962; págs. 61-87.

El hecho de que la cláusula resolutoria y el pacto comisorio se designen con frecuencia con la expresión común "pacto de *lex comisoria*" da lugar a que ambas figuras, perfectamente diferenciables, se confundan no obstante su diversa significación. Aumenta la confusión el hecho de que la cláusula resolutoria y el pacto comisorio puedan combinarse en un mismo negocio jurídico. Partiendo de que la cláusula resolutoria implica una facultad de resolución del contrato, mientras que el pacto comisorio supone un reforzamiento de su finalidad normal, se estudian separadamente ambas figuras en su consideración general (concepto, historia, fundamento, efectos) y en sus aplicaciones concretas.

KORFF, C'emens: *Die Altbaumietenverordnung (AMVO) in der Praxis*, MDR, año 15, núm. 1, enero 1961; págs. 13-16.

Aspectos prácticos de la Ordenanza alemana de 23 de julio de 1958 sobre el precio del arrendamiento de construcciones anteriores a 31-XII-49. La disposición no da lugar a muchos litigios, contra lo que era de esperar, aunque en ella hay puntos dudosos importantes: incrementos por mejoras, recargos por aprovechamiento industrial de la vivienda, recargos por subarriendo, cuasi-subarriendo, repercusión de gastos por suministros, etc.

NORIEGA PÉREZ, José Angel: *Contrato asociativo y contrato pluralateral*. RIN, año 13, núm. 52, 4.º trimestre 1961; págs. 59-80.

No obstante la cuidadosa y reiterada elaboración de la doctrina, especialmente italiana, no están bien delimitados los conceptos contrato asociativo y

contrato plurilateral. El contrato asociativo es sinalagmático indirecto, posee un fin común (lo cual no impide los intereses contrapuestos), entraña una organización, permite diversidad de prestaciones, es un contrato abierto y sucesivo. La sociedad es un contrato asociativo. Puede el contrato en cuestión ser bilateral o plurilateral. Este es siempre asociativo. El contrato plurilateral se determina formalmente (más de dos partes) o sustancialmente (fin común, creación de una organización, carácter instrumental, carácter sucesivo y abierto, posibilidad de diversidad de prestaciones).

SCHNEIDER, Egon: *Die Geltendmachung von Heilungskosten im Haftpflichtprozess*. MDR, año 15, núm. 2, febrero 1961; págs. 101-104.

En el Derecho alemán, doctrina y jurisprudencia han interpretado siempre con gran amplitud el concepto de "gastos de curación" a indemnizar en el supuesto de daños a una persona: gastos que directamente tienden a la curación o que se hagan como consecuencia de ella (desplazamientos, visitas, medios de transporte, alquiler de una casa más adecuada para la convalecencia, juguetes a niños lesionados, etc., etc.). No hay cuestión cuando el dañado hace en principio los gastos de su patrimonio y luego exige la pertinente indemnización al dañador. En cambio, si los ha satisfecho un obligado a alimentos se duda si el dañado puede exigir por derecho propio la indemnización de las prestaciones hechas por el alimentante. Se aducen convincentes razones en pro de la tesis afirmativa, teniendo sobre todo en cuenta que la consideración de que el dañado puede ser demandado dos veces (también el obligado a alimentos puede accionar contra él) es sólo un riesgo teórico. Referencia al § 843, IV, BGB. Economía procesal. ..

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La antitesis inflación-justicia*, RIN, año 13, números 50-51, 2.º-3.º trimestre 1961; págs. 47-111.

Considerada la inflación en su aspecto moral y en sus consecuencias sociales, se analiza la repercusión de este "diabólico fenómeno" en la justicia distributiva y en la conmutativa, pasándose revista a su incidencia, y a los pretendidos remedios contra sus consecuencias, en determinadas relaciones jurídicas en las que, por intervenir el factor tiempo-monedas, se manifiesta la inflación en todo su funesto mecanismo. Tanto en sí misma como en sus pretendidos remedios la inflación conduce al sacrificio injusto de una de las partes en la relación jurídica. Sólo cabe un remedio contra ella: la no inflación. El trabajo apareció antes en la Rev. Jur. de Cataluña, septiembre-octubre 1960, págs. 531-582.

WALSER: *Ersatz der Ermittlungs- und Anwaltskosten bei aussergerichtlicher Erledigung von Schadensfällen*, MDR, año 15, núm. 5, mayo 1961; páginas 374-375.

Supuestos en que deben ser indemnizados y supuestos en que no ciertos gastos accesorios (aseguramiento de prueba, asistencia médica, peritajes, etc.)

en los casos de daños resueltos por vía extrajudicial. Posición de los gastos de asistencia de abogado. Estos últimos normalmente deben serlo.

WANGEMANN, R.: *Wer trägt den «Versteigerungsverlust» bei der Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache?*, MDR, año 15, núm. 2, febrero 1961; pág. 111.

Se rebate la tesis de que en la ejecución forzosa de cosa vendida a plazos, y sobre la base del § 2 de la Ley alemana sobre negocios a plazos de 1894 (referente a indemnizaciones en caso de resolución), la aminoración del valor por "pérdida de subasta" es de cuenta del comprador.

WEIMAR, W.: *Die Aufhebung eines Mietvertrages wegen dringenden Eigeninteresses des Vermieters*, MDR, año 15, núm. 1, enero 1961; págs. 23-24.

El § 4 de la Ley alemana de protección al arrendatario consideraba como una de las causas por las que el arrendador puede interponer acción para la invalidación del contrato su propia necesidad. La norma ha sido modificada y hoy, en lugar de considerar como causa de invalidación la *propia necesidad*, alude al *propio interés* del arrendador: interés acuciante (dringendes Interesse). En todo caso siempre que el interés del arrendatario y su familia en la conservación de la vivienda no prevalezca la tal forma que no pueda imponérsele la devolución de la misma. Aspectos concretos en torno al significado del *interés* del arrendador.

WEIMAR, W.: *Bedarf der Vorvertrag zu einem langfristigen Grundstücksmietvertrag der Schriftform?*, MDR, año 15, núm. 4, abril 1961; págs. 289-290.

Venía generalmente entendiéndose que, no obstante estar sujeto a forma escrita el contrato de arrendamiento de inmuebles por más de un año (§ 566 BGB), no lo estaba el precontrato destinado a la ulterior celebración de ese arrendamiento. Comienza con razón a entenderse lo contrario, en base a que la exigencia de forma del § 566 BGB no tiene por fin único el "advertir" a un comprador que se subrogaría en el arrendamiento la existencia del mismo.

WEIMAR, W.: *Für den juristischen Nachwuchs: Die Mängelhaftung bei den typischen Verträgen des Alltags*, MDR, año 15, núm. 5, mayo 1961; página 381-382.

Aspectos básicos de la responsabilidad por vicios en los contratos de la vida diaria, según las disposiciones del BCB. Supuestos concretos y acciones pertinentes.

5. Derecho de familia.

BERG, J. F.: *Die Behandlung der Unterhaltsansprüche «republikflüchtiger» Kinder durch die sowjetzonalen Gerichte*, EF, año 9, núm. 11, noviembre 1962; págs. 455-457.

Cuestiones generales en torno a cómo deciden los Tribunales de la Zona soviética de Alemania las pretensiones de alimentos que los hijos huídos de la misma y residentes en la Alemania Occidental entablan contra progenitores que siguen en la República Democrática. En general, se deniegan siempre los alimentos en base al abandono ilegal del país. Es curioso observar cómo las decisiones se fundamentan en textos que son iguales que los de Alemania Occidental (en general los del BGB), pero interpretados con criterios “de partido” (parteiliche Rechtsfindung). Algunas decisiones, para negar los alimentos, se apoyan en el § 242 del BGB y en la institución de la “Verwirkung”. La pretensión se pierde (verwirkt sei) con la huida de la República. El deudor de los alimentos ya no puede esperar, en base a la buena fe (§ 242 BGB), que la pretensión vaya a ejercitarse. La concepción es, sin embargo, criticada.

BERGERFURTH, BRUNO: *Zur Erschwerung der Ehescheidung*, EF, año 9, número 6, junio 1962; págs. 246-249.

El mayor porcentaje de divorcios lo dan los divorcios de mutuo acuerdo, en los que los cónyuges simulan una causa para aducirla ante el Tribunal. Es preciso dificultar el divorcio, para evitar el frecuente abuso del mismo. Derecho alemán vigente y posibles reformas en el sentido indicado. Necesidad o conveniencia de un plazo a contar desde la conclusión del matrimonio.

BERNHARDT, WOLFGANG: *Überblick über die Gestaltung des Unehelichenrechts in den osteuropäischen Ländern (mit Hinweisen auf das sowjetzonale Recht)*, EF, año 9, núm. 6, junio 1962; págs. 225-232.

Examen de conjunto de las normas sobre filiación extramatrimonial en los países de Europa Oriental, con inclusión de la Unión Soviética y de la Zona Este de Alemania. En las llamadas Democracias Populares no se siguen postulados uniformes en cuanto a la posición jurídica de los hijos no matrimoniales. Cabe distinguir en ellas, e incluso a veces con más pureza que en Occidente, los tres tipos básicos de regulación que ofrece el Derecho Comparado: A) Inexistencia de relación jurídica entre el padre y el hijo (Unión Soviética). B) Equiparación con los hijos de matrimonio (Repúblicas Populares europeas, salvo la Zona). C) Paternidad extramatrimonial como simple “paternidad de alimentos” (Zona soviética de Alemania, fiel casi al BGB en su redacción primitiva). Problemática concreta en los diferentes Estados.

BOSCH, W.: *Zur erweiterten Unterhaltspflicht des ausserehelichen Vaters (§ 1.708 I BGB n. F.)*, EF, año 9, núm. 4, abril 1962; págs. 137-139.

El nuevo § 1.708, I, BGB (redacción de la reforma de 1961) amplía de dieci-

séis a dieciocho años el plazo durante el que el padre ha de prestar alimentos al hijo no matrimonial, si bien, una vez que el hijo ha cumplido los dieciséis años, pueden tomarse en cuenta sus ingresos si el padre lo solicita y ello está de acuerdo con la equidad. No es correcta la posición de ciertos Tribunales de entender que, inicialmente, en virtud de la norma indicada, los alimentos se señalan sólo hasta los dieciséis años. Procede su señalamiento hasta los dieciocho, sin perjuicio de que, cumplidos los dieciséis, el padre use de la facultad que se indica en el nuevo texto.

BOSCH, W.: *Ehescheidung gemäss § 48 EheG und missbräuliche Rechtsausübung*. EF, año 9, núm. 5, mayo 1962; págs. 182-184.

Comentario a la primera sentencia del BGH en torno al nuevo § 48, II, de la Ley de Matrimonio de 1946 (cfr. su contenido en MIKAT en esta sección). No cabe dar lugar al divorcio, a pesar de entender lo contrario la sentencia (de 9-II-62), cuando el cónyuge que lo solicita fue en principio culpable de la perturbación matrimonial, aunque después las circunstancias del destino hagan imposible el restablecimiento de la comunidad matrimonial. Esta es la tesis del autor, contraria a la de la sentencia. En el caso concreto se trataba de un cónyuge culpable que después aprovecha el hecho de que cada uno de los cónyuges vive en una "Zona".

BOSCH, W.: *Fehlender Reformeifer im Bereich des Unehelichenrechts?*, EF, año 9, núm. 7, julio 1962; págs. 292-294.

No se comparte, ni en su fundamentación ni en sus resultados, la tesis de WAGENBAUR (vid. en esta sección) de que el art. 6, V, de la Ley Fundamental de Bonn (sobre equiparación de los hijos no matrimoniales) es ya Derecho vigente. Necesita el principio constitucional de su concreción legislativa. Aspectos del problema: Reformas de la Ley de 11 de agosto de 1961.

BRIGUGLIO, Marcello: *Zum Recht des unehelichen Kindes in Italien*, EF, año 9, núms. 8-19, agosto-septiembre 1962; págs. 342-345.

Aspectos de la filiación no matrimonial en el Derecho italiano, con unas aclaraciones previas sobre filiación matrimonial para delimitación de la exposición. Reconocimiento, declaración judicial de la paternidad o de la maternidad, efectos del reconocimiento o de la declaración judicial, hijos no reconocidos y no reconocibles. Termina el trabajo con una breve referencia a la legitimación y a sus diferencias con el reconocimiento.

BRUHL, G.: *Die Anfechtung der Ehelichkeit ab 1-I-1962*, EF, año 9, núm. 1, enero 1962; págs. 8-14.

La Ley de reforma del Derecho de Familia de 11 de agosto de 1961 (vigente desde 1 de enero de 1962) ha introducido algunas modificaciones en las dispo-

siones del BGB relativas a la impugnación de la legitimidad de los hijos. Estado de la cuestión a partir de la fecha indicada, con arreglo a este esquema: La hipótesis de la impugnación, titulares y plazos, impugnación personal por el titular y por medio del representante legal, capacidad procesal, ámbito de validez temporal de la reforma, procedimiento.

BULITTA, Josef: *Die Dreimonatsfrist im Adoptionsverfahren* (§ 1.747 II BGB n. F.), EF, año 9, núm. 6, junio 1962; págs. 245-246.

La Ley de reforma del Derecho de Familia de 11 de agosto de 1961 ha introducido también modificaciones en las normas sobre adopción del BGB. Es nueva la norma que, con referencia al consentimiento de los padres para la adopción (o de la madre si de hijo no matrimonial se trata), establece que el consentimiento sólo puede otorgarse si el hijo ha cumplido los tres meses. Surgen dudas en torno al consentimiento otorgado sin observancia de ese plazo antes del 1 de enero de 1962 (fecha de entrada en vigor de la reforma), realizándose la adopción sin embargo con posterioridad a 31 de diciembre de 1961

CONRAD, Hermann: *Die Stellung der unehelichen Kinder in der neuzeitlichen Privatrechtsentwicklung Deutschlands, Frankreichs, Österreichs und der Schweiz*, EF, año 9, núms. 8-9, agosto-septiembre 1962, págs. 322-329

Estudio de conjunto de la posición jurídica de los hijos no matrimoniales en la evolución del Derecho privado de la Edad Moderna con referencia a Alemania, Francia, Austria y Suiza. La evolución arranca de la casi carencia absoluta de derechos hacia un continuo mejoramiento de su posición, tendente a la equiparación con los hijos matrimoniales. En el estudio se adopta este esquema: Ideas fundamentales, relación de los hijos con la madre, relación con el padre, legitimación, relación de los hijos entre sí. Sigue una completa reseña bibliográfica, que por sí sola justifica el interés del estudio.

FASCHING, Hans F.: *Lässt das österreichische Unehelichenrecht eine mehrfache Vaterschaft zu?*, EF, año 9, núm. 4, abril 1962; págs. 134-137.

La frecuente imposibilidad de constatar con éxito la paternidad ilegítima obliga al legislador a constatarla a través de presunciones. Ello da lugar a que a veces la presunción afecte así a varios hombres que cohabitaron con la madre en el tiempo de la concepción. El Derecho alemán admite la *exceptio plurium*. No la admite el Derecho austriaco. Puede así originarse en éste un vínculo múltiple de paternidad. Es la tesis de STREINIGER, que el autor comenta a la vez que ofrece una nota crítica a la obra de aquél "Rechtsfragen der außerehelichen Vaterschaft" (Graz-Colonia, 1961). Se toma como base en la tesis comentada la significación que el Derecho austriaco atribuye a la "paternidad jurídica", que no cabe identificar con la "paternidad biológica".

GERNHUBER, Joachim: *Elterliche Gewalt heute (Eine grundsätzlichen Betrachtung)*. EF, año 9, núm. 3, marzo 1962; págs. 89-96.

Aspectos actuales de la patria potestad considerada a la luz de los principios fundamentales, que contribuyen a moldear una nueva significación de la misma. Su encuadre en el sistema de los derechos subjetivos, carácter en beneficio del hijo, patria potestad y derechos fundamentales, injustificación si contiene elementos que contradigan su finalidad, derecho correspondiente a ambos padres. ...

GLÄSSING, H.: *Kann der Vormundschaftsrichter die Erstbestimmung der Religion des Kindes vornehmen?*, EF, año 9, núms. 8-9, agosto-septiembre 1962; págs. 350-352.

A partir de la sentencia del Tribunal federal constitucional de 29-VII-59 se entiende que el derecho de última decisión del padre en los asuntos de los hijos es contrario al principio de equiparación de marido y mujer. No habiendo pues acuerdo entre ellos respecto a la religión en que debe ser educado el hijo (Ley alemana de 1921) se plantea la cuestión ahora de si debe también en este caso decidir el Tribunal de Tutelas. Como regla general opta el autor por la solución negativa. En cuanto al primer hijo estima clara la cuestión; en cuanto a los demás pudiera ser adecuado tomar en cuenta la conveniencia de una mis-religión para todos los hermanos.

GÖPPINGER, Horst: *Irrungen und Wirrungen im Unehelichenrecht*, EF, año 9, núm. 11, noviembre 1962; págs. 449-451.

Si la Ley de reforma del Derecho de Familia de 8 de agosto de 1961 puede considerarse como un primer paso hacia la definitiva reforma de las normas sobre filiación no matrimonial, es lamentable que no hayan sido modificadas ciertas disposiciones que incluso ahora no encajan bien con las reformadas. Referencia a los problemas relacionados con los §§ 1.707, 1.709, 1.727, 1.738 y 1.747 EGB. Al mismo tiempo se hacen unas consideraciones en relación con las decisiones del 44 Congreso de Hannover. (Vid. en esta sección "Redacción".)

HABSCHIED, Walter J.: *Zum Verschulden im Eherecht*, EF, año 9, núm. 12, diciembre 1962; págs. 504-507.

Comentario a una sentencia de divorcio, de 12 de enero de 1962, en la que se declara, con una argumentación parecida a la penal de la *actio libera in causa*, que es suficiente una falta matrimonial cometida con culpa si el cónyuge, al cometerla y dada su formación, podía prever que la primera falta le llevaría a la comisión de las demás. Se trataba de una mujer que se emborrachaba y drogaba y, una vez en ese estado, cometía otras faltas que en sí y cada una

en particular podían dar lugar al divorcio. La "culpabilidad" de la primera es suficiente.

HANSMANN, KLAUS: *Der Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 des Brundgesetzes*, EF, año 9, núm. 11, noviembre 1962; págs. 452-455.

Después de haber establecido en su párrafo I que el *matrimonio* y la familia están bajo la especial protección del Ordenamiento estatal, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 añade, en el párrafo II, que la asistencia y educación de los hijos constituye un derecho natural *de los padres* y un deber que les incumbe con carácter primordial. La disposición, especialmente por su relación con el art. 104, II, plantea la cuestión de determinar qué personas deben comprenderse bajo la expresión "padres" (Eltern) que emplea el texto del art. 6, II. Sólo los padres de sangre o también los padres jurídicos (titulares del derecho y del deber de educar en sentido amplio). Examinadas las distintas interpretaciones, se sostiene la tesis de que la norma del art. 6, II, se refiere sólo a los padres de sangre que viven o han vivido en un matrimonio protegido por el artículo 6, I, de la propia Ley Fundamental.

HECKMANN, ARNO: *Der Name der französischen Ehefrau*, EF, año 9, núm. 11, noviembre 1932, págs. 458-459.

Como consecuencia de ser ya un uso consagrado antes del Code Civil el que la mujer, al casarse, tomará el apellido de su marido, los redactores del Código no dedicaron disposición alguna al particular. Consuetudinariamente se mantiene esta práctica, perfilada y acentuada por la jurisprudencia. Con esta aclaración inicial se indican después los aspectos concretos del apellido de las mujeres casadas en Francia: facultad y no deber de la mujer de tomar el apellido del marido, conservación del apellido de soltera, formación de uno doble, apellido de los hijos (el del padre), pérdida por divorcio. Referencia a los Proyectos de reforma: facultad de cada cónyuge de utilizar el apellido del otro.

HEROLD, HANS: *Die Zustimmung des anderen Ehegatten beim Abschluss von Abzählungskäufen und Vorsparverträgen nach dem neuesten schweizerischen Recht*, EF, año 9, núm. 6, junio 1962; págs. 232-234.

En Suiza, con el fin de evitar los contratos a plazos que un cónyuge puede celebrar por la hábil sugestión o captación de los vendedores, está previsto introducir en el Código de las Obligaciones un art. 226 *a*, en el que el contrato de compra a plazos celebrado por un cónyuge necesita para su validez el asentimiento escrito del otro, en caso de que los cónyuges lleven una economía doméstica común y la obligación a contraer exceda de 1.000 francos. Vicisitudes de la propuesta.

HÜBNER, Heinz: *Eheschließung und allgemeine Wirkungen der Ehe als dogmatisches Problem*, EF, año 9, núm. 1, enero 1962; págs. 1-8.

Desde la vertiente de la dogmática del Derecho Civil se toma en consideración la tesis dominante que concibe la conclusión del matrimonio como un contrato. Indicado cómo históricamente aparece la tesis contractualista, el hecho de que, en cuanto tal, conduzca a consecuencias insostenibles hace que el Estado haya de limitar las facultades dispositivas de las partes y sustraiga a la esfera privada el fenómeno de conclusión del matrimonio. La conclusión del matrimonio se pone siempre en estrecha conexión con la relación matrimonial resultante. La calificación jurídica del acto de contraer matrimonio requiere el examen de las posibilidades de la "configuración contractual" del concepto del matrimonio. Parece adecuado calificar la conclusión del matrimonio de negocio jurídico, o si se quiere, de contrato *sui generis*. La limitación del concepto contrato o negocio jurídico en relación al acto de conclusión del matrimonio radica en que los efectos de éste no pueden derivar sólo de un contrato.

KÖHLER-BOSCH: *Die frühzeitige Leistungsklage bei der erweiterten Unterhaltspflicht des ausserhehlichen Vaters* (§ 1.708 I BGB n. F.), EF, año 9, número 5, mayo 1962; págs. 185-186.

Consideraciones críticas de KÖHLER a la posición de BOSCH en torno al sentido en que debe entenderse el nuevo § 1.708, I, del BGB, en contra de lo afirmado por una sentencia de 1-III-62 (vid. BOSCH en esta sección). Contestación de BOSCH a la tesis de KÖHLER.

LACKNER, Karl: *Für und wider die Strafbarkeit des Ehebruchs*, EF, año 9, núm. 10, octubre 1962; págs. 411-413.

Ante la frecuente afirmación de que la punibilidad del adulterio supone una idea anticuada, medieval, bárbara, falta de realismo y contraria al progreso (fundamentada en la consideración de que el individuo de la sociedad moderna puede hacer o dejar de hacer con su cuerpo lo que quiera), se estima necesario una cuidadosa valoración de los pros y los contras de la indicada punibilidad. Aunque hay importantes razones en contra de la punibilidad, no se puede olvidar: 1) que los Códigos penales deben garantizar un mínimo de exigencias ético-sociales; 2) que el matrimonio se estima fundamento de la ordenación de la vida social.

LANSKY, Ralph: *Neue Abkommen zum internationalen Unterhaltsrecht*, EF, año 9, núms. 8-9, agosto-septiembre 1962; págs. 347-350.

Indicación de los nuevos Convenios de La Haya en materia de alimentos: Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias hacia los hijos (15 abril 1958); Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias hacia los hijos (24 octubre 1956); Convenio sobre el ejercicio de pretensiones alimenticias (20 junio 1956).

LUTHER, Gerards *Spannungen bei der Anwendung italienischen Familienrechts durch deutsche Gerichte*, EF, año 9, núms. 8-9, agosto-septiembre 1962: páginas 346-347.

Se trata de una nota que destaca los esenciales aspectos de la obra de Erik Jayme, del mismo título que la presente nota (Bielefeld, 1961), y en la que se examina, con excepción de las materias referentes a la tutela, todo el Derecho internacional privado entre Italia y Alemania.

LUTTER, Marcus: *Zum Umfang des Sondergut*. ACP, tomo 161, núms. 2-3, junio 1962: págs. 163-173.

El § 1417 BGB, referente al régimen convencional de bienes en el matrimonio (comunidad de bienes), determina, en su nueva redacción (reforma de 1957), que el "patrimonio especial" (Sondergut) está excluido del "patrimonio común" (Gesamtgut). Como patrimonio especial considera la norma los "objetos que no pueden ser transmitidos por negocio jurídico". El precepto sólo es claro en apariencia, debido a la diversidad de supuestos que encajarían en él por la exclusiva nota de la intransmisibilidad. Supuestos claros y dudosos. Por una parte la norma debe interpretarse restrictivamente, en cuanto que sólo son patrimonio especial los objetos que son intransmisibles por su naturaleza personalísima o por su especial configuración legal; no lo son aquellos cuya condicionada intransmisibilidad descansa en negocio jurídico o Estatutos. Por otra parte, la norma ha de entenderse extensivamente, y considerar patrimonio especial aquellos objetos que, siendo transmisibles, no pueden, sin embargo, por su naturaleza convertirse en patrimonio común (cuotas en sociedades personales en ciertos casos, cualidad de miembro de asociación).

MELÓN INFANTES, Carlos: *El régimen matrimonial de bienes en el Derecho alemán (occidental) después de la reforma legislativa de 1957*, RIN, año 11, núm. 41, 1.º trimestre 1959; págs. 63-83.

Descripción del régimen legal de bienes y del régimen convencional instaurado en Alemania por la Ley de equiparación jurídica de sexos de 18 de junio de 1957. Como régimen legal se configura la "comunidad de ganancia", en virtud del cual el cónyuge que ha obtenido durante el matrimonio una ganancia mayor que el otro debe repartir con éste el exceso por mitad. Esto cuando la comunidad termina por causa que no sea la muerte de un cónyuge. Terminando por muerte hay una regla especial, consistente en incrementar la porción hereditaria legítima del superviviente. Como régimen convencional se mantiene la comunidad de bienes, simplificando la reglamentación anterior y adaptándola al postulado de equiparación.

MEZGER, E.: *Der gegenwärtige Stand des Rechts der unehelichen Kinder in Frankreich*, EF, año 9, núms. 8-9, agosto-septiembre 1962; págs. 329-336.

Estado actual del Derecho francés en la reglamentación de la filiación no

matrimonial. La Ley de reforma en la materia de 15 de julio de 1955 ha dado lugar a un aumento constante de los procesos de paternidad, planteándose con frecuencia ante los Tribunales cuestiones que antes no tenían un planteamiento teórico. Examen de los aspectos concretos de la reglamentación: definición de los hijos no matrimoniales, reconocimiento y significación del "principio del reconocimiento", efectos, diferencias con el Derecho alemán, investigación de la paternidad y de la maternidad, mejora de la posición de los adulterinos, acción de alimentos y cuantía de éstos. Como conclusión se entiende que así como lo que ha sido obra del legislador en gran parte puede considerarse frustrado, la obra de la jurisprudencia, en cambio, da lugar a configuraciones satisfactorias del deber de alimentos.

MIKAT, P.: *Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerüttungsprinzip*, EF, año 9, núm. 3, marzo 1962; págs. 81-89. Núm. 7, julio 1962; págs. 273-281. Núm. 12, diciembre 1962; págs. 497-504.

En virtud de la Ley de reforma del Derecho de Familia de 11 de agosto de 1961, se ha dado nueva redacción al § 48, II, de la Ley de Matrimonio alemana de 1946. En el indicado § 48 se recoge como causa de divorcio ejercitable por cualquiera de los cónyuges el hecho de que la comunidad doméstica entre ellos esté suprimida desde hace tres años y no se pueda esperar el restablecimiento de una comunidad de vida adecuada a la esencia del matrimonio en virtud de una profunda e insalvable perturbación de la relación matrimonial. Esto es lo dispuesto en el § 48, I, que sanciona el "principio de la perturbación". En virtud de la reforma, el párrafo II dice ahora que si el cónyuge que solicita el divorcio es culpable del todo o predominantemente de la perturbación, no puede decretarse el divorcio contra la oposición del otro, salvo que falte a éste la vinculación al matrimonio y una presumible disposición para continuar dicho matrimonio. La reforma da motivo al autor para unas amplias consideraciones sobre el "principio de la perturbación". Notas históricas con finalidad de política jurídica.

MÜLKE, Horst: *Zur Verwaltungsbeschränkung des § 1.365 Abs. I BGB*, ACP, tomo 161, núms. 2-3, junio 1962; págs. 129-162.

En la redacción recibida en la reforma de 1957 (Ley de equiparación), el § 1.365, párrafo I, del BGB determina que en el régimen legal de bienes en el matrimonio (comunidad de ganancia) cada cónyuge sólo puede obligarse a disponer de su patrimonio como un todo con consentimiento del otro cónyuge. Si se obliga sin asentimiento de éste, sólo puede cumplir la obligación con su consentimiento. Dudas doctrinales y jurisprudenciales en torno al precepto: problemas resueltos y por resolver. No estima el autor convincente la opinión dominante, que ve en la norma indicada una norma no de Derecho necesario. Su esencial finalidad de seguridad de la base económica de la familia no parece permitir esa concepción.

NEUHAUS, Heinrich: *Um die Reform des deutschen internationalen Eherechts*, EF, año 9, núm. 10, octubre 1932; págs. 415-418.

La Segunda Sección del Consejo Alemán para el Derecho internacional privado (Deutsche Rat für IPR) ha preparado un Proyecto de carácter privado que contiene interesantes propuestas para la reforma del Derecho internacional privado alemán en lo tocante al matrimonio: conexión, limitación de cláusulas de reserva, simplificación, autodeterminación de las reglas de procedimiento.

PACHECO, Alberto: *La sociedad conyugal en el Código civil y según las reformas de 31 de diciembre de 1956*, RIN, año 11, Núms. 42-43, 2.º-3.º trimestres 1959; págs. 109-119.

Aun no entrada en vigor todavía, está proyectada una reforma del artículo 3.012 del Código Civil mexicano, en orden a exigir la inscripción de la sociedad conyugal en el Registro de la Propiedad, para que produzca efectos contra terceros cuando se refiera a inmuebles. Examen de la situación anterior a la reforma y crítica de ésta.

PIEGLER, Josef: *Ehe und Familie in der Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofen im Jahre 1961*, EF, año 9, núm. 5, mayo 1962; páginas 177-182.

Orientaciones y aspectos esenciales de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo austríaco, en forma de reseña sistemática, durante el año 1961, en materia de matrimonio y familia: sponsales, obligación de la mujer de seguir al marido, alimentos, asistencia, divorcio, comunidad de vida, cuidado de la descendencia, filiación, adopción y legitimación. Comentarios breves en cada cuestión.

RAMM, Thilo: *Gleichberechtigung und Ehe- und Familienname*, EF, año 9, número 7, julio 1962; págs. 281-286.

El apellido matrimonial y de familia es, en el Derecho alemán, el del marido, si bien la mujer puede añadir a él el suyo de soltera, declarándolo así ante el funcionario del estado civil. Es lo que determina el artículo 1.355 del BGB. No obstante haber sido redactado de nuevo el indicado precepto por la Ley de equiparación de 1957, se discute si está o no de acuerdo con el postulado constitucional de igualdad de sexos. No parecen convincentes los argumentos de quienes entienden que sí (la mayoría). Estima el autor que la única solución correcta, en el marco de la equiparación, sería la de que los prometidos eligieran el apellido, quedando limitada la facultad de elección a una de estas dos posibilidades: apellido del marido, apellido de la mujer o formación de uno compuesto con ambos.

REDACCIÓN: *Zur Reform des Unehelichenrechts*. EF, año 9, núm. 10, octubre 1962: págs. 401-402.

El 44 Congreso de Juristas alemanes (Hannover, 1962) estima urgente la reforma de los preceptos relativos a la filiación no matrimonial, poniendo la Legislación en armonía con el artículo 6. V, de la Ley Fundamental. Indicación de las decisiones del Congreso en los aspectos esenciales del problema, en todos los cuales se impone un decisivo mejoramiento de la posición jurídica de los hijos no matrimoniales. Entre otros temas, fueron abordados éstos: posición jurídica de la madre, apellido, parentesco, constatación de la paternidad, *receptio plurimum*, cuidado de la persona del hijo, equiparación de todos los hijos no matrimoniales, trato personal con el hijo, alimentos, problemas sucesorios.

RENAULT, Jean G.: *Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes nach belgischen Recht*, EF, año 9, núms. 8-9, agosto-septiembre 1962; págs. 336-342.

Tres fases se distinguen en el Derecho belga en materia de filiación no matrimonial: a) Code Civil de 1804 y Leyes posteriores hasta 1958; c) Ley de 10 de febrero de 1958. La evolución muestra una firme tendencia hacia el mejoramiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, hasta el punto de que, como la jurisprudencia no actúe con el máximo cuidado, la Ley de 1958 puede socavar profundamente la estabilidad de la institución familiar.

RITTNER, Fritz: *Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht*, EF, año 9, núm. 7, julio 1962; págs. 287-289.

En general, no se atribuye eficacia derogatoria al principio de equiparación de sexos de la Constitución austríaca. Se prepara un proyecto de Ley sobre equiparación, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia, pero no se ha pasado de ahí. Con estos antecedentes se toman en consideración los aspectos fundamentales de una ponencia de BYDLINSKY al Congreso de Juristas austríacos de 1959. Se examinan por separado el principio general de igualdad de los particulares y el problema concreto de equiparación de varón y mujer. En el ámbito del Derecho privado, ambas cuestiones. Propuestas en torno a: derecho de decisión, apellido, poder de la llave, régimen de bienes (crítica del sistema alemán), normas sobre filiación extramatrimonial, etc.

ROCKE, Gerd-Wilhelm: *Die Rücknehmbarkeit der Eheerkennugserklärung*, EF, año 9, núm. 10, octubre 1962; págs. 418-419.

En Alemania, el reconocimiento de "matrimonios libres" de personas perseguidas por razones de raza o por motivos políticos produce el mismo efecto que si se hubiera celebrado un matrimonio de acuerdo con la Ley. Se otorga por las autoridades administrativas. Por ello su anulabilidad o anulación debe

decidirse también con arreglo a criterios administrativos: la mera falta de algún presupuesto del reconocimiento es motivo de anulación de éste (en el caso concreto la falta de voluntad matrimonial en el premuerto). No es procedente la utilización de criterios que gobiernan la Ley de Matrimonio para decidir o no la anulación del reconocimiento. Así lo entendió el Tribunal Constitucional Federal en sentencia de 14-VII-61, que el autor critica: no cabe equiparar la falta de voluntad matrimonial, en el momento de la muerte, en el reconocimiento de que se trata, a la reserva mental en la conclusión del matrimonio.

SCHERER, Emil: *Die Rechtslage bei Eintritt des gesetzlichen Güterstandes zwischen dem Verpflichtungsgeschäft über das Vermögen im ganzen und seiner Erfüllung (insbesondere zu Fällen zwischenzeitlicher Eheschließung)*, EF, año 9, núm. 10, octubre 1962; págs. 413-415.

El nuevo § 1.365 BGB (redacción Ley de equiparación de 1957), con vigencia desde 1-VII-58, determina que cada cónyuge sólo con asentimiento del otro puede obligarse a disponer de su patrimonio como un todo y si lo ha hecho, sólo puede "cumplir" si el otro consiente. Es norma básica en el régimen legal de bienes (comunidad de ganancia). Sobre la base del precepto hay que distinguir entre el "negocio de obligación" o el "negocio de cumplimiento". Celebrado el primero antes de la vigencia de la norma y producida después la "comunidad" por matrimonio, ni uno ni otro negocio deben resultar afectados por lo que dispone el § 1.365. Por tanto, si una persona celebra un negocio de obligación sobre su patrimonio y luego, por casarse, se produce la comunidad antes de realizar el negocio de cumplimiento, puede llevar éste a cabo sin consentimiento de su cónyuge.

SCHMIDT-FUTTERER: *Darf das uneheliche Kind im Namensänderungsverfahren den Familiennamen seines Erzeugers erhalten?*, MDR, año 15, núm. 3, marzo 1961; págs. 192-193.

Conforme al § 1.706 del BGB, el hijo no matrimonial lleva el apellido de la madre. Por excepción, y aparte los supuestos de legitimación o adopción, puede a veces atribuírsele el del padre. No hay razón que lo impida estando clara la paternidad. Presupuestos y circunstancias que condicionan esta atribución. Referencia a la Ley de modificación del apellido de 5 de enero de 1938.

SCHWARZHAUPT, Elisabeth: *Die Familienrechtsänderungsgesetz von 1961. Teil II: «Änderungen von Nebengesetzen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen»*, EF, año 9, núm. 2, febrero 1962; págs. 49-52.

Continúa la indicación de las reformas que la Ley de 18 de agosto de 1961 ha introducido en el Derecho de familia alemán. En el presente número de EF se alude a las reformas en la Ley de Matrimonio de 1946, en la Ordenanza

Procesal Civil y en otras Leyes. Se alude al problema de la aprobación del Tribunal de Tutelas en el supuesto de internamiento del pupilo (§ 1.800, II, BGB, nuevo texto). Cuestiones de Derecho de transición.

SENAY, Alfonso: *Influencia de la tributación en la elección de régimen matrimonial de bienes en el Canadá Francés*, RIN, año 11, 1.º trimestre 1959; páginas 191-195.

El Código Civil de la Provincia de Quebec toma del Derecho Francés la comunidad de bienes en el matrimonio, y del Derecho inglés la absoluta libertad de testar. La comunidad de bienes fué paulatinamente cediendo su puesto a la separación de bienes a medida que la vida rural se va transformando en ciudadana e industrial. Actualmente razones fiscales son la causa de que la separación ya no presente tantas ventajas.

STERK, Ch.: *Die rechtliche Stellung des unehelichen Kindes im niederländischen Recht*, EF, año 9, núm. 7, julio 1962; págs. 289-292.

Tras de indicar la clasificación de los hijos en el Derecho holandés después de la reforma de 1947, se estudia la posición jurídica que, según sus especies, corresponde a los no matrimoniales, divididos en "naturales" (nacidos de relaciones contrarias a la ley) y "overwonnen" (nacidos de relaciones contrarias a las buenas costumbres: adulterio, incesto). Aspectos concretos de la reglamentación legal y breve referencia al Proyecto de reforma del libro I del Código Civil, debido a MEYERS.

STREE, Walter: *Der Irrtum des Täters über die Angehörigeneigenschaft seines Opfers*, EF, año 9, núm. 2, febrero 1962; págs. 55-60.

Con vistas a la planeada reforma penal alemana, se hacen unas consideraciones en torno al problema del error del autor de un delito acerca de la condición o no de "familiar" de la víctima del mismo. Valoración objetiva o subjetiva de la situación.

VALET DE GOYTISOLO, Juan: *La mujer y los bienes gananciales después de la reforma del art. 1.413 del Código Civil*, RIN, año 11, núms. 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959; págs. 125-145.

Examen crítico de la reforma que introduce en el artículo 1.413 del Código Civil la Ley de 24 de abril de 1958: necesidad del consentimiento de la mujer para los actos de disposición del marido sobre ciertos bienes gananciales (muebles o establecimientos mercantiles). Atendiendo a los fines perseguidos por la reforma y a los resultados conseguidos con la misma, merece ésta al autor un juicio netamente desfavorable.

WAGENBAUR, RO.F: *Zur Aktualisierung des Art. 6 Abs. V GG durch die Rechtsprechung*, EF, año 9, núm. 4, abril 1962; págs. 129-134.

Aspectos de la realización práctica por la jurisprudencia del principio fundamental contenido en el art. 6, párrafo V, de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual ha de procurarse por la Legislación a los hijos no matrimoniales las mismas condiciones que a los matrimoniales para su desarrollo espiritual y corporal y para su posición en la sociedad. Reforma de las normas sobre filiación no matrimonial. Significado del postulado constitucional, como norma no dirigida sólo al legislador, sino también a los tribunales y a la Administración, pero en el ámbito de la Legislación vigente. Fundamento de la "actualización" del principio y objeciones a la misma.

WIESNER, Karl: *Noch einmal: Eine Gefahr für die verfassungsmässige Ordnung (Zur einverständlichen Ehescheidung)*, EF, año 9, núm. 1, enero 1962; págs. 14-15.

Insiste el autor en el problema de los divorcios de mutuo acuerdo enmascarados, como contrarios a la ordenación legal y al postulado constitucional que coloca al matrimonio y a la familia bajo la especial protección estatal. Posición del juez y del abogado ante la cuestión.

6. Derecho de sucesiones.

DE FARIA, Avelino: *Testamento cerrado escrito por un tercero y firmado por el testador, cuando éste no se halla imposibilitado para escribir*, RIN, año 13, núm. 49, 1.º trimestre 1961; págs. 177-178.

Rectificando su punto de vista anterior, entiende el autor, con respecto al Derecho portugués (Código del Notariado, art. 175), que la buena doctrina debe consistir en estimar válido el testamento escrito por tercero y sólo firmado por el testador, aunque pudo escribirlo todo. La única circunstancia a demostrar por el testador ante el notario es la de que "sabe y puede leer".

JORDANO BAREA, Juan B.: *La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento*, RIN, año 13, núm. 49, 1.º trimestre 1961; págs. 57-64.

Este artículo ha sido publicado también en la RDEA, núm. 23, págs. 224-233 y su contenido fue ya oportunamente indicado en este ANUARIO (cfr. Tomo XIV, fascículo 2, pág. 480). Allí remitimos al lector.

NAVARRO AZPETA, V. Fausto: *Sucesión de los hermanos naturales en España*, RIN, año 13, núm. 49, 1.º trimestre 1961; págs. 177-178.

Breve respuesta a una consulta en torno a la sucesión de los hermanos na-

turales en relación a descendientes legítimos de su madre. Consideración de los artículos 943 y 945 del Código Civil español.

PUIG BRUTAU, José: *Introducción al Derecho de Sucesiones por causa de muerte*, RIN, año 11, núm. 44, 4.º trimestre 1959; págs. 63-76.

En materia de sucesiones donde se manifiestan las diferencias entre el *civil law* y el *common law* de una forma más acusada es en lo relativo al criterio de ambos ordenamientos con respecto a las deudas del causante. Mientras que la tradición romanista funda el Derecho sucesorio sobre el hecho de que la posición jurídica del causante se mantendrá en lo posible inalterada a base de colocar en su lugar al heredero, el sistema angloamericano procede como si los sucesores fueran meros destinatarios del remanente que quede después de la liquidación de la herencia por un "ejecutor" que paga las deudas. Comparando el heredero con beneficio de inventario (*civil law*) con el "heir at law" (*common law*) se entiende que el Derecho de base romanista puede obtener del anglosajón la enseñanza de la utilidad del "executor" en ciertos casos; éste de aquél la enseñanza de que los propios beneficiarios de la herencia podrían a veces ser sus liquidadores sin necesidad de "executor".

ROCA SASTRE, Ramón M.: *Acrecimiento propio e impropio. Derecho de representación en fideicomiso. Interpretación de conjeturas*, RIN, año 13, número 49, 1.º trimestre 1961; págs. 159-173.

Consulta al autor en torno a un supuesto de acrecimiento y representación, enlazado con sustitución. En torno al mismo caso emitió dictamen antes VALLET DE GOYTISOLO en RIN, núm. 45, págs. 165-173. El aspecto fundamental de la cuestión radica en lo siguiente: Cinco hermanos reciben, en partes iguales, una herencia. Cada uno de ellos sólo podrá disponer de su cuota si tiene descendencia legítima. De no tenerla, dicha cuota acrecerá a los otros. Muerto uno de los hermanos sin descendencia se pregunta si su parte sólo "acrecerá" a los hermanos que quedan o a éstos y a los cuatro hijos de otro (por representación). El autor, en sentido distinto a VALLET, entiende lo primero.

SANCHO REBULLIDA, F. de Asís: *Sobre la naturaleza y encuadre sistemático de la indignidad para suceder*, RIN año 11, núm. 44, 4.º trimestre 1959; páginas 203-206.

El trabajo se reproduce de la Revista "Temis" (núm. 1, págs. 153-155). Al aparecer en ésta fue ya reseñado en este ANUARIO (cfr. XI, 3, 1958, 917). En suma, trata de considerar presupuesto objetivo de la sucesión la dignidad o el perdón de la indignidad, desconectando pues la indignidad del aspecto subjetivo de la sucesión.

SCHULTE, Max: *Aktuelle Fragen des Höferechts*, EF, año 9, núm. 4, abril 1962; páginas 139-141.

A la vez que se ofrece una nota en torno al libro de LANGEWULFF "Höfeordnung..." (5.^a ed., Munich-Berlín, 1961) se indican los principales aspectos y cuestiones planteados actualmente en materia de haciendas agrícolas vinculadas. Las normas sobre las mismas tienen el carácter de Derecho especial frente a los principios generales del Derecho sucesorio y de familia, cuyos postulados tienen por ello valor supletorio. El problema de la libertad de testar, la preferencia del sexo masculino, inexistencia de sucesores, pactos sucesorios, pretensiones de nivelación de los coherederos, problemas de la repudiación, aspectos de Derecho de familia. Especiales dificultades derivadas de la comunidad de bienes continuada. Preferencia adquisitiva.

II. DERECHO HIPOTECARIO

BRILLOIT, R.: *La reforma del régimen hipotecario en Argelia*, RIN, año 13, número 52, 4.º trimestre 1961; págs. 95-99.

Extensión a Argelia, con ciertas particularidades, del nuevo régimen hipotecario francés instaurado por el Decreto de 4 de enero de 1955. Pretende la reforma completar el imperfecto sistema de la publicidad personal con una publicidad real. No existiendo en Argelia catastro no ha sido posible instaurar, como en Francia, un "fichero parcelario".

MONETA, Raúl A.: *La Ley Hipotecaria española*, RIN, año 13, núm. 49, 1.º trimestre 1961; págs. 141-143.

Palabras de homenaje y admiración a la Ley Hipotecaria española con motivo del cumplimiento de su centenario. Sus cualidades intrínsecas quedan demostradas en su larga vigencia.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte General.

DE LA MARNIERRE, E. S.: *Crónica de Legislación francesa*, RIN, año 11, número 44, 4.º trimestre 1959; págs. 45-62.

En la presente crónica hay datos de interés para el Derecho mercantil. Cfr. en este ANUARIO, Sección Derecho Civil, Parte General.

JUNCKERSTORFF, K.: *Über das Niederlassungsrecht im Europäischen Gemeinsamen Markt*, MDR, año 15, núm. 1, enero 1961; págs. 11-13.

Los arts. 52 a 58 del Tratado de Roma, estableciendo la Comunidad Económica Europea, se ocupan del establecimiento de los empresarios en otros

Estados de la Comunidad distintos del suyo. Supresión de limitaciones y excepciones admitidas. Sentido en que debe ser entendido el derecho de establecimiento para que las disposiciones del Tratado de Roma obtengan su pleno desarrollo.

2. Comerciantes y sociedades.

NIES, Ludwig: *Kann einem Eigenhändler der Ausgleichsanspruch des § 89b HGB zustehen?*, MDR, año 15, núm. 7, julio 1961; págs. 556-559.

Después de la reforma de 6 de agosto de 1963, en el Código de Comercio alemán se incluye un § 89 b, que concede al representante de comercio (cfr. su concepto en el § 84) una pretensión de nivelación en ciertos casos. Se discute si dicha pretensión es también aplicable al comerciante en nombre propio llamado impropriadamente "representante general" que con frecuencia (por ejemplo en la venta de automóviles) desempeña una función de más importancia que la del verdadero representante. De la sentencia del BGH de 16 de febrero de 1961 parece deducirse que la aplicación indicada no puede sostenerse como regla general, sino sólo en casos excepcionales en los que la relación del "Eigenhändler" está configurada de tal forma que desde el punto de vista económico se corresponde con la del representante y desde el jurídico se asemeja a ella.

3. Cosas mercantiles.

BORSSELLI, Edgardo: *Apuntes sobre la reforma del servicio de protestos cambiarios en Italia*, RIN, año 13, núm. 49, 1.º trimestre 1961; págs. 13-14.

La propuesta reforma legislativa en materia de protestos trata de hacer frente a ciertos aspectos que en la práctica italiana se presentaban necesitados de modificación. El autor estima que el art. 12 del Proyecto de reforma no debió prever sólo el supuesto de "cancelación" del nombre del deudor que paga, después del protesto, de las oportunas listas, sino también otras hipótesis en las que la magistratura, previa apreciación de las circunstancias, pudiera suspender la publicación del protesto.

FERREIRA, Waldemar: *El Derecho cambiario brasileño y la Ley Uniforme de Ginebra*, RIN, año 13, núm. 50-51, 2.º-3.º trimestre 1961; págs. 15-46.

Comienza el artículo con unas notas en torno a la formación histórica del contrato de cambio. En Brasil se reglamentó primero en el Código de Comercio de 1850 y, después, en la Ley cambiaria de 31 de diciembre de 1908, que acusa una fuerte influencia de la Ordenanza cambiaria alemana, aunque en modo alguno es una reproducción de ella. Se considera la letra como simple instrumento de obligación, rodeada de rigurosas formalidades extrínsecas, libre de la

necesidad de remesa de dinero de un lugar a otro y de la provisión de fondos. Comparación con la Ordenanza alemana y con la Ley Uniforme; diferencias esenciales que se observan. Sigue en apéndice el texto íntegro de la Ley.

4. Obligaciones y contratos.

SCHMIDT-TOPHOFF: *Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) in ihrer Bedeutung, Entwicklung und Wirksamkeit*, MDR, año 15, núm. 3, marzo 1961; págs. 185-188.

El contrato de expedición tiene una incompleta e insatisfactoria reglamentación en los §§ 407 a 415 del Código de Comercio alemán. Esta reglamentación ha sido prácticamente desplazada y sustituida por las minuciosas y completas reglas (65 párrafos divididos en 15 secciones) contenidas en las "Condiciones Generales Alemanas sobre la expedición" de 1939. El autor alude a la significación, desarrollo y eficacia de las indicadas condiciones. Tienen carácter de normas contractuales que no han devenido Derecho objetivo, normas devenidas ineficaces por la Ley Fundamental de Bonn, obligación de asegurar del expedidor, liberación de responsabilidad, etc.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

DEN HAGEN-SIEVEKING: *Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem Betriebe von Atomschiffen*, MDR, año 15, núm. 4, abril 1961; págs. 273-280.

Aspectos y problemas derivados de los riesgos que entraña la navegación atómica. Proyecto elaborado en la Conferencia de Rijeka de 1959; referencia a la Conferencia de Bruselas de 1961. En primer lugar se alude a los problemas de responsabilidad por daños emanados de la propulsión atómica de los buques, en el sentido en que han sido abordados en el Proyecto de Rijeka (concepto de daños y principio de la responsabilidad del "operator"). A continuación se indica la problemática que puede derivar de la colisión de otros convenios con el indicado; especialmente la cuestión de la limitación de la responsabilidad derivada del Convenio de Bruselas de 1957.

IV. DERECHO NOTARIAL

ANTONIETTI, G.: *De la identidad personal*, RIN, año 13, núm. 49, 1.º trimestre, 1961; págs. 67-68.

Severidad legislativa y jurisprudencia italiana en torno a la obligación que incumbe al Notario de comprobar la identidad personal de los sujetos. Propuesta de posibles reformas para atenuar el actual rigor.

AVANZINI, Agostino: *Nuevas disposiciones legislativas sobre la legalización*, RIN, año 11, núm. 41, 1.º trimestre 1961; págs. 201-202.

Sentido y contenido del Decreto Italiano de 2 de agosto de 1957, introduciendo nuevas normas en materia de legalización.

AVANZINI, Agostino: *Las Escuelas del Notariado en Italia*, RIN, año 11, núm. 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959; págs. 205-208.

Suprimida en la época napoleónica la última Cátedra del Derecho Notarial, han ido surgiendo después una serie de Escuelas del Notariado a las que el autor se refiere. Aparecieron para colmar una necesidad innegable. La formación del Notario en el estudio privado de otro Notario no es desde luego sistema satisfactorio.

CARDINAL, Jean-Guy: *Importancia de las Leyes Fiscales para el Notario*, RIN, año 13, núm. 50-51, 2.º-3.º trimestre 1961; págs. 115-117.

Dada la incidencia constante del Derecho Fiscal en todos los aspectos de la intervención del Notario, se señalan las materias en que el Notario canadiense, como guía y consejero de su cliente, debe estar plenamente impuesto.

CARUSINI, Pietro: *Falsedad en la legitimación de la firma y otros temas*, RIN, año 13, núm. 52, 4.º trimestre 1961; págs. 101-103.

Falsedad en la legitimación de firma, comprobación de firma y de identidad, adveración de firma. Derecho italiano, jurisprudencia. Proyectada reforma.

CONFERENCIA DE LA HAYA: *Anteproyecto de Convención para la supresión de la legalización de documentos extranjeros*, RIN, año 11, núm. 44, 4.º trimestre 1961; págs. 17-20.

Anteproyecto de Convención de 5 de mayo de 1959 elaborado por la Comisión Especial de la Conferencia de la Haya, y relativo a la supresión de la exigencia de legalización de documentos extranjeros. Texto íntegro.

D'ORAZI FLAVONI, Mario: *La autonomía del Derecho Notarial*, RIN, año 13, núm. 49, 1.º trimestre 1961; págs. 69-106.

Se analizan las tesis autonomistas y las contrarias a la autonomía del Derecho Notarial. Presupuesto de las discusiones al respecto es la fijación de un concepto o definición de esta rama jurídica, que, a juicio del autor, debe encajarse en una fórmula susceptible de desarrollo. Considerado el Derecho Nota-

rial como el complejo de normas que desenvuelven subjetiva, objetiva y funcionalmente la institución notarial, se consideran los factores de su pretendida autonomía: la diversidad de la materia, la normatividad típica y los principios peculiares.

DE VROE, Jean: *Redacción gráfica de los originales y de las copias de los documentos notariales*, RIN, año 11, núm. 44, 4.º trimestre 1959; páginas 79-92.

Procedimiento de redacción manuscrita y mecánica de documentos notariales en Bélgica, según la Ley de 1951. Procedimientos y aspectos varios en la redacción de documentos y copias. Forma, papel timbrado, etc.

DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: *La Grafía Notarial y el Decreto de 8 de agosto de 1958*, RIN, año 11, núm. 44, 4.º trimestre 1959; págs. 93-106.

El Decreto indicado permite el empleo de máquina de escribir o de cualquier otro medio similar en las matrices de documentos notariales, con el fin de adaptar la legislación española a las orientaciones de los derechos extranjeros. Como precedente al estudio del Decreto, que también se ofrece, se analiza antes la situación anterior al mismo. Entiende el autor cabe distinguir tres períodos: época del escribano, época del notario y época de los medios mecánicos de escribir.

GARCÍA CONI, Raúl R.: *La función notarial y su protagonista*, RIN, año 13, número 52, 4.º trimestre 1961; págs. 105-115.

Fe pública y notario. Función auténtica, asesora, conciliadora, configuradora, antilitigiosa, antiburocrática y reguladora.

GRILLE GONZÁLEZ, Pedro: *El documento notarial e instrumento notarial La verdad del documento notarial*, RIN, año 11, núm. 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959; págs. 219-235.

Indicando previamente el concepto de documento y sus especies y centrado después del examen en los documentos notariales y en la fe pública que entrañan, se analizan los aspectos relativos a la relación de dichos documentos con la legislación penal: falsificación, uso indebido, destrucción, etc.

GUAST, Alessandro: *La Cooperación de la Unión del Notariado Latino para la Unificación de las Legislaciones*, RIN, año 11, núm. 41, 1.º trimestre 1959; págs. 89-113.

Aspectos en que la creada Comisión de Estudios Europeos dentro de la

UINL puede y debe cooperar al movimiento de acercamiento y unificación de las legislaciones. Posición y función del notariado en materia de tributación, tratados multilaterales. Normas sobre sociedades, etc.

GUASTI, Alessandro: *El Notario y los problemas de la Europa Unida*, RIN año 11, núm. 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959; págs. 159-168.

Aspectos esenciales del 57 Congreso de los Notarios de Francia (junio 1959) en lo que puede interesar al notariado en general y al Movimiento Internacional del Notariado Latino. Referencia concreta a: El Estatuto del Extranjero y el Mercado Común, la Inmigración y sus consecuencias económicas y sociales, el estatuto civil del extranjero, el estatuto profesional del extranjero, el estatuto de la sociedad extranjera. Especial consideración de este último problema.

GUASTI, Alessandro: *La Previsión Notarial en algunos países de la Unión Internacional del Notariado Latino*, RIN, año 13, núm. 50-51 2.º-3.º trimestre 1961; págs. 125-143.

Aspectos concretos de la previsión notarial entre los países adheridos a la Unión Internacional del Notariado Latino.

HOFFMAN, Oscar Eduardo: *Características del Notariado Chileno*, RIN, año 11, núm. 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959; págs. 169-174.

Aspectos del Notariado y del ejercicio de la profesión notarial en Chile: evolución, organización y colegiación, designación y ejercicio. Características destacables. Enfoque latino.

LOTHE, León-Gerard: *Deontología Notarial*, RIN, año 11, núm. 41, 1.º trimestre 1959; págs. 115-131.

Deberes del Notario ante sus clientes. Deberes ante sus compañeros. Deberes ante la profesión.

LOUSSOUARN, Yvón: *Informe de la Comisión Especial al Proyecto de Convenio para supresión de la legalización de documentos extranjeros*, RIN, año 11, núm. 44, 4.º trimestre 1959; págs. 21-43.

El Ponente al indicado Proyecto ofrece el Informe al mismo, presentado por la Comisión Especial nombrada para su redacción. Análisis del Anteproyecto. Proposiciones y votos.

MARTÍNEZ URRUTIA, Luis: *La Carrera Notarial Universitaria Argentina*, RIN, año 13, núm. 50-51, 2.º-3.º trimestre 1961; págs. 145-190.

En Argentina la profesión de escribano es conferida como título universitario, por la Universidad. Es el sistema instaurado por la Ley 7.048 de 8 de agos-

to de 1910. Tomándola por base se describen los estudios notariales en el país indicado.

MELÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, Eduardo: *Notas sobre un documento notarial de la época Colombina*, RIN, año 13, núm. 50-51, 2.º-3.º trimestre 1961; páginas 191-201.

Examinado ya desde el punto de vista formal un documento notarial de la Época del Descubrimiento (cfr. DÍAZ GÓMEZ, RIN, núm. 46 y 47), el autor ofrece el examen del alcance material del documento en cuestión, en relación con el discutido pleito de Colón sobre la efectividad y estricto cumplimiento de las Capitulaciones de Santa Fe. Enfoque jurídico del documento.

MILARA SÁNCHEZ, Feliciano: *Dos Estudios*, RIN, año 13, núm. 49, 1.º trimestre 1961; págs. 107-120.

Se incluyen dos artículos del autor, relativo el primero al "Paso del Latín al Castellano" (Estilo Notarial en la Edad Media) y el otro referente al "Notariado Antiguo en Indias".

MILARA SÁNCHEZ, Feliciano: *Los Notarios en las Partidas y los Comentarios de las Leyes de Toro*, RIN, año 13, núm. 50-51, 2.º-3.º trimestre 1961; págs. 203-213.

Significado de la profesión notarial tal como resultaba conceptualizada en las Partidas y en los Comentarios sucesivos a las Leyes de Toro.

MILNE, Edwin F.: *El Notariado Escocés*, RIN, año 11, núm. 41, 1.º trimestre 1959; págs. 133-143.

Origen, admisión y facultades de los Notarios en Escocia. Planes de Estudios, ingreso, facultades compartidas y exclusivas. El origen del notariado propiamente escocés data del año 1469, cuando el Rey Jaime confiscó los poderes del Emperador romano para crear notarios en Escocia.

MONETA, Raúl A.: *Influencia de la Unión Internacional del Notariado Latino en las Relaciones Comerciales*, RIN, año 13, núm. 52, 4.º trimestre 1961; páginas 119-125.

Perspectivas de la función notarial en la Comisión integrada por notarios de los seis países que constituyen el Mercado Común Europeo, formada como dependiente de la UINL.

NAVARRO AZPEITIA, V. F.: *El Signo Notarial Español*, RIN, año 11, número 44, 4.º trimestre 1959; págs. 121-125.

Significado e importancia del signo notarial español como elemento que, junto al sello y la firma, usan los notarios en la autorización de documentos. El hecho de que el signo sea una particularidad española no plantea problema alguno en relación con el Anteproyecto de Convención para suprimir la Legalización de documentos extranjeros. (Vid., *Conferencia*, en esta Sección.)

RIERA AISA, LUIS: *Principios y Notas del Derecho Notarial*, RIN, año 11, número 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959; págs. 175-204.

Es decisivo en la reafirmación del concepto y autonomía del Derecho Notarial el III Congreso Internacional del Notariado Latino. Se estima el Derecho Notarial como el conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial. Sin conceptos universalistas ni limitaciones injustificadas, el Derecho Notarial reúne unas notas, caracteres y principios que tipifican su contenido y justifican su razón de ser.

RODRÍGUEZ ABRADOS, ANTONIO: *La Prohibición del interlineado en las matrices mecanografiadas*, RIN, año 11, núm. 44, 4.º trimestre 1959; págs. 107-119.

El Decreto de 8 de agosto de 1958, que permite la mecanografía en las matrices (cfr. Díez GÓMEZ, en esta Sección) presenta a juicio del autor el grave defecto de prohibir el interlineado en las matrices mecanografiadas. Se estima en el estudio que, no obstante la prohibición, el interlineado no produce nulidad del resto de la matriz ni, quizá, del interlineado mismo. Se trata sólo de una falta reglamentaria.

VAN NES, T. H. J.: *Algunos aspectos de la simplificación o de la supresión de la legalización y de los problemas que de ello se derivan*, RIN, año 11, número 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959; págs. 147-156.

Como cuestión previa al problema de la eficacia del documento notarial en las relaciones internacionales se examinan algunas de las propuestas, formuladas en el V Congreso de la UINL (Roma, 1958), en torno al problema de la legalización de documentos. Sistemas, posible simplificación, conexión con los trabajos de la conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 1956.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte General.

BAUR, Fritz: *Zivilprozessuale Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz und zum Familienänderungsgesetz 1961*, EF, año 9, núm. 12, diciembre 1962; páginas 508-514.

Cuestiones procesales que plantea la Ley de equiparación de 1957 y la Ley de reforma del Derecho de Familia de 1961. Aspectos concretos en relación con la potestad de la llave, con el régimen legal de bienes, con la comunidad de bienes como régimen convencional, con la filiación matrimonial y extramatrimonial, con la adopción, con los procesos matrimoniales y con la introducción de pupilos en casas de salud.

FURTER, Georg: *Die Erledigung der Hauptsache im Rechtsmittelverfahren*, MDR, año 15, núm. 3, marzo 1961; págs. 188-192.

Además del supuesto de impugnación por una de las partes, el Tribunal que conoce el recurso ha de decidir la cuestión principal cuando las circunstancias decisivas se hayan producido después de dictarse el fallo. Es preciso distinguir según que las indicadas circunstancias tengan lugar después de la sentencia de primera instancia o después de la recaída en apelación. Referencia al problema en la apelación y en la revisión en el sistema procesal alemán.

HABSCHIED, Walther J.: *Probleme der Teilklage*, EF, año 9, núm. 8-9, agosto-septiembre 1962; págs. 354-356.

En una sentencia del BGH de 14 de febrero de 1962 se ha mantenido la tesis de que la firmeza de la sentencia en la que se decidió en torno a la petición de una mujer divorciada contra su antiguo marido para que se le atribuyera la copropiedad de una finca impide una nueva acción para la atribución de una cuota complementaria. Queda así planteado el problema de la "acción parcial", cuya naturaleza, admisibilidad y ámbito de la cosa juzgada comenta el autor, entendiéndose se mezclan en la sentencia consideraciones materiales y procesales.

OCHOTECO, Félix: *El abogado ante la colegiación obligatoria en Estados Unidos y Puerto Rico*, RIN, año 11, núms. 42-43, 2.º-3.º trimestre 1959; páginas 209-217.

Significado de la "colegiación integral" de los abogados en los Estados Unidos, que consagran dicho sistema. Perfecta constitucionalidad del mismo. Vicisitudes del Colegio de Abogados de Puerto Rico, antes y después de independizarse de la soberanía española.

REDACCION: *Zur Reform des Revisionsrecht*, EF, año 9, núm. 10, octubre 1932; pág. 402.

Propuestas del 44 Congreso de juristas alemanes (Hannover 1962) en torno al recurso de revisión en el sistema procesal alemán, equivalente en gran parte a nuestra casación. Ambito de procedencia, admisibilidad por el Tribunal *a quo*, cuestiones de procedimiento.

SCHNEIDER, Egon: *Über die Interventionswirkungen im Folgeprozess*, MDR, año 15, núm. 1, enero 1961; págs. 3-8.

Los §§ 72 y siguientes de la ZPO alemana se refieren a la *litis denunciatio*, produciéndose la llamada "eficacia de la intervención" cuando una de las partes denuncia a un tercero el proceso, y siendo indiferente que éste entre o no en dicho proceso. La eficacia de la intervención en el proceso subsiguiente (el de una de las partes con el tercero) será sin embargo distinta, según que el tercero haya o no entrado en el proceso anterior. En el primer caso el tercero puede alegar en su beneficio los efectos del proceso anterior por el tiempo posterior a la intervención; en el segundo caso no puede hacerlo.

SCHNEIDER, Egon: *Die äussere und die innere Form von Gutachten und Urteil*, MDR, año 15, núm. 4, abril 1961; págs. 283-286.

Destinados a los "Referendare" (pasantes en período de prácticas) se ofrecen unas indicaciones en torno a lo correcto y lo no correcto en relación con la forma externa e interna de dictámenes y sentencias.

SCHNEIDER, Egon: *Kostenrechtliche Probleme bei der Klagerücknahme*, MDR, año 15, núm. 7, julio 1961; págs. 545-550. Núm. 8, agosto 1961; págs. 643-649.

Debidamente sistematizados y con minuciosidad en la consideración de los distintos problemas prácticos se analizan los diversos aspectos que presenta la cuestión de las costas en los casos de desistimiento de la demanda. Después de unas consideraciones de tipo general se alude a las decisiones inadecuadas y defectuosas en materia de costas, al ámbito de aplicación del § 271, III, de la ZPO, al supuesto de reconvencción y a los casos de litis consorcio. Numerosos ejemplos ilustran la exposición.

3. Procesos especiales.

AHLERS-BEHR-BULL: *Nochmals: Rückwirkung der Änderungsklage (§ 323, III, IV, ZPO)?*, EF, año 9, núm. 5, mayo 1962; págs. 186-188.

Nuevas consideraciones sobre la admisión o no de eficacia retroactiva de las acciones de modificación de condenas a prestaciones reiteradas para el fu-

turo (§ 323 de la ZPO). Apostillas de AHLERS a un escrito de BULL (EF. 1961, 518 sigs., reseñado en este ANUARIO, XV-3, 1962, 784-785). Ocasiones concretas en que la no retroactividad da lugar a "durezas" difícilmente comprensibles. BEHR estima se trata simplemente de un problema de interpretación de la ley en el que caben muy diversas soluciones. Palabras finales de BULL proponiendo la reforma del § 323 de la Ordenanza Procesal Civil.

ALTENHAIN, G. A.: *Unterliegt der Staatsanwalt als «defensor matrimonii» nach § 607 ZPO dem Legalitätsprinzip?* EF, año 9, núm. 11, noviembre 1962; págs. 450-462.

La intervención del ministerio fiscal en los procesos matrimoniales está destinada a la protección del matrimonio (§ 607 ZPO). Actúa como defensor de éste, sin que esté sometido al principio de legalidad en el sentido del proceso penal. El que la norma que prevé la intervención indicada apenas se aplique, no es motivo para que se pretenda su derogación. El uso o no uso de un precepto nada significa respecto de su necesidad o conveniencia desde el punto de vista de la política jurídica.

AHRENS, Peter: *Die Befugnis des Revisionsgericht im Zivilprozess zur Entscheidung in der Sache selbst*, ACP, tomo 161, núms. 2-3, junio 1962; págs. 177-214.

En el sistema procesal civil alemán (ZPO §§ 564, 565) la regla general es que el Tribunal de revisión (el BGH actualmente), si estima ésta fundada, ha de invalidar la sentencia impugnada y remitir al Tribunal *a quo* el asunto para ulterior examen y decisión. Sin embargo, el Tribunal de revisión ha de decidir sobre el fondo mismo: cuando la invalidación de la sentencia se realice sólo a causa de infracción de la ley al aplicarla a la relación constatada y el asunto esté listo para ser decidido; cuando la invalidación de la sentencia se realice a causa de incompetencia del Tribunal o de improcedencia de la vía jurídica. Entiende el autor que ampliar los supuestos en que el Tribunal de revisión decida el fondo no es incompatible con la esencia de la revisión, muy distinta de la casación del Derecho francés.

ARNDT, Gottfried: *Entsteht bei Pfändung schuldnerfremder Sachen ein Pfändungspfändrecht?*, MDR, año 15, núm. 5, mayo 1961; págs. 368-371.

Conforme al § 804 de la ZPO mediante el embargo adquiere el acreedor un derecho de prenda sobre los objetos embargados. Es de enorme trascendencia práctica determinar si este derecho nace también en el supuesto de que los objetos embargados no pertenezcan al deudor (embargo de un objeto adquirido con reserva de dominio, concurso del adquirente y consiguiente derecho de separación del vendedor, ¿ejecución separada o no del embargante?).

Examinase la naturaleza del derecho de prenda surgido del embargo y se afirma no nace sobre cosas no pertenecientes al deudor.

BERGERFURTH, BRUNO: *Die einstweilige Anordnung im Eheprozess (Verfahrensfragen)*, EF, año 9, núm. 2, febrero 1962; págs. 52-55.

El § 627 de la Ordenanza Procesal Civil alemana permite que el Tribunal, en los procesos matrimoniales, dicte medidas provisionales si ello se solicita. La enorme trascendencia práctica de las mismas contrasta con su escasa regulación. Estudio de sus aspectos procesales: generalidades, procedencia, beneficio de pobreza, duración, costas.

BULL, Hans Joachim: *Unterhaltsanspruch und Armenrecht: ein Dilemma*, EF, año 9, núm. 6, junio 1962; págs. 243-245.

La circunstancia de que el marido haya de prestar alimentos a la mujer depende con frecuencia de la afirmación de ésta de que aquél está en condiciones de prestarlos. Con ello la mujer pierde su beneficio de pobreza en cuanto que implícitamente está señalando un demandado obligado a anticipar gastos procesales (que forman parte de los alimentos). La mujer pues se encuentra ante un dilema, cuyo absurdo se pone de manifiesto.

GOPFINGER, Horst: *Offenlichkeit oder Nichtöffentlichkeit des Verfahrens in Kindschafts- und Unterhaltssachen*, EF, año 9, núm. 12, diciembre 1962; págs. 507-508.

Consideraciones sobre la publicidad o no publicidad de los procesos de filiación y alimentos, teniendo en cuenta el insatisfactorio, desigual e injustificado estado de la práctica alemana al respecto. La jurisprudencia entiende, sin razón a juicio del autor, que en los procesos indicados nada apoya la no publicidad. No hay que olvidar lo que disponen los arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn.

MEIER, Ernst: *Erfolgreiche Unterhaltsklage des unehelichen Kindes trotz Abweisung seiner Statusklage*, EF, año 9, núm. 7, julio 1962; pág. 294.

No se opone a la condena a alimentos el que no haya podido quedar fijado el *status* de un hijo no matrimonial. Nuevas y breves consideraciones sobre la independencia y relación de las acciones de alimentos y las de constatación de un *status*. El legislador, cuando aborde la reforma total de las normas sobre filiación no matrimonial, deberá decidir si es procedente o no el mantenimiento de esa "doble vía".

MESSER, Herbert: *Das rechtliche Interesse an der leugnenden Abstammungsklage, wenn der Kläger bereits rechtskräftig zur Zahlung von Unterhalt verurteilt ist*, EF, año 9, núm. 10, octubre 1962; págs. 419-421.

Los §§ 640 a 644 de la ZPO relativos a la constatación de la relación jurídica entre padre e hijo (status) han sido modificados por la Ley de reforma del Derecho de Familia de 8 de agosto de 1961. Es especialmente importante la nueva redacción del § 644, en cuya virtud el padre condenado ya a alimentos puede entablar una acción para que sea constatada la no paternidad. Cabe en ello un lógico interés jurídico: mediante la sentencia negatoria del status poner fin a los efectos de la anterior condenatoria a alimentos. A juicio del autor el interés debe ser jurídico-personal y no sólo de tipo económico. El § 644 es una norma de transición en tanto, de una vez, se aborde la necesaria y esperada reforma de las normas sobre filiación no matrimonial.

MONZ, Heinz: *Die Frage der Anwendbarkeit der §§ 926, 936 ZPO bei der einstweiligen Verfügung nach 1.716 BGB, MDR, año 15, núm. 2, febrero 1961; págs. 106-108.*

Según el § 1.716 del BGB ya antes del nacimiento de un hijo no matrimonial, a petición de la madre, puede ordenarse por disposición provisional que el padre haya de satisfacer a la madre o al tutor, inmediatamente después del nacimiento, los alimentos de los tres primeros meses, consignando para ello, antes del alumbramiento, la suma pertinente. Debido al especial carácter de esta norma no pueden oponerse a la petición de la madre las disposiciones de los §§ 26 y 36 de la ZPO (obligándola a interponer la cuestión principal en un plan determinado). Tesis de la jurisprudencia, elogiosamente comentada.

ROTH-STIELOW, Klaus: *Zum Zwiespalt zwischen Unterhalts- und Abstammungs-urteil (Die Rückwirkung des § 644 Abs. II 1 ZPO n. F. über den 1. Januar 1962 hinaus)*, EF, año 9, núm. 3, marzo 1962; págs. 96-99.

En el Derecho alemán debe rechazarse una acción de alimentos del hijo no matrimonial si no se prueba la relación del demandado con la madre en el tiempo de la concepción o si dicho demandado aduce la *exceptio plurium*. El resultado es que a partir de la firmeza de la sentencia no cabe una ulterior condena del demandado al pago de alimentos en base a nuevas o mejores pruebas. Semejante situación valía incluso si el hijo por una sentencia de status obtenía constatación de la paternidad. Situación absurda que remedia el nuevo texto de los §§ 640 y siguientes de la ZPO: separación entre sentencias de alimentos y sentencias de status. Posible eficacia retroactiva de la reforma (Ley de 11 de agosto de 1961).

STÖBER: *Dinglicher Vollstreckungstitel bei Zwangsversteigerung mit dem Rang einer Zwangssicherungshypothek*, MDR, año 15, núm. 1, enero 1961; págs. 17-19.

En contra de la opinión dominante dos sentencias recientes (Tribunal de

Colonia y Tribunal de Oldenburgo) han estimado que el acreedor que dispone de una hipoteca legal de seguridad no necesita, para la ejecución forzosa de la finca gravada con el rango del derecho (Ley de ejecución forzosa), de un título real de ejecución específico. Se hace una crítica de la tesis de las sentencias, defendiendo la tradicional. Necesidad del título real de ejecución para la subasta forzosa con el rango de una hipoteca legal de seguridad.

4. Jurisdicción voluntaria.

HAMPEL, Herbert: *Zur Pflegersbestellung im vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren nach § 1.800 II BGB*, EF, año 9, núm. 12, diciembre 1962; págs. 514-516.

El § 1.800, I, BGB determina que el derecho y deber del tutor de velar por la persona del pupilo se regula según las disposiciones que valen para la patria potestad. En virtud de la Ley de reforma del Derecho de Familia de 1961 se añade al § 1.800 BGB un párrafo II, en el que se establece que el internamiento del pupilo que imponga una privación de libertad sólo es admisible con aprobación del Tribunal de Tutelas, oyendo al pupilo. Se confirma así el criterio que adoptó al respecto el Tribunal constitucional federal en sentencia de 10 de febrero de 1960. El autor entiende que, como regla general, en el procedimiento para obtener la aprobación del Tribunal de Tutelas no hay que designar un curador, si bien ha de tenerse en cuenta el § 1.909 BGB en el supuesto de que el pupilo no esté en condiciones de expresar claramente su voluntad.

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 de 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 = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico 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 Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REJME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista 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 (París).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (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 Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
 ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de ANTONIO DE LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO CIVIL

1. LA SUSTITUCION PREVENTIVA DE RESIDUO EXIGE, CONFORME A LA COMPILACION CATALANA, QUE CONSTE DE UNA MANERA CLARA Y EXPRESA LA AUTORIZACION DEL TESTADOR PARA QUE SE PUEDA DISPONER LIBREMENTE POR ACTOS "MORTIS CAUSA" DE LOS BIENES DE LA HERENCIA

A) En ocasiones puede ser finalidad del fideicomiso de residuo: de una parte, la protección al cónyuge viudo para que pueda subsistir dignamente mientras viva, y de otra, evitar que a su fallecimiento puedan ser transmitidos, a personas distintas de las que el testador desea, los bienes hereditarios de que no se hubiera dispuesto, por lo que el artículo 210 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña confiere al fiduciario la facultad de libre disposición por actos inter vivos y llama a los sustitutos fideicomisarios para que reciban "eo quod supert" al tiempo del fallecimiento.

B) Según el artículo 675 del Código Civil y constante jurisprudencia del Centro directivo, establecida sobre interpretación de las disposiciones testamentarias, deberán éstas entenderse en el sentido literal de sus palabras, a menos de apreciar claramente que fuera otra la voluntad del testador, en cuyo caso se observará lo que aparezca más conforme a su intención según el tenor del testamento y teniendo en cuenta el conjunto de sus disposiciones y la relación que guardan entre sí para deducir por su examen la auténtica voluntad del testador.

C) En el presente expediente no parece pueda darse a la expresión "a sus libres voluntades", empleada por el testador al instituir heredera a su esposa, el sentido de la nota del Registrador, puesto que la sustitución preventiva de residuo exige, conforme a la Compilación Catalana, que conste de una manera expresa y clara la autorización del testador para que se pueda disponer libremente por actos "mortis causa" de los bienes de la herencia, por todo lo cual es indiferente respecto de estos bienes que la viuda haya podido otorgar testamento, ya que escapaba a su disposición al tener un destino fijado de antemano (Res. de 29 de noviembre de 1962. B. O. del 18 de diciembre).

2. LA VENTA CONJUNTA, POR AMBOS CONYUGES, DE UN BIEN GANANCIAL, SUPONE POR PARTE DE LA ESPOSA LA INTERVENCIÓN QUE EXIGE EL ARTICULO 1.413 DEL CODIGO CIVIL. LA HIPOTECA CONSTITUIDA SOBRE EL MISMO INMUEBLE POR EL COMPRADOR, EN GARANTIA DEL PAGO DEL PRECIO APLAZADO, ES UN DERECHO REAL DE CARACTER IGUALMENTE GANANCIAL, SIENDO INDIFERENTE QUE EL CREDITO HIPOTECARIO APAREZCA ADQUIRIDO POR UNO O POR LOS DOS ESPOSOS

A) En la disposición de los bienes gananciales en el derecho castellano se ha ido evolucionando desde la concesión de plenas facultades al marido que podía enajenar libremente tales bienes, hasta llegar a la reforma del artículo 1.413 del Código civil, que ha conferido una mayor intervención a la mujer al establecer que siempre que se tratara de inmuebles o establecimientos mercantiles se precisaba su consentimiento. En el mismo sentido, los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, al adaptarse a la nueva situación creada, establecen que la adquisición se inscribirá a nombre de ambos esposos, cualquiera que sea el adquirente, siempre que no se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio, y en caso de hacerse se acreditará esta circunstancia sin que se prejuzgue la naturaleza del bien, inscribiéndose a nombre del adquirente, quien podrá disponer del mismo con el consentimiento del otro esposo.

B) La reforma del artículo 1.413 del Código civil ha suscitado una serie de cuestiones, entre las que cabe destacar la referente a la naturaleza del consentimiento que debe prestar la mujer en la disposición de los bienes gananciales realizada por el marido, que ha dado origen a una copiosa literatura, pero cualquiera que sea la tesis sustentada, bien se trate de un denominado negocio de asentimiento, bien de un auténtico consentimiento necesario para el acto dispositivo, es lo cierto que en la escritura calificada se cumple tal exigencia, incluso con exceso, pues traduce que ambos cónyuges están de acuerdo en la realización de la venta de la finca, que por la presunción del artículo 1.401 del Código civil pertenece a la sociedad de gananciales y disponen de la misma, por lo que no puede sostenerse, como afirma la nota calificadora, que no aparece prestado el consentimiento por la mujer.

C) Tampoco cabe admitir el segundo defecto de la nota, pues dada la naturaleza ganancial del inmueble, puesta de relieve por los propios asientos registrales, es indiferente que el crédito hipotecario aparezca adquirido por uno o los dos esposos, ya que con arreglo al art. 1.401-1.º del Código civil, serán bienes gananciales los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos. (Res. de 1 de marzo de 1963. B. O. del 14 de marzo.)

Con igual supuesto y en el mismo sentido, la Resolución de 2 de marzo de 1963. (B. O. del 19 de marzo.)

DERECHO HIPOTECARIO

1. NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA QUE RECAE SOBRE UNA FINCA QUE APARECE GRAVADA CON LA OBLIGACION DE NO PODERLA ENAJENAR LOS HEREDEROS DURANTE UN PLAZO DE DIEZ AÑOS, EN VIRTUD DE LO ORDENADO POR LA CAUSANTE EN SU TESTAMENTO

A) Las prohibiciones de enajenar, por las que se limita la libre disposición de los bienes, son tratadas con *disfavor* por las disposiciones legales, en cuanto que si en algunas ocasiones aparecen justificadas para el logro de ciertos fines lícitos, al sustraer a la circulación los inmuebles afectados, los hace poco aptos para el crédito territorial y crea, de otra parte, situaciones confusas. Por eso, el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo tercero, establece que se harán constar en el Registro de la Propiedad sólo las impuestas en testamento y demás actos a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez.

B) El artículo 117 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, concorde en este aspecto con el Derecho común, regula las prohibiciones de disponer con un carácter restrictivo "por implicar un cercenamiento de la facultad dispositiva de los bienes, salvo que sea otra la voluntad del testador", según expresa el último párrafo de dicho precepto, y por ello, sólo serán eficaces si tienen un carácter temporal, responden a una razón lícita y no traspasan los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria, pues, en caso contrario, constituyen tan sólo una mera recomendación.

C) Toda disposición testamentaria ha de entenderse, conforme al artículo 675 del Código civil, con arreglo a la voluntad real del testador, según el tenor de su última voluntad, y al haber establecido el causante que la finca discutida no puede ser vendida hasta transcurridos diez años a partir de su defunción, tal limitación impide a los herederos realizar actos de esta clase durante el plazo señalado y obliga a examinar si la hipoteca constituida se encuentra dentro de esta misma prohibición.

D) Si bien dentro del concepto de venta no se comprendió el de constitución de hipoteca, toda vez que, conforme declaró la Resolución de 18 de abril de 1952, en este último derecho, el "ius distrahendi" tiene lugar únicamente en el caso de que se incumpla la obligación asegurada, en previsión de esta posibilidad, acreedor y deudor habrán de convenir subordinar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por el causante, pues, de otra forma, se lograría por vía indirecta burlar la prohibición impuesta al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo señalado y quedaría desvirtuada la voluntad del testador, por lo que, al no reunir el préstamo hipotecario concluido las anteriores condiciones, existe un obstáculo registral que impide su inscripción. (Res. de 18 de enero de 1963. B. O. del 6 de febrero.)

2. INOBSERVANCIA DE FORMALIDADES REQUERIDAS POR EL VIGENTE ESTATUTO DE RECAUDACION QUE IMPIDE LA INSCRIPCION DE UN INMUEBLE ADJUDICADO EN SUBASTA COMO CONSECUENCIA DE PROCEDIMIENTO DE APREMIO

A) Conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del Estatuto de Recaudación, para que el expediente de apremio, en cuanto a notificación y publicidad, se ajuste a las previsiones de dicho precepto, es inexcusable que el deudor se halle en alguna de las circunstancias previstas, es decir, que se trate de forastero sin haber señalado punto de residencia o persona que lo represente, o, en todo caso, deudores de paradero ignorado o desconocido, extremos no acreditados debidamente en las actuaciones, de las que, por el contrario, resulta que la deudora tiene la cualidad de vecina de Madrid, según consta tanto en el asiento de inscripción en el Registro como en la escritura de venta del inmueble, a que se refiere el expediente calificado.

B) El Estatuto de Recaudación, a fin de salvaguardar en lo posible los derechos del deudor apremiado, establece en el artículo 126 la notificación personal o directa al mismo, y sólo en el supuesto de que no pudiera practicarse, habrá de acudir a la notificación por edictos, regulada en el artículo siguiente, sin que del examen del expediente y especialmente de la diligencia que ha servido de base para dictar la providencia que ordena la tramitación, con arreglo al artículo 127, aparezca igualmente que fueron adoptadas las garantías debidas para que resulte justificado el hecho de ser desconocido el domicilio de la deudora.

C) Es facultad reconocida a los Registradores de la Propiedad por la jurisprudencia del Centro directivo en su función calificadora, la de examinar los trámites y diligencias en los expedientes de apremio administrativo, a fin de que, como dice la Resolución de 5 de marzo de 1953 queden garantizados en lo posible los derechos de los interesados, evitando que éstos se vean privados de inmuebles, máxime si como sucede en el caso debatido, con la calificación no queda obstaculizada la normal actividad de la Administración, puesto que una vez subsanada la omisión padecida y acreditados los pertinentes extremos contemplados en el Estatuto, se alcanza el fin pretendido. (Res. de 8 de febrero de 1963. *Boletín Oficial* del 23 de febrero.)

JURISPRUDENCIA

I SENTENCIAS COMENTADAS

Ineficacia civil de matrimonio por vínculo precedente

(Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1962)

ENRIQUE LALAGUNA

ANTECEDENTES

Por escrito de fecha 29 de agosto de 1955, doña R. H. P. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Granada demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre efectos civiles de matrimonio canónico contra doña M. A. H. y don R. A. L.

La actora contrajo matrimonio canónico en Málaga el día 9 de abril de 1916 con don J. A. A., con quien tuvo una hija (demandada) el 22 de enero de 1917. Don J. A. A. continuó viviendo en Málaga con la actora y su hija hasta 1919, año en que se ausentó del domicilio conyugal y se marchó a Argelia, donde antes, en la villa de Tiaret (Orán), el 17 de julio de 1909, había contraído matrimonio, civil y canónicamente, con doña M. L. G., de nacionalidad francesa, naciendo de este primer matrimonio en 1916 un hijo (demandado). Por sentencias de fecha de 9 de noviembre de 1927 y 1 de junio de 1932, el Tribunal de Primera Instancia de Tiaret declaró, primero, la separación de los cónyuges del primer matrimonio, con la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales, y después, al transcurrir más de tres años, el divorcio vincular, quedando el hijo bajo la potestad del padre, como cónyuge inocente. Don J. A. A. falleció en Bordeau (Departamento de Argel) el 26 de diciembre de 1950. La actora promovió en 1952 ante el Tribunal de Primera Instancia de Tiaret demanda contra los hijos de éste, para que, reconociéndose que el segundo matrimonio celebrado con ella, aunque nulo en su origen, producía efectos a su favor, se procediera a la liquidación y partición de los bienes gananciales y a la sucesión del difunto, dictándose sentencia de acuerdo con la demanda, luego recurrida por el demandado, y revocada por el Tribunal de Apelación de Argel al juzgar que no es competente un Tribunal francés para conocer de la nulidad y carácter putativo del segundo matrimonio, por haberse celebrado en España y ser ambos contrayentes de nacionalidad española. La actora interpone nueva demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Granada, en que suplica que se dicte sentencia declarando que el matrimonio contraído celebrado por ella con J. A. A., ya fallecido, aunque nulo por hallarse éste ligado en matrimonio anterior, produce efectos civiles a favor de la actora y de la hija habida de aquella unión, condenando en costas a los demandados que se opusieron a la demanda.

Emplazados los demandados, se personó en autos doña M. A. H. al sólo efecto de evitar que se declarase en rebeldía, allanándose y declarando que al haber vivido hasta los quince años al lado de su madre había podido apreciar de manera directa cómo ésta ignoraba la existencia del primer matrimonio así como el dolor y sorpresa que le produjo su noticia. Don R. A. L. se opuso a la demanda alegando principalmente que la actora tenía conocimiento del primer matrimonio de su marido.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la demanda, declaró que el matrimonio celebrado entre la actora y don J. A. A., ya fallecido, produce efectos civiles a favor de la primera y de hija comun, doña M. A. H., sin imposición de costas. Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las instancias.

Se interpuso recurso de casación por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

S E N T E N C I A

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado don Pablo Murga Castro, declara haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, revocando la sentencia pronunciada por la Audiencia Territorial y dictando segunda sentencia en la que absuelve al demandado de la pretensión de la demanda en base a las siguientes consideraciones:

I. Que declarado por el Tribunal de instancia, confirmando la sentencia pronunciada por el Juzgado que conoció en primer lugar de este proceso, que el segundo matrimonio, celebrado el día nueve de abril de mil novecientos dieciséis, en la ciudad de Málaga, entre la actora doña R. H. P. y el ascendiente del antes demandado y ahora recurrente, aquél don J. A. A., debía producir efectos civiles a favor de aquélla y de la hija, habida entre ambos, también demandada, contra dicho fallo, se alza el presente recurso y en el único motivo de que consta, se denuncia al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de enjuiciar la infracción del artículo cincuenta y uno del Código Civil, por el concepto de inaplicación, así como la violación, por falta de aplicación, de la doctrina legal que se establece en la sentencia dictada por este Tribunal Supremo de diecinueve de enero de mil novecientos veintiséis, que fijó el alcance que debe darse el artículo cincuenta y uno antes mencionado, donde se niegan efectos civiles a los matrimonios, cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado, de modo legítimo, con anterioridad.

II. Que comprendidos los artículos cincuenta y uno y sesenta y nueve del Código Civil en el mismo título, el cuarto del libro primero, bajo el epígrafe «Del Matrimonio», encuadrado aquél en la Sección segunda que lleva la rúbrica de «Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio», y encerrado éste, en la quinta, que se ocupa de «De los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio», fácilmente se alcanza, que al hacer relación el primero a un caso específico —el matrimonio celebrado por uno de los cónyuges, cuando en época anterior estaba ya casado legítimamente—, su aplicación sirve a las dos clases, según la terminología del artículo cuarenta y dos, atendida la reforma introducida por la Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, Ley que se ha preocupado ante todo del aspecto personal, para consagrar, como se dice en la exposición de motivos que le precede, un mayor respeto a la libertad de contraer matrimonio, derivando de ella una mayor responsabilidad, y en virtud de los categóricos términos en que está concebida su redacción, tal precepto debe gozar de prioridad sobre los demás, y el matrimonio contraído bajo el impedimento de ligamen, ya se mire bajo el prima de la legislación de este orden, artículo cincuenta y uno ya indicado, o se enfoque con sujeción al eclesiástico, canon mil sesenta y nueve del Código de Derecho Canónico, no puede prevalecer, por no ser tal impedimento dispensable, al ser de derecho natural; y acreditando el anterior no puede coexistir con él, el posterior, por cuanto no puede engendrar dudas, de derecho ni de hecho, ni ser objeto de la invalidación o inhabilitación a que se refiere el canon quince, por cuanto, como se afirma en el sexto, hay que partir de la base de que éste no contiene una legislación nueva, sino una modificación del derecho antiguo, conservándose en él las de carácter general estando en estas incluidas aquellas a que hace relación la prohibi-

ción, absoluta, rotunda y terminante, de contraer matrimonio nuevo a quien está aun ligado por vínculo de otro anterior.

III. Que al no entenderlo así la Sala sentenciadora, y haciendo aplicación al caso sometido a su enjuiciamiento de determinados criterios expuestos por algunos autores y de reglas de equidad, en pugna con el precepto contenido en el artículo cincuenta y uno del Código Civil y en contra de la opinión sustentada por otros tratadistas, llega a la conclusión, reflejada en el fallo dictado de generalizar, ampliándolas, las normas previstas para casos distintos, las estatuidas para la nulidad, sin ser preciso en aquél esta previa declaración, como se dijo en la sentencia de esta Sala de diecinueve de enero de mil novecientos veintiséis, sino tan sólo que se acredite el hecho de estar casado legítimamente cualquiera de las personas que aparecieron celebrando el matrimonio posterior, siendo de tener en cuenta que en el que se discute concurren hijos del primero, los que deben, jurídicamente, ser objeto de protección, por lo que es visto que al darse, en el caso que se examina, las infracciones que en el recurso se denuncian, falta de aplicación del artículo cincuenta y uno e indebida aplicación del sesenta y nueve, procede la casación de la sentencia recurrida.

IV. Por otra parte, y a mayor abundamiento, que si nos detenemos en el estudio de la categoría de invalidez que corresponde al matrimonio contraído por persona ligada por este vínculo, y con fecha anterior, es forzoso incluirla en el supuesto de nulidad radical que la Ley prevé, por cuando ésta impide los normales efectos queridos por los contrayentes, a los que, sin embargo, no alcanza su eficacia por la declaración legal que lo impide, al serle de aplicación los rígidos mandatos del artículo cuarto del Código Civil, y como la salvedad que en éste se contiene no se da en el caso actual, cual acontece en el artículo cincuenta, y el sesenta y nueve no puede ofrecerle liberación al matrimonio del bigamo, por existir precepto específico que sanciona su prohibición, como es el cincuenta y uno, ya que si el legislador hubiera querido extender los efectos de aquél no lo hubiera incluido en su texto, es obligado deducir, en este otro aspecto que se examina, que procede también, en virtud de este razonamiento, llegar a la misma conclusión, estimando el recurso interpuesto.

V. Que a esta consecuencia no se opone la apreciación hecha por el Tribunal a quo de la buena fé a favor de la demandante, tanto por ser una derivación de preceptos que al no ser aceptados, no deben regir en la cuestión debatida, cuanto por que, no puede, en verdad, ser por ella amparada ya que si bien es cierto que, en general, la buena fe, es una cuestión de hecho y corresponde valorarla a la Sala de instancia, envuelve, en ocasiones, como en el caso actual, un significado jurídico —sentencias de diez de abril de mil novecientos cincuenta y seis y veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y dos— que permite ser modificada, como se dijo en la de veintiséis de junio de mil novecientos doce, cuando se demuestra que a ella se ha llegado con infracción de ley o de doctrina.

INTERES DE LA SENTENCIA

Nuestra jurisprudencia se ha ocupado en varias ocasiones de los problemas que se debaten en el campo de aplicación de los artículos 51 y 69 del C. c. Sin embargo, nunca se había enfrentado tan abierta y directamente como en la sentencia que motiva estas notas con la pugna entre ambos preceptos (1) .

(1) Cfr.: sentencias de la Sala primera del T. S. de 19-I-1926, 12-III-1942, 12-V-1944, 16-XII-1960; sentencia de A. T. de Pamplona de 21-VII-1956, firme por Auto del T. S. de 11-V-1957 (inédita), A. T. de Madrid de 25-I-1957 —«Revista General de Derecho», XIII (1957), págs. 233-234—, A. T. de Oviedo de 4-V-1960 —«Revista General de Derecho», XVII (1961), págs. 85-86; sentencia del Juzgado de Primera Ins.

En la solución a esta antimomia, unas veces rehuída y otras abandonada a las inciertas posibilidades de un trato judicial equitativo, ha cifrado toda su suerte —repudiando a cualquier otro enfoque— la parte recurrente (2).

Hay en la sentencia transcrita, además del interés que pueda suscitar la novedad de su doctrina en Casación o la posibilidad —el riesgo, me atrevería a decir— de su aplicación en supuestos análogos, una circunstancia peculiar que la hace merecedora de viva atención.

El recurso se orienta, por el cauce procesal del número 1 del artículo 1.692 de la L. E. C., en términos muy generales, asociando en precisa ecuación la solución de la *litis* al resultado de una labor puramente exegética (3). El Tribunal Supremo ha aceptado este planteamiento. De tal modo, se hace posible una extensión de la doctrina de la sentencia a supuestos distintos del enjuiciado.

La antinomia entre los artículos 51 y 69 del C. c. se ha venido tratando como un problema de exclusión de uno de los términos en pugna por la prevalencia del otro. Así, se reconocía ya en el punto de partida de tal actitud metodológica que la antinomia es irreductible. En este sentido, no exagera Jordano cuando afirma que la cuestión de si el artículo 51 del C. c. excluye el régimen del 69 «atormenta a la doctrina y a la jurisprudencia españolas» (4). Quizá la causa de esta tensión crítica se halla en haber querido tratar como única cuestión lo que era densa problemática, plagada de múltiples cuestiones recíprocamente implicadas entre sí. Lejos de mí, complicar vanamente un problema que con todo el esquematismo

tancia número 1 de Bilbao de 30-I-1959 (inérita); resoluciones de la D. R. de 11-XII-1948, 23-IV-1949, 6-VI-1950, 14-III-1951, 26-III-1951, 3-X-1952, 14-VII-1953.

(2) En la exposición del motivo único del recurso de casación se afirma, con los propios términos de la sentencia recurrida, que el problema planteado en la *litis* se reduce «a determinar la procedencia de los efectos civiles del matrimonio canónico contraído con impedimento del ligamen ignorada por uno de los contrayentes la existencia de tal impedimento, y más generalmente si la existencia de dicho impedimento obstará a la aplicación del artículo sesenta y nueve del Código civil, que viene a consagrar la institución del matrimonio putativo, en aras de la buena fe de uno de los contrayentes —en el caso de autos la de la mujer, ya estimada probada—; que no ignora el recurrente que al plantear así la cuestión litigiosa, se cierra una puerta, la de impugnar la apreciación de la buena fe de la demandante, que la Audiencia da por probada, sin duda al aceptar el segundo considerando de la sentencia del Juzgado que así lo estima, apreciando en su conjunto la prueba practicada y con arreglo a las normas de la sana crítica; y lo hace con plena conciencia porque no ignora tampoco cuán difícil es combatir en casación semejante apreciación, aunque se base en la prueba conjunta, práctica condenada por viciosa en muy reciente jurisprudencia, por no existir documento unido a los autos que merezca la calificación de auténtico a los efectos de evidenciar el error del juzgador de instancia» (Resultando VII).

(3) Renunciada expresamente la posibilidad de impugnar la buena fe de la demandante, se afirma: «queda así planteado el problema en los puros y estrictos términos de si al supuest) de autos es aplicable el artículo cincuenta y uno del Código civil o lo es el sesenta y nueve del propio Cuerpo legal; la Sala ha entendido que debe aplicarse el sesenta y nueve; *el recurrente entiende que debió aplicar el cincuenta y uno y de ahí que se acuse la infracción por falta de aplicación del aludido artículo cincuenta y uno y la infracción por indebida aplicación del artículo sesenta y nueve, ambos del Código civil*» (Resultando VII). Me he permitido subrayar la idea que preside toda la argumentación del recurso, sustancialmente acogida por la sentencia.

(4) JORDANO BAREA, J., *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial*, «Anuario de Derecho civil», XIV (1961), pág. 349.

que se quiera nunca ha dejado de ser arduo. Aquí la primera tarea —la principal dificultad— estriba en delimitar las varias cuestiones anudadas en el contexto sistemático de los preceptos en pugna, y determinar en función de cierto criterio sus conexiones y límites. A este propósito, parece lo más adecuado tratar, siguiendo el plan de exposición de la sentencia, de los puntos siguientes: 1) Planteamiento crítico de la cuestión estudiada; 2) Delimitación del ámbito de aplicabilidad de los artículos 51 y 69; 3) Apariencia jurídica y declaración de nulidad del matrimonio; 4) Inacción del impedimento de vínculo y «bigamia legal»; 5) Determinación y aplicaciones de los conceptos de ineficacia, nulidad e inexistencia en materia matrimonial; 6) Tratamiento del caso enjuiciado.

I. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA CUESTIÓN ESTUDIADA

La interposición del recurso se basa en la infracción del artículo 69 por aplicación indebida y en la infracción del 51 por falta de aplicación (5).

Estos preceptos, a la letra y en toda su extensión, no cubren un mismo campo de situaciones jurídicas. El artículo 51 se refiere textualmente a *todas* las situaciones posibles de doble matrimonio. El 69 se refiere a los supuestos de matrimonio «declarado nulo», expresión que, con independencia de su significado para la intrínseca virtualidad del precepto, marca el ámbito de eficacia normativa del propio artículo en la extensión fijada por otras disposiciones del Código civil —principalmente el artículo 101 (6)— o del Código de derecho canónico, según la clase de matrimonio de que se trate. Con particular referencia a la problemática de doble matrimonio, queda así limitado el ámbito del artículo 69 a un número determinado de supuestos: aquellos en que el segundo matrimonio pueda ser declarado nulo (7) por causa del impedimento de ligamen (8). Precisamente y sólo en estos supuestos se enfrentan en liza literal los artículos 69 y 51 (9).

(5) A la denuncia de esta doble infracción se añade en la motivación del recurso la «violación por falta de aplicación de la doctrina legal, expuesta en la sentencia que se cita [de 10 de enero de 1926], que fijó el alcance y contenido de dichos preceptos».

(6) La tesis de que el artículo 101 del C. c. contiene una enumeración taxativa de las causas de nulidad de matrimonio, mantenida por nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 13-VI-1947, 25-I-1956, 26-I-1956, 7-VII-1956), está rectificada por jurisprudencia más reciente (sentencias de 21-X-1959, 12-XI-1959, 16-II-1961). No obstante, se mantiene todavía dentro de los límites de la regla *pas de nullité sans texte*. En la doctrina se propone una orientación más realista. Sobre el tema: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932* (Notas a la sentencia del T. S. de 25 de enero de 1956), «Anuario de Derecho civil», X (1957), págs. 253 ss., esp. pág. 262; FUENMAYOR CHAMPIN, A., *El sistema matrimonial español*, Madrid 1959, pág. 25; GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid 1959, págs. 227-228; LALAGUNA, E., *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid 1962, págs. 224-227.

(7) Es claro que tal calificación (basada en el impedimento de ligamen) se deberá excluir cuando el primer vínculo es nulo. Cfr. NAVARRO AMANDI, M., *Cuestionario del Código civil reformado*, Madrid 1889, I, pág. 180; VALVERDE, C., *El artículo 60 del Código civil*, «Revista de los Tribunales», XXVIII (1894), pág. 719. Advierte FUENMAYOR, A., *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», CLXX (1941, II), pág. 451, cómo «pueden producirse, en ocasiones, los efectos del matrimonio legítimo sin llegar a constituirse el vínculo entre los contrayentes: tal ocurre en caso de matrimonio putativo, pues nunca puede alegarse éste como fuente de impedimento de ligamen que se oponga a un matrimonio posterior legítimamente celebrado

Como se ve, hay en la problemática de doble matrimonio una zona de fricción entre los artículos 51 y 69, y otra sólo cubierta por el artículo 51. Creo que no se ha destacado suficientemente en nuestra doctrina científica este hecho: la antinomia de los artículos 51 y 69 es parcial.

Dejemos por un momento el problema del campo de actuación de una y otra norma para destacar sus diferencias intrínsecas. A primera vista se aprecian dos importantes diferencias de régimen: a) diversidad de presupuestos específicos de aplicación; b) distinta gravedad de la sanción de ineficacia.

Son suficientes estas consideraciones para plantear la cuestión fundamental del recurso: aplicación indebida del artículo 69 y falta de aplicación debida del 51. Adviértase que no se trata de cuestiones correlativas, de tal modo que una de ellas pudiera ser resuelta por la otra. Se trata de dos cuestiones diferentes a las que hay que dar solución por distintos caminos. Es obvio, en buena lógica, que para prosperar el recurso en los términos en que se propone habría que demostrar la doble infracción que denuncia. Con demostrar que se aplicó indebidamente el artículo 69 no se postula una aplicación necesaria del 51; y, por otra parte, demostrar que debió aplicarse al artículo 51 no bastaría para excluir la aplicación del 69.

Decidir qué norma debe prevalecer en el tratamieto del caso enjuiciado impone una doble tarea: a) delimitar el ámbito de aplicabilidad de los artículos 51 y 69; b) determinar si el precepto considerado de correcta y posible aplicación puede ser oportuna y efectivamente aplicado en las condiciones que ofrece la *litis* en última instancia.

No es posible, sin incurrir en una petición de principio, pretender acotar el ámbito de actuación de las disposiciones en liza tomando como punto de partida los presupuestos específicos de aplicación de una de ellas, ya que entonces estaríamos suponiendo *a priori* su extrínseca aplicabilidad, que es precisamente lo que se trata de dilucidar. Lógicamente, la antinomia se debe abordar desde un frente común a ambos artículos, en una perspectiva sistemática donde ninguno de ellos se pueda erigir en regla de exclusión del otro.

por uno de los supuestos cónyuges». La jurisprudencia italiana se ha ocupado del tema en fallos recientes. Cfr. Sentencias del Tribunal de Milán de 11 de junio de 1959 —«Rivista di diritto matrimoniale e dello stato delle persone», 1959, pág. 571— y de 16 de abril de 1959, con nota de G. PAGANO —«Giurisprudenza italiana», 1960, pág. 629—.

(8) El impedimento de vínculo deriva de la condición de validez del matrimonio. Pero ésta, como es obvio, no comporta una aplicación necesaria de aquél. Esto se debe tener en cuenta particularmente cuando se trata de proyectar el impedimento en el ámbito de un ordenamiento distinto de aquel del que recibe su fuerza impeditiva e invalidante, como ocurre en el marco de las relaciones propias del Derecho internacional privado, del Derecho intertemporal y del Derecho eclesiástico del Estado. En esta perspectiva, parece aconsejable mantener la distinción técnica entre cualidad causativa del impedimento (validez del matrimonio), condiciones de aplicación (subsistencia del vínculo válido, celebración de ulterior matrimonio), reconocimiento en el ámbito del ordenamiento en que ha de operar, y eficacia —impeditiva o invalidante—. La historia de nuestro Derecho matrimonial nos ofrece algunas situaciones en que por razones políticas o técnicas quedan disociadas la validez del matrimonio y la virtualidad del impedimento. Así, por ejemplo, en la aplicación del artículo 5, núm. 2.º de la ley de 1870 hasta la Orden de 20 de junio de 1874, y en el supuesto de la resolución de 14 de julio de 1953.

(9) En general, hasta fecha reciente, no se reconoció así ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, sin duda por considerar que el artículo 51 respondía al propósito de extender el impedimento de vínculo (en sentido propio) a hipótesis no previstas en otros lugares del Código.

II. ÁMBITO DE APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 69

Se afirma en el Considerando segundo de la sentencia que «comprendidos los artículos 51 y 69 del Código civil en el mismo título, el 4.º del libro 1.º, bajo el epígrafe 'Del matrimonio', encuadrado aquél en la Sección segunda que lleva la rúbrica de 'Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio', y encerrado éste en la 5.ª, que se ocupa 'De los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio', fácilmente se alcanza, que al hacer relación el primero a un caso específico —el matrimonio celebrado por uno de los cónyuges, cuando en época anterior estaba ya casado legítimamente, su aplicación sirve a las dos clases...» Se hace mérito del mismo artículo 51, destacando «los categóricos términos en que está concebida su redacción», para concluir que «tal precepto debe gozar de prioridad sobre los demás».

El planteamiento está, como se ve, polarizado radicalmente hacia una absoluta prevalencia —no fundamentada— del artículo 51 sobre el 69.

Ciertamente, el artículo 51 viene comprendido bajo la rúbrica de la Sección segunda «Disposiciones comunes a las dos formas [hoy, *clases*] de matrimonio». Sin embargo, las disposiciones de esta sección no son las únicas de aplicación común a las dos clases de matrimonio. Tanto la sección segunda como la quinta, donde se contiene el artículo 69, vienen encuadradas en un mismo capítulo —Capítulo I, Título IV, Libro I—, aplicable a ambas clases de matrimonio. De ello da razón su epígrafe —«Disposiciones generales»—, en contraste con las rúbricas de los capítulos especialmente dedicados, como de aplicación exclusiva, a cada una de las clases de matrimonio: «Del matrimonio canónico» (Capítulo II), «Del matrimonio civil» (Capítulo III).

El artículo 69 es aplicable también al matrimonio canónico, aunque en esta ocasión no haya reparado en ello nuestro primer órgano jurisdiccional. Nadie hasta ahora ha negado este dato, si bien, como Jordano ha hecho notar recientemente, «no siempre se tiene en la debida cuenta que dicha norma es una disposición común a las dos clases de matrimonio» (10).

En el mismo Considerando segundo se subraya el término «nulidad» al enunciar el epígrafe de la Sección quinta («De los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio»), donde se incluye el artículo 69.

Es verdad que el artículo 51 no habla de nulidad sino de que «no producirá efectos civiles el matrimonio...» Pero esta diferencia terminológica no responde a una eventual necesidad de aplicar alguna norma —en hipótesis, el artículo 51— al matrimonio contraído con impedimento de vínculo en tanto no ha sido «declarado nulo» —caso en que entraría en juego el artículo 69 (11)—, sino precisamente en la imposibilidad de aplicar a uno de los supuestos de doble matrimonio —del que se tratará más adelante— el régimen del artículo 69, por no mediar en este específico supuesto el impedimento de ligamen y no ser posible por consiguiente en tal caso hablar de nulidad. Por esto el artículo 51 habla sólo de ineficacia, y sólo para esto —exclusivamente para combatir esa situación de bigamia, sin encaje posible en el régimen del artículo 69— se dio el artículo 51 (12).

(10) JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., pág. 346.

(11) El artículo 51, según esto, tendría un carácter de prohibición, con la consiguiente sanción de ineficacia, sin prejuzgar su aplicación la ulterior declaración de nulidad, momento en que entraría en juego el 69. La antinomia se resolvería así en una aplicación sucesiva: del artículo 51 antes de producirse la declaración de nulidad; del 69, una vez declarado nulo el matrimonio. De hecho, es posible esta aplicación sucesiva. No vale, en cambio, como tesis para la solución de la antinomia.

(12) Con la extensión debida he tratado del tema en *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, «Anuario de Derecho civil», XIV (1961), págs. 384-399, y *Estudios*, cit., págs. 16-41.

Vengamos ya a la determinación de las situaciones jurídicas en que se enfrentan con pretensión de aplicación excluyente los artículos 51 y 69. Mucho más amplio el ámbito de aplicación de éste, es claro que la tarea de fijar los límites de la antinomia debe comenzar por el examen de las situaciones en que opera el precepto del artículo 51.

Teóricamente se contemplan en esta norma todas las hipótesis posibles de doble matrimonio: «no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente». Por «casado legítimamente» se ha venido entendiendo en la doctrina y en la jurisprudencia «estar casado conforme a nuestra ley civil o conforme a la ley canónica», en base a que el artículo 42 del C. c. reconoce ambas clases de matrimonio (13). Con esta precisión se entiende que en el texto del artículo 51 se comprenden cuatro hipótesis de duplicidad de nupcias, según que la primera y la segunda unión sean de la misma naturaleza —doble matrimonio civil, doble matrimonio canónico— o de naturaleza distinta —primer matrimonio canónico y segundo civil, primer matrimonio civil y segundo canónico—.

El artículo 69, como se apuntó anteriormente, es aplicable en supuestos de matrimonio nulo (14). Según el artículo 101, número 1.º, C. c. es nulo el matrimonio «contraído por las personas a que se refiere el artículo 83, número 5.º», que prohíbe el matrimonio *civil* (15), a «los que se hallen ligados con vínculo matrimonial». Y como aquí no se distingue, se suele entender que el vínculo precedente que se protege con la prohibición del artículo 83 y la sanción de nulidad del 101 es tanto el civil como el canónico (16). Así, el artículo 69, por su concordancia con estos preceptos, podrá aplicarse en los casos de doble matrimonio civil y en los de matrimonio civil contraído por la persona ligada canónicamente. También el supuesto que doble matrimonio canónico encaja, a los efectos civiles, en el marco de aplicación del artículo 69, en base a la relación sistemática de éste con los artículos 75 y 80 (17). El matrimonio canónico declarado nulo por la jurisdicción eclesíástica gozará, en tesis general, del mismo trato beneficioso que el matrimonio civil (declarado nulo) de los supuestos anteriores.

Queda por ver el caso de matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente. En principio, este supuesto queda fuera del área de aplicación del artículo 69. En cuanto el primer matrimonio (civil), válido

(13) Cfr. Sentencias de 12-III-1942, 12-V-1944, 14-VII-1953, 16-III-1960; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, II, I, Madrid 1953, pág. 153. Hoy, de acuerdo con su significación originaria (como se verá más adelante) el término «legítimamente» se deberá considerar referido con exclusividad, según el contexto sistemático del artículo 51, al matrimonio civil. Al concepto de legitimidad —coincidente con el de validez (real o aparente)—, se anuda *directamente* la sanción de ineficacia del segundo matrimonio. La mediación lógica del impedimento de vínculo (cfr. nota 8) es necesaria sólo para la declaración de nulidad.

(14) El artículo 69 habla de «matrimonio declarado nulo». Hay en esta expresión un riesgo de equívocidad que se denuncia más adelante. Para una comprensión cabal del precepto, en la zona de fricción con el artículo 51, conviene hablar, como se hace en el texto, de «matrimonio nulo».

(15) Precisión que impone el enclave del artículo 83 en el Capítulo dedicado al matrimonio *civil*.

(16) Cfr. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho de familia*, Sevilla 1949, pág. 72; FUENMAYOR, *El sistema matrimonial*, cit., pág. 85; SANCHEZ REBULLIDA, F. de A., *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*. Publicaciones del Seminario de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, 1958, pág. 44.

(17) Sobre el alcance de las diferencias entre la formulación derogada y vigente de estos dos preceptos, vid. FUENMAYOR, *El sistema*, págs. 95 ss.

conforme a la ley española, es inexistente ante la ley eclesiástica (18), el ulterior (canónico) no podrá ser declarado nulo —en razón del vínculo previo (19)— por la única jurisdicción competente en el orden jurídico español (20), al no constituir el matrimonio meramente civil impedimento de vínculo para el canónico (21).

La confrontación gramatical de los textos obliga a rectificar el punto de vista tradicional en la problemática de doble matrimonio. La antinomia entre los artículos 51 y 69 es parcial (22). En el caso de matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente podrá ser aplicado el artículo 51 sin contradicción con el 69. Volveremos sobre este supuesto.

Importa ahora puntualizar antes de abandonar este planteamiento puramente literal, qué se debate en el fondo de la antinomia, en la que cae de lleno el caso de la sentencia.

El artículo 51 se refiere al orden de la eficacia jurídica, negándola si consta que alguno de los contrayentes estaba ya legítimamente casado.

Al mismo orden de la eficacia jurídica se refiere el artículo 69, reconociéndola, en contraste con el 51 y en un campo más limitado —supuestos en que media impedimento de vínculo—, a favor de los cónyuges en la medida de la buena fe, y en todo caso a favor de los hijos. Adviértase que la Sección en que se acoge el artículo 69 lleva por título «De los efectos de la nulidad». La nulidad, propiamente, viene tipificada por otros preceptos (arts. 83, núm. 5.º, en relación con el 101 núm. 1.º, del C. c.; y canon 1.069 del C. c. en relación con los arts. 75, 80 y 82 del C. c.).

La antinomia se nos ofrece con perfil definido: referida textualmente en el área de aplicación de ambas normas a tres situaciones jurídicas, y limitada dentro de un plano normativo común a ambos preceptos al orden de la eficacia jurídica del matrimonio. La eficacia civil que atribuye al

(18) Tal calificación se refiere con exclusividad al supuesto —casuísticamente dominante— de que los contrayentes estuvieran obligados a observar la forma canónica de celebración.

(19) Si el vínculo previo no es inexistente ante la ley canónica, no se dará prácticamente la hipótesis ahora considerada, en cuanto la unión civil sólo constituye impedimento de vínculo respecto a una ulterior unión canónica: a), cuando el matrimonio es legítimo en el sentido del canon 1.015, § 3; b), cuando es canónico por la condición de súbdito de alguno de los contrayentes. En el primer caso cabe la disolución por privilegio paulino, expresamente reconocido a los efectos civiles en los artículos 80 y 82 del C. c. En el segundo caso (matrimonio canónico en forma civil) la hipótesis se deberá tratar a efectos civiles, de acuerdo con la interpretación que permite el nuevo régimen matrimonial (Cfr. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 94 ss.) como situación de doble matrimonio canónico.

20. Tras la reforma operada en nuestro Código civil por la ley de 24 de abril de 1958, se ha hecho notar en la doctrina el carácter de exclusividad con que se reconoce en la nueva redacción dada al artículo 80 la competencia de la jurisdicción eclesiástica en las causas de nulidad del matrimonio canónico. Cfr. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., pág. 97.

(21) Cabe, sin duda, en este caso una declaración de *ineficacia civil* del matrimonio canónico por parte de la jurisdicción estatal, como sugiere CASTÁN, *Derecho civil español*, V, I, 8.ª ed., cit., pág. 677. Lo que no cabe, en mi opinión, es homologar esta declaración de ineficacia civil con la *declaración de nulidad* requerida para aplicar el artículo 60. Cfr. JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., pág. 350, nota 34 bis, y la objeción que he expuesto en *Estudios*, cit., pág. 91.

(22) A partir de 1941, se viene admitiendo con FUENMAYOR, frente al planteamiento tradicional, que la antinomia es parcial. En este sentido, recientemente: SANCHO REBULLIDA, *El sistema*, cit., pág. 44; CASTÁN, *Derecho civil*, V, I, 8.ª ed., cit., pág. 677; JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., pág. 349; etc.

matrimonio el artículo 69 en las tres situaciones jurídicas indicadas, se la niega en las mismas situaciones el artículo 51.

Cabe, fuera de estos términos, otro posible enfoque, a partir precisamente del punto en que el artículo 51 entra en juego sin fricción literal con el 69. Ya se apuntó antes, que éste no alcanza en su ámbito de aplicación al supuesto de matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente. Supuesto que, en cambio, queda dentro del ámbito del artículo 51.

Si por hipótesis se admite que este supuesto constituye la *ratio legis* del artículo 51, se podría considerar resuelta la antinomia, fuera ya de los estrechos límites de una interpretación puramente gramatical, en el sentido de limitar la aplicación del artículo 51 a ese supuesto, y aplicar el 69 a los restantes. Pero para prevalecer esta tesis habrá que demostrar que el artículo 51 se propone efectivamente como fin único sancionar tal supuesto. Dejemos de momento la antinomia para precisar la finalidad y alcance del artículo 51 en su contexto sistemático.

De nuestro sistema matrimonial se ha dicho con razón que constituye «la cuestión legislativa más espinosa entre todas las planteadas en España a lo largo del siglo XIX» (23). Al fin, en 1889, después del fracaso de varios intentos a lo largo de casi un decenio, es aprobado en ambas Cámaras colegisladoras el Código civil, en cuyo artículo 42 se vierte casi literalmente y con toda la densidad de su motivación política la fórmula transaccional de la base 3.^a de la ley de 11 de mayo de 1888. El artículo 42, en su significación genuina (24), autoriza el matrimonio civil a los súbditos obligados a la observancia de la forma canónica de celebración. Admitida esta posibilidad, quedaría abierta una brecha en el sistema de no introducir una norma encaminada a sancionar la bigamia legal (25) que se produce al contraer cualquiera de los cónyuges ulterior matrimonio canónico, válido

(23) FUENMAYOR, *El sistema*, cit., pág. 104.

(24) Creo que puede considerarse zanjada definitivamente la discusión en torno a la naturaleza de nuestro sistema. Es cosa clara que el carácter subsidiario del matrimonio civil no tiene en nuestro Derecho (si se exceptúa el período de vigencia de la Orden de 10 de marzo de 1941) un alcance absoluto —en plena correspondencia con las exigencias del Derecho canónico—, sino un alcance relativo, definido con suficiente precisión por la legislación posconcordataria.

(25) En rigor cabe hablar de «bigamia legal» sólo cuando un ordenamiento consiente la posibilidad de bigamia como antecedente o como resultado de una *solución jurídica* en el tratamiento de una situación de doble matrimonio. En este sentido se puede decir que el Derecho italiano permite la posibilidad de bigamia legal al considerar válido el matrimonio contraído por el cónyuge del declarado fallecido cuando resulte probada la muerte del ausente *aunque el fallecimiento hubiere ocurrido en fecha posterior a la celebración del segundo matrimonio*, siempre que los contrayentes hubieren obrado de buena fe (art. 68 c. c. italiano). Cfr. JEMOLO, A. C., *Il matrimonio*, 3.^a ed., Torino 1957, pág. 500. También se puede hablar de bigamia legal con referencia a ciertas situaciones del Derecho alemán, interpretado por una jurisprudencia reciente, que reconoce en principio la procedencia de la declaración de nulidad del segundo matrimonio en razón del vínculo precedente, pero rechaza de plano la acción, por ejercicio abusivo, cuando al interponerla se había disuelto el primer matrimonio. Cfr. BOHMER, G., *Rechtsmissbräuchliche Erhebung der Nichtigkeitklage bei Doppelheh*, "Neue Juristische Wochenschrift", XII (1959), págs. 2185-2189. En nuestro Derecho no se puede hablar con propiedad de «bigamia legal». La expresión se emplea con otro significado. Las exigencias de los principios de confesionalidad y de tolerancia que presionan sobre el legislador español, no se pueden conciliar con perfección. Nuestro legislador se ve obligado, por fuerza del principio de confesionalidad, a reconocer sin excepciones en el orden civil la validez del matrimonio canónico (art. 75 C. c.), y,

con arreglo a la ley eclesiástica, en cuanto la primera unión, inexistente para esta ley, no constituye impedimento de ligamen. De aquí la necesidad del artículo 51: la sanción de ineficacia del segundo matrimonio (canónico) respalda la protección debida a la eficacia civil del primero, en un desarrollo —hasta las últimas consecuencias— del principio de tolerancia. El artículo 51 tiene, además de su específico significado normativo en las situaciones concretas de «bigamia legal», y con independencia de su «valor moralizador» (26) y de su «valor político» (27), un gran valor sistemático, sin el cual quedaría frustrada la orientación tolerante a que en parte responde el artículo 42 (28).

Tras el paréntesis de vigencia de la Orden de 10 de marzo de 1941 (29) —durante la cual se cortan de raíz las posibilidades de matrimonio civil «tolerado», quedando así despojado el artículo 51 de su primitiva *ratio legis* (30)—, recobra el sistema codificado su antiguo carácter, aunque ahora con

por otra parte, por la actuación del principio de tolerancia, se ve forzado a permitir la posibilidad de matrimonios civiles canónicamente inexistentes, protegiéndolos —hasta las últimas consecuencias— en el ámbito de los *efectos civiles*. Esto lleva: 1), a establecer en el orden civil la sanción de ineficacia del matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente (art. 51 C. c.), sin negar la validez (art. 75 C. c.) y los efectos civiles consiguientes compatibles con la plena eficacia de la primera unión; 2), a mantener en el orden penal la posibilidad de que se aprecie y sancione con referencia a la conducta del cónyuge bínubo el delito de bigamia. No sería justo tildar de contradictorio este comportamiento de nuestro legislador, que extrema su respeto al ordenamiento canónico al admitir la validez y toda la eficacia civil que le es dable reconocer en situación tan espinoza al matrimonio canónico, y proteger, por otra parte, con toda la amplitud debida, el matrimonio civil de los apóstatas (una vez puesto en juicio el principio de tolerancia). Por lo demás, la posibilidad de que se aprecie el delito de bigamia en nada roza a la institución matrimonial canónica, ya que la pena no sanciona la situación matrimonial creada sino la *conducta* delictiva que entraña crear esa situación, forjada sin arte ni parte del legislador. En rigor, la contradicción la introduce el cónyuge bínubo, en cuyo favor se tolera por el ordenamiento el matrimonio civil, por lo que es lógico que la reacción penal —frente a una *conducta* que demuestra no merecer la actitud legal de tolerancia— se torne contra él. Sobre los efectos civiles del segundo matrimonio, más adelante.

(26) DEL AMO, L., *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia*, «Revista española de Derecho canónico», X (1955), pág. 295.

(27) Aparte de inadecuado técnicamente, hubiera resultado impolítico para las relaciones con la Santa Sede aplicar un término como el nulidad al matrimonio canónico válido.

(28) Después de deslindar los diferentes planos dogmáticos en que operan los artículos 51 y 76, afirma FUENMAYOR: «todo ello es consecuencia inevitable del criterio tolerante que ha inspirado la reciente reforma del art. 42» (*El sistema*, cit., pág. 91, nota 128).

(29) Se cierra este paréntesis con el Decreto de 26 de octubre de 1956. Una visión panorámica del desarrollo de la reforma posconcordatoria y un estudio de los aspectos más destacados de la nueva legislación en el trabajo (citado) de SANCIO REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*. Con posterioridad, la monografía (citada) de GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, y la magnífica síntesis de WEYERS, H. L., *Die Eheschliessung nach spanischem Recht*, Karlsruhe 1960.

(30) Su antigua finalidad se hubiera podido mantener sólo para las situaciones de Derecho transitorio heredadas de la legalidad republicana, pero, como he apuntado en otra sede, tal designio específico hubiera requerido una adición o reforma del texto del artículo 51 o bien una disposición que definiera su vigencia extracodicial.

una precisa estructuración técnica que elimina prácticamente su anti-gua proclividad al sistema electivo (31). De nuevo, los artículos 42 y 51 vuelven a ser, como en su originaria significación, las coordenadas del sistema.

Queda un punto por aclarar. Si el artículo 51 obedece exclusivamente al designio de sancionar el segundo matrimonio en la hipótesis de «bigamia legal», ¿por qué se le dio tan amplia formulación?

Tiene esta pregunta una respuesta clara en el contexto histórico y político de nuestro sistema (32).

El artículo 51 responde a la misma finalidad del artículo 38 del Proyecto del Libro I del Código presentado al Senado en 1882. Esta disposición venía redactada, de acuerdo con su concreta finalidad, en estos términos: «No producirá efectos civiles el matrimonio canónico contraído cuando cualquiera de los cónyuges estuviese casado conforme a las disposiciones del Código». En la primera edición de nuestro Código —tal como se aprobó en las Cortes—, el artículo 51 reproduce el texto anterior, con la única particularidad de introducir una referencia al matrimonio civil. En la segunda edición se modifica la expresión «conforme a las disposiciones del Código» por la de «legítimamente», y esta es —abarcando cuatro posibles situaciones de doble matrimonio—, su versión actual.

El sistema facultativo del Proyecto de 1881 fracasa. La fórmula de Alonso Martínez, de 1887, que servirá de texto a la base 3.^a de la ley de 1888 y al artículo 42 del C. c., establecerá un sistema de matrimonio civil subsidiario que a fuerza de equilibrios se abre paso en el ambiente parlamentario. La diferencia fundamental entre el Proyecto de 1882 y el que se aprueba en 1887, es la mayor aproximación en éste a las exigencias de Derecho canónico. Con todo, la fórmula de Alonso Martínez viene concebida con suficiente amplitud para llegar prácticamente a los mismos resultados del sistema electivo (33). De aquí que, ante la posibilidad de «bigamia legal», se hiciese necesario conservar la disposición ideada para el sistema de 1881. Empero, la presencia de esta norma en el Proyecto de Código de 1888-89, hubiera denunciado su oculto parentesco con el sistema facultativo, causa del fracaso de los Proyectos anteriores (34).

Para evitar un ataque por este flanco al nuevo Proyecto, ya lograda tras una difícil negociación (35) la «concordia» con la Santa Sede sobre el texto del artículo 42, se acogerá en el 51, introduciendo una discreta interpolación, la fórmula del 38 del fracasado Proyecto. Las variaciones que se aprecian entre ambos textos responden al designio, puramente político, de encubrir el carácter tendencialmente facultativo del sistema matrimonial co-

(31) En este sentido, vid. el citado trabajo de FUENMAYOR sobre el sistema matrimonial, donde se hace un cotejo de los textos del régimen derogado y vigente con un estudio crítico de las precisiones que introducen la reforma del Código y disposiciones complementarias. Posteriormente, ESCUDERO ESCORZA, F., *Disposiciones vigentes actualmente en España sobre el matrimonio de los apóstatas de la Fe Católica*, «Temis», 1961, núm. 10, págs. 63-84.

(32) *El artículo 51*, cit., «Anuario de Derecho civil», XIV (1961), págs. 396-399, 422-527, y *Estudios*, cit., págs. 36-40, 78-85.

(33) En primer lugar, por virtud de la naturaleza propia del sistema (Cfr. *supra*, nota 24), y en segundo lugar por su tendencial aproximación al sistema electivo.

(34) Apunta ya esta explicación FALCON, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, I, 5.^a ed., Madrid 1897, pág. 91.

(35) Cfr. ESCUDERO ESCORZA, F., *Matrimonio civil de los apóstatas en España (Negociaciones entre España y la Santa Sede en 1887 sobre legislación matrimonial)*, «Cuadernos de Historia Diplomática», vol. IV, Zaragoza 1958, págs. 79-119.

ducido. Con esta conclusión, suficientemente fundada (36), se recorta ciertamente la letra del artículo 51, pero el fin específico del precepto, queda claramente precisado, conforme a su *ratio legis* objetiva.

La Orden de 10 de marzo de 1941, al interpretar el artículo 42 de C. c. en perfecta armonía con el canon 1099 del C. i. c., elimina prácticamente (37) la posibilidad de «bigamia legal». El artículo 51 queda sin virtualidad. Su subsistencia en el Código, llevará a la doctrina a asignarle otro cometido. Reducido el ámbito de aplicación del artículo 51 a las mismas hipótesis en que opera el artículo 69, se idea entonces para explicar su forzada vigencia la tesis de su carácter prevalente, como norma especial sancionadora de una radical ineficacia (inexistencia), frente al régimen general de ineficacia limitada (nulidad) del artículo 69.

Con la reforma del Código en 1958, se reconduce el régimen de las situaciones de doble matrimonio —con las rectificaciones y precisiones técnicas oportunas— a su antiguo cauce. En los últimos estudios sobre el tema se conviene en admitir que los artículos 69 y 51 cubren hoy situaciones diferentes: el primero, los supuestos de doble matrimonio en que media impedimento de vínculo; el segundo el supuesto de «bigamia legal», donde el impedimento de vínculo no actúa (no existe prácticamente) (39).

Según esta delimitación, única válida —por las fechas de celebración de uno y otro matrimonio—, para la situación enjuiciada en la sentencia de 29 de mayo de 1962, no parece fundado afirmar, como afirma la Casación, que en Primera y Segunda Instancia se dejó de aplicar indebidamente el artículo 51.

Hasta aquí se ha intentado fijar los límites extrínsecos de aplicabilidad de los artículos 51 y 69. El campo de acción de cada una de estas normas se determina en función de sus respectivas concordancias; el del artículo 69, por su conexión inmediata con los artículos 83, núm. 5.º, 101, número 1.º, de un parte, y 75, 80 y 82 de C. c., en relación con el canon 1069 del C. i. c., de otra; el del artículo 51, por su radical vinculación sistemática con el 42 del mismo C. c.

Fijados los límites de aplicabilidad entre los dos preceptos, cabe ya preguntarse por sus específicas condiciones de aplicación.

III. APARIENCIA JURÍDICA Y DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

Si es cierto que el artículo 69 es en principio aplicable al supuesto enjuiciado —doble matrimonio canónico—, de ello, sin embargo, no se sigue de manera inmediata que deba ser efectivamente aplicado. Habrá que ver

(36) Así lo entiendo a la vista de los estudios que se han dedicado al tema en la línea de la exégesis iniciada por FUENMAYOR en *El Derecho sucesorio del cónyuge putativo*.

(37) Después de esta disposición ministerial, subsistieron en teoría ciertas diferencias entre el Derecho español y el canónico en materia de capacidad y consentimiento, que hubieran podido dar lugar a la situación de «bigamia legal». Con más extensión trato de este punto en *El artículo 51*, cit., § 9. Al parecer, no se derivó de tales diferencias ninguna consecuencia práctica.

(38) Con ello, pierde su motivación histórica y sus presupuestos lógicos la tesis de inexistencia, mantenida sin una previa revisión después de la reforma posconcordatoria en un sector de la doctrina: GARCÍA CANTERO, *El vínculo*, cit., págs. 231, 247-248; CASTAN, *Derecho civil*, V, 1, 8.ª ed., cit., págs. 684-685, 711 y 677; WEYERS, *Die Eheschliessung*, cit., págs. 100-101. En el régimen actual no parece fundada ni viable esta solución.

(39) Cfr. JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., págs. 349-350. He hecho una revisión amplia del tema (coincidiendo con la conclusión de JORDANO) en *El artículo 51*, cit., § 12.

si en el caso concurren los presupuestos específicos que para su aplicación requiere esta norma.

La aplicación del artículo 69 presupone: a) que el supuesto en cuestión tenga cualidad de matrimonio aparente; b), que, como tal matrimonio aparente, se haya declarado nulo.

El primer requisito entraña la existencia de un título causativo de una relación matrimonial inicialmente dotada de eficacia jurídica.

En general, se entiende que el título fundante de la apariencia se constituye por la observancia de la forma de celebración (40) legalmente prescrita (41). Así, en principio, se puede sostener para el matrimonio civil. Tratándose de matrimonio canónico, se habrá de tener en cuenta que, además de la celebración, en forma ordinaria o —en su caso— extraordinaria, equivale al título la dispensa de forma y la convalidación, simple o radical (42).

En cuanto a la relación matrimonial, ha de estar inicialmente dotada de eficacia jurídica típica, ya que precisamente lo que se propone el artículo 69 es, consagrar una situación jurídica revestida de la apariencia de legitimidad; más concretamente, mantener la eficacia jurídica de la relación matrimonial nacida de un título en apariencia válido, luego revelado nulo. No se da esa eficacia jurídica inicial cuando al tiempo de la celebración del matrimonio se duda fundadamente de la concurrencia de los requisitos de validez del título legitimador. La eficacia se sigue cuando el título nulo se tiene y opera en apariencia como válido. No hay lugar, por tanto a la protección de la apariencia, cuando el título creador de la relación matrimonial aparente no comunica esa eficacia jurídica inicial (43).

(40) Junto al régimen de forma del artículo 100, se deberá tener en cuenta, en principio, el régimen de forma prescrito por otras legislaciones, incluso —con determinadas reservas— cuando alguno de los contrayentes tenga nacionalidad española. He tratado con amplitud de este tema en *Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la «lex loci»*, «Anuario de Derecho civil», XII (1960), págs. 881-941; y *Estudios*, págs. 95-200.

(41) A este respecto no parece necesaria una íntegra observancia del régimen de forma. Puede servir de título constitutivo de la apariencia una observancia incompleta, e incluso presunta, como la que se infiere de la prueba del matrimonio por la posesión de estado (art. 54 C. c.). GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 257, entiende que «no hay un principio de celebración»... «en los casos calificados por la doctrina de inexistencia». Entiendo que no es la calificación de inexistencia lo que excluye el concepto de celebración, sino la falta de celebración lo que determina —según el pensamiento dominante en la doctrina científica— una posible calificación de inexistencia. Por lo demás, así entendida, la inexistencia es una noción empírica, no jurídica. En cuanto al caso de identidad de sexo todavía considerado por un sector de la doctrina como un supuesto claro de inexistencia, creo que debe ser revisado. De acuerdo con JORDANO (*loc. cit.*, pág. 351, nota 38), entiendo que el caso de identidad patente —con la falta de seriedad que supone su simple cita— es puramente académico. El caso de identidad encubierta encaja con mejores razones que otros supuestos —como el de impotencia absoluta— en la categoría de nulidad. Cfr. LUTZESCO, G., *La bonne foi et le mariage inexistent*, París, s. d., pág. 39.

(42) He destacado estas diferencias en *El matrimonio como acto jurídico formal*, en *Estudios*, pág. 231-254.

(43) Así ocurre en el matrimonio civil en peligro de muerte y en el contraído por españoles en el extranjero en la forma de la *lex loci* en tanto no se acredite ante el funcionario español competente la acatolicidad de los contrayentes, como he sostenido en *Matrimonio de españoles*, cit., ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIII (1960), págs. 434-941, y *Estudios*, págs. 184-106.

Respecto a la buena fe, por parte al menos de uno de los contrayentes, generalmente considerada como condición del matrimonio putativo, creo que se debe excluir de los presupuestos de aplicación del artículo 69. Aun cuando se deba tener en cuenta a la hora de respetar o neutralizar efectos producidos, no constituye una exigencia necesaria para la aplicación del artículo 69. Puede este precepto entrar en juego, aun en el caso de mala fe bilateral, con el fin de mantener los efectos producidos en favor de los hijos (art. 69, párrafo 4.º).

La buena fe opera en la mecánica de aplicación del artículo 69, no como exigencia previa, sino como criterio funcional de extensión de los efectos en relación a los cónyuges (44).

La condición de que el matrimonio aparente sea «declarado nulo», que ciertamente constituye presupuesto específico de aplicación, requiere algunas precisiones.

Hay en esa expresión del artículo 69 una doble exigencia: a), que el matrimonio sea nulo; b), que la nulidad se haya declarado judicialmente.

La exigencia de la *declaración* responde a una actitud de respeto ante la apariencia jurídica, cuya protección se propone, en el orden matrimonial, el artículo 69. La fuerza creadora de la apariencia jurídica consiste concretamente en dotar a la situación creada por el título aparente de la misma eficacia jurídica que le daría un título válido. Tal situación, precisamente porque reviste la misma firmeza jurídica que la fundada en el título válido, goza en principio de respeto y protección en el orden jurídico, que es, en su realidad más inmediata, un «orden de apariencias». Efectivamente, la primera realidad que encontramos en una situación jurídica es la realidad de su apariencia jurídica material: lo que parece válido se toma como válido, mientras no se declare por un órgano competente como cosa más cierta, como realidad más patente, que es nulo (45).

La apariencia jurídica impone como exigencia de certeza —como criterio de verdad jurídica— la necesidad de una *crítica*, es decir, de un juicio de valor —de verdad—, que es lo que en definitiva se requiere como presupuesto de aplicación del artículo 69 del C. c.: «declaración de nulidad» —juicio de valor negativo—. Desde este punto de vista parece claro que la situación creada, en tanto se muestra como realidad jurídica, es lo que funda la exigencia de un juicio para poder concluir la condición aparente de la realidad enjuiciada (declaración de nulidad).

En cuanto al alcance de la declaración de nulidad, en correspondencia a una predeterminada valoración normativa, la actitud del ordenamiento se puede orientar en dos direcciones: una, tendente a destruir la eficacia jurídica que hasta ese momento ha producido la situación aparente; otra, pronta a respetar en principio esa eficacia en la medida en que la apariencia ha operado como realidad jurídica.

La protección de la apariencia jurídica se lleva a cabo en nuestro Derecho matrimonial, manteniendo o rectificando la dirección favorable de los efectos producidos, según un criterio de imputabilidad de la situación jurídica básica y de las relaciones jurídicas subordinadas a ellas. Se comprende así, por una parte, el mantenimiento de los efectos en favor de los hijos (fuera del radio de imputabilidad), y, por otra, la protección de los terceros —en el ámbito de las relaciones subordinadas—, así como la admisión y extensión de los efectos respecto de los cónyuges en la medida en que interviene buena fe.

Si la declaración de nulidad es efectivamente un presupuesto de actuación del artículo 69, ello se debe entender estrictamente en función de su finalidad protectora de la apariencia jurídica. Así, si tal apariencia no se llega a constituir jurídicamente —como ocurre en las situaciones de inefi-

(44) JORDANO, *El Matrimonio putativo*, cit., pág. 352.

(45) Estimo que, en este sentido, la apariencia jurídica matrimonial se debe distinguir de la denominada «apariencia de legalidad», que también es apariencia jurídica, pero formal, no material. Como manifestaciones de

cacia inicial (46)—, o si una vez constituida se debe destruir en base a un juicio de plena imputabilidad, la aplicación del artículo 69 determinará (para la relación matrimonial) sólo consecuencias negativas (47) Se entien- de de este modo que la declaración de nulidad no comporta por sí misma necesariamente un mantenimiento de efectos. Sólo cuando vaya referida a una apariencia jurídica inimpuntable se mantendrán en todo o en parte, los efectos típicos.

Cuando se trata de los presupuestos de aplicación del artículo 69, se piensa con frecuencia en una efectiva aplicación de su régimen —de eficacia o de ineficacia, según resulte del criterio de imputabilidad—. Así se olvida que tales presupuestos juegan también, con una significación negativa, una discreta pero importante función protectora de la apariencia jurídica. Que se aplique el artículo 69 de acuerdo con sus presupuestos específicos, importa tanto como que no se aplique cuando esos presupuestos fallan. Esto es claro. La aplicación del artículo 69, si por una parte implica —en el mejor de los casos— el reconocimiento de la eficacia jurídica de que viene dotada la relación matrimonial aparente hasta el momento en que la nulidad se declara, por otra parte comporta la ineficacia futura de la relación a partir de ese mismo momento.

Por consiguiente, se debe entender que el presupuesto de la declaración de nulidad responde a su finalidad de protección, tanto mediante una función activa —poniendo en juego el artículo 69— como limitativa —excluyendo la aplicación del artículo 69—. En el primer caso, somete la situación jurídica nacida del título nulo —declarado nulo— a un régimen beneficioso, protector de la apariencia jurídica matrimonial (inimpuntable) hasta el momento en que la nulidad se declara. En el segundo, aleja la situación jurídica aparente del régimen de ineficacia que —aunque sólo para el futuro— comporta la nulidad, en tanto que, con referencia a tal situación, no se declare nulo el matrimonio. El resultado de esta inacción del precepto es positivo: en tanto la nulidad no se declare el matrimonio se presume válido y —en principio— eficaz.

En el caso de la sentencia comentada no se ha producido, hasta el momento de la interposición del recurso, la declaración de nulidad del segundo matrimonio. Por aquí parece en principio correcta la tesis de Casación de que el artículo 69 ha sido indebidamente aplicado por el Tribunal a quo. La primera consecuencia de esta conclusión es que el matrimonio goza —en tanto su nulidad no se declare— de la eficacia jurídica propia del matrimonio válido. Pero no es ésta la finalidad a que apunta la argumentación del Tribunal Supremo. El Considerando tercero se refiere a la declaración de nulidad —ausente en el caso enjuiciado— no para justificar la protección del segundo matrimonio —respetando la eficacia jurídica que impone su apariencia—, sino precisamente para dar entrada —destruyendo la apariencia con una sanción

«apariencia de legalidad», cita DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, 1, 3.^a ed., Madrid 1955, pág. 601, la inscripción en un Registro público, la intervención de funcionario público, la posesión de estado: La apariencia de legalidad no postula una exigencia general de respeto ni una protección directa de la situación jurídica «legalizada», en tanto que la *apariencia jurídica material* impone el respeto y la protección de la situación jurídica aparente. La apariencia de legalidad protege la fe pública. De esta protección pueden resultar beneficiadas ciertas situaciones carentes de legitimidad, si bien de una manera indirecta y accidental. De aquí la *conveniencia de una declaración de nulidad que «destruya erga omnes»* tal apariencia legal. La apariencia jurídica material inviste a la situación de una firmeza tal que hace *necesaria* la declaración judicial de nulidad para que se le retire la protección que la acompaña.

(46) Cfr. nota 43.

(47) La declaración de nulidad, fuera del ámbito de protección del artículo 69, se traduce en tal caso, por su contenido, en declaración de inexistencia (en el sentido que se precisa más adelante).

de ineficacia— al artículo 51, por entender que este no requiere para ser aplicado el presupuesto de la declaración de nulidad. Se incurre así en una confusión de los límites de aplicabilidad entre los dos preceptos. Es cierto que la aplicación del artículo 51 no está condicionada por una previa declaración de nulidad. Pero esto es así, no porque tal declaración —siendo posible— resulte innecesaria, que es la idea que preside este pasaje de la sentencia, sino precisamente contando con que la declaración de nulidad no puede darse. No puede darse porque el matrimonio que sanciona el artículo 51, en la situación específica a que se contrae su aplicación —«bigamia legal»—, es un matrimonio válido (48).

La *radical imposibilidad jurídica* de declarar nulo un matrimonio válido —presupuesto específico de aplicación del artículo 51— se ha venido a confundir con la *eventual ausencia* de una posible declaración de nulidad del matrimonio aparente. En el ámbito de aplicabilidad del artículo 69, la falta de declaración de nulidad impide la aplicación del precepto, pero no excluye la posibilidad de su aplicación futura.

IV. INACCIÓN DEL IMPEDIMENTO DE VÍNCULO Y «BIGAMIA LEGAL»

El artículo 51 contempla, según quedó expuesto, una situación de «bigamia legal», posible de hecho como resultado último del principio de tolerancia. No media en esta situación el impedimento de vínculo. La mera posibilidad de una declaración de *nulidad* basada en la existencia del vínculo precedente excluye la aplicación del artículo 51 (49).

La inacción del impedimento de ligamen explica, por una parte, la posibilidad jurídica de un doble vínculo válido («bigamia legal»), y condiciona por otra parte, como exigencia negativa, la virtualidad del artículo 51.

Se afirma en la sentencia que es preciso «tan sólo que se acredite el hecho de estar casada legítimamente cualquiera de las personas que aparecieron celebrando el matrimonio posterior» (Considerando tercero).

Si esta fuera efectivamente la única condición, habría que considerar como normas superfluas las dedicadas en otros lugares del Código a tipificar y sancionar (o a reconocer, tratándose de matrimonio canónico) el impedimento de vínculo. Así, resultaría excluida la aplicación del artículo 69 en todo caso de doble matrimonio. Pero los preceptos están ahí, y la pretensión de una eficacia típica temporal para los matrimonios nulos por impedimento de ligamen, en virtud del artículo 69, es tan fundada por lo menos como la pretensión de ineficacia amparada en la letra muerta del artículo 51. Si no se admite la reducción literal de esta norma conforme a su *ratio legis*, en los términos que resultan de su interpretación histórico-sistemática, se habrá de demostrar, por una parte, que es ociosa la presencia en el Código del número 5.º del artículo 83, en relación con el número 1.º del 101, y, por otra parte, que en cierta medida son inoperantes los artículos 75, 80 y 82 del Código civil en relación con el canon 1069 del C. i. c.

La sentencia da por supuesto que el artículo 51 consagra el impedimento de vínculo, enfrentándolo así, sin posible solución para las situaciones

(48) Cfr. ROMERO VIBITEZ, M. A., *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español* «Revista de Derecho Privado», XXV (1941), pág. 183, nota 49; FUENMAYOR, *El derecho sucesorio*, cit., págs. 461-462; *El sistema*, cit., págs. 90-91; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, cit., pág. 73; CASTAN, *Derecho civil*, V, I, 8.ª ed., cit., pág. 677. Con todo, en esta corriente de opinión no se ha destacado que la validez del segundo matrimonio es no sólo válida canónica sino también *validez civil*.

(49) Cabe una *declaración de ineficacia civil* (cfr. nota 21), aunque también cabe —y esta parece ser la solución más realista— una declaración de ineficacia civil que defina el grado y los límites de la ineficacia.

de doble matrimonio, con el 69 y concordantes. En este punto importa recordar que el artículo 51 no opera en la misma línea del impedimento. Es más, presupone su inacción. Sólo asociada a esta exigencia negativa es exacta la afirmación del Considerando tercero de que para aplicar el artículo 51 basta (como exigencia positivamente necesaria), «que se acredite el hecho de estar casada legitimamente cualquiera de las personas que aparecieron celebrando el matrimonio posterior» (50).

Quizá por tratarse de un supuesto de doble matrimonio canónico se ha introducido en la argumentación de la sentencia —en pro de la tesis del carácter prevalente del artículo 51— una glosa al canon 1069 del C. i. c. Esta referencia parece en principio acritica para el objeto de la litis. Por dos motivos: a), el canon 1069 opera con eficacia autónoma en el ámbito de la jurisdicción eclesiástica a efectos canónicos, y lo que se plantea ante nuestro primer órgano jurisdiccional es una cuestión de efectos civiles; b), el canon 1069 puede operar con eficacia refleja en la jurisdicción secular, una vez puesto en juego por la jurisdicción eclesiástica, condición que no se ha dado en el caso de la sentencia de Casación y que de haberse producido hubiera servido sólo de punto de partida para la ejecución de la sentencia eclesiástica en el orden civil, donde no importa la significación del precepto canónico sino simplemente el hecho de haberse aplicado en su propia sede jurisdiccional, para fundamentar —ya en el campo de la jurisdicción estatal— la aplicación de los artículos 80 y 82 del Código civil.

Por lo demás, el canon 1069 distingue cuidadosamente la *prohibición* de contraer nuevo matrimonio antes de la declaración de nulidad del primero, ligando a su infracción una simple sanción de ilicitud (§ 1), y el *impedimento* de vínculo, que en su incierta existencia justifica la necesidad de aquella prohibición, y en su existencia probada determina la nulidad del matrimonio (§ 2). No se ve por dónde la invocación del canon 1069 se pueda conciliar con los presupuestos o la sanción del artículo 51 del Código civil (51).

El artículo 51 establece sin duda, aunque sin enunciarla, una prohibición, a la que se liga la sanción de *ineficacia* (de la relación), pero no define ni presupone el impedimento de vínculo (52), que, caso de existir, determinaría por aplicación de otros preceptos (ya citados) una sanción de *nulidad* (del acto).

El impedimento de vínculo en sentido técnico juega alternativamente en un doble momento: antes de contraerse el matrimonio, con fuerza impe-

(50) Este pasaje se ha tomado a la letra de la sentencia de 19 de enero de 1926, pero la cita que hace ahora nuestro Tribunal Supremo en la sentencia comentada no recoge la motivación de tal doctrina en su sede original: el artículo 51 «dados los términos del precepto, *al referirse exclusivamente a los efectos civiles*, no exige para que los Tribunales de este orden y jurisdicción puedan hacer la declaración que de su texto se desprende, que previamente se haya declarado la nulidad del matrimonio a que se refiere, sino que basta que ante ellos se acredite el hecho de estar casado, etc.» (Subrayado por mí).

(51) Sobre la diversa función que cumplen la prohibición y el impedimento de vínculo, trato en *Estudios*, cit., págs. 275-276.

(52) Advierte ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, cit., pág. 73, que «el artículo 51 no dice que 'no podrán contraer matrimonio', ni que 'está prohibido el matrimonio', ni que 'será nulo el matrimonio', sino simplemente que 'no producirá efectos civiles'. Y más adelante, que «el artículo en cuestión se limita a denegar efectos civiles al matrimonio canónico cuando uno de los cónyuges *estuviese ya casado civilmente*» (Subrayado por mí). En el mismo sentido hace notar SANCHO REBULLIDA, *El sistema*, cit., pág. 44, que al Derecho civil le importa sólo «resolver la eficacia y formalidades de tales matrimonios [canónicos contraídos por persona casada civilmente] *ya autorizados por la Iglesia*».

ditiva, paralizando la celebración; después de contraerse el matrimonio, con fuerza invalidante, fundamentando la nulidad del matrimonio celebrado. El «impedimento» del artículo 51 juega técnicamente sólo después de celebrado el matrimonio, porque no puede actuar antes (53). Por eso es mejor, con referencia al artículo 51, hablar simplemente de prohibición, que por su naturaleza —ya que no por la extensión y gravedad de la sanción que la acompaña— se debería estudiar al lado de las prohibiciones reguladas en los artículos 45 a 50, como sugería NAVARRO AMANDI a raíz de la promulgación del Código (54).

¿Qué se ha pretendido en el Considerando segundo al situar el artículo 51 al lado del canon 1069 del Código civil? Si lo que se buscaba era una aproximación conceptual de la privación de efectos civiles del artículo 51 con la carencia de efectos canónicos que se sigue de la nulidad por ligamen prevista en el canon 1069, se convendrá en la inutilidad de este empeño. El paralelismo no puede llevarse muy lejos: el canon 1069 consiente el posible reconocimiento de efectos canónicos típicos cuando el segundo matrimonio es putativo.

V. DETERMINACIÓN Y APLICACIONES DE LOS CONCEPTOS DE INEFICACIA, NULIDAD E INEXISTENCIA EN MATERIA MATRIMONIAL

El Tribunal Supremo trata de precisar en el Considerando cuarto de la sentencia la naturaleza de la sanción establecida en el artículo 51, problema que por espinoso se soslaya en el planteamiento del recurso (55)

Considera nuestro más alto Tribunal que «si nos detenemos en el estudio de la categoría de invalidez que corresponde al matrimonio contraído por persona ligada por este vínculo, y con fecha anterior, es forzoso incluirla en el supuesto de nulidad radical que la ley prevé, por cuanto ésta impide los normales efectos queridos por los contrayentes, a los que, sin embargo, no alcanza su eficacia por la declaración legal que lo impide, al serle de aplicación los rígidos mandatos del artículo cuarto del Código civil».

No parece que este problema se pueda tratar correctamente con independencia del ámbito de aplicabilidad en que se proyecta la sanción de ineficacia

El término ineficacia se emplea en la doctrina y en la jurisprudencia en una doble acepción. En un sentido amplio se acoge bajo tal nombre una gama variada de conceptos heterogéneos o afines —como invalidez, nulidad, anulabilidad, inexistencia y otros— sin otra razón en común que la de significar en mayor o menor grado una posible o actual carencia de efectos.

Pero, en otro sentido, se emplea más precisamente el término de ineficacia —y entonces se habla de «ineficacia en sentido estricto» (56)— para designar un cierto modo de ser de la relación jurídica creada ó afectada

(53) Lo que, naturalmente, no excluye la significación preventiva que le confiere al precepto el hecho de su vigencia. Pero tal significación hay que situarla fuera de la explicación técnica del precepto, en su motivación política, en su «valor moralizador» y, en último término si se reconoce una fuerza efectiva a ese designio legislativo, en el ámbito de los «efectos reflejos» de la norma.

(54) NAVARRO AMANDI, M., *Cuestionario del Código civil reformado*, I, Madrid 1889, pág. 102.

(55) Porque estima que es «difícil, por no decir imposible, saber dentro de nuestro Código civil dónde empieza y dónde termina cada uno de dichos conceptos [inexistencia, nulidad, anulabilidad]» (Resultando séptimo).

(56) Trato aquí de precisar este concepto en un sentido distinto del generalmente aceptado por la doctrina italiana.

por un acto o negocio, sin prejuzgar —y por ello la calificación de ineficacia se refiere específicamente a la relación— la condición (de validez o de nulidad) de ese acto o negocio. En este sentido estricto, como calificación específicamente referible a la relación negocial, la noción de ineficacia, se caracteriza, como contraria a la de eficacia, por dos notas: tipicidad y temporalidad. La ineficacia en sentido estricto comporta: a), privación de los efectos típicos, propios de la relación a que se ordena el acto con función creadora, modificativa o extintiva; b), privación temporal de las manifestaciones concretas de eficacia —típica— que normalmente despliega la relación en un momento determinado. En este sentido, los conceptos de eficacia e ineficacia son compatibles *indistintamente* con los de validez y nulidad del acto de que deriva o depende la relación jurídica. Con particular referencia a nuestro Derecho, puede servir este esquema para explicar y tratar correctamente las situaciones jurídicas de apariencia matrimonial y las de colisión de intereses en supuestos de doble matrimonio.

En las situaciones de apariencia jurídica a que apunta el artículo 69, se nos ofrece una relación, dotada de efectos típicos aunque nacida de un acto nulo. Es claro que este fenómeno jurídico se mantiene sólo mientras la nulidad del acto permanece encubierta, o lo que es lo mismo, mientras el acto goza de validez aparente. El artículo 69, en tanto la relación sea en un cierto grado inimputable, viene a consagrar —consolidándolo— el fenómeno jurídico de eficacia. En cuanto la apariencia jurídica desaparece por la declaración de nulidad, la situación se somete al régimen del esquema clásico *quod nullum est nullum effectum producit*. La construcción del matrimonio putativo como matrimonio «válido *ad tempus*» explica la mecánica de este fenómeno jurídico sin tener en cuenta su fundamento normativo (la fuerza creadora de la apariencia inimputable), con el doble riesgo de confundir, por una parte, los criterios normativos de valoración de los *actos jurídicos* con las consecuencias que determinados actos introducen en la realidad jurídica como simples *hechos jurídicos*, y de oscurecer, por otra parte, las diferencias axiológicas a que responden en un plano normativo los términos «validez» y «nulidad» —referidos a la estructura de los actos— frente a los de «eficacia» e «ineficacia» —referidos a la función de los actos en el ámbito de la relación— (57). Por lo demás, la teoría del matrimonio válido *ad tempus* sólo se propone explicar la situación de matrimonio putativo. La problemática de nuestro Derecho matrimonial es bastante más amplia. Aquí, trataré tan sólo, para no rebasar los límites del comentario, de los dos problemas que afronta el cuarto Considerando de la sentencia: la naturaleza de la sanción del artículo 51 y, conexa con ella, la cuestión de la inexistencia.

La situación jurídica contemplado por el artículo 51 es inversa a la del matrimonio aparente protegido por el artículo 69. Aquí se tiene un acto matrimonial nulo del que, por intervención de la apariencia, se origina una relación jurídica eficaz. En el artículo 51, tal como quedó antes precisado su ámbito de aplicación, se tiene un acto válido del que surge una relación jurídica inicialmente ineficaz. En este sentido, con la autoridad de CASTÁN, parece hoy afianzarse una corriente doctrinal iniciada hace veinte años. Dice CASTÁN en la última edición de su obra: «Es aplicable, además, al matrimonio canónico lo dispuesto en el artículo 51 del Código civil, conforme al cual el matrimonio canónico contraído por personas, una de las cuales o ambas, estuvieron casadas civilmente con personas distintas, no producirá efectos civiles. Es verdad que tal matrimonio *no podrá ser declarado nulo* ni por la jurisdicción eclesiástica (ya que *canónicamente dicho matrimonio es válido*) ni por la jurisdicción civil (a la que no com-

(57) Hay en esta formulación, aparte de la correspondencia terminológica, una cierta afinidad conceptual con la distinción expuesta por DE CASTRO en sus explicaciones de Cátedra entre ineficacia *estructural* e ineficacia *funcional*.

pete la declaración de nulidad de los matrimonios canónicos: art. 80), pero podrá ser declarado civilmente ineficaz por la jurisdicción del Estado» (58).

No se comprende que un acto válido —de cuya validez real no se pueda dudar fundadamente— nazca radical e irremisiblemente condenado a una total ineficacia. Hasta en las situaciones excepcionales en que la validez del acto nace con fuerza limitada por un plazo de caducidad, como ocurre en algunos testamentos (arts. 689, 703, 719, 730, C. c.) existe, cuando menos, una eficacia virtual.

La sanción del artículo 51 tiene el carácter temporal propio de la ineficacia en sentido estricto. El segundo matrimonio, válido *civilmente* por fuerza del artículo 75 C. c., contiene una virtual eficacia, presta a manifestarse —a actualizarse— en cuanto el vínculo previo —cuya eficacia plena y actual se trata de proteger— desaparezca.

No es radical la ineficacia del artículo 51. El juego de los artículos 75 y 76 —completando el régimen aplicable al segundo matrimonio— define los trazos de esa ineficacia: propia de la relación (59), típica (60), limitada en el tiempo (61), relativa (62).

58) CASTÁN, *Derecho civil*, V, I, 8.^a ed., ct. pág. 677 (subrayado por mí). Anteriormente: FUENMAYOR, ROMERO VIEITEZ, ROYO MARTÍNEZ, etc. (lugares citados en nota 48).

(59) Se deben distinguir los efectos propios de la relación (a los que se contrae la noción de eficacia en sentido estricto) de los efectos que se siguen de la conclusión del acto jurídico. Efecto inmediato o primario del acto jurídico es la constitución del vínculo o relación matrimonial, cuya sola existencia es la realidad jurídica radical del matrimonio. A la mera existencia jurídica del vínculo se anuda una serie de efectos *ex lege*, extrínsecos a la relación, tendentes por lo general a proteger o reforzar su natural estabilidad o a asentar sobre bases firmes su normal desarrollo: nacimiento del impedimento de vínculo y del impedimento de afinidad; modificación del estado civil de los contrayentes, que por la constitución del vínculo adquieren la condición jurídica de cónyuges; emancipación por matrimonio; adquisición de la nacionalidad del marido por la mujer; etc.

(60) La sanción de ineficacia del artículo 51 implica privación de los efectos inherentes a la relación de manera típica. Considero efectos típicos aquéllos a que se ordena el matrimonio en razón de su fin y naturaleza. Por vía de ejemplo se pueden indicar como efectos no típicos (por tanto, no excluidos necesariamente por la sanción de ineficacia del art. 51) los siguientes: a) ciertos efectos penales conexos en una necesaria referibilidad a determinados aspectos del *acto jurídico* (como el delito de bigamia, referido a la existencia del vínculo; el delito de parricidio, referido a la cualidad de cónyuge) o de la *relación jurídica* (delito de abandono de familia, referido al deber de convivencia; delito de adulterio, referido al deber de fidelidad); b) ciertos efectos de carácter civil, asociados al *acto jurídico* (emancipación por matrimonio, adquisición de la nacionalidad del marido por la mujer, etcétera.), o a la *relación jurídica* (posibilidad de legitimación presunta de hijos concebidos antes de la celebración del matrimonio conforme al artículo 110, 1.º, C. c., siempre que el cónyuge bínubo no sea la mujer; prohibición a la viuda o a la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo de contraer nuevo matrimonio durante los trescientos días siguientes a la disolución o a la declaración de nulidad, o antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta).

(61) La ineficacia que se viene definiendo es *temporal*. El artículo 51 impide la eficacia actual del matrimonio canónico. No impide la idoneidad del matrimonio canónico (válido) para producir ulteriormente sus efectos típicos una vez removido el obstáculo que supone la existencia del matrimonio civil anterior.

(62) La aplicación del artículo 51 al matrimonio canónico de la persona casada civilmente le priva *temporalmente* de aquellos efectos *civiles*,

Cabe, sin duda, que la ineficacia, estrictamente referida a la relación matrimonial, se extreme gradualmente hasta radicalizarse por completo.

Esto ocurre unas veces cuando a la inicial ineficacia de la relación se añade sin solución de continuidad la ineficacia futura que comporta la declaración de nulidad del acto. Otras veces, por el simple juego del artículo 69, cuando no se deriva del vínculo matrimonial una relación de filiación, y se prueba, por otra parte, la mala fe bilateral de los cónyuges en la celebración del matrimonio. En ambos casos se llega a un *resultado* de inexistencia jurídica: en el primero, porque el régimen del artículo 69 no tiene campo para desplegar su cometido —al no existir una apariencia jurídica que proteger—; y en el segundo, porque el artículo 69 opera con tendencia destructiva, en base a un resultado de plena imputabilidad —porque entonces la apariencia jurídica creada no es protegible—.

La noción de inexistencia se revela así como simple desenlace de un fenómeno jurídico resuelto por un juego de normas de Derecho matrimonial. Se trata de una noción funcional —no apriorística—, a la que se llega por la conjunción de la inicial ineficacia de la relación con la ineficacia ulterior que, sobre la misma situación jurídica, acarrea la declaración de nulidad del matrimonio. Este mismo carácter funcional se puede reconocer en la inexistencia que resulta de la destrucción de la apariencia jurídica, aunque la mecánica por la que se produce el resultado es distinta (retroactividad de la declaración de nulidad).

Si el concepto de ineficacia en sentido estricto se refiere propiamente a la *relación* jurídica, el concepto de inexistencia, como derivación extensiva de aquél, se deberá referir a una *situación* jurídica más amplia, donde la relación aparece vinculada con el acto que la genera. En este sentido, la inexistencia no es otra cosa que el máximo grado de extensión del concepto de ineficacia en sentido estricto.

Es de notar cómo esta noción funcional de inexistencia se mantiene dentro del marco del Derecho matrimonial sin contaminación con el régimen de ineficacia del artículo 4.º del C. c.

La inmisión del artículo 4.º en el campo de aplicación del 51 —contando incluso con que el ámbito de éste fuera el que indica su tenor literal— afianza con tendencia generalizadora una doctrina jurisprudencial —a mi juicio, confusa— en materia matrimonial (63).

Con referencia al caso que nos ocupa, no parece que la cuestión del significado y alcance del artículo 51 se pueda resolver, fuera de la perspectiva sistemática del precepto, con una norma, como la del artículo 4.º, tan necesitada en sí de precisiones y tan dependiente en su generalidad de los buenos oficios de la prudencia (64).

úpicos, propios de la relación, que son incompatibles con la plena eficacia del primer vínculo. Esto último es lo que se quiere decir al calificar de *relativa* la ineficacia que prevé el artículo 51. Así, por ejemplo, en cuanto no implica incompatibilidad con la eficacia de la primera unión, parece que deberá reconocerse la eficacia (irrevocabilidad) de la donación por razón de matrimonio hecha por un tercero a los contrayentes de la unión canónica. Por el mismo principio, debe admitirse el llamamiento —como descendientes legítimos— de los hijos nacidos de la unión canónica a la sucesión intestada o legítima del progenitor no bñnubo; etc.

(63) Cfr. sentencias de 21-X-1959, 12-XI-1959, 16-II-1961. Con referencia a la hipótesis de infracción del artículo 42 C. c., se invocan para fundamentar *la* invalidez, los artículos 4.º y 101, núm. 4, del C. c. La invocación conjunta de estos dos preceptos, al menos con referencia a esa hipótesis, parece contradictoria, por cuanto plantea, sin solución posible, una cuestión de grado de ineficacia del matrimonio declarado nulo en los términos que expongo en *Estudios*, cit., págs. 227-229.

(64) Ejemplo muy significativo de esa necesidad son las varias distinciones y precisiones que se han ido introduciendo por la jurisprudencia y por la

En todo caso, como se advierte en la doctrina (65), el artículo 4.º tiene un límite de aplicación en las situaciones de ineficacia reguladas, con alcance definido, por preceptos especiales (66). El propio Tribunal Supremo se ha hecho eco alguna vez de esta actitud al advertir que el artículo 4.º no puede prevalecer contra lo dispuesto en preceptos especiales (67).

El artículo 4.º se refiere expresamente a los *actos*, no a las *relaciones jurídicas*. El artículo 51, en cambio, refiere la privación de efectos civiles a la relación, sin afectar al acto, precisamente para no prejuzgar su validez o nulidad (68).

Adviértase que en una de las situaciones del artículo 51 —«bigamia legal»— el acto es válido, no sólo, como quedó apuntado, canónicamente sino también civilmente. De otro lado, en las restantes situaciones —en que según la letra del precepto quedaría privado el matrimonio de efectos civiles— viene tipificada la nulidad, con referencia al acto, por otras normas.

El mismo artículo 69 presupone esta tipificación de la nulidad del acto en otros lugares del Código al ocuparse únicamente «de los efectos de la nulidad».

La distinción entre nulidad e ineficacia preside la elaboración de la figura de inexistencia en nuestra doctrina desde 1941, hasta hoy (69). Cuando la Orden de 1941 eliminó para el futuro la posibilidad de «bigamia legal», los artículos 51 y 69 quedaron enfrentados con pretensión de aplicación excluyente en las tres restantes hipótesis posibles de doble matrimonio. Y entonces, en un giro de la interpretación forzado por el cambio de sistema que opera la Orden de 1941, y por contraposición al acto nulo productor en su apariencia jurídica de efectos civiles, se calificó de inexistente el matrimonio nulo por causa de ligamen para significar —operando con exclusividad el artículo 51— que tal matrimonio quedaba despojado de eficacia civil. Con la noción de inexistencia, forjada por yuxtaposición de la declaración de nulidad de un acto jurídico con la inicial ineficacia de la relación correspondiente, se trataba de designar tan sólo un grado máximo de ineficacia, no una noción sustancialmente diversa de la noción de nulidad. Entre nulidad e inexistencia no hay diferencia esencial. Desde el punto de vista de la estructura del *acto*, tan inválido es el matrimonio nulo como el inexistente (70). La distinción sólo se puede mantener, con referen-

doctrina en la interpretación del artículo 4.º. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, I, 3.ª ed., págs. 597-601.

(65) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, I, 3.ª ed., pág. 599.

(66) La aplicación del artículo 4.º huelga, por su generalidad, cuando existe una sanción específica. Porque: a) si la sanción del artículo 4.º coincide con la del precepto específico, su alegación es redundante; b) si la sanción del precepto específico es de distinta naturaleza (ilicitud), o de la misma naturaleza pero de menor extensión (como la del art. 6º), o, por último, de distinta naturaleza y extensión (como la del art. 51), entonces la invocación del artículo 4.º es improcedente —*contra legem*—, dada la voluntad explícita del legislador de reaccionar contra el acto jurídico con una norma especial dotada de una sanción de inferior alcance y menor gravedad que la establecida en el artículo 4.º

(67) Sentencia de 13-VI-1947.

(68) Por cuanto el conocimiento de la validez o nulidad no corresponde —tratándose de matrimonio canónico— a la jurisdicción del Estado. En este sentido se orienta precisamente la motivación de la sentencia de 16-XII-1960.

(69) Cfr. indicaciones bibliográficas de la nota 48.

(70) Desde este punto de vista hace notar ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, Madrid 1956, pág. 98, que la declaración de nulidad «produce la desaparición del matrimonio que aparentemente existía, de tal forma que en adelante no puede considerarse como tal, y en

cia a determinadas situaciones jurídicas, en tanto significativa de una diferencia de grado en la extensión del concepto de ineficacia.

Esto se debe tener en cuenta, especialmente, cuando se trata de engranar la norma del artículo 4 en el régimen matrimonial.

Los artículos 4 y 69 pueden conducir en teoría a un mismo resultado de ineficacia total (típica). Pero no siempre se dará en la práctica esa eventual coincidencia.

La jurisprudencia más reciente sobre nulidad de matrimonio civil por confesión católica de alguno de los contrayentes, ha encuadrado certeramente esta causa de nulidad —no tipificada no manera expresa— en el marco del artículo 101, núm. 4.º, aunque, acaso por entender que este cauce era poco seguro, ha tratado de reforzar la fundamentación legal con la invocación del artículo 4 (71). Así se ha introducido una confusión cogmática que sería menos lamentable si no acarreará una serie de dificultades en la práctica. Porque la nulidad del artículo 101 no sólo consiente, sino que sirve de presupuesto al régimen de eficacia típica temporal del artículo 69, mientras que la nulidad del artículo 4 es radical (72) e *ipso iure*, y la ineficacia que de ella se sigue, total.

La presencia del artículo 4 en la perspectiva del 51 siembra una confusión crítica de grandes proporciones por cuanto afecta en toda su extensión a este precepto para propagarse luego desde su contexto sistemático a todas las normas con él relacionadas, entre ellas la norma clave y fundamental del régimen de ineficacia del matrimonio en todos sus frentes de aplicación: el artículo 69

VI. CONCLUSIÓN

La falta de una previa delimitación del campo en que operan los artículos 51 y 69, y la confusión de sus respectivos presupuestos de aplicación, ha desplazado el caso en litigio desde su propio ámbito legal —el ámbito del artículo 69— a la esfera de actuación del artículo 51. Por aquí se ha llegado a una declaración de ineficacia civil —radicalizada luego con una aplicación no fundada del artículo 4—. De haberse deslindado previamente el campo de acción de cada precepto, se hubiera podido mantener el hecho enjuiciado en la perspectiva crítica del artículo 69. Con ello, dado que no se había pronunciado por la jurisdicción competente en el momento de la interposición del recurso la declaración de nulidad del segundo matrimonio, la inaplicación del artículo 69 habría obligado, por fuerza de la apariencia jurídica, a respetar la eficacia actual del matrimonio en cuestión, dejando abierta la posibilidad de un futura sanción de ineficacia en base a ulterior declaración eclesíástica de nulidad.

Al terminar estas notas queda pendiente una cuestión que no parece correcto abordar en este comentario.

cuanto al pasado hay que estimarlo como si no hubiese existido». Y más adelante: «no se trata propiamente de la extinción de un vínculo existente, sino de la constatación de la inexistencia de un vínculo». El autor deja a salvo la posible aplicación de la doctrina del matrimonio putativo.

(71) Planteando con ello un nuevo problema (cfr. nota 63).

(72) Sentencias de 19-X-1944, 4-I-1947, 8 IV-1958. Por otra parte, en relación con esta doctrina, téngase en cuenta que los Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia de los actos radicalmente nulos conforme a lo establecido en el artículo 4.º ((sentencias de 27-V-1949, 29-X-1949). Para la declaración de nulidad del matrimonio se requiere en todo caso instancia de parte (art. 102 C. c.), y en ciertos casos que la acción se ejercite por persona determinada (art. 101, núms. 2.º, 3.º, en relación con 102, párr. 2.º).

El objeto de la litis que resuelve la sentencia se refiere a una situación de doble matrimonio canónico. Después del fallo del Tribunal Supremo, queda abierta la vía de la jurisdicción eclesiástica para una posible declaración de nulidad del segundo matrimonio por impedimento del vínculo. En tal caso, los artículos 75, 80, 82 y 69 del C. c., podrían servir de cauce a una posible ejecución de la sentencia eclesiástica en el orden jurídico del Estado. Esta es la duda: la sentencia de 29 de mayo de 1962 ¿es, a efectos civiles, la última palabra para la situación enjuiciada?

II. SENTENCIAS

A cargo de Alberto BERCOVITZ, Justino F. DUQUE, Gabriel GARCIA CANTERO, Antonio IPIÑENS, Rafael IZQUIERDO, José M.ª PEÑA, José PERÉ RALUY, José PEREZ VEGA, Ricardo RUIZ SERRAMALERA y Urbano VALERO con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general

1. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: FUENTE SUBSIDIARIA: *Los principios generales de derecho, como fuente subsidiaria que son, después de la Ley y la Costumbre, únicamente cabe alegarlos expresando su estricta necesidad ante la deficiencia del ordenamiento jurídico escrito y consuetudinario.*

COSA JUZGADA: REVISIÓN: *Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo es eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión.*

RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito, en casación, cuestiones nuevas. [S. 7 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: Esta sentencia se dictó en recurso interpuesto en juicio declarativo de mayor cuantía por el que se pretendió: una declaración de nulidad de una sentencia de desahucio, por falta de pago, de un local de negocio, de cuyo arrendatario decían ser acreedores los actores del declarativo, y la del derecho de uno de éstos a subastar los derechos arrendaticios del deudor. Las dos sentencias de instancia desestimaron la demanda con base en el argumento relativo a la cosa juzgada, aceptado por el Tribunal Supremo, e indicando que los peticionarios de la nulidad del desahucio no fueron partes en el mismo, sino sólo acreedores del arrendatario. (J. P. R.)

2. COSTUMBRE «PRAETER LEGEM» PERÍODO DE LA MONTANERA: *En defecto de ley, y de pacto expreso, la duración de la montanera en las dehesas boyales en la comarca de Alcántara, cuando el suelo está dividido del vuelo, se determina por la costumbre del lugar —de! pueblo o de la tierra—, que no es otra que la general de la comarca, y que se extiende desde el 8 de septiembre hasta el 8 de enero.*

PRUEBA: CONOCIMIENTO DIRECTO POR EL TRIBUNAL: *La prueba de la costumbre se hizo por observación directa de los hechos por parte de la Sala, corroborada por la prueba documental aportada. [S. 24 de febrero de 1962; no ha lugar.]*

Se considera por la doctrina que para que la alegación de la costumbre tenga éxito ante los Tribunales, se requiere: 1.º) Alegar, junto a la existencia de la costumbre, la falta de ley aplicable al caso; 2.º) Acreditar debidamente la existencia de la costumbre mediante la prueba la discusión correspondiente, y 3.º) Tener los requisitos necesarios para constituir Derecho (DE CASTRO, *Derecho Civil de España*² I, p. 402 s.). La sentencia anotada reitera la doctrina tradicional acerca de la necesidad de probar la existencia y alcance de la costumbre, así como las facultades soberanas del Tribunal para valorar la prueba; pero junto a estas declaraciones admite la prueba por conocimiento directo del Tribunal. Parece tratarse de una aplicación del principio «iura novit curia», que no desvirtúa la doctrina tradicional. (G. G. C.)

3. ABUSO DEL DERECHO: *La institución del abuso del derecho trata de remediar el agravio a intereses patrimoniales que no gocen de protección jurídica.* [S. 28 de enero de 1963; no ha lugar.]

4. TÍTULOS NOBILIARIOS: PREFERENCIA PARA EL TÍTULO AL FALTAR LA LÍNEA DESCENDENTE: *Si bien para sucesión de los descendientes procede que se entiendan llamados los hijos, y los hijos de éstos que sucederán por derecho de representación, con exclusión de los demás parientes, aunque sean más próximos en grado, cuando se extingue la línea descendente la dignidad ha de corresponder «al más próximo pariente» con carácter general y exclusivo, estimando que la proximidad en el grado, sean agnados o cognados, y no la línea es la que debe presidir la provisión. Todo ello de acuerdo con los arts. 1 y 5 del Decreto de 4 de julio de 1948.*

CARGA DE LA PRUEBA: *El art. 1.214 del C. c. no puede servir de base según constante jurisprudencia, debido a que se limite a regular el problema del «onus probandi» y no el de valoración de las pruebas. Pero ello no es obstáculo para que su aplicación indebida pueda alegarse cuando la Sala sentenciadora ha fundado su fallo en el principio de la carga de la prueba.* [S. 16 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

5. REGISTRO CIVIL: RECTIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO: *Al no poderse ordenar la rectificación procedente, por no ser congruente con lo pretendido por la demandante, es correcto remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal para conseguir la íntegra rectificación.* [S. 14 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

La actora y recurrente pretendía que desapareciera la consignación de su maternidad de una inscripción de nacimiento en la que ella aparece como madre y casada con el que figura como padre y declarante. En realidad ella estaba casada con otro. En sentencia de Instancia se da por probado que ella es la madre.

El Tribunal Supremo funda su doctrina por tratarse de «problemas que sobrepasan el interés privado, por referirse directamente a la familia y al estado civil de las personas, cuya protección compete al Estado, y cuya seguridad y certidumbre es probada por las Actas del Registro Civil».

6. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *El principio según el cual «nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro», está reconocido por una copiosa jurisprudencia, y en nuestro ordenamiento tiene la significación de un principio general de derecho aplicable como fuente de derecho subsidiario.*

DESPLAZAMIENTO PATRIMONIAL DIRECTO: *Existe un enriquecimiento directo, y no indirecto, y está bien aplicada la doctrina del enriquecimiento sin causa, cuando el demandado, utilizando como pretexto la constitución de una empresa, consiguió obtener una cantidad de dinero a través de un intermediario, y que luego fue ingresada en su patrimonio particular, empobreciéndose en la misma suma el patrimonio del actor.*

DOCTRINA LEGAL: SENTENCIA NO PUBLICADA: *No puede saberse si la doctrina que establece una sentencia fue violada si no aparece publicada oficialmente.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La doble invocación, no subsidiaria, de una doctrina legal, como violada y como indebidamente aplicada, se opone a la claridad y precisión con que se debe formalizar el recurso. [S. 22 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

7. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *La calificación jurídica que debe darse a un contrato puede someterse a censura en casación impugnando previamente por el cauce procesal adecuado los hechos que el juzgador sienta como soporte de su criterio. [S. 25 de enero de 1963; no ha lugar.]*

8. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: *La interpretación de los negocios jurídicos es facultad privativa del Tribunal de instancia, cuyo criterio debe mantenerse en casación, salvo exégesis desorbitadas o arbitrarias que pugne con la lógica y el sentido de los textos sometidos a la interpretación.*

CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: *Se requiere una mutación imprevisible e inesperada de las circunstancias de hecho tenidas en cuenta por las partes, para poder aplicar la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus».*

ACTOS PROPIOS: *Para que los actos propios vinculen a su agente es necesario que envuelvan verdaderas declaraciones de voluntad en orden a crear, modificar o extinguir relaciones de derecho.*

RECURSO DE CASACIÓN: NORMAS ADMINISTRATIVAS: *Las normas de carácter administrativo son inidóneas, en general, para basar en ellas un recurso de casación por infracción de ley.*

COSTAS PROCESALES: *En materia de costas procesales, a falta de preceptos específicos, rige el principio del art. 1.902 del C. c.; pero esta norma, utilizada con frecuencia por los Tribunales ante la laguna procesal, es facultativa y entra, por tanto, en sus facultades discrecionales sobre la apreciación de las conductas de las partes en el desarrollo de la litis —dolo, temeridad y negligencia—. [S. 12 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

9. PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Del hecho de que unos documentos presentados aparezcan los dos apellidos del padre, y de otros sólo el primero, no puede deducirse que se refieran al hijo, por lo que dicha presunción carece de los requisitos exigidos por el artículo 1.253 del C. c. al faltar el enlace preciso y directo con arreglo a las normas lógicas del criterio humano.* [S. 14 de febrero de 1962; ha lugar.]

10. COSA JUZGADA: *Para determinar si existe, debe confrontarse lo resuelto por la sentencia que se invoca con lo pedido en el posterior juicio, a fin de determinar si por aquella fué decidida la cuestión debatida en éste, de tal manera que un nuevo pronunciamiento sería incompatible con el anterior.*

No es obstáculo para su procedencia la alusión a disposiciones de carácter administrativo posteriores a la primera sentencia, ya que en modo alguno pueden alterar el «status quo» por ella establecido al resolver una cuestión de carácter meramente civil. [S. 19 de diciembre de 1961; no ha lugar.]

11. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS POR EL TRANSCURSO DE TIEMPO: *La sentencia que resuelve, únicamente, que no ha llegado aún la fecha de cumplimiento de una obligación a plazo y remite la exigibilidad de la pretensión al «dies ad quem», no produce la excepción de cosa juzgada en otro proceso iniciado tras el transcurso de tiempo necesario.* [S. 16 de febrero de 1963; no ha lugar.]

12. PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN: *Para estimar que se ha interrumpido el plazo de prescripción de una acción determinada, es indispensable que se haya ejercitado la misma acción, no otra que con ella tenga mayor o menor analogía.* [S. 6 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

NOTA: Se trataba de si una acción de nulidad de una partición, puede estimarse que interrumpe la prescripción de la acción de rescisión por causa de lesión en las operaciones particionales. El T. S. sienta la doctrina reseñada. (J. M. P.)

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: NULIDAD DEL TÍTULO: INSCRIPCIÓN: *Aunque conforme a reiterada jurisprudencia, ejercitándose la acción reivindicatoria es necesario pedir y obtener la nulidad del título que ostenta el poseedor demandado, en el presente caso en que el Ayuntamiento demandado inscribió su dominio en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 206 L. H. (certificación de dominio), no era precisa dicha solicitud con independencia de la de inscripción, que fué pedida y obtenida, ya que, según se desprende de ésta el único título para la inmatriculación que alegó dicho Ayuntamiento fue la posesión inmemorial que al ser contradicha en la sentencia por estimar el mismo título en los actores, lleva implícito la nulidad del correspondiente al*

Ayuntamiento, ya que la posesión no puede ostentarse simultáneamente por ambas partes.

COMUNIDAD DE VECINOS: *Accionándose a favor de una comunidad de vecinos para que se declare el dominio de un monte a favor de la misma, está correctamente designado el titular que reivindica y no es necesaria la cita expresa y formal de cada uno de aquellos, puesto que su derecho dimana de tal carácter, siendo por tanto suficiente la referencia al mismo.* [S. 22 de enero de 1963; no ha lugar.]

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: DOBLE INMATRICULACIÓN: TERCERO HIPOTECARIO: *Al estar la finca reivindicada comprendida dentro de la del demandante y ambas inscritas, existe una doble inmatriculación que debe resolverse conforme a los títulos civiles y, por tanto, en el presente caso, a favor de dicho demandante, con título de dominio e inscripción registral más antigua, máxime si se tiene en cuenta que la resolución del derecho del demandado, adquirente a título oneroso y con buena fe, se deriva de causas que constan en el Registro mismo, cual es la inscripción a favor del demandante.* [S. 17 de enero de 1963; no ha lugar.]

3. COPROPIEDAD: APROVECHAMIENTO DE PASTOS Y LEÑAS: *Son figuras distintas la copropiedad y el simple aprovechamiento de pastos y leñas en comunidad, que incluso puede responder al contenido de una serdídumbre personal.* [S. 26 de octubre de 1962; no ha lugar.]

4. PROPIEDAD HORIZONTAL: NO NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN SEPARADA DE LOS PISOS: *Para que los diferentes pisos o partes de piso, susceptibles de aprovechamiento independiente, sean objeto de propiedad separada —tantas propiedades como pisos o partes de éstos— no es necesario que estén inscritos en folios independientes, pudiendo estarlo bajo una sola inscripción; no sólo porque la inscripción de ese modo constituye una circunstancia objetiva de índole estrictamente personal, sino porque así está autorizado por el artículo 8, 4.º L. H. tal como quedó redactado por la Ley de 21 de julio de 1960.*

PROPIEDAD HORIZONTAL SOBRE VARIOS PISOS: NECESIDAD DE PACTO EXPRESO PARA CONSTITUIR UNA SOLA COMUNIDAD SOBRE EL CONJUNTO DE ELLOS: *Si el causante tenía varias propiedades sobre diversos pisos o partes de estos susceptibles de aprovechamiento independiente y los herederos quieren constituir una sola comunidad sobre el conjunto es preciso que lo pacten así de una manera clara, pues en otro caso, al adjudicárselos proindiviso surgen tantas comunidades como pisos.* [S. 21 de febrero de 1963.]

NOTA: Es interesante la doctrina de esta sentencia respecto a la no necesidad de inscripción separada de los diferentes pisos para la constitución del régimen de Propiedad Horizontal.

A nuestro juicio la doctrina es correcta. Desde un punto de vista registral la constitución en régimen de P. H. no impone la apertura más que de un solo folio en el que se descubren todos los pisos, además del inmueble en su conjunto, y en el que se puede reflejar toda la vida del inmueble y de los pisos.

El sistema es, desde luego, oscuro. Pero ha existido siempre en nuestro Derecho y la Ley de 21 de julio de 1960 lo ha consagrado en el art. 8.º, 4.º Ley Hipotecaria. Por otra parte, el sistema no es cerrado, pues el núm. 5.º del art. 8 L. H. permite la apertura de folios independientes para cada piso. (J. M. P.)

5. EQUIDAD: APRECIACIÓN DE LA SEMEJANZA ENTRE SIGNOS DISTINTIVOS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: *«La propia desestimación de las pretensiones de la parte actora, por no darse la razón de identidad o semejanza entre los signos distintivos que se discuten, haría, en todo caso, por imperativos de equidad, desestimable la pretensión reconvenzional, puesto que si se entiende que las denominaciones adoptadas por la demandada no pueden perjudicar al actor, en razón a ofrecer la necesaria y precisa distinción, no cabe adoptar criterio diferente en cuanto al rótulo inscrito a favor del actor, cuya nulidad interesa la propia demandada, que aparece absuelta respecto al uso de aquellas denominaciones.»*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: PRIORIDAD DE USO: *«No tiene el carácter de «parte interesada», exigido por el artículo 218 del Estatuto de la Propiedad Industrial, quien carece de la precisa legitimación registral, pues si bien es cierto que en el Estatuto se menciona la prioridad de uso como posible generadora de derechos amparados por los preceptos del mismo, no lo es menos, que el último párrafo del artículo 14 previene que, para lograr dicho amparo, precisa la obtención del correspondiente certificado de inscripción registral.»*

NOMBRES COMERCIALES: SEMEJANZA: CUESTIÓN DE HECHO: *«Son cuestiones de hecho el parecido o semejanza entre nombres comerciales o la distinción de las denominaciones de capricho o fantasía respecto de otro nombre comercial o marca anteriormente registrados (supuestos contemplados en los apartados a) y c) del artículo 201 del Estatuto de la Propiedad Industrial). En cuanto tales cuestiones de hecho, son de la libre apreciación del Tribunal de instancia, a no ser que ésta se impugne por la vía única que ofrece el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»*

NOMBRE COMERCIAL: NULIDAD: ARTÍCULO 198 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: *«La sanción de nulidad del Registro del nombre comercial por incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 198 del Estatuto de la Propiedad Industrial sólo podría, en su caso, impetrarse al amparo del precepto legal amplísimo que se contiene en el artículo 4.º del Código civil.»*

RÓTULO DE ESTABLECIMIENTO: NULIDAD: ARTÍCULO 210 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: *«Para que la infracción de lo dispuesto en el artículo 210 del Estatuto de la Propiedad Industrial fuera, por sí causa de nulidad de la inscripción del rótulo de establecimiento, habría que poner el precepto en relación analógica con el número 2.º del artículo 216, aplicable, según su último párrafo, al registro de los rótulos, y entender que el artículo 210 se refiere al comerciante individual, y el número 2.º del 216 a las Sociedades, pero, en tal caso, entra en juego la disposición del artículo 218, que claramente establece que esa segunda causa de nulidad, aplicable por igual al nom-*

bre comercial y a los rótulos de los establecimientos, ha de ser declarada, incluso de oficio, por el propio Registro de la Propiedad Industrial.»

MARCAS: COMPETENCIA PARA DECLARAR SU NULIDAD: ARTÍCULO 163 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: *«El artículo 163 del Estatuto de la Propiedad Industrial, al referirse en su número 3.º a la anulación de las marcas por sentencia firme de los Tribunales, no establece ninguna regla especial de competencia a favor de los mismos, por lo que hay que acudir a los preceptos de carácter general de los arts. 13 y 268 del Estatuto, como entiende la Sala sentenciadora, al considerar limitada su competencia a las acciones propiamente civiles o cuestiones sobre propiedad y dominio, en relación con las distintas modalidades de la Propiedad industrial.»* [S. 16 de febrero de 1963; no ha lugar.]

HECHOS: El actor, titular de la marca «Palma», había solicitado la nulidad de las inscripciones de los nombres comerciales «Calzados y Curtidos-La Palma-M. Cholvi y Cia., Sociedad Regular Colectiva» y «Calzados y Curtidos Cholvi-Palma», así como de la marca «Cholvi-Palma». La demandada, titular de los signos distintivos impugnados, formuló reconvencción, suplicando se declarara la nulidad de la inscripción del rótulo de establecimiento «Calzados La Palma», inscrito a favor del actor.

6. REGISTRO DE LA PROPIEDAD: RECONSTITUCIÓN: PLAZO: *Habiendo expirado el plazo que de conformidad con el art. 2.º de la Ley de 5 de julio de 1938 señaló para la reconstitución de determinado Registro, al igual que su prórroga, no debió verificarse la reinscripción al amparo de dos escrituras de constitución y cancelación de hipoteca, por lo que recobró su plena vigencia el art. 228 L. H. de 1909, que exigía para la primera inscripción un documento de «traslación de propiedad» y la inscripción realizada ningún efecto puede producir, infringiendo la sentencia que se lo atribuye los preceptos mencionados y también el art. 38 L. H. que no podía por ello aplicarse.* [S. 2 de diciembre de 1961; ha lugar.]

7. DERECHOS DE LABOR Y PASTOS; CERTIFICACIONES CATRASTRALES: VALOR: *La certificación relativa a la inclusión de un bien o de un derecho en un Catastro, Amillaramiento o Registro Fiscal, sólo es un indicio de que el objeto o derecho inscrito, puede pertenecer a quien figura como titular, que unido a otras pruebas, incluso puede llevar al juzgador a tal convencimiento, pero no puede constituir por sí sola un justificante de tal dominio.* [S. 21 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

8. SERVIDUMERE DE PASO: POSESIÓN INMEMORIAL: *Demostrada su posesión inmemorial que data desde antes de regir el C. c., se rige por la Ley de Partidas que regula su adquisición por el transcurso de tiempo inmemorial, por lo que queda demostrada su legitimidad y vigencia al tiempo de presentarse la demanda.* [S. 15 de febrero de 1963; no ha lugar.]

9. PROCEDIMIENTO ART. 41 L. H.: FRUTOS: COSA JUZGADA: *El triunfante en dicho procedimiento, puede pedir en juicio ordinario el reintegro de los fru-*

tos percibidos por el detentador, ya que no es esencial en dicho proceso especial un pronunciamiento genérico sobre devolución de frutos, sin que el silencio del titular registral significase renuncia a los mismos, o implicase preclusión de su derecho, además de que la sentencia recaída no produce excepción de cosa juzgada, lo que permitiría en todo caso reproducir la petición.

JURA NOVIT CURIA: INCONGRUENCIA: *El respeto a los hechos no impide la actuación del juzgador en la esfera del derecho, pudiendo aplicar las normas jurídicas que estime procedentes, aunque sean distintas de las alegadas por los litigantes, e incluso rectificar errores de técnica jurídica en que aquellas hayan incurrido sin que ello suponga incongruencia.*

PRUEBA PERICIAL: *Es posible, y no supone infracción del art. 565 L. E. C., basarse en una prueba pericial practicada en distinto proceso (en este caso, el especial del art. 41) y que ha sido aportada al que resuelve la sentencia recurrida como prueba documental. [S. 19 de diciembre de 1961; no ha lugar.]*

Seguido un proceso del art. 41 L. H. con éxito para el que lo inició, se entabló después por éste demanda en juicio ordinario declarativo de mayor cuantía solicitando el reintegro de los frutos percibidos por el detentador desde la fecha del ejercicio de la acción real hasta aquella en que se le dió posesión de la finca, pronunciamiento éste que no había contenido la sentencia dictada en aquel proceso. Estimada la demanda en ambas instancias e interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a él con fundamento en la doctrina que ha quedado extractada. En el considerando 2.º, después de aludir al fundamento del procedimiento establecido es el art. 41, dice: «La consecuencia procesal lógica es que el titular registral que pretenda la efectividad de su derecho inscrito, puede lograrlo mediante el ejercicio de la acción real, en la fase procesal de ejecución, sin otra incidencia posible de contención que la fundada en causas taxativas, con la particularidad de que el opositor se convierte en demandante y que para oponerse ha de prestar caución para responder de la devolución de frutos, indemnización de daños y perjuicios y pago de costas, caución que tiene su finalidad en constituir un freno a una posible oposición infundada, amparada en que el opositor continúa poseyendo durante la sustanciación del proceso, si es que el titular no está suficientemente garantido con las medidas precautorias o de seguridad que puede solicitar, dado que la caución sólo debe cubrir todo cuanto no esté protegido por las citadas medidas precautorias, y de aquí el que se pueda renunciar a ella y el que, a pesar de extenderla a la indemnización y a las costas, no presupone que necesariamente haya de ser condenado al pago de la una y al de las otras el opositor, ni que los frutos haya de reclamarlos en este proceso, en el que sólo se persigue el dar efectividad al derecho real inscrito.»

Izquierdo

10. ALTERACIÓN Y CAMBIO DEL RANGO: POSIBILIDAD: *Por tratarse de intereses netamente privados y derechos dispositivos (derechos-poderes en beneficio exclusivo de su titular) puede lícitamente pactarse la alteración y cambio del rango hipotecario, en cuanto no se halla taxativamente prohibido en la legislación española, y al amparo del art. 1.255 y concordantes del C. c.; y así lo dan a entender los arts. 420 y 426 R. H., sin que los arts. 24 y 25 L. H. que determinan la prioridad de las inscripciones tengan una consistencia tan rígida que los coloque en el área del «ius cogens» inderogable por la voluntad de las partes; siempre, claro está, que no se lesionen los intereses de tercero.*

NORMAS ADMINISTRATIVAS Y FISCALES EN CASACIÓN: *Las normas administrativas y fiscales no pueden servir de base a un recurso de casación por infracción de Ley, según reitera la jurisprudencia. [S. 25 de enero de 1963; no ha lugar.]*

J. M. P.

III. Derecho de obligaciones

1. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *Infringe los arts. 1.101 y 1.106 C. c. la sentencia que partiendo de la simple violación o incumplimiento de unas obligaciones, condena a una indemnización de daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia, sin expresar su realidad, ni las bases para su determinación, toda vez que dicha responsabilidad no se deriva del simple incumplimiento, sino de la realidad de los daños y perjuicios que éste causa. [S. 20 de abril de 1961; ha lugar.]*

2. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: SEÑALAMIENTO DE PLAZO: INCONGRUENCIA: *Si las partes expresaron su conformidad en que el plazo de la obligación había vencido, incide en incongruencia la Sala sentenciadora que aplica el artículo 1.128 C. c.*

DAÑOS Y PERJUICIOS: *El simple incumplimiento de una obligación recíproca no da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, para lo cual hay que justificar la realidad del quebranto patrimonial causado al otro contratante, así como el nexo de causalidad; y en cuanto a las ganancias dejadas de obtener, no pueden deducirse de un supuesto meramente posible y de resultados inseguros, ni de la utilización de los efectos sobre que recaiga el contrato, que no siempre produce beneficios. [S. 25 de octubre de 1962; ha lugar.]*

Esta claro el vicio de incongruencia en que incidió la sentencia de la Audiencia, ya que el demandado no invocó el art. 1.128 ni pretendió que el Tribunal fijase un plazo de cumplimiento, sino que alegó que, por su parte, había cumplido perfectamente el contrato. Aunque, como declaró la sentencia de 13 de abril de 1950 (ADC. III-2, 604), cuando no existe una deliberada voluntad rebelde a la ejecución de lo convenido la jurisprudencia tiende a mantener el vínculo contractual evitando la resolución, parece que en este caso el Tribunal no puede hacer uso del párr. 3.º del art. 1.124 concediendo un plazo al demandado. (G. G. C.)

3. CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS» FUNDAMENTO: *Tiene su fundamento en la voluntad de las partes.*

CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: PRESUPUESTOS: *Únicamente es aplicable esta cláusula a los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo y de ejecución diferida.*

CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: CARÁCTER EXCEPCIONAL: *La mencionada cláusula debe ser acogida con gran cautela, cuidando de que, por falta de prudencia en su aplicación o por una excesiva y enorme generalización, pudiera padecer la seguridad jurídica, lo que no obsta a que pueda ser declarada en casos excepcionales, mitigando el excesivo rigor con que era aplicado el clásico principio tradicional «pacta sunt servanda».*

CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: ALCANCE: *Sólo permite la revisión del contrato, permitiendo modificar equitativamente los pactos de aquél; pero nunca la resolución o rescisión.*

REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO: LA «BASE DEL NEGOCIO»: *Fijada una renta en pago de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo (838 C. c.; hoy 839) en función del precio de los frutos y previa estimación de las rentas del caudal relicto, y alterado este precio excepcionalmente por circunstancias imprevisibles, es posible la revisión judicial de aquél contrato, pues la «base del negocio» sufrió una grave y excepcional alteración, en contra de lo que las partes podían «presuponer», quedando afectado profundamente el elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de «causa» en los contratos y en la «equivalencia de las prestaciones».*

REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO: LA «BUENA FE»: *Es justa consecuencia de la buena fe, en sentido objetivo (a la que alude el 1.258 C. c.) el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones. [S. 23 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

COMENTARIO:

A. Son hechos probados los siguientes:

1. En 1939 se celebró un contrato entre los herederos y el cónyuge viudo, al amparo del art. 838 (hoy 839) del C. c., en el que se convino asignar a la viuda una renta vitalicia de 7.200 pesetas anuales.

2. Que esta renta fue convenida en función de los frutos y previa situación de las rentas efectivas del caudal relicto.

3. Que la equivalencia de las prestaciones quedó rota con posterioridad, pues permaneciendo inalterable la renta anual convenida, el precio de los frutos y productos de los bienes hereditarios aumentó, según prueba documental, en el orden del cuatrocientos al quinientos por ciento para los frutos y del seiscientos al ochocientos por ciento las rentas, en la fecha de la interposición de la demanda.

4. Que ese extraordinario aumento «no se debió al imponderable alza normal y presumible de toda contratación», sino a las graves repercusiones que los notorios acontecimientos bélicos y postbélicos mundiales tuvieron en la economía patria, imposibles de prever por los contratantes en la fecha de la celebración del contrato.

B. El Tribunal «a quo» accedió a la revisión del contrato solicitada, por entender aplicable al caso la cláusula «rebus sic stantibus», fijando la cantidad de renta que estimó procedente y adecuada. La Audiencia confirmó esta sentencia.

El T. S., en la sentencia que comentamos, no da lugar al recurso de casación. Como fundamento, se apoya en la desaparición de la «base del negocio», y en la «buena fe», aludiendo a la «presuposición», a la «equivalencia de las prestaciones», y a que queda afectada la «causa». Pero aunque llega al mismo resultado que el Tribunal «a quo» no se basa en la «cláusula rebus sic stantibus», por entender que no procede su aplicación en este caso concreto.—Dice que el que no procediera la aplicación de la mencionada cláusula, «no quiere decir que el fallo no esté ajustado a derecho, puesto que el recurso de casación se da contra la parte dispositiva de la sentencia» y no contra los considerandos.

La razón de que no estime aplicable la cláusula «rebus sic stantibus», aunque no se dice, quizá sea el entender que aquélla se proyecta no sobre el que ha de recibir la prestación, sino sobre el que ha de realizarla o cumplirla, siempre que la excesiva onerosidad del cumplimiento haga aconsejable la revisión, o sea, que sólo es aplicable en beneficio del deudor. Tiene en cuenta el carácter excepcional de dicha cláusula que aconseja no generalizarla. Pero el resultado a que llega es el mismo que si la aplicara.

Conviene destacar cómo esta sentencia recoge como base de la posible revisión de los contratos gran parte de las construcciones doctrinales a este respecto: la de la desaparición de la «base del negocio», la «buena fe», la «presuposición», «equivalencia de las prestaciones» y «la causa».—De la sentencia se deduce que es preciso, para que sea posible la revisión (en ningún caso es posible la rescisión del contrato) los siguientes requisitos:

- 1.º Que se trate de un contrato de tracto sucesivo.
- 2.º Que se produzca posteriormente algún acontecimiento imprevisible y extraordinario, en contra de lo que las partes podían presuponer.
- 3.º Que debido a ello resulte el contrato extremadamente gravoso para alguna de las partes, rompiendo el equilibrio de las prestaciones.

J. M. P.)

4. PRECONTRATO: PROMESA DE VENTA: *El C. c. español separándose en este punto del francés y del aforismo «pactum de vendendo est venditio», regula por separado el contrato de compra-venta y la promesa de venta, ésta en el artículo 1.451 entendiéndose que en ella, aunque los elementos sean idénticos a los de aquél, cosa y precio, los contratantes no han querido otorgar una compraventa, sino sólo un contrato de promesa o promesa de contrato, sin que quepa confundir sus efectos con los de la compraventa.*

PRECONTRATO: EFECTOS: *Origina para los contratantes la obligación de desenvolver o complementar las bases del mismo, desarrollando la actividad precisa, pudiendo en caso de incumplimiento suplirla el Juez, siempre que sea fungible o sustituible y en el precontrato se hayan establecido las bases fundamentales del contrato futuro, aunque otros detalles contractuales no se hayan especificado, sin que sea preciso seguir dos pleitos, uno para desenvolver el contrato y otro para exigir su cumplimiento, pudiendo el Juez cuándo en el precontrato ya constan las líneas básicas, dictar sentencia de condena cuidando en el fallo o en trámites de ejecución del mismo de desarrollarlas.*

INDETERMINACIÓN DEL OBJETO: *Existe si al ofrecer en venta un piso no se especificaron en el precontrato los elementos comunes y la cuota de participación, lo que impide el cumplimiento del precontrato, sin que quepa sustituir la voluntad del obligado por la del Juez, ya que tendría que hacer una declaración de voluntad que no consta hubiese querido por las partes.* [S. 5 de octubre de 1961; ha lugar.]

5. **RETRACTO DE COMUNEROS: CONOCIMIENTO DEL RETRAYENTE:** *Del hecho de la existencia de gestiones encaminadas a transigir un litigio y de averirse, el ahora demandado, a vender sus partes indivisas, al que ya tenía adquirida una tercera parte por el precio en que las hubiere comprado, no se deduce que supiera el precio y todas las demás consecuencias de tal compraventa y este conocimiento completo y cabal es el que exige la Ley para que empiece a correr el cómputo.* [S. 22 de marzo de 1962; no ha lugar.]

6. **RETRACTO DE COLINDANTES: CALIFICACIÓN DE LA FINCA:** *La preponderancia que edificado sobre el terreno dedicado a cultivo, así como el carácter accesorio de las tierras que forman parte de la finca, inducen a considerar la finca como urbana.* [S. 15 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

7. **RETRACTO DE COMUNEROS: COPROPIEDAD DE MODELOS DE UTILIDAD:** *El artículo 11 del Estatuto de Propiedad Industrial establece que cuando sean varios los poseedores de un modelo de utilidad, la indivisibilidad se regirá por las disposiciones del C. c. sobre la comunidad de bienes. Cabe en consecuencia el retracto.*

RENUNCIA TÁCITA AL RETRACTO: *La cláusula pactada en la escritura origen de la situación de comunidad, por virtud de la cual se autoriza a cada una de las partes a ceder su derecho o transmitirlo, no supone una renuncia al ejercicio del derecho de retracto.*

DEMANDA NO ACOMPAÑADA DE LA CERTIFICACIÓN DEL ACTO DE CONCILIACIÓN: *La demanda de retracto presentada dentro del término legal, sin la certificación del acto de conciliación, pero con los demás requisitos legales, de celebración posterior de dicho acto no afecta a la caducidad de la acción por haberse ya ejercitado.* [S. 27 de diciembre de 1961; no ha lugar.]

8. DONACIÓN: CAUSA: *No existe donación si falta el «animus donandi».*

DONACIÓN: CAUSA: CARGA DE LA PRUEBA: *La prueba de la existencia de la causa no especificada en el contrato, corresponde a quien la alega. [S. 2 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: Se trataba de una cantidad de dinero depositada a nombre de A. siendo el dinero de B. Fallecido éste, sus herederos reclaman a A y este alega que es suyo, por habérselo donado B.

9. CONTRATO DE OBRA: APROBACIÓN DEFINITIVA: A QUIEN COMPETE: *La aprobación o recepción de la obra la ha de efectuar la entidad propietaria cuando expresamente no se ha remitido este extremo a un tercero, y aunque es natural que aquella oiga y tenga en cuenta el dictamen u opinión de su arquitecto, la resolución definitiva no puede quedar al arbitrio exclusivo de éste.*

CERTIFICACIONES PARCIALES: FINALIDAD: *La designación del arquitecto director para autorizar por mensualidades las certificaciones de obras realizadas, tiene por única finalidad la de abonar parcialmente el importe de la obra al contratista a medida que ésta se realiza, para aliviar su economía en relación con los anticipos y devengos que se ve obligado a realizar, sin esperar al término de la ejecución de toda la obra contratada.*

PLIEGO DE CONDICIONES: INTERPRETACIÓN: *Corresponde, en principio, a la soberanía del Tribunal de instancia, y sólo puede contradecirse en casación cuando aparezca un claro y manifiesto error, prevaleciendo, en caso de duda, la realizada por el Tribunal «a quo». [S. 4 de octubre de 1962; no ha lugar.]*

10. CONTRATO DE OBRA: INCUMPLIMIENTO DEFECTUOSO: ART. 1.124: *Conformes las partes en que lo concertado por ellas fue un contrato de obra consistente en la reparación de un camión, y declarándose por la Sala que el actor la realizó de modo deficiente, no puede invocarse la infracción del art. 1.124 cuando no se pide la subsistencia del contrato ni su resolución.*

CUESTIÓN NUEVA: *Al basar el recurso en la facultad resolutoria tácita del artículo 1.124 del C. c. se introduce una cuestión nueva que cae fuera del ámbito de la casación a tenor del art. 1.729, núm. 5.º de L. e. c. [S. 14 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

11. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: DIFERENCIA CON EL CONTRATO DE SOCIEDAD: *Mientras que en el arrendamiento de servicios las partes están perfectamente diferenciadas, obligada una a prestar los servicios y la otra a retribuirlos mediante un precio cierto, cuya certeza ha de admitirse si aunque no este fijado el numerario es susceptible de precisión, en la sociedad, contrato de unión, ambas partes quedan vinculadas parejamente, sin que por su común finalidad de obtener ganancias, aun cuando éstas no es logren quepa que la participación de una de ellas, sea una remuneración perfectamente precisada.*

ARRENDAMIENTOS DE SERVICIOS: PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS: *Si la remuneración del demandante, patrón de pesca, consistía en un tanto por ciento*

del importe o producto de la pesca, sin distinguir si era de la capturada o de la vendida, no puede reclamar dicha participación respecto de la que se perdió en el naufragio y que por ello no se convirtió en valor económico apto para fijar el porcentaje. [S. 15 de febrero de 1961; no ha lugar.]

12. SOCIEDAD CIVIL: ELEMENTOS: APORTACIÓN SOCIAL: *Hay que agregar a los elementos comunes de todo contrato, la intención de constituir sociedad («affectio societatis»), la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios y la intención de obtener un lucro común partible, debiendo los Tribunales, cuando los socios no han expresado claramente su voluntad respecto a la aportación social, determinarla, interpretando la voluntad de las partes, conforme a las reglas del C. c., y teniendo también en cuenta las circunstancias de hecho que acompañan al contrato.*

SOCIEDAD IRREGULAR: *Se caracteriza por la falta de formalidades en su constitución y desenvolvimiento, ligando no obstante a los socios el pacto válido al amparo de la autonomía de la voluntad.* [S. 23 de mayo de 1962; no ha lugar.]

13. ARBITRAJE DE EQUIDAD: PRÓRROGA DEL PLAZO PARA EMITIR EL LAUDO: *No se prevee en la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, la posibilidad de prorrogar dicho plazo por la voluntad conoarde de los compromitentes, pero al no estar prohibida dicha prórroga, se puede admitir, siendo para ello imprescindible, como en toda modificación del compromiso, que el acuerdo de los interesados adopte las mismas formalidades que dicha Ley señala para el otorgamiento de tal compromiso, como son la escritura pública (arts. 5 y 16) y señalamiento del plazo o término (art. 17, número 4), no ajustándose a dicha doctrina la ampliación por acuerdos de las Corporaciones locales interesadas, protocolizados notarialmente y siendo nulo el laudo emitido.* [S. 3 de noviembre de 1962; ha lugar.]

14. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DELITO: RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA: *Habiendo sido condenado por delito de estupro un menor de edad a dotar a la ofendida y alimentar a la prole, por su insolvencia no es posible obtener de los Tribunales Civiles ante los que se demanda al padre del menor, la declaración de su responsabilidad subsidiaria por tales conceptos, ya que conforme al art. 1.092 C. c. queda dicha responsabilidad civil, como subsidiaria de la penal, sometida a la jurisdicción de este orden, salvo los supuestos de absolución, sobreseimiento, muerte o rebeldía del inculpado o cuando al perjudicado le queda reservada la acción, sin que por tanto se hayan infringido los artículos 1.902 y 1.903 C. c., al no poder la jurisdicción civil suplir deficiencias o rectificar omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos de otra.* [S. 9 de febrero de 1961; no ha lugar.]

15. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO: CULPA EXTRA CONTRACTUAL: *Si la sentencia penal absolutoria no declaró la no existencia del hecho, sino la no concurrencia en él de la tipicidad y punibilidad penalmente exigibles, dicha sentencia no vincula a los Tribunales de lo Civil y, por tanto, no se excluye la existencia de la culpa civil que apreció el Tribunal a quo.*

RESPONSABILIDAD CIVIL: COSA JUZGADA: PROCEDIMIENTO PENAL: *Aunque se haya seguido anteriormente un procedimiento penal, no surge la excepción de cosa juzgada, ya que un mismo hecho puede ofrecer aspecto y valoración jurídica distintos, uno de orden penal y otro de orden estrictamente civil, determinando la falta de identidad de la causa petendi en las distintas jurisdicciones.* [S. 10 de marzo de 1962; no ha lugar.]

Se solicitaba en la demanda una indemnización en concepto de daños y perjuicios por la muerte de un hijo del actor, ocurrida durante una carrera ciclista en la que tomaba parte, y causada por un coche acompañante a la carrera. La parte demandada se opuso alegando que en sentencia dictada por la Audiencia Provincial sobre estos mismos hechos, fue absuelta al no estimar culpa en el conductor del automóvil, calificando el hecho como caso fortuito. Estimada la demanda en ambas instancias e interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, declara no haber lugar.

16. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ART. 1.902: APLICABILIDAD EN NAVARRA: *Los preceptos del C. c. relativos a las obligaciones que nacen de culpa o negligencia son aplicables a todas las regiones españolas según la doctrina más generalizada.* [S. 5 de febrero de 1963; no ha lugar.]

IV. Arrendamientos de cosas

1. ARRENDAMIENTO DE MINAS: SUPUESTA COMPLEJIDAD: *La circunstancia de que un arrendamiento verse sobre explotación de minas no basta para alterar la naturaleza del contrato, pues su peculiaridad consiste, sólo, en su objeto. Para la construcción jurídica del arriendo de minas se parte de doble ficción consistente en suponer: a) que los minerales son frutos naturales de la cosa arrendada que puede extraer y beneficiar al arrendatario y b) que dichas minas, con esas extracciones, no se agotan y permanece inalterable el objeto arrendado; con cuya doble ficción se salva el obstáculo de la obligación de devolver la cosa arrendada tal como se recibió. No desvirtúa el carácter de arrendamiento simple, ni supone complejidad, el pacto de una renta que aumentaría en proporción al mineral extraído, ni el hecho de que el mismo día del arrendamiento se haya concertado un contrato de futura sociedad, supeditada al desenvolvimiento normal del arriendo durante los diez años convenidos.*

PAGO DE LA RENTA: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: JUSTIFICACIÓN DEL IMPAGO: *El impago de la renta, cuando no se acredita la concurrencia de circunstancias que lo justifiquen, es causa de desahucio. Por muy complicadas que sean las cláusulas yuxtapuestas, subsiste la obligación de pago.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen el carácter de documento auténtico una Certificación de una Hermandad de labradores, otra de un Municipio y otra de un Observatorio, por las que se pretende demostrar las*

circunstancias climatológicas de excepción que, según el recurrente, constituyeron la circunstancia de fuerza mayor justificativa del impago de rentas.
[S. 21 de febrero de 1963; no ha lugar.]

2. ARRENDAMIENTO DEL APROVECHAMIENTO DE RESIDUOS CARBONOSOS: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: *Si la renta se compone de una cantidad fija y de otra variable, proporcional a las toneladas extraídas en el mes anterior, el arrendatario que incumple la obligación contractual de hacer la liquidación y presentarla a aprobación antes del día 10 de cada mes, incurre en causa de desahucio.*

NOVACIÓN MODIFICATIVA: *No constituye novación del contrato en cuanto a la forma de pago de la renta, la aceptación por el arrendador, en dos ocasiones, del abono del canon después de su vencimiento, si lo hace por mera condescendencia o tolerancia.*

COMPLEJIDAD: *No hay complejidad cuando la renta se compone de una cantidad fija y otra variable en proporción al número de toneladas extraídas.*
[S. 21 de marzo de 1963; no ha lugar.]

Cabrian algunos escrúpulos doctrinales a la hora de calificar la certeza y determinar el canon arrendaticio consistente en una cantidad fija adicionada por un porcentaje sobre el producto extraído. FUBINI, *El contrato de arrendamiento de cosas*, Madrid 1930, pág. 315 y 325, opinaba, de una parte, que el precio no puede consistir en una cuota parte de los productos del fundo arrendado, y, de otra, que su determinación no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, lo que, en cierto modo ocurre, cuando la renta es proporcional al producto obtenido por el arrendatario. Sin embargo, la jurisprudencia ha interpretado con gran amplitud el requisito de la certeza del precio del arrendamiento; así la sentencia de 16 de mayo de 1947 declaró que la calificación de arrendamiento puro y simple no puede desvirtuarse por la circunstancia de que el precio esté constituido, además de por una cantidad fija esencial, por otra accidental y variable, cual la de un tanto por ciento de la recaudación del negocio arrendado, cuando la misma excediere de cierta suma. (G. G. C.)

3. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO CON ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS: *El arrendamiento que comprende, además de los edificios llamados almacenes, el terreno circundante para el servicio de tráfico y carga y descarga y la utilización de la vía, apartaderos y casa del guarda necesarios para el mejor aprovechamiento de los locales no es un simple arriendo de almacén sino de los regulados en el artículo 5 de la LAU de 1946 —artículo 3, apartado 2 de la LAU vigente— al que es aplicable la disposición transitoria 13 y no la 11 de la LAU.*

RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE PRECEPTO GENÉRICO: *No cabe la casación con base en la infracción de un precepto genérico como el artículo 1.248 «in fine» del C. c.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No es documento auténtico, a efecto de casación, el reconocimiento judicial, el contrato de arrendamiento ni una carta.*

RECURSO DE CASACIÓN: FORMALISMO: *Son requisitos del recurso la claridad y la precisión. Falta la indicación precisa del concepto de la infracción si se alegan conjuntamente: violación, interpretación errónea y aplicación indebida. [S. 7 de enero de 1963; no ha lugar.]*

4. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO: EFECTO EN LOS ARRENDAMIENTOS OTORGADOS POR EL USUFRUCTUARIO: LAU: *El fallecimiento del usufructuario arrendador, ocurrido tras la vigencia de la actual LAU, no provoca la extinción del arrendamiento regido por dicha Ley. El artículo 480 del C. c. ha dejado de ser aplicable al insertarse una norma específica en el artículo 57 de la LAU. [S. 15 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

5. ARRIENDO CONCERTADO POR MANDATARIO: AUTORIZACIÓN DE TRASPASO: *Puede concertar un arrendamiento el mandatario con poder general otorgado por el propietario, sin que el reconocimiento del derecho de traspaso concedido por el mandatario, implique extralimitación del mandato. [S. 9 de enero de 1963; no ha lugar.]*

6. RETRACTO ARRENDATICIO: CÓMPUTO DEL PLAZO: *No basta la mera noticia del auto traslativo, sino que es preciso que el retrayente conozca todos los pactos y condiciones esenciales de la transmisión a través de la notificación notarial correspondiente.*

CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *No es necesaria la consignación, pues lo ordenado en el artículo 148 de la L. A. U. sólo es aplicable a los recursos que se interpongan contra las sentencias en que se decreta la resolución del contrato de arrendamiento o impliquen el desalojo de la cosa arrendada. [S. 24 de enero de 1962; no ha lugar.]*

7. RETRACTO ARRENDATICIO: PLAZO DEL CÓMPUTO: *Se empieza a contar desde la notificación notarial de haberse realizado la enajenación del piso. [S. 12 de enero de 1962; no ha lugar.]*

8. RETRACTO ARRENDATICIO: DERECHO TRANSITORIO: *La aplicación del artículo 64 de la L. A. U. de 1946 presupone: vigencia del contrato de arrendamiento, carácter de arrendatario del retrayente y que la consumación del contrato traslativo de dominio a favor del adquirente tuviere lugar bajo el imperio de aquella Ley.*

AGRUPACIÓN Y VENTA DE DIVERSOS PISOS: *Cuando no tiene por finalidad defraudar al arrendatario, falta la base para que se ejercite el retracto. Tal ocurre cuando lo vendido lo es por cesión en pago de un crédito hipotecario que afectaba a la totalidad del inmueble, de que se transmite la parte*

alicuota correspondiente al vendedor en dos pisos. uno de los cuales no estaba arrendado al astor. [S. 16 de octubre de 1961; no ha lugar.]

9. DERECHO DE ARRENDAMIENTO: NATURALEZA: INTRANSMISIBILIDAD «MORTIS CAUSA»: *El derecho arrendaticio no puede ser objeto de transmisión «mortis causa». El contrato de arrendamiento engendra un derecho de naturaleza esencialmente personal y que se extingue, por lo tanto, con la muerte. La LAU no admite otra modalidad de continuación (mortis causa) del arrendamiento, que la subrogación prevista en los artículos 58 y siguientes, sin distinguir entre si el fallecimiento del titular ocurrió durante la vigencia del contrato o durante la prórroga legal.*

SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUBROGACIÓN: *No es aplicable al subarriendo de local de negocio, el régimen de subrogación «mortis causa» previsto en la LAU.* [S. 6 de marzo de 1963; no ha lugar.]

NOTA: Una vez más se lee en una sentencia del Tribunal Supremo la afirmación de que el derecho arrendaticio se extingue con la muerte del arrendatario; tal afirmación se halla en contradicción, no sólo con las rotundas afirmaciones de la más autorizada doctrina española (véase, por todos, CASTÁN en *Derecho Civil Español*, 7.^a ed. IV, pág. 267, PUG PEÑA en *Tratado de Derecho civil*, ed. 1951, IV, 2.^o, pág. 216, PÉREZ y ALGUER en notas al *Tratado de Enneccerus*, 1.^a ed. II, 2.^o, pág. 186), sino con declaraciones de carácter general de la propia jurisprudencia (como la de la S. de 12 de mayo de 1959 en la que se dice que las obligaciones nacidas de vínculos contractuales, salvo los supuestos de ser personalísimas y de prohibirlo el pacto o la ley, se transmiten a los herederos de los contratantes) y con los principios generales que informan el derecho sucesorio y el arrendaticio. En efecto, el arrendamiento engendra un derecho que, según la opinión mayoritaria de la doctrina es personal —no faltan valiosas aportaciones doctrinales en favor del carácter real del arriendo como la notable monografía de Vallet sobre la Hipoteca del Derecho arrendaticio—, pero que nadie se atreve a considerar como personalísimo, y sabido es que todos los derechos meramente personales—, es decir, no vinculados a un sujeto específico por razón de cualidades peculiares del mismo que no admiten su sustitución por otra persona por otorgarse precisamente en consideración a una persona determinada— son susceptibles salvo prohibición legal de transmisión hereditaria; los artículos 1.112 y 1.157 C. c. son decisivos al respecto. Por lo es inaceptable esa corriente jurisprudencial que iniciada en S. de 25 noviembre de 1950 implica una manifestación más de esa tendencia limitativa de los derechos del arrendatario que viene caracterizando a una gran parte de la doctrina jurisprudencial de los últimos años, en contraste con las exigencias sociales de nuestro tiempo y con el espíritu y letra de los textos legales. En el Derecho arrendaticio común es indudable la transmisibilidad *mortis causa* del derecho arrendaticio, sin perjuicio de que en el campo arrendaticio de la LAU la transmisión *mortis causa* se rija por las reglas especiales de la misma; y aún cabría discutir si en el marco de la LAU hay que distinguir un doble régimen: el de la sucesión *mortis causa* ordinaria (aplicable al arriendo en su fase contractual) y el de la subrogación especial de la LAU (con proyección al fallecimiento del inquilino o arrendatario acaecido durante el período de prórroga forzosa), o bien, debe considerarse que, en todo caso, la sucesión en el arriendo se rige por las reglas especiales de transmisión de la LAU. Si bien desde el punto de vista puramente técnico-jurídico la primera solución pudiera parecer más correcta, quizá sea más plausible la segunda que tiene en su apoyo la

forma indiscriminada en que se pronuncian los artículos 58 y siguientes de la LAU, y la conveniencia de no diferenciar excesivamente el régimen del arriendo en su doble fase «contractual» y de «prórroga». tanto más cuanto que nuestro ordenamiento, a diferencia de alguno de los extranjeros ha tendido a minimizar las diferencias de régimen jurídico en ambas fases (J. P. R.).

10. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CÓDIGO CIVIL Y LAU: *El Código civil y la LAU obedecen a distintas directrices del ordenamiento jurídico, difiriendo por ello en muchos preceptos en la regulación de las instituciones.*

TÁCTICA RECONDUCCION Y PRORROGA FORZOSA: *En el C. c. toda reconducción, aun la táctica, se subordina a la voluntad de los contratantes, mientras en la LAU se prescinde de la voluntad del arrendador, imponiéndole la prórroga. La tácita reconducción del Derecho común y la prórroga forzosa de la LAU son instituciones incompatibles que se excluyen mutuamente.*

EXCEPCIONES DE LA PRORROGA: *Las circunstancias que determinan las excepciones a la prórroga forzosa operan automáticamente como causas de resolución incorporadas al artículo 114 de la LAU.*

DENEGACION DE PRORROGA POR CIERRE: JUSTA CAUSA: *Si el cierre del local se debe a la imposibilidad de continuar la explotación de la industria en él radicada, no cabe invocar, en justificación del cierre, la expectativa de obtener un traspaso, convirtiendo a éste en fuente de especulación con bienes ajenos.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO: *El error de derecho en la apreciación de la prueba ha de encauzarse por la causa 3.ª del art. 133 de la LAU. La causa 4.ª sólo se refiere al error de hecho. [S. 14 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

11. INDUSTRIA AGRÍCOLA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *La protección especial que la LAU otorga en el art. 62, núm. 1, en relación con el art. 70, no resulta aplicable al arrendador dedicado a la industria agrícola, pues mientras en ésta el campo de operaciones está constituido por el agro laborable, el núm. 3 del art. 70 condiciona la causa de excepción a la prórroga que regula, al hecho de que el reclamante se halle establecido con un año de antelación, y como por establecimiento se entiende el lugar en donde habitualmente se ejerce la industria, comercio o profesión, parece claro que ha de referirse a actividades que se desarrollan en edificaciones urbanas, lo que no es propio de la agricultura, aunque pueda serlo de actividades de industria o comercio de aquella derivadas. [S. 11 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

12. EDIFICACIONES PROVISIONALES A EFECTOS DE LA LAU: *Si la edificación es buena y de sólida construcción, adecuada al fin para que se construyó y lugar de emplazamiento, en un barrio industrial donde no desdice de otras construcciones, es acertado considerarla como edificación definitiva y no provisional.*

FORMALISMO DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *El englobar en un solo motivo dos infracciones de distinta clase—error de hecho y error de derecho—es causa de inadmisión y desestimación del recurso.* [S. 19 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

13. **ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS DE REEDIFICACIÓN: REQUISITOS DE GARANTÍA DEL ARRENDATARIO: PLAZO:** *Es condición esencial para que se produzca la denegación de prórroga establecida en el caso 2.º del artículo 62 de la LAU, que la negativa de desocupación por parte del arrendatario se produzca cuando el arrendador haya contraído el compromiso de que las obras de reedificación se realizaran en el plazo que previamente deberá ser señalado por la Autoridad gubernativa; no teniendo valor el fijado de forma indeterminada por los propietarios, ya que de esta forma los arrendatarios no tienen garantía alguna, como exige la Ley especial de Arriendos, para que las obras se verifiquen.* [S. 23 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

14. **DERECHO DE RETORNO; COMUNICACIÓN DEL DOMICILIO DEL ARRENDATARIO:** *La exigencia del artículo 105 de la LAU de 1946 de comunicar un domicilio para oír las notificaciones, puede hacerse en cualquier momento hasta antes de que se terminen las obras y quede el nuevo local apto para ser reocupado sin que sea necesario hacerlo constar en el mismo momento de el abandono del local.* [S. 29 de marzo de 1961; no ha lugar.]

Concordancias: Sentencias 25 de abril de 1959 y 20 de abril de 1960.

15. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE: JUSTA CAUSA: IMPEDIMENTO FÍSICO TEMPORAL:** *Es causa justificativa del cierre, la amputación traumática de dos falanges sufrida por la arrendataria y la pleuresia supurada padecida ulteriormente por la misma que no producen impedimento definitivo para el ejercicio de la industria y que es de esperar mejoren en breve tiempo hasta permitir la reanudación de la actividad en el local, por parte de la arrendataria o sus dependientes.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *El recurso en que se alega la infracción de una norma, invocando conjuntamente su «violación, interpretación errónea y aplicación indebida» incide en defecto de claridad y precisión causante de inadmisión y desestimación.* [S. 30 de noviembre de 1962.]

16. **DENEGACION DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR CIERRE: JUSTAS CAUSAS:** *El hecho de estar prohibida indefinidamente la publicación de un periódico que el arrendatario había venido imprimiendo en el local, no es por sí sólo causa que justifique el cierre del mismo, desde 1953 —en que se restituyó el local al arrendatario— hasta 1959, en que se abrió de nuevo con negocio distinto. Entender lo contrario, supondría admitir el cierre indefinido de un local al no estar permitido el ejercicio de una determinada actividad comercial. Es aplicable a la resolución por cierre la disposición transitoria 9.ª u no la 15.ª de la LAU.*

COSTAS: *No existe vencimiento total si, aun declarándose la resolución pedida, no se realiza la declaración a partir de la fecha pedida.* [S. 13 de diciembre de 1962; ha lugar.]

17. **DENEGACION DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE VARIAS VIVIENDAS:** *Procede la denegación de prórroga del arriendo de dos viviendas, si el arrendatario de éstas dispone en una cooperativa de construcción de otras dos, de características análogas a las arrendadas, aptas para sus necesidades de viviendas y de profesión liberal y la disposición de ambos grupos de viviendas no resulta necesario, sino tan sólo cómoda o conveniente.* [S. 27 de marzo de 1963; no ha lugar.]

18. **RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO POR CESION: LEGITIMACION PASIVA:** *Procede la absolución en la instancia, por defecto en la constitución jurídicoprocesal, si la demanda por cesión ilícita se dirige, sólo contra el actual ocupante del local y no contra el arrendatario contractual; el defecto puede apreciarse de oficio.*

DEPOSITO PARA RECUBRIR EN JUSTICIA NOTORIA: DEVOLUCIÓN: *Procede la devolución del depósito, aunque el recurso se desestime, si las dos sentencias de instancia no fueron plenamente conformes —la primera desestimó la demanda en cuanto al fondo y la segunda absolvió en la instancia.* [S. 23 de febrero de 1963; no ha lugar.]

19. **RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CESIÓN:** *Constituye cesión la disolución de una sociedad y adjudicación a uno de los socios, del negocio radicado en el local arrendado.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: INTERPRETACIÓN: *No cabe plantear problemas de interpretación al amparo de la causa 4.ª de las de injusticia notoria, causa reservada al error de hecho que resulte acreditado por documentos o pericia que lo ponga de relieve sin necesidad de interpretación, por el contraste claro y manifiesto entre la prueba y la sentencia, no pudiendo servir, al efecto, el contrato objeto de interpretación.* [S. 8 de febrero de 1963; no ha lugar.]

20. **PRESCRIPCIÓN:** *Si en 1943 el arrendatario cedió la finca a un tercero, creando una situación ilegítima en su origen, ésta no puede quedar legitimada por el transcurso del tiempo si en 1957 aparece el primer titular como parte activa en un expediente contradictorio de ruina de la finca.*

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.ª: *No puede aplicarse la disposición transitoria 4.ª de la actual LAU a una situación nacida bajo su vigencia y sancionada por la misma.* [S. 22 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

21. **RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO: INTRODUCCIÓN DE TERCERO: PERSONA EXTRAÑA: HERMANO DEL ARRENDATARIO:** *Es doctrina de la Sala Primera que la introducción, en un local arrendado, de un tercero, persona individuo o*

jurídica, sustituyendo al arrendatario o compartiendo con éste el local, es suficiente para estimar la resolución del contrato, al tener a aquel ocupante como persona extraña: el hermano del arrendatario ha de considerarse persona ajena a la familia de éste.

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: ERROR DE HECHO: *La causa 4.ª de injusticia notoria sólo puede invocarse cuando se denuncie error de hecho. Es defectuosa la formalización del recurso en el que no se citan los documentos en que se apoyan las alegaciones del error de hecho, limitándose el recurrente a remitirse a una relación global, abstracta e imprecisa de los mismos realizada en los antecedentes del escrito de formalización.*

CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantearlas en el recurso de injusticia notoria.* [S. 15 de febrero de 1963; no ha lugar.]

NOTA: Se trata de un arrendatario que había asociado a su negocio a un hermano. La sentencia viene a considerar como extraño a cualquier pariente en quien concurra la nota de completa independencia económica respecto al arrendatario. (J. P. R.)

22. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: ARRENDATARIO INDIVIDUAL O ARRENDATARIO SOCIAL: FORMALIZACIÓN DE SOCIEDAD ULTERIOR AL ARRIENDO: *No procede la resolución por cesión si se acredita que el local se arrendó, no a dos personas individualmente, sino a la entidad constituida por ellas para la explotación de una industria y ello aunque la sociedad irregular que formaban se estructurara, posteriormente, en forma, mediante la elevación a escritura pública.*

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: *Por ser rogada la jurisdicción civil, los Tribunales no pueden resolver más cuestiones de hecho que las que las partes sometían a su conocimiento, planteadas, discutidas y fijadas en los escritos fundamentales de las partes.*

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: *La congruencia no supone que el Juzgador haya de atenerse literalmente a las expresiones que constituyen los pedimentos de las partes, sin conexión con las alegaciones de las mismas.*

REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA: *No basta que en las demandas se fije con claridad y precisión lo que se pide, sino que es necesario exponer, sucintamente numerados, los hechos y fundamentos de derecho que sirven de base a la petición.* [S. 27 de febrero de 1963; no ha lugar.]

NOTA: El contrato de arrendamiento se había otorgado en favor de A y B, Impresores; con posterioridad se formalizó, por A y B, la constitución de la sociedad «Imprenta Palmesana de A y B. Sociedad Regular Colectiva». El Tribunal Supremo con acertado criterio que contrasta con el riguroso de tantas otras resoluciones— entiende que los anteriores hechos no suponen cesión.

23. RÉGIMEN FISCAL Y DERECHOS CIVILES; PRUEBA DE TITULARIDAD DOMINICAL: *Según reiterada doctrina de la Sala 1.ª el régimen fiscal no atribuye, por sí facultades dominicales ni afecta en esencia a los derechos civiles. La certi-*

ficaciones tributarias no son indiferentes como elementos de juicio sobre pertenencia del objeto sobre el que pesa la contribución, pero no son decisivos y pueden ser enervados por otros que los contradigan.

RESOLUCIÓN POR TRASPASO O SUBARRIENDO; PRESUNCIONES: *Para demostrar el error de la Sala que niega el cambio de titular del negocio instalado en un local, no es suficiente el hecho de figurar como abonado al servicio telefónico persona distinta del arrendatario —el hijo de éste— y el alta tributaria de dicha persona y baja del arrendatario. [S. 18 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: Adviértase el relativismo que informa la apreciación de la prueba en orden a la presunción de traspaso o subarriendo; es satisfactorio, sin embargo, observar, que parece tenderse a exigir un mayor rigor probatorio y a abandonar las fáciles presunciones que han llevado a tantas resoluciones de contrato por supuestos traspasos o subarriendos entre padres e hijos y próximos parientes en general.

24. RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILEGAL; LEGITIMACIÓN PASIVA: *La acción resolutoria basada en traspaso ilegal ha de dirigirse, necesariamente, contra la parte que cometió la infracción denunciada, sin que baste demandar a la sociedad cesionaria en su calidad de continuadora de la cedente.*

DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES: *Es doctrina reiterada, que la disolución de las Compañías mercantiles no lleva consigo su inmediata extinción, sino el comienzo del período de liquidación, durante cuyo transcurso está representada por la comisión liquidadora hasta que queden finalizadas las operaciones pendientes, porque en otro caso se defraudarían los derechos de los acreedores. [S. 22 de marzo de 1963.]*

NOTA: En realidad las sociedades supuestamente cedente y supuestamente cesionaria eran una misma sociedad que se había limitado a cambiar de forma —M. S. L. se convirtió en M. S. A.— continuando abierta la hoja de la sociedad primitiva, habiéndose practicado en el mismo folio sucesivas inscripciones con las transformaciones. Por ello el arrendador se creyó sin duda excusado de demandar a la sociedad supuestamente cedente y suficiente dirigir su pretensión contra la continuadora que era, en realidad, la misma sociedad en forma diversa, pero idéntica personalidad. La doctrina jurisprudencial que considera supuesto de cesión la transformación social, prescindiendo de si ha existido o no verdadero cambio de personalidad, conduce a peregrinas situaciones entre ellas, por lo visto, la necesidad de demandar por doble a una misma persona con dos nombres sociales. Las paradójicas conclusiones a que conduce la doctrina que admite la cesión a los supuestos en que realmente se opere la transferencia del local de una sociedad a otro ente jurídico diverso, excluyéndola en todos aquellos casos en que se haya operado simplemente un cambio de forma o nombre social o de las personas de los socios, pero sin que ello haya implicado un cambio en la personalidad del ente (Vid. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1959, pág. 623). (J. P. R.)

25. RESOLUCIÓN, POR SUBARRIENDO, DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO; REQUISITO LEGAL DE AUTORIZACIÓN ESCRITA: *Si la autorización para subarrendar ha de concederse necesariamente, según la LAU, en forma escrita, el documento en que dicha autorización se consigne, será la única prueba posible de su realización y existencia. [S. 9 de febrero de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: Ciertamente, la LAU, con un rigor de todo punto censurable, exige que la autorización del subarriendo se preste en forma escrita; sin embargo, es dudoso que dicha norma pueda prevalecer sobre el principio, de Derecho natural, de respeto a los actos propios y que un arrendador que haya prestado en otra forma su consentimiento para el subarriendo, pueda, luego, volviéndose contra sus propios actos impugnar un acto por él autorizado, aunque sea en forma distinta de la prevista en la Ley. La necesaria subordinación de preceptos que puedan conducir a una vulneración del Derecho natural. (J. P. R.)

26. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR, ANTERIOR A LA LAU: *La autorización del arrendador para que el arrendatario pudiera traspasar, concedida con anterioridad a la LAU, dispensa a las partes del primer traspaso del cumplimiento de los requisitos establecidos en la LAU para la eficacia de dicho acto.* [S. 19 de enero de 1963; ha lugar.]

NOTA: La sentencia hace perfecta aplicación de la DT. 6.ª de la LAU distinguiendo en los supuestos de autorización del traspaso concedida con anterioridad a la LAU, la primera transferencia del derecho arrendaticio que, por realizarse con base en la autorización contractual, se halla regida por ésta y dispensada del cumplimiento de los requisitos —notificaciones, compromiso de arraigo, etc. del art. 32 de la LAU— y las ulteriores, basadas en la exclusiva voluntad del arrendatario cedente y sometidas a dichos requisitos. (J. P. R.)

27. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ARRENDATICIO URBANO: *El Derecho de arrendamiento de edificaciones urbanas —se refiere al de la LAU— es un derecho normado, en el que la Ley impone a las partes elementos esenciales como propios de su contenido.*

TRASPASO LEGAL Y TRASPASO CONVENCIONAL: *La Ley reconoce el arrendatario de local de negocio el derecho de traspaso supeditado al cumplimiento de determinados requisitos; el arrendador puede liberar al arrendatario de tales requisitos en forma pura o condicionada. El arrendatario puede optar entre el traspaso legal sometido a los requisitos de la LAU o el autorizado por el arrendador con sumisión a las condiciones impuestas por éste; no puede realizar el traspaso con base en una autorización condicional del arrendador, sin dar cumplimiento a la condición.* [S. 25 de enero de 1963; no ha lugar.]

28. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO: FACTOR MERCANTIL: *No puede estimarse la existencia de traspaso si no ha habido transferencia en el uso o disfrute del local, al estar acreditado que la presunta cesionaria actuaba al frente del negocio del arrendatario como apoderada del mismo, con el carácter de factor mercantil.* [S. 21 de mayo de 1962; ha lugar.]

29. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRUEBA: *Cuando se alega un subarriendo in consentido, no es precisa la prueba plena y total de las circunstancias en él concurrentes, pero sí lo es, que se acrediten unos hechos que lleven a una convicción, en cierto modo segura, de la realidad de la infracción.*

FORMALISMO DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *Procede denegar el recurso interpuesto por quebrantamiento de formalidades si no se cita el precepto que se reputa infringido y si, basándose en la denegación de prueba en la*

segunda instancia, la propuesta no era reproducción de la pedida en primera instancia. [S. 8 de marzo de 1963; no ha lugar.]

30. RESOLUCION POR CAMBIO DE DESTINO: *El cambio de destino de la cosa arrendada es irrelevante a efectos resolutorios si no implica la transformación de vivienda en local de negocio o viceversa.*

ESTADO ARRENDATARIO; CAMBIO DE OCUPANTE DEL LOCAL ARRENDADO: *Siendo arrendatario el Estado, el hecho de que cambie la clase de dependencia estatal ocupante del local no es constitutivo de cesión o traspaso.*

RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: *No cabe hablar de obras inconcebidas si en el contrato se faculta al arrendatario a hacer las modificaciones que estime necesarias.*

ACTAS NOTARIALES: *Las declaraciones de testigos no pierden su carácter por constar en acta notarial.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA; QUEBRANTAMIENTO DE FORMALIDADES: *No cabe invocar con éxito el defecto de práctica de determinadas pruebas, si la parte recurrente omitió las peticiones necesarias para su práctica.* [S. 15 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

31. CLASES DE CONTRATOS POR RAZON DEL OBJETO: *Para la LAU no hay más que contratos de arriendo de vivienda, y de local de negocio.*

RESOLUCION POR CAMBIO DE DESTINO: *No es causa de resolución el hecho de que el arrendatario de un local de negocio con vivienda deje de habitar en el local y dedique la parte destinada a vivienda a otros usos.*

RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN; PRUEBA: *No prueba el error de hecho de una sentencia que estima no probado el cambio de configuración, un dictamen pericial que acredita un cambio de ventanas, pero no precisa ni la fecha del cambio, ni si éste entrañó o no apertura de los huecos.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA; ERROR DE HECHO: *Para que el error pueda acreditarse por un documento, precisa que éste diga lo contrario de lo que el juzgador afirmó, para acreditar el error de hecho es inadmisible la alegación del propio documento controvertido.* [S. 19 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

32. CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN; CALIFICACIÓN: *El Tribunal supremo ha sentado la doctrina de la circunstancialidad del concepto de configuración, atendidas las características de la cosa arrendada y la finalidad del arrendamiento, para apreciar si ha habido variación estimable en la disposición de los planos y elementos arquitectónicos que determinan el objeto arrendado.* [S. 7 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

33. ARRENDAMIENTO URBANO; OBRAS CONOCIDAS Y NO CONSENTIDAS: *El conocimiento y la tolerancia de los condueños mientras las obras se realizaban, no es bastante para presumir el consentimiento. La existencia de una autorización*

expresa se debe deducir de un conjunto de circunstancias en que se conjugan: la interpretación de las cláusulas del contrato, la firma de la petición de licencia municipal por parte de uno de los copropietarios, etc. [S. 7 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

34. OBRAS CONSENTIDAS: *Son obras consentidas las realizadas con anterioridad al otorgamiento del contrato y con pleno conocimiento por parte del arrendador, aunque modifiquen la configuración de la cosa arrendada. [S. 28 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

35. OBRAS INCONSENTIDAS: CARGA DE LA PRUEBA: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 114, causa 7.ª de la LAU, en relación con lo prevenido en el artículo 1.214 del C. c., incumbe al arrendador probar que el arrendatario ha ejecutado obras que modifican la configuración de la vivienda o local de negocio, y a este último demostrar que los ha llevado a cabo con el consentimiento del arrendador, así como la fecha en que efectuaron, en el caso de que oponga la prescripción o el haberlas ejecutado bajo el imperio de la legislación anterior a la LAU, de 31 de diciembre de 1946.*

MODIFICACIÓN ESENCIAL: *Las obras consistentes en la superposición de un pavimento nuevo sobre el antiguo, con las características de elevación de 5 cm. y superficie de 40 m², son por sí solas, determinantes de la resolución contractual, al producir un cambio esencial y sensible en la configuración de lo arrendado. [S. 17 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

36. OBRAS INCONSENTIDAS: CARGA DE LA PRUEBA: *En virtud del artículo 1.214 del C. c., que regula el principio de la carga de la prueba, corresponde al arrendador demostrar que se ha producido un cambio en la configuración de la cosa arrendada. [S. 23 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

37. OBRAS AUTORIZADAS: INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Si la autorización se concede al arrendatario para «efectuar las obras que estime necesarias, siempre que las mismas no debiliten la naturaleza y resistencia de la finca», forzoso será admitir que, sea cual fueren las obras efectuadas, interin una prueba pericial no acredite que se han debilitado la naturaleza y resistencia de la finca, han de entenderse, todas protegidas por el permiso otorgado, aun cuando pudiera decirse que podían perjudicar al dueño del predio contiguo.*

En la interpretación de los derechos y obligaciones de los contratos ha de atenderse tanto a la acepción gramatical de las palabras que en éstos aparezca, como al espíritu que las informa o intención que las inspire, a fin de deducir el propósito que los contratantes se propusieron al redactar la convención establecida. [S. 12 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

38. OBRAS CONSENTIDAS: *Para determinar cual es la extensión de la autorización concedida, hay que enjuiciar el conjunto de las obras realizadas en la cosa arrendada y no sólo parte de ellas, por lo que se considera que*

están comprendidas en el principal permiso aquellas cuya ejecución material sean consecuencia de las expresamente autorizadas. [S. 7 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

39. RESOLUCION POR EJERCICIO DE ACTIVIDADES INMORALES: PRUEBA: *La certificación relativa a diligencias policiales acreditativa de la admisión, en el piso de autos, de una pareja de ambos sexos, sin que conste en aquella, ni quién la admitió, ni en qué se basa la afirmación hecha en las diligencias sobre los propósitos deshonestos de la pareja, no es bastante para acreditar el error que se atribuye a la Sala «a quo» que absolvió de la demanda resolutoria por ejercicio de actividades inmorales.* [S. 7 de febrero de 1963; no ha lugar.]

NOTA: En la certificación se hacía constar que la inquilina había sido sancionada con multa de 1.000 pesetas por los anteriores hechos; la S. del Tribunal Supremo parece exigir —cuando menos implícitamente— la nota de habitualidad como requisito de la causa resolutoria al contraponer «el hecho insólito o circunstancial» a la «habitualidad en la realización de actividades que de modo notorio resultaren inmorales».

40. RENUNCIA DE DERECHOS: *Si son renunciables los derechos subjetivos que la Ley reconoce con carácter absoluto, lo son igualmente los derechos que la sentencia declara aplicables a un caso particular. Las declaraciones de la sentencia pueden quedar sin efecto por la voluntad de los particulares.*

REVALIDACIÓN DE SUBARRIENDO; PRECARIO: *Si con posterioridad a dictarse la sentencia resolutoria del arriendo, que no llegó a ejecutarse se siguió disfrutando el local subarrendado y pagando el subarrendatario la subrenta hasta la revalidación de su contrato, es evidente que en tal período, no puede hablarse de precario y que la posesión se realizó en virtud del mismo título locativo.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No puede servir para demostrar el evidente error en la apreciación de la prueba, la alegación del propio contrato que ha tenido que ser objeto de interpretación.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *Tratándose de problema de interpretación de contrato el recurso debe fundarse en la infracción de los artículos 1.281 a 1.289 C. c.* [S. 6 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

NOTA: Antes de ejecutarse la sentencia resolutoria del contrato de arriendo, arrendador y arrendatario concertaron un nuevo contrato en relación a la cosa arrendada, declarando que este nuevo vínculo sustituía y novaba plenamente al antiguo; poco tiempo después, el arrendatario, en calidad de subarrendador y el subarrendatario, suscribieron un documento en que se reputó rescindido el anterior contrato de subinquilinato, si bien inmediatamente declararon revalidar dicho subarriendo elevando la renta del mismo. Surgía así la cuestión de determinar si el segundo subarriendo suponía, tan sólo una novación modificativa del primero y por consiguiente ambos habían de considerarse como un sólo contrato o, si por el contrario,

había que atribuir carácter extintivo a la novación, cuestión de gran trascendencia, pues en el primer supuesto la fecha inicial del subarriendo por remontarse al año 1943, determinada la atribución al subarrendatario del derecho de prórroga forzosa. Tanto la sentencia resolutoria del recurso, como las de instancia, entendieron, acertadamente, que no cabía establecer una solución de continuidad entre los dos subarriendos y que lo que aparentemente era un segundo vínculo subarrendaticio no suponía, sino la prolongación del primero. El término *revaludar* utilizado por los contratantes, ponía claramente de manifiesto que la voluntad de éstos —decisiva para determinar si una novación tiene carácter extintivo o meramente modificativo— fue la de prolongar la primitiva relación jurídica con simple modificación de la renta. Frente a tal conclusión, no cabe oponer el argumento esgrimido por el arrendador, según el cual la resolución judicial del arrendamiento provocó la automática extinción del subarriendo, ya que aun sin tener en cuenta la tesis mantenida por la S. del T. S. de 1 febrero de 1928, según la cual «las sentencias de desahucio hasta que no se ejecutan no producen efecto alguno» es patente que el efecto extintivo, respecto al subarriendo de la resolución del arriendo no es en modo alguno automático y sólo se produce en tanto que como consecuencia de dicha resolución, el arrendatario-subarrendador se halle imposibilitado de seguir cumpliendo su prestación y en el caso de autos no dejó de cumplirla en ningún momento manteniéndose, sin solución de continuidad la posesión subarrendaticia del demandado (J. P. R.).

41. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: *Duración de arrendamiento no fijada contractualmente. El artículo 1.577 C. c. establece que el plazo de duración del arrendamiento rústico cuando no se hubiere fijado su duración, se entenderá hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que la finca diere en un año o pueda dar por una sola vez si se precisare un año o tiempo superior para obtenerlos, pero como normalmente los productos agrícolas se producen dentro del ciclo anual, es la parte contraria a quien corresponde probar que la producción de los frutos se realiza en un plazo superior al año.*

Casación por infracción de preceptos relativos a la prueba. Cauce procesal. El cauce procesal para el recurso de casación por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.249 y 1.253 C. c., no es el número 7 del artículo 1.692 L. E. U., sino el número 1 del mismo artículo. [S. 19 de diciembre de 1962; Sala 1.ª.]

42. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Es motivo para desestimar el recurso de casación el citar como infringidos los preceptos contenidos en un capítulo del Código civil y los que con ellas concuerdan, de forma global, pues es necesario expresar con claridad y precisión el precepto que se considera infringido.*

NATURALEZA JURÍDICA DE UNA FINCA: *La naturaleza jurídica de una finca asignada por acuerdo administrativo y precepto legislativo, no puede ser modificada por convenio de las partes contratantes.*

FINCAS EXCEPTUADAS POR EL ARTÍCULO 2, APARTADO A) y C) DE LA LEY DE 15-3-1935: *La legislación aplicable a los arrendamientos de fincas comprendidas en los apartados A) y C), del artículo 2 de la Ley de 15-3-1935, y*

en los números 1 y 3 del apartado primero del artículo 2 del Reglamento de 29-4-1959 no es la especial de Arrendamientos Rústicos, sino la ordinaria del Derecho común.

VALOR DE LAS SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL: No tiene el carácter de doctrina legal la sentencia de 15 de octubre de 1952, dictada por la Sala de lo social.

VALOR DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS: Estas Resoluciones no constituyen Ley ni doctrina legal al efecto de poder amparar en ellas los recursos de casación.

LEGISLACION APLICABLE A LOS ARRENDAMIENTOS. La legislación aplicable a un contrato de arrendamiento no se altera, aunque se hubiera modificado la renta basándose en las normas especiales establecidas legalmente para determinada clase de arrendamientos. [S. 22 de marzo de 1963; Sala 1.ª.]

43. CONCEPTO DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: A los efectos de la legislación especial, tendrán la consideración de arrendamiento rústico todos los actos y contratos, cualquiera que sea su denominación, por los que voluntariamente una de las partes cede a la otra el disfrute de una finca rústica. [S. 17 de diciembre de 1962; Sala VI.]

44. IRRENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A REVISAR LA RENTA: El derecho de revisar la renta pactada y que se fije la que en lo sucesivo se ha de pagar, es un derecho eminentemente social, como encaminado a lograr la equidad en las rentas, en los contratos de arrendamientos rústicos, en beneficio público, de carácter necesario, y por tanto, como todos los de su clase irrenunciable salvo si se hace la renuncia después de incorporado al patrimonio renunciante.

REVISION DE RENTA: La corrección de errores aritméticos en la determinación de la renta no implica revisión de la misma. [S. 16 de enero de 1963; Sala VI.]

V. Derecho de Familia

1. FILIACION NATURAL: RECONOCIMIENTOS: El art. 35 C. c. lo admite de modo expreso o tácito, derivando el segundo de hechos que sirven para deducir tal condición, justificada por actos directos del padre que acrediten con evidencia el ejercicio de la autoridad y funciones propias de la paternidad, como lo son, en este caso, el interesarse por el modo de vivir del presunto hijo, calificándolo epistolariamente como tal, hacerle regresar del extranjero, proporcionándole ya en España medios de vida e instituyéndole legatario de fincas de importancia.

FOTOCOPIA DE CARTA PROTOCOLIZADA NOTARIALMENTE: No es requisito inexcusable presentar, con la demanda el propio documento original referente

al reconocimiento, pudiendo ser sustituido por una fotocopia, adornada de los requisitos necesarios, con la fe del Notario y que fue objeto de compulsas en la fase probatoria.

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: No pueden comprenderse en el mismo motivo dos o más de los supuestos que se consignan en el art. 1.692 L. E. C., por ser ello opuesto a la precisión y claridad exigidas en el recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN: PRUEBA PERICIAL: Es la atribución exclusiva de los Tribunales, su calificación y análisis, no procediendo recurso alguno contra su apreciación y sin que los dictámenes periciales tengan eficacia para demostrar en casación los errores de hecho. [S. 27 de septiembre de 1962; no ha lugar.]

2. FILIACIÓN NATURAL: RECONOCIMIENTO: La filiación natural a diferencia de la legítima, no se presume nunca, debiendo mediar el oportuno reconocimiento en alguna de las formas que establece el art. 131 C. c., sin que la mera referencia que haga el director del establecimiento donde tenga lugar el nacimiento, pueda suplir dicho reconocimiento, ya que su comunicación u oficio a lo sumo reflejará unas manifestaciones hechas ante él.

PRESUNCIONES: El reconocimiento de la paternidad natural, sólo puede imponerse en los supuestos exhaustivos que menciona el art. 135 C. c., siendo ineficaz cualquier presunción que en su lugar se trate de deducir si no se asienta en alguna de las pruebas que tal precepto establece. [S. 31 de enero de 1963; no ha lugar.]

3. FILIACIÓN ILEGÍTIMA NO NATURAL: RECTIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN: Figurando en el Registro Civil como naturales los hijos de un hombre casado, infringe el art. 18 de la Ley de 17 de junio de 1870, la sentencia estimatoria de la demanda, deducida por la esposa del padre, que declara nulas las inscripciones, ordenando se proceda a unas nuevas por las formas establecidas en la Legislación del Registro Civil para las inscripciones fuera de plazo, ya que lo procedente con arreglo a tal precepto era extender un nuevo asiento con cancelación del anterior, y teniendo en cuenta la verdadera filiación de los inscritos, o sea, conforme a los arts. 119, párrafo 2.º y 139 C. c. con desaparición de los apellidos de los progenitores.

INCONGRUENCIA: ORDEN PÚBLICO: La forma de hacer constar en el Registro Civil una indicación tan sustancial de la inscripción como lo es la filiación, no encaja dentro del poder dispositivo de las partes, sino que corresponde al orden público y debe resolverse conforme a la regulación legal de las inscripciones y rectificaciones de dicho Registro, sin que quepa el vicio de incongruencia. [S. 6 de marzo de 1962; ha lugar.]

4. PRESUNCIÓN MUCIANA. IURA NOVIT CURIA: INCONGRUENCIA: Siendo doctrina jurisprudencial que para la admisión de las presunciones judiciales basta con que las partes afirmen y prueben el hecho base, sin que sea precisa otra

iniciativa por tratarse de un procedimiento lógico deductivo, con mayor razón debe admitirse lo mismo, respecto a las legales como la «muciana», por ser aplicación de un precepto legal y por el principio «iura novit curia», sin que por tanto incida en incongruencia la sentencia que, sin alegación de las partes, aplica tal presunción a los hechos del pleito.

PRESUNCIÓN MUCIANA: *Igual que la fuerza probatoria de las escrituras públicas y la presunción favorable a su legitimidad y contenido esta subordinada a la presunción del artículo 1.407 C. c., debe entenderse respecto a la presunción muciana en las regiones en que está vigente la ley del Digesto que la establece, debiendo dicha presunción de carácter específico prevalecer sobre la del art. 38 L. H. [S. 24 de marzo de 1961; no ha lugar.]*

VI. Derecho de sucesiones

1. FIDEICOMISO CONDICIONAL DE RESIDUO EN NAVARRA: USUFRUCTO VIDUAL: *La viuda no tiene derecho al usufructo vidual sobre los bienes que su marido adquirió por testamento de su padre en una cláusula de este tenor: se los deja a sus hijos en libre disposición, excepto respecto a aquellos hijos que mueran sin descendencia los cuales no podrán disponer de lo heredado, por actos «mortis causa», debiendo recaer lo que les quede, en sus hermanos.*

POSEEDOR DE MALA FE: DEVOLUCIÓN DE FRUTOS; ARTS. 451 Y 455 C. c.: *Para que el poseedor se repunte de mala fe al efecto de restituir los frutos percibidos y dejados de percibir, es indispensable que el Tribunal sentenciador haga expresa declaración sobre este extremo estableciendo que es tal poseedor de mala fe, ya que la buena fe se presume, según el 434. [S. 8 de febrero de 1963; ha lugar.]*

2. INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN NAVARRA: LEGISLACIÓN APLICABLE: *Rige la legislación privativa de Navarra y el D. Romano como supletorio de primer grado, sin que pueda admitirse que porque la legislación privativa de Navarra no recoge algunas de las causas de indignidad del D. Romano, no puedan éstas aplicarse, como sucede con el incesto.*

INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN NAVARRA: «PÚBLICA ESTIMATIO»: *Por aplicación del D. Romano, está reservado al prudente y razonado arbitrio de los juzgadores la facultad de graduar y calificar el concepto que en «pública estimatio» pueda merecer la conducta de una persona instituida heredera, para que se la repunte de condición «turpis».*

INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN NAVARRA: TESTAMENTO «DE HERMANDAD»: **MOMENTO EN QUE SE CALIFICA LA INDIGNIDAD:** *Cuando se trata de un testamento de hermandad en que un cónyuge autoriza al sobreviviente para que reparta su herencia entre los hijos comunes, en la forma que crea conveniente, en atención a los méritos y capacidad de cada uno, no puede decirse que todos los hijos llamados a la herencia adquieran desde el momento del fallecimiento del primer testador, un derecho a parte determinada de tal herencia, sino que no*

tienen más que una expectativa de derecho, que se consolidará o se extinguirá cuando fallezca el cónyuge sobreviviente, que es el momento en el que habrán de operar las causas de indignidad que hayan surgido.

INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN NAVARRA: EFECTOS: *Se aplica el artículo 760 del C. c. como supletorio, que se refiere a todas las incapacidades y causas de indignidad.* [S. 20 de febrero de 1963; no ha lugar.]

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD IRREGULAR: APORTACIÓN DE TAXI Y LICENCIA MUNICIPAL PARA EXPLOTARLO: *La aportación de un auto-taxi a una sociedad irregular no comprende la licencia municipal para explotarlo de la cual es titular uno de los socios, si el otro socio no abonó nada por tal concepto, aunque la mencionada licencia fuera esencial para el negocio que había de desarrollarse en común.*

SOCIEDAD IRREGULAR: APORTACIÓN CUYA PROPIEDAD CONSERVA UNO DE LOS SOCIOS Y LIQUIDACIÓN: *La aportación a una sociedad irregular de una licencia para explotar un turismo como taxi que se mantiene de la exclusiva pertenencia de un socio no produce efectos más que mientras subsiste el vínculo contratado, pero, disuelto éste, cada partícipe retirará lo aportado o su valor en caso de indivisibilidad, quedando, por tanto, excluida de la liquidación social la licencia propiedad de uno de los socios.* [S. 27 de diciembre de 1962; desestimatoria.]

NOTA: A. Dos personas firman un contrato privado, en el cual se convicne que cada una de ellas había pagado la mitad del precio de un coche de turismo-taxi, adjudicado a uno de ellos, con licencia para explotarlo como tal del Ayuntamiento de M., y cuya propiedad pertenecía por mitad e iguales partes indivisas a los contratantes. Asimismo se convino en repartir por mitad las utilidades que se obtuvieran con la explotación y en soportar en a misma proporción los gastos que originara. Después de diversas incidencias se pide —entre otros extremos— la disolución de la sociedad así constituida, pretendiéndose que, con el saldo resultante de la liquidación, se pague al demandante —quien no era el titular de la licencia para explotar el turismo como taxi— el importe de su participación en la propiedad del auto-taxi y el valor comercial e industrial de la licencia de explotación, extremos estos últimos que habían de fijarse en ejecución de sentencia. El Juzgado admite la «procedencia de liquidar la sociedad y con el importe del saldo que resulte pagar hasta la suma de ... ptas. al demandante el importe de su participación en la sociedad y el va'or comercial e industrial de la licencia de explotación...». Aplada la sentencia por el demandado, la A. T. declaró «la procedencia de liquidar la sociedad y con el saldo resultante de la liquidación pagar hasta la suma de ... ptas. al demandante el importe de la propiedad del referido auto-taxi...».

Planteado el recurso de casación, todo el esfuerzo del recurrente se polariza en demostrar que «el objeto 'para explotar el negocio' no podía ser otro que el auto-taxi y la licencia del Ayuntamiento; porque sin auto-taxi no podía haber 'negocio' ni 'industria' y con éste, sin licencia del Ayuntamiento, tampoco; era necesario la conjunción de estos dos elementos para que el contrato no le faltara el requisito esencial del objeto». El recurrente alega asimismo en apoyo de su tesis que «un automóvil cualquiera no es el vehículo solamente, sino que es éste y su documentación... y que un auto-taxi es además del ve-

hículo y la documentación que puede necesitar cualquier otro coche, la licencia municipal sin la que la explotación del mismo es imposible...». Por tanto —concurre el recurrente—, el coche se entiende aportado con todos sus accesorios y e valor del todo —incluida la licencia— tiene que entrar en la liquidación. El T. S. rechaza el recurso interpuesto por las razones que se indican a continuación.

B. La cuestión planteada es una cuestión de interpretación del contrato en una de sus cláusulas, referente a las aportaciones de los socios: «la licencia municipal para el servicio público extendida a nombre del titular del auto e indispensable para el fin pactado forma parte del patrimonio social a efectos de la liquidación del negocio? La sentencia anotada partiendo de la base de que se trata de una sociedad irregular —*rectius*, sociedad oculta, porque, además de haberse celebrado por documento privado, no se había manifestado a terceros— que, según el art. 1.669, II C. c., ha de regirse por las normas referentes a la comunidad de bienes, estima que «como en todo régimen de comunidad los socios conservan la propiedad de sus aportaciones», y, por tanto, la licencia —que se aportó sin que el otro socio abonará ninguna cantidad por este concepto— continúa perteneciendo a su titular originario, quien únicamente aporta el uso de la misma, necesario para la obtención de fin social, durante la vigencia de la relación social, debiendo, en consecuencia, recuperar la cosa específica de la cual se aporta sólo el uso en la fase de liquidación de la sociedad. Esta solución se apoya en la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular (sobre el tratamiento de la sociedad irregular. GIRÓN TENA, *Sociedades mercantiles (Leciones)*, I. Parte general, Valladolid, 1962, 2.º ed., págs. 151 y ss.), puesto que si este atributo permite considerar que, en caso de silencio del contrato social, la aportación se realiza en propiedad (V. algunas Ss. del T. S. que establecen esta preunción, en GARRIGUES, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1947, I-1, página 442), en los casos en que la sociedad carece de dicha calificación, hay que suponer que la propiedad de las aportaciones se conserva en el patrimonio de los aportantes (V. BLAISE, *L'apport en société*, París, 1955, págs. 338 y rs., con referencia las *associations en participation*, pero con argumentación y resultados aplicables a todos los casos en que una determinada situación social carece de personalidad jurídica). Consecuentemente, en el momento de la liquidación del patrimonio social, el aportante que sólo transfirió el goce de la cosa, obtiene el bien utilizado por la sociedad durante el desarrollo de su actividad, tal y como lo aportó, con precedencia incluso a los acreedores sociales. (BLAISE, ob. cit., pág. 377). Esta solución puede, sin embargo, considerarse dudosa, por inequitativa, para los terceros acreedores de la sociedad, quienes, en los casos normales no han podido conocer la cualidad de la aportación existente en el patrimonio de la sociedad —círculo este de cuestiones que permanece al margen de la problemática suscitada en la controversia resuelta en esta ocasión por el T. S.—. Incluso puede aparecer dudosa respecto a las relaciones entre los socios (v., sobre todo, SIMONETTO, *Disciplina dei conferenti di beni «quoad usum»*, RivDirCiv, 1956, II, págs. 579 y ss.: posible compensación del crédito perteneciente al socio aportante quoad usum a la restitución de la cosa aportada con el crédito de los restantes socios relativo a las pérdidas sociales). (J. F. D.)

2. USUFRUCTO DE ACCIONES: DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO; DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE FRUTO: *Las participaciones de Sociedad de responsabilidad limitada, y las acciones de Sociedad anónima, emitidas con motivo de una ampliación de capital, con cargo íntegramente a las reservas constituidas con beneficios obtenidos durante el usufructo, constituyen un fruto de la participación social en la Sociedad Limitada, transformada luego en acciones de Sociedad Anónima.* [S. 19 de enero de 1962; no ha lugar.]

En 1931 fallece una persona legando a su esposa el usufructo vitalicio de una participación en Sociedad Comanditaria, cuya nuda propiedad lega a sus hermanos. En 1938 la Sociedad se transforma en Limitada y realiza una ampliación de capital con cargo exclusivamente a las reservas. Después la Sociedad se transforma en Anónima, y en 1952 amplía nuevamente su capital social sin desembolso por parte de los accionistas. Al fallecer la usufructuaria en 1955 se plantea la cuestión de la atribución de las participaciones sociales y acciones de S. A. emitidas durante el usufructo con cargo a beneficios obtenidos en el mismo período. En el título de constitución del usufructo se establece que la representación ante la Sociedad ha de corresponder a la usufructuaria.

Las partes interesadas celebran un contrato de arbitraje encargando de la decisión a un letrado. El recurso de casación se interpone contra el laudo, y es desestimado.

Dada la duración en el tiempo de este usufructo sobre derechos, se plantean interesantes cuestiones acerca de la transformación de su objeto: primero es una participación en una Sociedad Comanditaria, luego se convierte en una participación en Sociedad Limitada, y, por último, se transforma en acción de una Sociedad Anónima; todo ello con fundamentales variaciones en el capital social y coincidiendo con el fenómeno de la devaluación de la peseta. La sentencia rechaza el motivo tercero en el que se alegaba violación del art. 467 del C. c. argumentando que el límite del «salva rerum substantia» no es absoluto en nuestro Derecho, y que «aparece clara la intención del testador constituyente del usufructo, en reforzar la posición de la usufructuaria, con la representación exclusiva de la participación social, mientras viviese».

En cuanto al régimen de este usufructo vitalicio, parece que hay que entender que ha pasado sucesivamente por varios: el del art. 475 del C. c., y el del art. 41 de la Ley de Sociedades Anónimas; en cambio, la transformación de la Sociedad de Limitada en Anónima fue anterior a la ley de 1953, si bien hay que reconocer que el art. 24 de ésta está inspirado por análogos principios que el art. 41 de la de Anónimas.

Es indudable el carácter de fruto de las acciones emitidas con cargo a beneficios obtenidos durante la vigencia del usufructo. En este punto, lo destacable de la sentencia es que aplica la misma solución a hechos ocurridos antes de entrar en vigor la Ley de 1951. (G. G. C.)

3. PACTO DE SINDICACIÓN DE ACCIONES: INCUMPLIMIENTO: *El incumplimiento de las cláusulas de un pacto de sindicación de acciones no constituye incumplimiento de los preceptos estatutarios, porque el pacto de sindicación no puede llegar a modificar los preceptos legales y estatutarios.*

PACTO DE SINDICACIÓN DE ACCIONES: EFICACIA: *La eficacia del pacto de sindicación de acciones no puede llegar a supeditar la convocatoria de una junta para resolver sobre la disolución de la sociedad por una causa que se impone a la voluntad de los mismos accionistas.*

PACTO DE SINDICACIÓN DE ACCIONES: EXIGENCIA DE CUMPLIMIENTO: *No es lícito ni en el orden moral ni en el jurídico que la parte que ha violado una de las cláusulas del pacto de sindicación pretenda accionar al amparo de otras cláusulas del mismo.*

DERECHO DE INFORMACIÓN: *No se infringe el derecho de información cuando al accionista le era perfectamente conocido el estado de la sociedad por haber desempeñado el cargo de secretario general de la misma con poderes de administración y gestión durante el tiempo al cual se refiere la información solicitada.* [S. 10 de octubre de 1962; desestimatoria.]

NOTA: I. Mediante un contrato —llamado por los propios contratantes— de sindicación, el titular de la mayoría de las acciones de una sociedad —el cual ocupaba el cargo de presidente de la misma— se obligaba frente al otro accionista a consultar y recabar su consentimiento expreso para los actos decisivos que afectaran a la entidad social de la cual eran socios. Por el mismo pacto se declaraban sus preceptos de aplicación preferente a las normas contenidas en los estatutos sociales. A consecuencia de vicisitudes en el desenvolvimiento de la vida social, el accionista mayoritario convoca junta general para acordar la disolución de la sociedad. Así se acuerda y el otro contratante impugna el acuerdo de la junta referente a la disolución basándose para ello en que la convocatoria no se ha ajustado a los términos y contenido del pacto de sindicación, infringiendo los arts. 1.254, 1.255, 1.256, 1.258 y 1.259 del C. c.

II. La problemática de los pactos dirigidos a vincular el desarrollo futuro de la vida social mediante el sometimiento de alguno de los socios, en su calidad de órganos sociales, a una determinada conducta no prevista en los estatutos se bifurca en dos direcciones.

A. La validez de los sindicatos de accionistas —que pueden calificarse como contratos parasociales (OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, páginas 115 y ss.; GARRIGUES, *Los sindicatos de accionistas*, RDM, XIX (1951), páginas 91 y ss. y, después, en AAMatNot, IX (1957), págs. 93 y ss.) de carácter asociativo (GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 79)— ha sido muy controvertida por la literatura mercantilista (v. una amplia información en la reciente monografía de CORTINO, *Le convenzioni di voto nell società commerciali*, Milano, 1958). En nuestra doctrina predomina la opinión afirmativa, apoyándose en las exigencias de la vida real y en la utilidad que tales pactos pueden ofrecer para un más correcto desarrollo de la vida social (GARRIGUES, *ob. cit.*; URÍA, en GARRIGUES, J. y URÍA, R.: *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, I (Madrid, 1952), págs. 568 y ss.; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 313; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1962, 3.ª ed., página 224).

B. La sentencia comentada da por supuesta la validez del pacto y se ocupa de su relevancia en orden a los que en él mismo participan y a los estatutos sociales.

1. La relevancia *inter partes* de tales contratos es incuestionada. El cumplimiento de las obligaciones en ellos establecidas es exigible en la misma medida en que son exigibles las obligaciones contractuales cuyo contenido consiste en emitir una declaración de voluntad (V. OPPO, *ob. cit.*, pág. 126). Su incumplimiento se resuelve, por tanto, en el deber de prestar una «química indemnización» (GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 69; URÍA, *Comentario*, página 569), que depende de la existencia de una relación de causalidad entre omisión del voto en el sentido previsto y adopción del acuerdo, y que exige, además, la demostración del perjuicio experimentado por la sociedad con la infracción.

2. Más allá del límite personal de los contratantes, cesa, según la opinión unánime de la doctrina, la relevancia del mismo. Las estipulaciones del sindicato de accionistas no se convierten en normas estatutarias, sino que con-

tinúan al margen de los estatutos, aunque, como en el caso resuelto por la presente sentencia, el mismo pacto haya declarado que sus normas se aplicarán con preferencia a las estatutarias, a las cuales pretende así sustituir, para obtener el mismo resultado que si se hubieran modificado los estatutos sociales —evitándose, sin embargo, los gastos inherentes a esta operación—. La sentencia coincide, pues, con la opinión mantenida por nuestra doctrina anteriormente (GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 75; URÍA, *ob. y loc. cit.*).

La declaración de la sentencia no deja lugar a dudas: los preceptos legales y estatutarios no pueden modificarse por un contrato al margen de la sociedad, sino que su modificación tiene que someterse, en los límites permitidos por las normas de derecho necesario, a los requisitos y cautelas previstos con carácter general por los arts. 84 y ss. LSA. La infracción de los pactos de sindicación no constituye, pues, infracción de los estatutos sociales y no afecta al acuerdo adoptado.

Cuando, además de los participantes en el pacto de sindicación, existen otros socios ajenos al mismo, la solución establecida por la jurisprudencia no ofrece ninguna duda. Pero cuando —como ocurre en el caso presente— las partes del contrato son los socios únicos de la sociedad afectada por el pacto, podría plantearse el posible abuso de la persona jurídica por parte de uno de los contratantes —el socio mayoritario— quien, para negarse a cumplir el contenido de un contrato libremente convenido —el de sindicación— se ampararía en la existencia de la persona jurídica (V. OPPO, *ob. cit.*, págs 126 donde se plantea esta cuestión).

Pero un doble orden de consideraciones han evitado que, el T. S. tuviera que enfrentarse con este debatido problema. En primer lugar, por razón de la materia a la cual hubiera afectado la posible relevancia del pacto en cuestión. Se trataba de acordar la disolución de la sociedad por pérdidas. Como esta causa de disolución afecta a la garantía de los acreedores, los estatutos no pueden excluir su funcionamiento y, en el caso de que exista realmente, los Tribunales pueden declarar, aun sin un acuerdo social que la constata sobre las diversas maneras de operar las causas de disolución, V. GIRÓN TENA, *Sociedades mercantiles (Lecciones)*, I, Valladolid, 1962, 2.ª ed., pág. 269 y ss.). Por tanto, el pacto de sindicación, aun alcanzando a todos los actos que afectan a la marcha o desenvolvimiento de la actividad social, no puede producir efectos más fuertes que los que hubiera podido producir el mismo estatuto social. En la relación entre normas del pacto de sindicación y normas estatutarias predominan estas últimas cuando son reflejo de normas legales de derecho necesario.

En segundo lugar, el accionista que reclamaba el cumplimiento del pacto de sindicación había incumplido previamente una de las condiciones o cláusulas contractuales, al renunciar a su cargo de secretario y asesor técnico de la sociedad, estimando el T. S. que no es «lícito en el orden moral ni en el jurídico, que violado aquel contrato pretenda la propia parte accionar al amparo de otras cláusulas del mismo, que considera vigentes por unilateral voluntad».

3. Por último, hay que hacer notar que, aunque el T. S. haya resuelto tan sólo las relaciones entre normas de derecho necesario del ordenamiento de la sociedad y normas del pacto de sindicación, la solución habría de ser la misma si se hubiera tratado de las relaciones entre preceptos de derecho dispositivo y pacto de sindicación, en cuanto que la interpretación del art. 6, inciso final LSA —declaratorio de la nulidad de los pactos sociales que se mantengan reservados— debe de interpretarse en el sentido de que los socios, fuera de la escritura social, pueden establecer pactos con efectos puramente internos (URÍA, *Derecho mercantil*, pág. 178; GARRIGUES, en *Comentario*, I, páginas 136 y sig.). (J. F. D.)

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: LUGAR PARA DEPOSITAR LAS ACCIONES: *Vulnera los estatutos sociales la convocatoria que, para realizar el depósito de las*

acciones previsto por el art. 59 LSA, establece lugares distintos a los prescritos por los estatutos, siendo impugnabile el acuerdo adoptado por la junta reunida en base a tal convocatoria. [S. 6 de noviembre de 1962; desestimatoria.] (J. F. D.)

4. EXTINCIÓN POR NOVACIÓN: *No existe infracción del deber de restitución, propio del depósito, una vez que éste ha sido extinguido por novación, al suscribirse —por los mismos sujetos— una póliza de crédito garantizado con los valores primitivamente depositados.*

APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA: *Incumplidos por parte del acreditado sus compromisos, puede el Banco proceder a la venta de los valores constitutivos de la garantía, ateniéndose en cumplimiento de lo acordado por las partes, a las formalidades establecidas en el art. 323 del C. de C. para el préstamo con garantía de efectos públicos.*

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: *El art. 1.902 del C. c. se refiere a la culpa extracontractual y es inaplicable, cuando se trata de hacer efectiva la derivada de un contrato. [S. 30 de octubre de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: I. Aunque, según la doctrina dominante y reciente Jurisprudencia del T. S. (S. de 29 de mayo de 1947, citada en el fallo que extractamos), la novación en Derecho español tiene un concepto amplio, comprensivo no sólo de la novación extintiva, sino también de la modificativa, no cabe duda de que cuando las partes lo declaran terminantemente o cuando la nueva obligación sea de todo punto incompatible con la antigua (C. c. art. 204), la novación produce efectos extintivos de la obligación primitiva. Al ser afectados a la garantía de una cuenta de crédito valores anteriormente depositados en el Banco que abre dicha cuenta, aparte de que los contratantes declaren extinguida la obligación nacida del depósito, se crea una nueva que es incompatible con aquélla; en cuanto que de ella deriva para el Banco la facultad de enajenar dichos valores, en caso de incumplimiento por parte del acreditado, cosa que está en oposición con el deber de custodia, conservación y restitución, integrante de la obligación derivada del depósito.

II. El Código de Comercio (arts. 320 a 324) regula la prenda de valores, con una doble limitación, si nos atenemos al significado estricto de sus términos: una limitación objetiva, en cuanto que sus normas contemplan únicamente la pignoración de efectos o valores públicos cotizables y una limitación por razón del fin, en cuanto que dicha garantía es regulada únicamente en conexión con el préstamo.

Ahora bien, en ningún momento da a entender el Código que estas limitaciones sean formalmente prohibitivas, de modo que excluyan una posible constitución de garantías sobre efectos o valores industriales privados y para asegurar operaciones de crédito, distintas del préstamo. Aprovechando esta facultad dejada a la autonomía privada, la práctica contractual mercantil especialmente la bancaria, ha extendido el sistema de garantía sobre efectos públicos, establecido para el préstamo mercantil en los artículos 320-324 C. c., a otros valores industriales privados y para afianzar operaciones de crédito distintas del préstamo, como es la apertura de crédito. (Pueden verse: GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid 1958, p. 315 y siguientes; URÍA, *Derecho Mercantil*, tercera edición, Madrid 1962, p. 581 y siguientes). Es requisito necesario para la admisión de títulos privados en garantía, el que éstos sean cotizables, por cuanto de esta circunstancia deriva su valoración objetiva, tanto para su función de garantía como para su ejecución y la posibilidad de una negociación rápida.

Los Estatutos de los Bancos y las condiciones generales de sus pólizas de pignoración de valores determinan qué títulos privados serán admitidos en garantía, así como el porcentaje de su valor a que se elevará, como máximo, el crédito otorgado.

La Jurisprudencia ha admitido constantemente esta práctica, que basada en el libre acuerdo de las partes, extiende analógicamente a la garantía de la apertura de crédito mediante la pignoración de valores industriales privados el régimen pensado por el Código para los préstamos con garantía de efectos públicos. Así la presente Sentencia, que reitera la doctrina de otras anteriores. (Pueden verse en GARRIGUES, ob. cit., p. 348 ss. las siguientes: S. de 14 de junio de 1933, de 1 de marzo de 1930 de 6 de febrero de 1931, de 22 de noviembre de 1935, de 20 de mayo de 1943, de 3 de enero de 1947, de 21 de junio de 1935, de 26 de junio de 1945, de 24 de junio de 1941). Estas sentencias abordan diversos temas particulares implicados en la pignoración de valores cotizables, públicos o privados, en garantía de operaciones de crédito. De la validez de esta práctica extensiva, a que nos venimos refiriendo, se ocupa especialmente la S. de 8 de mayo de 1947, resolviéndolo en sentido afirmativo.

Por fin, de los artículos 35 y 42 de la Ley de Sociedades Anónimas, que toman determinadas medidas para el caso de constitución de derechos reales, y concretamente de prenda, sobre acciones, se podría extraer una confirmación indirecta de la validez de la práctica mencionada.

III. Es perfectamente correcta la doctrina reiterada en esta sentencia, según la cual, el artículo 1.902 se refiere a la culpa extracontractual. Sin embargo, la afirmación siguiente de que dicho artículo es inaplicable, cuando se trata de hacer efectiva la culpa derivada de un contrato, podría ser erróneamente interpretada. Porque, no toda posible culpa derivada de un contrato es culpa contractual; sino solamente aquélla, por virtud de la cual se incumplen obligaciones derivadas de él —o de cualquier fuente válida de obligaciones— con daño para la otra parte. (Véase, p. ej., CASTÁN, Derecho Español, común y foral, 8.^a edic., t. III, p. 145 s.; TRAVIESAS M., La culpa, RDP, 13 (1962), p. 288 ss.). Ahora bien, es posible que el comportamiento culposo de una de las partes en el cumplimiento de la obligación sea causa de daño para un tercero ajeno a ella. En este caso de culpa realmente «derivada de un contrato», no estaríamos ante un supuesto de culpa contractual, sino extracontractual y a ella sería aplicable el artículo 1.902 del C. c. Lo que precisamente caracteriza la culpa extracontractual es la inexistencia de vínculo obligatorio o relación jurídica, preexistente entre el autor del daño y el perjudicado. Esta leve precisión ayuda, creemos, a comprender en su recto sentido la doctrina sentada en esta sentencia.

U. V. A.

5. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA PARA RECLAMAR EL PRECIO: LUGAR DE ENTREGA DE LA COSA VENDIDA: *Salvo pacto en contrario, los géneros de comercio se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor.*

COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE ENTREGA: GIRO DE LETRAS DE CAMBIO: *La presunción de que, salvo pacto en contrario, los géneros vendidos se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor es iuris tantum y no se desvirtúa por la circunstancia de haberse girado letras de cambio, lo cual sólo constituye una finalidad para el pago que otorga el vendedor al comprador. [S. 13 de diciembre de 1962.]*

6. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA PARA RECLAMAR EL PRECIO. ENVÍO DE LAS MERCANCÍAS CON PORTES PAGADOS POR EL VENDEDOR: *Si las mercancías*

ventas se expiden con portes pagados por el vendedor, a cuya cuenta y riesgo viajan las mercancías hasta el domicilio del comprador, la entrega se entiende hecha en este último lugar, siendo competente, a falta de sumisión expresa o tácita, el órgano judicial del mismo.

COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA PARA RECLAMAR EL PRECIO. PORTES PAGADOS Y GIROS DE LETRAS: *Cuando la mercancía vendida viaja con portes pagados por el vendedor, las letras giradas para hacer efectivo el pago no tienen la finalidad de facilitar al comprador este pago, en lugar distinto al de la entrega, sino que corroboran que ésta se verifica en el domicilio del comprador. [S. 22 de enero de 1963.]*

NOTA: El T. S. ha venido declarando reiteradamente que el giro de letras de cambio pagaderas en el domicilio del comprador no altera el lugar de pago —y, por lo tanto, la competencia territorial, salvo el caso de que se ejercite la acción cambiaria. La razón aducida para esta solución es la de que el giro constituye una mera facilidad que el vendedor otorga al comprador para que cumpla su obligación de pagar el precio (v., p. ej., entre otras muchas, Sentencia 13 de febrero de 1962 *supra*). Pero cuando el giro de letras en estas condiciones se produce con relación a una compra-venta en la cual los géneros vendidos se han enviado por cuenta y riesgo del vendedor, aquélla circunstancia viene a corroborar la interpretación que ha venido dándose a la cláusula que establece los envíos por cuenta y riesgo del vendedor al domicilio del comprador. En definitiva, el giro de letras pagaderas en el domicilio del comprador se aísla del juego de las relaciones jurídicas surgidas en la compraventa: no es suficiente, por sí sólo, para desvirtuar la presunción *iuris tantum* de que la mercancía se ha entregado en el domicilio del vendedor, ni tampoco para desvirtuar el alcance del envío por cuenta y riesgo del vendedor cuando concurre con esta cláusula en una misma compra-venta. (J. F. D.)

CONTRATO DE SEGURO: FIJACIÓN DE LA INDENNIZACIÓN POR PERITOS NOMBRADOS SEGÚN LA PÓLIZA: DENEGACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL DURANTE EL PROCESO: — *Si la póliza de seguros contra incendios determina que la evaluación de los daños y la procedencia de la indemnización se realizarán por peritos designados de acuerdo con lo dispuesto en ella, está bien denegada la prueba pericial pedida por una de las partes en el ulterior proceso, pues, cualquiera que sea el acierto de las conclusiones emitidas por el peritaje, a ellas se sometieron únicamente las partes por anticipado.*

CONTRATO DE SEGURO: DENEGACIÓN DE INCORPORAR ACTUACIONES SUMARIALES EN EL PROCESO CIVIL: *No produce indefensión la negativa a incorporar al proceso en el cual se discute el acierto de la valoración extrajudicial realizada por los peritos los testimonios de actuaciones sumariales, formadas como consecuencia del sumario incoado por el juzgado para depurar las posibles responsabilidades en la producción del siniestro, porque carecen de influencia en la decisión de la litis civil, al haberse formado y recogido su contenido, sea o no exacto, fuera de los principios de publicidad y controversias bilaterales, propias del proceso civil. [S. 5 de febrero de 1959; desestimatoria.]*

NOTA: A. Como consecuencia de un siniestro cubierto por una póliza de seguros contra incendios, los peritos nombrados por las partes, según lo

dispuesto en la misma, no llegan a un acuerdo acerca de las valoraciones de los daños y se hace preciso nombrar el tercer perito. En esta segunda fase de la actividad pericial, el perito nombrado por el asegurado y el tercer perito llegan a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización, no compartido por el perito designado por el asegurador, el cual se niega a firmar el acta de la peritación. El asegurado reclama el pago de la indemnización fijada por los peritos, oponiéndose el asegurador por estimar que el peritaje está falto de clase y justificación como hecho con error y negligencia. Para probar sus afirmaciones, propone el asegurador —demandado al pago— un nuevo peritaje, a cuya admisión se opone el asegurado, ya que existe una anterior prueba pericial «con valor de verdadero arbitraje», que no puede sustituirse en el proceso por otra nueva pericia, como pretende el demandante.

Se declara la inadmisión en la primera instancia, y, reproducida la petición del demandado en apelación, se deniega también por la A. T. Se interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, anunciando, para su caso, la formalización del recurso de casación por infracción de ley, al amparo del número 3 del artículo 1.693 LEC, por falta de recibimiento a prueba en alguna instancia, que es desestimado por el T. S. Igualmente se desestima el motivo de casación aducido al amparo del número 5 del mismo precepto, porque la falta de incorporación de las diligencias sumariales no ha producido indefensión a la parte que la propuso, dados los principios bajo los cuales se formaron tales documentos. Posteriormente el recurrente desiste del recurso de casación por infracción de ley, que se admite por resolución del T. S. de 10 de diciembre de 1962.

B. La calificación de la actividad desarrollada por los peritos y la determinación del valor jurídico de la decisión pericial son cuestiones difíciles de resolver, no sólo en nuestro ordenamiento por la especial dificultad que ofrece la interpretación de los textos del C. c. (véase GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, II, Madrid, 1962, 4.ª ed., pág. 313), sino también otros distintos, con preceptos más cuidados (V., p. ej. DONATI, *Tratado del diritto delle assicurazioni Private*, II, Milano, 1954, págs. 439 y ss.; PROLSS, *Versicherungsvertragesetz*, München. Berlin, 1962, 13 ed., con al § 64 VVG., págs. 245 y ss.) No es extraño que la jurisprudencia haya tratado de precisar y de aclarar este punto en una serie de sentencias —que pueden verse recogidas en POLO, *Leyes mercantiles y económicas*, II, Madrid, 1956, págs. 1691 y ss.; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, III, Barcelona, 1959, págs. 573 y ss.; BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado de seguros*, II, Madrid, 1955, págs. 206 y ss.; el comentario de POLO a la sentencia del T. S., de 12 de noviembre de 1943, RDP, 1944, págs. 430 y ss. centra debidamente la cuestión.

Encuadrada la actividad de los peritos en este supuesto como un caso de arbitrio de tercero (así, últimamente, DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, págs. 97 y ss.), su eficacia para las partes que se han sometido a ella depende del consentimiento manifestado en la póliza. Ahora bien, este consentimiento se refiere a las valoraciones realizadas por los peritos, pero el importe definitivo de la indemnización depende, no sólo de estas valoraciones, sino de la aplicación de otras normas —p. ej., disponiendo franquicias— que sólo puede realizarse mediante una actividad arbitral. Esta distinción (v. URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1933, 3.ª ed., págs. 494 y sig.) puede permitir salvar la antinomia entre vinculatoriedad para las partes de la decisión pericial y la necesidad de que el asegurador manifieste su consentimiento para que la indemnización sea exigible. En cuanto a la actividad desarrollada por los peritos para decidir sobre extremos distintos a los puramente valorativos, es exacta la calificación de GARRIGUE (*Curso*, II, pág. 314) como un arbitraje especial, que se estableció con la finalidad de liquidar, rápida y económicamente, la relación aseguradora una vez surgido el siniestro. La necesidad de que la decisión sea con-

sentida por el asegurador para que le obligue al pago de lo establecido (artículo 409 C. de C.) se refiere a la indemnización como un resultado —del cual las valoraciones constituyen un elemento— y concuerda, en la actualidad, con lo dispuesto en el art. 3, II de la Ley sobre arbitrajes privados para los arbitrajes libres (sobre esta figura, Díez-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 81 y siguientes; ID, *Ante un caso de arbitraje libre. Estimación del valor de unas obras por dictamen de peritos* (sentencia de 5 de noviembre de 1957); ADC, 1958, págs. 585 y ss.), según el cual uno de los requisitos determinantes de su vinculatoriedad es el de que las partes acepten la decisión del árbitro libre después de que la haya emitido. La fuerza ejecutiva a la que se refiere así el artículo 410 C. de C. se conecta a una decisión arbitral ya consentida por el asegurador.

Según URÍA (*ob. y loc. cit.*), la tendencia manifestada por la jurisprudencia del T. S. es la de considerar que la valoración de los daños efectuada por los peritos es vinculante para las partes, a no ser que se haya cometido error, dolo o negligencia grave. En el caso discutido por la presente sentencia, no se declara directamente la vinculatoriedad de la decisión dada por los peritos, pero la sentencia se apoya sobre ella para rechazar la prueba pericial en el curso del proceso entablado por el asegurador para reclamar el importe de la indemnización. Ahora bien, si la decisión de los peritos no puede combatirse ulteriormente mediante los resultados obtenidos con otra prueba pericial en el proceso, resultará que los medios de cuya utilización pueda manifestarse la causa de la impugnación alegada, tienen que estar forzosamente o contenidos en la misma decisión impugnada —sobre lo que no se pronuncia el T. S. en esta ocasión— o haber sido introducidos en el proceso mediante otros medios probatorios distintos de la prueba pericial. Con esta decisión se fortalece, pues, la tendencia jurisprudencial a mantener la eficacia de las valoraciones realizadas extrajudicialmente por los peritos nombrados de acuerdo con lo dispuesto en la póliza. (J. F. D.)

DERECHO PROCESAL

1. PRINCIPIO DE «PERPETUATIO IURISDICTIONIS»: *Los pleitos, por virtud del llamado principio de la «perpetuatio iurisdictionis» deben resolverse teniendo en cuenta la situación de hecho existente al ser trabada la litis, sin menoscabo del posible cambio de personas durante el procedimiento.*

RECURSO DE CASACIÓN: FALTA DE RECIBIMIENTO A PRUEBA: *La falta de recibimiento del pleito a prueba, en cualquier instancia, sólo genera, para en su día, la casación de la sentencia por quebrantamiento de forma, si tal recibimiento hubiera procedido en derecho. [S. 5 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

2. RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: CADUCIDAD: *Interpuesto subsidiariamente el recurso por infracción de ley, si después de ser desestimado el de quebrantamiento y emplazado el recurrente, transcurre el término de veinte días sin interponer el recurso anunciado, procede declararlo caducado.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: RECIBIMIENTO A PRUEBA: *La falta de recibimiento del pleito a prueba en cualquier de las instancia, sólo genera en su día el recurso de casación por quebrantamiento de forma en el caso de que tal recibimiento procediera en derecho.*

PERPETUATIO IURISDICTIONIS: *Los pleitos deben resolverse habida cuenta del estado de hecho existente al ser trabada la litis, sin menoscabo del posible cambio de personas durante el curso del procedimiento. [S. 5 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

En un juicio de desahucio por precario intentado por el arrendatario de un local contra el ocupante sin título, pretende el demandado en segunda instancia que se le admita prueba sobre el supuesto traspaso realizado por el actor después de expirado el periodo de prueba en primera instancia. El T. S. para desestimar el recurso, invoca la doctrina de la «perpetuatio iurisdictionis». Se designa así el conjunto de efectos de naturaleza procesal, consistentes sustancialmente en que todos los factores determinantes del proceso se toman como existan en el momento de la demanda. Con relación a las partes, Guasp prefiere denominarlos «perpetuatio legitimacionis».

3. CUESTIONES DE COMPETENCIA: *Las cuestiones de competencia, a diferencia de los conflictos de jurisdicción, implican problemas que afectan más a la conveniencia o interés de los litigantes que al orden público o interés social, por lo que no sólo se deja su promoción a la voluntad de las partes, sino que se les pone un límite racional de tiempo. Si el promotor de una cuestión de competencia, aun deduciendo en tiempo oportuno su petición, da lugar por su conducta negligente o maliciosa a que se dicte sentencia y ésta gana firmeza antes de recibirse el requerimiento de inhibición, hay que estimar la cuestión como mal propuesta o tramitada, por no usar de su derecho el promotor en forma adecuada. [S. 22 de enero de 1963.]*

4. EXCEPCIONES DILATORIAS: FALTA DE PERSONALIDAD: FALTA DE ACCIÓN: *Al ser distintas las excepciones de falta de personalidad (2.ª del art. 533 L. E. C.) y de falta de acción, ésta en íntima relación con la causa de pedir, y con el título en que se apoya, cuya ausencia es cuestión de fondo denunciante al amparo del núm. 1 del art. 1.692 L. E. C., y aquella cuestión pura y simple de personalidad, cuya ausencia es vicio in procedendo denunciante al amparo del núm. 2.º del art. 1.693, y habiendo opuesto en la contestación y dúplica la segunda, no cabe en casación por infracción de Ley alegar la primera.*

RECLAMACIÓN PREVIA: *La reclamación previa ante la Corporación demandada que ordena el art. 376 de la Ley de Régimen Local, y por su inobservancia la excepción 7.ª del art. 533 L. E. C., sólo procede cuando la Corporación haya tomado por sí el acuerdo cuya reclamación se interesa y le asista facultad para rectificarlo, pero no cuando el acuerdo proceda de la Administración del Estado, aunque sea demandada también una Corporación Local.*

POSESIÓN: BUENA FE: *Es cuestión de hecho que por tanto corresponde apreciar al juzgador de instancia la relativa a si el poseedor lo fue de buena o mala fe. [S. 9 de diciembre de 1961; no ha lugar.]*

5. EL PODER NO BASTANTEADO: FALTA SUBSANABLE: *Se rechaza el recurso de revisión por injusticia notoria, porque además de que en el preámbulo de la demanda se expresaba claramente que el letrado firmante de la misma decla-*

raba bastante el poder, según Práctica que se decía consuetudinaria, fue posteriormente aportada a los autos la escritura notarial de mandato con la correspondiente diligencia de bastanteo y las deficiencias referentes a la personalidad son siempre subsanables. [S. 28 de diciembre de 1962; Sala VI.]

6. EXCEPCIONES DILATORIAS: FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: *No tiene otra repercusión en la espera procesal que la establecida en el art. 533, núm. 7.º L. E. C., sin que la pretendida infracción de las disposiciones que la regulan de carácter administrativo (R. D. de 23 de marzo de 1886), pueda servir de base a un recurso como el de casación por infracción de Ley que sólo enjuicia y resuelve cuestiones de derecho material. [S. 20 de febrero de 1962; no ha lugar.]*

La sentencia recurrida entendió que no era aplicable el citado R. D. por existir una disposición especial tratándose de montes, el R. D. de 1.º de febrero de 1901, que se había observado en el presente caso. Frente a la tesis del Abogado del Estado recurrente, la regulación de la reclamación previa en la vía gubernativa está exclusivamente contenida en el R. D. de 1886, el T. S. aparte de lo anotado establece «los preceptos... que se citan como infringidos ceden, ante los de igual rango que han sido cumplidos y son específicos de la materia debatida, artículo nueve del Real Decreto de uno de febrero de mil novecientos uno». (R. I.)

7. INCONGRUENCIA: *La incongruencia no puede deducirse nunca de los razonamientos que sirven de base al fallo y sí tan sólo de la parte dispositiva del mismo.*

INCONGRUENCIA: «IDENTIDADES FUNDAMENTALES»: *Cuando no se áa conformidad entre las pretensiones deducidas y la sentencia, se produce incongruencia. Para apreciar esa conformidad o desconformidad ha de examinarse si se dan las llamadas «identidades fundamentales», es decir, la congruencia de lo pedido y lo resuelto por razón de las personas, del objeto y por razón de la causa de pedir o fundamentos de la pretensión. [S. 12 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

8. BENEFICIO DE POBREZA: *Lo esencial en los incidentes de pobreza es la sinceridad de quienes solicitan la declaración de pobre, al exponer su verdadera situación económica, demostrando la debida correlación entre sus ingresos y gastos ya que, si falta ésta, ha de suponerse fundadamente y salvo prueba en contrario, que se faltó a la verdad en la declaración de dichos ingresos, incidiendo en causa desestimatoria del beneficio pretendido. [S. 20 de diciembre de 1962; no ha lugar.]*

9. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: DEPÓSITO PARA RECURRIR: CAUCIÓN JURATORIA: *El requisito de depósito, necesario para la interposición de ciertos recursos de injusticia notoria, debe sustituirse por la caución juratoria en el caso del recurrente con beneficio de pobreza; el incumplimiento de este re-*

quisito es causa de inadmisión y de desestimación. [S. 21 de enero de 1963; no ha lugar.]

10. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: PAGO O CONSIGNACIÓN PARA RECURRIR: *El momento de acreditar el requisito de estar al corriente de pago es el de formalización del recurso; la forma de justificarlo no puede ser otra que la presentación del recibo de la percepción de renta o consignar ésta, en el modo y forma señalado en la Ley, ante el Tribunal destinatario del recurso.*

ESTIMACIÓN DEL RECURSO: ADMISIÓN: *La causa de inadmisión es causa de desestimación.* [S. 6 de febrero de 1963; no ha lugar.]

11. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *Tratándose de impugnar la interpretación del contrato hecha por el Tribunal a quo, debió acogerse el motivo del recurso en la Causa 3.ª, y no en la 4.ª del art. 136 LAU.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *Las pretendidas infracciones de las excepciones 4.ª (falta de legitimación pasiva) y 6.ª (defecto legal en el modo de proponer la demanda) del art. 533 L. E. C. y del art. 359 (incongruencia) no pueden ser objeto de injusticia notoria en el fondo al amparo de la Causa 3.ª del art. 136 L. A. U.* [S. 22 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

12. RECURSO DE APELACIÓN: ESCRITO INTERPOSICIÓN SIN FIRMA LETRADO: *La falta de firma de letrado en un escrito no exento de tal requisito impide proveer a la solicitud, y aunque es un defecto subsanable antes de transcurrir el plazo de caducidad para interponer la apelación, no lo subsana la providencia ilegal del Juez que indebidamente lo admite.*

CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO DE LAS LEYES PROCESALES: *Las normas procesales son de orden público, de imperioso acatamiento para los litigantes y para los Tribunales; frente a la terminante prescripción del art. 310. 3.º de L. E. C. no cabe admitir subterfugio alguno para rehabilitar el plazo de interposición del recurso de apelación.* [S. 24 de enero de 1963; no ha lugar.]

13. RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *Son ineficaces en casación los motivos referentes a puestiones nuevas no discutidas en el pleito, art. 1.729, número 5.º L. E. C., debiendo reputarse cuestiones nuevas las suscitadas con posterioridad a los periodos de alegación y discusión.* [S. 7 de marzo de 1962; no ha lugar.]

14. DOCUMENTO AUTÉNTICO EN CASACIÓN: CONCEPTO: *Para que un documento sea auténtico a efectos de casación se requiere, no sólo que se halle autorizado de manera que haga fe y deba ser creído, sino que también es indispensable que por sí mismo demuestre la equivocación del juzgador con evidencia, sin valerse de deducciones, interpretaciones, analogías o hipótesis.* [S. 18 de febrero de 1963; no ha lugar.]

15. DOCUMENTO AUTÉNTICO EN CASACIÓN: *Documento auténtico en casación es solamente aquel que por sí mismo contiene la demostración del error, y contradice textual y claramente lo afirmado por la Sala de instancia.* [S. 3 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

16. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No corresponde el carácter de documento auténtico a los efectos de casación a las fotocopias acompañadas a la demanda con referencia al contenido de un libro, ni al título del Registro de Propiedad Industrial que es objeto de contradicción.* [S. 20 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

17. RECURSO DE REVISIÓN: NATURALEZA: *El recurso de revisión es de naturaleza extraordinaria como excepción al principio riguroso, y casi absoluto, de la irrevocabilidad de las sentencias firmes; la interpretación de los supuestos que lo autorizan debe ser rígida y restrictiva.*

RECURSO DE REVISIÓN: ALEGACIÓN DE RECObRO DE DOCUMENTOS: *El recurso basado en el recobro de documentos exige que éstos se hayan recobrado tras la sentencia impugnada, que sean decisivos y que hubieran estado detenidos por fuerza mayor. No es documento recobrado el que nunca estuvo en poder del recurrente. Documento recobrado es el que debiendo estar no, malmente en poder de dicha parte, dejó de estarlo, por causa ajena a la voluntad de la misma, durante el pleito y se recuperó tras la firmeza de la sentencia impugnada.*

FORMALISMO DEL RECURSO DE REVISIÓN: *El recurso basado en el fraude exige la invocación explícita, al amparo de la causa 4.ª del art. 1.696 LEC, de la existencia de maquinaciones fraudulentas.* [S. 14 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

I. Derecho civil

1. ARRENDAMIENTO: NATURALEZA DEL CONTRATO: *Cuando en compensación de determinados servicios se permite el uso de una vivienda, ello no constituye un contrato de subarriendo, sino de arrendamiento de servicios* (Sentencia de 5 de marzo de 1963; no ha lugar.)

2. TITULAR ARRENDADOR: COMPRA CON PRECIO NO PAGADO TOTALMENTE: *X es titular arrendador, toda vez que al comprar la casa arrendada, se subrogó en los derechos del anterior propietario, sin que pueda sostenerse que por no haber pagado aún la totalidad del precio que se convino aplazar, estén menoscabados sus derechos de dominio sobre la finca, los cuales, a o más, están sujetos a una exclusión resolutoria y mientras ésta no se cumpla el comprador es un verdadero propietario con todos los derechos inherentes al dominio.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1962; ha lugar.)

3. DISTINCIÓN ENTRE FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO: *El negocio realizado en fraude de ley debe distinguirse del operado con abuso de derecho, porque el que usa abusivamente de su derecho no va contra la letra ni el espíritu de disposición legal alguna, sino que va contra las que debió haber previsto y establecido el legislador en tales casos, a fin de evitar ese uso abusivo.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NÚMERO DE PERSONAS A EFECTOS DE PRELACIÓN: *La madre política debe incluirse en la computación del número de familiares.* (Sentencia de 6 de febrero de 1963; ha lugar.)

4. ARRENDAMIENTO COMPARTIDO: NECESIDAD DE PRUEBA: *El Juez de instancia estimó que no se trataba de un subarriendo, sino de un arrendamiento compartido, pero de ser así, tendrá que existir alguna prueba escrita de ello.* (Sentencia de 12 de diciembre de 1962; ha lugar.)

5. DISTINCIÓN ENTRE SUBARRIENDO Y HOSPEDAJE: *El subarriendo comprende el uso de la vivienda o piso por precio cierto y el hospedaje lo define el Diccionario y la doctrina jurídica como la prestación de habitación y servicios, pudiendo estar o no incluida la manutención.* (Sentencia de 5 de octubre de 1962; no ha lugar.)

6. SUBROGACIÓN: CONVIVENCIA: REQUISITOS: *De los términos «haber convivido» y «habitualmente», que la L. A. U. emplea, claramente se infiere que es necesario que se viva junto o con el titular arrendatario, es decir, en la*

propia vivienda y precisamente el que pretenda subrogarse y no otra persona distinta de él, pues la Ley refiere el derecho precisamente al pariente determinado y no a otra persona de su familia y que esa convivencia sea habitual, aunque no es preciso que lo sea día por día, ni excluya la posibilidad de ausencias más o menos prolongadas por razones justificadas o de trabajo, pero sí que éstas sean la excepción, pues no puede calificarse de «habitual», cuando lo normal sea vivir fuera y lo excepcional hacerlo bajo el mismo techo que el titular arrendatario fallecido. (Sentencia de 11 de marzo de 1963; ha lugar.)

7. SUBROGACIÓN: NOTIFICACIÓN: REQUISITOS: *La L. A. U. no exige que la notificación a los propietarios sobre cesión de derechos arrendaticios vaya firmada por el cesionario, o que si se precisa, no para que tenga validez, sino para que tenga lugar la cesión, es que dicho cesionario esté conforme y la acepte tal como es, con sus derechos y sus obligaciones para con la propiedad. (Sentencia de 12 de febrero de 1963; no ha lugar.)*

8. SUBROGACIÓN: PERSONAS CON DERECHO A ELLA: *Ninguno de los preceptos de la L. A. U., tanto de la actual como de la anterior, establecen la distinción, con respecto a la subrogación arrendaticia «mortis causa», de titular o de cesionario del arrendamiento, sino que por el contrario, admite sin distinguir entre uno y otro de ellos, bastando con que ostente la condición de inquilino.*

CESIÓN: EFECTOS: *En virtud de la cesión de la vivienda, el cesionario sustituye al cedente en todos los derechos y obligaciones del contrato de arrendamiento y entre ellos como es natural, se encuentra el de la subrogación «mortis causa». (Sentencia de 23 de noviembre de 1962; no ha lugar.)*

9. SUBROGACIÓN: PERSONAS EXCLUIDAS: *Los descendientes por afinidad están excluidos del derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento. (Sentencia de 23 de noviembre de 1962; no ha lugar.)*

10. SUBROGACIÓN: AUTORIZACIÓN TÁCITA: *El libramiento de recibos a nombre del arrendatario implica el reconocimiento válido y eficaz de la condición de arrendatario del mismo y en suma implicaría el consentimiento para la eficacia de la subrogación. (Sentencia de 8 de octubre de 1962; no ha lugar.)*

11. SUBROGACIÓN: FINALIDAD DE LA NOTIFICACIÓN: *La notificación fehaciente al arrendador tiene como fundamento garantizar los derechos del propietario arrendador frente a las distintas personas que pueden invocar a su favor la citada subrogación y no en sentido absolutamente formal, al efecto de invalidar la situación jurídica de subrogación que haya sido reconocida tácitamente por el propio arrendador. (Sentencia de 24 de septiembre de 1962; no ha lugar.)*

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: *Desde el momento en que el órgano competente de la jurisdicción laboral decretó el despido del*

actor del cargo de portero, surgió para éste la necesidad de vivienda, puesto que dicho despido llevaba consigo la privación de la que por el cargo de portero ocupaba. (Sentencia de 15 de enero de 1963; no ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: PROPIA NECESIDAD: PRUEBA: *La certificación del Registro civil expresiva del matrimonio celebrado por el hijo del actor propietario justifica el estado de verdadera necesidad, junto con el requisito de tener que residir en esta capital y no contar con otra vivienda.* (Sentencia de 22 de septiembre de 1962; ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: PROPIA NECESIDAD: PRUEBA: *El estado de necesidad depende de múltiples circunstancias y su apreciación es completamente del arbitrio del juzgador, pues se trata de un concepto jurídico que puede admitir diversas interpretaciones.* (Sentencia de 10 de octubre de 1962; ha lugar.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: PROPIA NECESIDAD: PRUEBA: *La demandante tiene el proyecto de dejar de prestar servicios domésticos, cuando consiga la vivienda, y por tanto sólo tiene que probar que efectivamente presta dichos servicios, ya que la necesidad de ocupar el piso se convierte en indispensable al dejar de percibir habitación como pago de sus servicios, pero no se le puede exigir que deje de prestarlos antes de conseguir su piso, ya que a nadie se le puede imponer obligatoriamente la convivencia con terceras personas ni se le puede imponer un medio de vida o profesión no deseada.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1962; ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: NECESIDAD: PRUEBA: *El concepto de necesidad ha de determinarse y apreciarse por el juzgador, atendiendo a las circunstancias peculiares de cada caso.* (Sentencia de 11 de diciembre de 1962; no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: CARÁCTER: *La necesidad no puede ni debe confundirse con la mera conveniencia, sino que ha de revelarse por hechos que indiscutiblemente evidencien que quien pretende para sí la vivienda discutida no disponga de piso que resuelva su forma de vivir, de acuerdo con su estado, familia, profesión, etc.* (Sentencia de 26 de diciembre de 1962; no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: *Entre las necesidades del propietario y del inquilino se califica de más atendible la del primero.* (Sentencia de 15 de marzo de 1963; no ha lugar.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: ERROR EN EL REQUERIMIENTO: EFECTOS: *El error mecanográfico sufrido en la copia del requerimiento entregada a la interesada decía «designación de prórroga» en vez de «denegación de prórroga» que es como consta en la escritura matriz, y ello es inoperante una vez que se conoce o es factible de conocer tal equivocación y más, cuando el derecho patrio ha destacado el elemento subjetivo en la apreciación del*

error, así como en los efectos que produce o puede producir. (Sentencia de 22 de octubre 1962; no ha lugar.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: «DEBER DE RESIDIR»: INTERPRETACIÓN: *«El deber de residir» en términos generales, se interpreta, por los órganos jurisdiccionales competentes, con un sentido amplio, hasta el punto de bastar con demostrar el venir residiendo habitualmente en el lugar, sin que sea necesario justificar, el ejercicio en él de ninguna actividad.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: RESIDENCIA HABITUAL: *La habitualidad en la residencia se demuestra por el hecho de figurar en dos empadronamientos consecutivos.* (Sentencia de 10 de enero de 1963; ha lugar.)

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: *Si no se da la presencia física del inquilino, de sus familiares, o de los que contractual o legalmente traigan causa del mismo, no existe ocupación a efectos de la L. A. U., y sin que pueda, por consiguiente, bastar el uso por la servidumbre; además porque, en estos casos, la presencia de una sirvienta en la vivienda no suele tener otro alcance que el de constituir un medio para eludir la causa resolutoria nacida precisamente como consecuencia de la omisión del uso del inquilino.* (Sentencia de 3 de enero de 1963; no ha lugar.)

22. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: INEXISTENCIA: *La evidente profesión de artista de la arrendataria, al celebrar el contrato, lleva implícito el conocimiento y aquiescencia por parte del arrendador a las indudables consecuencias de dicha profesión, que lleva consigo giras artísticas más o menos prolongadas, durante cuya ausencia sigue, como único hogar de la artista, el que por medio de su servidumbre doméstica continua ocupando.* (Sentencia de 21 de marzo de 1963; no ha lugar.)

23. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: REQUISITOS: *No existe falta de notificación fehaciente, ya que fue hecha en acto de conciliación y por lo tanto bajo fe pública del Secretario del Juzgado, y por lo tanto hace fe como documento público, que es lo exigido por la L. A. U.* (Sentencia de 6 de marzo de 1963; no ha lugar.)

24. RENTA: NOVACIÓN: *Para la reducción de la renta y tratándose de un derecho renunciabile del arrendatario, basta para que tal derecho se entienda ejercitado, con que aquél lo ponga en conocimiento del arrendador de modo fehaciente o mediante interpelación formal, extrajudicial o judicialmente, tal como requerimiento notarial, acto de conciliación o emplazamiento judicial, pues no es necesario acudir a juicio para ejercer en forma eficaz esta facultad legal novatoria rentística, ya que produce sus efectos la misma desde que surge o se manifiesta ostensiblemente la voluntad del arrendatario en tal sentido, como sucede cuando se lleva a cabo por medio del correspondiente requerimiento notarial.* (Sentencia de 7 de marzo de 1963; ha lugar.)

25. RENTA: Las elevaciones de impuestos del Estado, Provincia o Municipio, recaen sobre el inquilino y no pueden incluirse en la renta declarada a efectos fiscales. (Sentencia de 3 de octubre de 1962; no ha lugar.)

26. RENTA: PLAZO DE CADUCIDAD DE ACCIONES: *Tan pronto como el arrendador se dirige al inquilino exigiéndole el pago de las rentas con las diferencias o elevaciones, en que se trata de aumentar, aunque dicho inquilino haya dejado impagado el recibo girado a tal efecto, comienza a discurrir el plazo de tres meses en que tiene vida la acción revisoria.* (Sentencia de 3 de octubre de 1962; no ha lugar.)

27. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS: AUTORIZACIÓN TÁCITA: *Si el arrendador no hizo oposición alguna, ni realizó otro acto por simple que fuera que revelar su disconformidad, es porque en aquel entonces estaba de acuerdo con la autorización de su hijo y con las obras efectuadas, lo que en definitiva viene a ser el otorgamiento de su autorización.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; ha lugar.)

28. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA: INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO: *El conocimiento de la transformación de la vivienda en local de negocio que tenga el arrendador por el hecho de colocar el inquilino en el balcón o en la puerta de la vivienda un rótulo de la pequeña industria que ejerce, no le podrá perjudicar ya que el artículo 4.º de la L. A. U. autoriza a los inquilinos para instalar, en parte de la vivienda, una pequeña industria doméstica aunque sea objeto de tributación.* (Sentencia de 30 de enero de 1963; ha lugar.)

29. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA: INEXISTENCIA: *El hecho de estimar autorizada la existencia de un cierto número de gallinas no transforma el arrendamiento de vivienda a de local de negocio.* (Sentencia de 30 de marzo de 1963; no ha lugar.)

30. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CONCEPTO DE NOTORIA INCOMODIDAD: *Las actividades incómodas de un modo notorio son las que son incómodas para toda clase de personas, pero es evidente que también la cuantía de la incomodidad tiene que ser muy grave para poder justificar la sanción de la resolución de contrato y en este sentido es acertada la equiparación entre los términos «notorias» e «insufribles» referentes a las actividades incómodas.* (Sentencia de 4 de febrero de 1963; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación únicamente procede contra los errores «In iudicando» no contra los vicios «In procedendo».* (Sentencia de 25 de septiembre de 1962; no ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIDADES: *Si el recurso de suplicación hubiere sido admitido, sin haberse acreditado por el recurrente, estar al corriente en el pago de las rentas, el Tribunal debe subsanar tal defecto, no reniéndole por admitido y declarando su nulidad, así como también debe declarar firme la Resolución contra la que se recurre.* (Sentencia de 5 de octubre de 1952; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *No basta con enumerar la infracción, sino que es preciso demostrar la equivocación del juzgador al aplicar la norma impugnada y, por otra parte, la afirmación genérica de haberse infringido preceptos legales o jurisprudenciales sin más concreción que la cita de las sentencias y sin especificar la causa a que pertenece del precepto legal a cuyo amparo se acusa la infracción, es insuficiente para la estimación del recurso.* (Sentencia de 11 de diciembre de 1962; no ha lugar.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *El rango de doctrina legal está reservado para las resoluciones del Tribunal Supremo, por lo cual, sólo en decisiones de este Alto Tribunal pueden ser fundados los recursos de suplicación.* (Sentencia de 18 de diciembre de 1962; no ha lugar.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LEGITIMACIÓN: *No incumbe a la parte actora, una vez que acreditó su carácter de arrendadora en el contrato de inquilinato, tener que probar su actual condición de propietaria de la vivienda, porque por virtud de tal carácter que allí ostentó, es suficiente para poder entablar legítimamente el recurso de suplicación.* (Sentencia de 18 de septiembre de 1962; no ha lugar.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: *La desocupación de la vivienda durante más de seis meses en el transcurso de un año, constituye un hecho de la apreciación exclusiva del juzgador de instancia, y que no es factible de impugnación en el recurso de suplicación.* (Sentencia de 21 de septiembre de 1962; no ha lugar.)

7. PRUEBA TESTIFICAL: *Para considerar testificables unas declaraciones, tienen que haber sido depuestas en un proceso conforme a las normas que para tal prueba determina la L. E. C.* (Sentencia de 27 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

8. PRUEBA: APORTACIÓN: *El no aportar los documentos que acrediten la propiedad del inmueble no constituye defecto de propiedad, sino que afecta al derecho y acción con que se litiga y constituye cuestión de fondo.* (Sentencia de 20 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

9. COSTAS: INDICIOS DE TEMERIDAD: *Son tan evidentes los preceptos legales que prohíben contrariar mediante el recurso de suplicación las valoraciones de pruebas que se contengan en las sentencias impugnadas, cuando en las mismas no se haga aplicación del abuso de derecho, y son tantas*

las decisiones judiciales que de manera unánime, han hecho aplicación de este criterio, que al tratar de contrariarlo, significa siempre un proceder temerario c efectos de condena en costas. (Sentencia de 13 de febrero de 1963; no ha lugar.)

10. COSTAS: INDICIOS DE TEMERIDAD: *Todo hace suponer que se entabló el recurso de suplicación para prolongar el disfrute de una vivienda sin título legal a'guno, lo que evidencia la mala fe del recurrente, merecedora de las costas del recurso.* (Sentencia de 19 de febrero de 1963; no ha lugar.)

11. COSTAS: INDICIOS DE TEMERIDAD: *Es notoriamente temeraria la conducta del recurrente por haber dado lugar a la tramitación de este recurso, apoyado solamente en fundamentos claramente desestimables.* (Sentencia de 15 de marzo de 1963; no ha lugar.)

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1 SITUACIONES DE «CONVIVENCIA» DEL ARTÍCULO 27 DE LA LAU DE 1946: *A efectos de lo dispuesto en el artículo 27 de la LAU de 1946 —situaciones subarrendaticias o de mera convivencia dentro de los límites numéricos de dicha norma: dos personas— el matrimonio cuenta como una unidad.* (Sentencia de 26 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

2. SUBARRIENDOS TOLERADOS: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN: *Es causa de resolución la omisión de notificar la existencia de los subarrendatarios a que se refiere el artículo 18 de la LAU.* (Sentencia de 4 de octubre de 1962) (Análogamente Sentencias de 5 de octubre y 7 de diciembre de 1962.)

3. CALIFICACIÓN COMO HOSPEDAJE O SUBARRIENDO: *No basta para calificar a una situación determinada como hospedaje, en lugar de subarriendo, el que el inquilino tenga autorización administrativa para el ejercicio de la industria de hospedaje y lleve el libro Registro de viajeros.* (Sentencia de 26 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

4. VIVIENDAS BONIFICABLES: PROHIBICIÓN DE CESIÓN: RESOLUCIÓN: *Aun en el caso de que la subrogación inter vivos autorizada por la LAU pudiera constituir una infracción grave del régimen de viviendas bonificables, para que tal hecho tuviera virtualidad como causa de desahucio precisaría que el Instituto Nacional de la Vivienda declarase la existencia de tal infracción.* (Sentencia de 5 de febrero de 1963; no ha lugar.)

5. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN: EFECTO DE ANTERIOR JUICIO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: *Procede la resolución si quien pretende haberse subrogado «mortis causa» en el derecho arrendaticio de vivienda omitió la notificación exigida por la LAU; no obsta a la resolución el que en anterior desahucio por precario, dirigido contra el subrogado, se entendiera que éste no era precarista.* (Sentencia de 31 de octubre de 1962; no ha lugar.)

6. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE VIVIENDA: *Los parientes por afinidad carecen de derecho a la sucesión arrendaticia autorizada por la LAU en materia de vivienda.* (Sentencia de 15 de marzo de 1963; no ha lugar.)

7. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE VIVIENDA: MENORES SOMETIDOS A LA POTESTAD DEL INQUILINO: *El artículo 58 de la LAU, al referirse a los sometidos a la potestad del inquilino fallecido, alude a la patria potes-*

lad y no a la mera dependencia, respecto al jefe de la familia, en el hogar. No está sometido a la patria potestad del inquilino el nieto de éste que vivía con su padre y abuelo en el piso de autos. (Sentencia de 8 de febrero de 1963; no ha lugar.)

8. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN: *El defecto de notificación de la subrogación arrendaticia «mortis causa» de vivienda, dentro del plazo legal, es causa de resolución del arriendo.* (Sentencia de 27 de abril de 1962; no ha lugar) (Análogamente Sentencia de 12 de noviembre de 1962.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO: *No es obstáculo a la denegación de prórroga por necesidad basada en matrimonio el hecho de que se ejercite una vez contraído el matrimonio, en tanto no haya transcurrido el plazo para la prescripción del derecho basado en tal circunstancia.* (Sentencia de 2 de octubre de 1962; no ha lugar)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD BASADA EN MATRIMONIO: PROYECTO DE MATRIMONIO: *Precisa que durante el año de preaviso se hayan dado circunstancias reveladoras de la voluntad de contraer matrimonio como lo son los actos preparatorios de incoación del expediente matrimonial y publicación de proclamas.* (Sentencia de 23 de octubre de 1962 relativo a un supuesto en que se habían publicado proclamas pero caducaron las mismas sin que se celebrara el matrimonio y no se dio lugar a la denegación de prórroga; no ha lugar) (Análogamente Sentencias de 3 y 12 de diciembre de 1962.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO DE LOS HIJOS A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *No obsta a la situación de necesidad del hijo que desea tener hogar independiente del de sus padres la mayor o menor amplitud de la vivienda de éstos.* (Sentencia de 17 de octubre de 1962; no ha lugar) (Análogamente Sentencia de 26 de octubre de 1962; no ha lugar.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: RECLAMACIÓN DE VIVIENDA SITUADA EN LUGAR DISTINTO DEL DE TRABAJO: *Puede denegarse la prórroga arrendaticia de una vivienda situada en lugar distinto del de trabajo si, dada la proximidad entre ambas poblaciones y medios de comunicación, es factible que se viva en una de ellas y se desarrollen actividades en la otra.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; no ha lugar) (Análogamente en Sentencia de 2 de octubre de 1962.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: HIJA SOLTERA QUE DESEA INDEPENDIZARSE: *Concorre situación de necesidad, en una hija soltera que padece una lesión en la columna vertebral y que, viviendo en el domicilio de sus padres, desea asegurar su independencia económica respecto a sus progenitores estableciendo su residencia en la vivienda a que se refiere la denegación de prórroga, vivienda que piensa utilizar para el ejercicio de una pequeña industria de géneros de punto.* (Sentencia de 21 de enero de 1963; no ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: ANTIGÜEDAD DEL ARRIENDO: *Es inatiente la alegación de que la norma de posposición del artículo 64 de la LAU tutelan al inquilino más antiguo y no al de contrato de arriendo más antiguo, pues la condición de inquilino sólo se adquiere con la celebración del contrato de arriendo. Si ha habido ocupación por una misma persona a virtud de dos contratos de arriendo —relativos al mismo piso o a dos pisos del mismo inmueble— sin solución de continuidad entre ellos, es la fecha del más antiguo el que ha de computarse para efectos de la selección.* (Sentencia de 23 de octubre de 1962; no ha lugar.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: EJERCICIO DE PROFESIÓN U OFICIO: *Si el reconocimiento judicial ha demostrado la inexistencia de estudio fotográfico o laboratorio y de cualquier señal acreditativa de ejercicio de labores fotográficas, el inquilino no puede invocar la circunstancia de posposición, a efecto de la denegación de prórroga arrendaticia, aunque se haya dado de alta de la contribución, por el ejercicio de dicha actividad con escasa antelación al requerimiento denegatorio de prórroga.* (Sentencia de 16 de enero de 1963; no ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE PRÉSTAMOS A INQUILINOS: *Procede rechazar la demanda de denegación de prórroga por necesidad, si el arrendador no cumplió, en el requerimiento, lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de préstamos a inquilinos —texto refundido— al involucrar, en el concepto renta, partidas, como las correspondientes a servicios y suministros que, por disposición expresa no cabe incluir en él.*

EXCEPCIÓN OPUESTA POR UN NO ARRENDATARIO: *Es eficaz la excepción propuesta por una de las personas objeto del requerimiento denegatorio de prórroga, aunque se trate de un no arrendatario, ya que por el hecho de ser requerido se halla legitimado para oponerse al requerimiento.* (Sentencia de 28 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR EL BENEFICIARIO DE LA MISMA: *No basta, para que se entienda ocupada la vivienda, con la toma de posesión material de la misma por parte del arrendador, ya que precisa que el beneficiario de la denegación de prórroga la ocupe de modo efectivo; no es suficiente para entender ocupada la vivienda en el plazo legal que, poco antes de vencer dicho plazo, se iniciaran en la vivienda determinadas obras, sin que se acreditara que las mismas se encaminaban a permitir a dicho beneficiario la instalación, de su hogar, en dicha vivienda.* (Sentencia de 12 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA DE SUBARRIENDO POR CAUSA DE NECESIDAD: SITUACIÓN DE INVALIDEZ: *La invalidez e incapacidad del actor, con quien ha de convivir una hermana, para prestarle los cuidados que su salud exige y que se halla obligada a compartir la habitación que el primero ocupa, es causa de denegación de prórroga del subarriendo de otras habitaciones de la vivienda.* (Sentencia de 22 de junio de 1962; no ha lugar.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: EXCEPCIÓN DE LITIS PENDENCIA DERIVADA DE ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ENAJENACIÓN: *Pendiente un proceso encaminado a la impugnación de la transmisión de un inmueble —basada en el artículo 53 de la LAU— cabe fundar en dicho proceso la excepción de «litis pendencia» en proceso de denegación de prórroga arrendaticia referida a una vivienda del mismo inmueble.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: EJERCICIO DE CARGO EN ORGANISMO INTERNACIONAL RADICADO EN EL EXTRANJERO: *El traslado temporal, del inquilino a Viena, donde viene prestando servicio en la Oficina Internacional de Energía Atómica, por virtud de contrato con dicha entidad, previa consulta y aprobación del Gobernador español en dicho organismo, constituye una justa causa de no ocupación del mismo, aunque le hayan acompañado a Viena su cónyuge e hijos, tanto más si mantiene el mobiliario en el piso de autos y atiende adecuadamente a su conservación. El Decreto sobre justas causas de no ocupación, no agota todas las posibles. Pudiera hallarse analogía entre la situación de dicho arrendatario y las de los designados para cargos políticos de confianza del Jefe del Estado.* (Sentencia de 24 de octubre de 1962; no ha lugar.)

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: PRUEBA: *Si el arrendatario retiró de la vivienda de autos la casi totalidad de sus muebles y no ha pernoctado en la misma desde hace 10 meses ni pagado cantidad alguna por suministro de fluido eléctrico teniendo además su domicilio en otro lugar, procede acceder a la denegación de prórroga por no ocupación.* (Sentencia de 16 de octubre de 1962; no ha lugar.)

22. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: OCUPACIÓN ESPORÁDICA: *Procede la denegación de prórroga si la vivienda está permanentemente desocupada y sólo se habita esporádica y circunstancialmente.* (Sentencia de 29 de marzo de 1963; no ha lugar.)

23. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: DERECHO INTERTEMPORAL: *No procede la denegación de prórroga, por esta causa, si la disponibilidad de dos viviendas se remonta a fecha anterior a la de vigencia de la actual LAU.* (Sentencia de 9 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: HECHOS QUE NO ENGENDRAN PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO: *De la guarda de unas maletas y de la presencia física de ocho personas, en el piso, no puede desprenderse la existencia de un subarriendo, pues la ocupación transitoria e imprevista de un local por terceros y el mero depósito de sus equipajes, no puede constituir subarriendo, ya que de tales hechos no se deduce el propósito de transferir la posesión arrendaticia.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1962; ha lugar.)

25. PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO: *De la presencia en la vivienda de persona no perteneciente a la familia del arrendatario se deduce una presunción de subarriendo.* (Sentencia de 23 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

26. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO; PRESUNCIONES; FAMILIARES CONVIVENTES: *No puede exigirse prueba plena de la existencia del subarriendo en los procesos resolutorios por tal causa. No es lógico suponer que los extraños al inquilino ocupen total o parcialmente la vivienda de éste. No cabe deducir la existencia de subarriendo en los casos de convivencia de parientes en los que es precisamente el parentesco la razón principal de convivencia.* (Sentencia de 16 de octubre de 1962; no ha lugar.)

27. ARRENDAMIENTO DE UN PISO POR UNA SOCIEDAD PARA SU EMPLEADO; CAMBIO DE OCUPANTE; ARRIENDO CONCERTADO POR UN GERENTE: *Arrendado un piso por una persona física, en su calidad de gerente de una sociedad, el derecho de uso y disfrute corresponde a la sociedad (es decir al mandante y no al mandatario) para dotar de vivienda a sus empleados; el cambio de empleado ocupante no es causa de resolución.* (Sentencia de 10 de octubre de 1962; ha lugar.)

28. PRESUNCIONES; CESIÓN O SUBARRIENDO: *El hecho de que el inquilino de una vivienda abandonara la misma, hace varios años, dejando en la misma a sus padres, permite presumir una cesión y no un subarriendo.* (Sentencia de 19 de noviembre de 1962; ha lugar.)

29. RESOLUCIÓN POR CESIÓN; CADUCIDAD; DIES A QUO; CESIÓN DISIMULADA: *En los supuestos en que la cesión ha sido disimulada, el «dies a quo» del plazo de caducidad de la cesión es el de la exteriorización de la cesión implícitamente.* (Sentencia de 22 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

30. CAMBIO DE DESTINO REALIZADO POR EL ARRENDADOR; DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *El hecho de que, desalojado un piso en el año 1958, el arrendador lo destinara a negocio de hostelería, no puede impedir que el año 1961 ejercite una acción denegatoria de prórroga arrendaticia, en favor de un hijo, pues lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª de la LAU no priva al propietario de tal derecho. La agregación de un piso a un hotel no supone, en definitiva, desafectar al mismo de su destino a habitación.* (Sentencia de 11 de diciembre de 1962; no ha lugar.)

31. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO; TRANSFORMACIÓN DE PEQUEÑA INDUSTRIA EN LOCAL DE NEGOCIO: *Constituye cambio de destino la transformación de una pequeña industria de zurcidos y bordados ejercida personalmente, en otra de mayor envergadura, con anuncio al Público, instalación de dos escaparates para la exposición de géneros y mostrador para la venta, así como empleo de personal asalariado.* (Sentencia de 3 de octubre de 1962; no ha lugar.)

32. RESOLUCIÓN POR OBRAS, INSTALACIÓN DE DUCHA CON CALENTADOR ELÉCTRICO: *La instalación de una ducha con calentador eléctrico de ocho litros cuyo desagüe se realiza por el propio lavabo no modifica la configuración, y si las salpicaduras del agua que vierte fuera del lavabo no tienen entidad suficiente para producir humedades dañosas, no son tampoco causa de resolución.* (Sentencia de 26 de octubre de 1962; no ha lugar.)

33. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: AMPLIACIÓN DE CUARTO DE ASEO: *Es causa de resolución la ampliación de un retrete para convertirlo en cuarto de aseo, con aumento de un metro y medio cuadrado de superficie y construcción de tabiques de ladrillo con mortero y cemento en el patio de la casa, —realizada por el arrendatario sin consentimiento del arrendador—. (Sentencia de 28 de septiembre de 1962; ha lugar.)*

34. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: OBRAS QUE NO LA ALTERAN: *No es causa de resolución la construcción, por el inquilino, de un tabique formado por vigas montadas, cuya unión con el suelo no es totalmente fija y que se puede desmontar fácilmente en pocos minutos, siendo sus dimensiones de 3,83 por 0,85 metros. (Sentencia de 29 de enero de 1963; no ha lugar.)*

35. RESOLUCIÓN POR OBRAS: OBRAS LIGERAS Y PROVISIONALES: *No supone alteración de la configuración la obra realizada con empleo de materiales extraños a la edificación, ligeros y de adecuado carácter provisional, frágiles y superpuestos, sin llegar a formar cuerpo con el edificio, constituyendo una obra de carácter accesorio y provisional. (Sentencia de 13 de diciembre de 1962; no ha lugar.)*

36. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: EXPLOTACIÓN DE PROSTÍBULO: *La explotación de un prostíbulo constituye una actividad inmoral y causa de resolución. (Sentencia de 22 de diciembre de 1962; no ha lugar.)*

II. Derecho procesal.

1. LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE ACCIÓN DE DESAHUCIO: ACCIÓN EJERCITADA POR UN TITULAR DE DERECHO REAL DE HABITACIÓN: *El titular de un derecho real de habitación no está legitimado para ejercitar una acción de desahucio o resolución de arrendamiento en el que no fue parte, referente al piso objeto del derecho real citado. (Sentencia de 23 de octubre de 1962 que invoca lo dispuesto en los arts. 524 y 525 del C. c.; ha lugar.)*

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: TRAMITACIÓN: *No es procedente que en el escrito de recurso se haga relación de antecedentes, ya que los autos obran en poder de la Sala. (Sentencia de 3 de noviembre de 1962; no ha lugar.)*

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: *No se da el recurso de suplicación por razón de infracciones de carácter procesal, como las relativas al defecto de personalidad del procurador. (Sentencia de 28 de noviembre de 1962; no ha lugar.)*

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INVOCACIÓN DE NORMAS PROCESALES: *No procede el recurso por la pretendida infracción de los artículos 504 y 506 de la LEC (Sentencia de 29 de octubre de 1962; no ha lugar) o del artículo 159, número 1 de la propia Ley (Sentencia de 12 de diciembre de 1962; no ha lugar), o del artículo 767 de la misma (Sentencia de 16 de octubre de 1962; no ha lugar.)*

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INVOCACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO: *No procede el recurso con base en la doctrina del abuso del derecho si ésta no se aplicó en la sentencia recurrida.* (Sentencia de 5 de octubre de 1962; no ha lugar.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NORMAS SUSCEPTIBLES DE SERVIRLE DE BASE. *Una Orden circular de un Gobierno civil no tiene el carácter de ley a efectos de fundar en su infracción, un recurso de suplicación.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES: *El recurso de suplicación sólo puede basarse en la infracción de doctrina o ley sustantiva directa e inmediatamente relacionada con derechos reconocidos en la LAU; no cabe fundarlo en la infracción del artículo 30 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 —procedimiento en Justicia Municipal— ni en el artículo 504 de la LEC.* (Sentencia de 6 de marzo de 1963; no ha lugar.)

8. CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: DESCUBIERTO DE RENTAS DE MÁS DE CINCO AÑOS: PRESCRIPCIÓN: *Debiendo el arrendatario ocho anualidades de renta y no habiendo consignado más que las de los cinco últimos años, por entender prescritas las restantes, debe estimarse insuficiente la consignación, por no constar la ausencia de posibles actos de interrupción de la prescripción.* (Sentencia de 31 de octubre de 1962; no ha lugar.)

9. COSTAS PROCESALES: VENCIMIENTO MERAMENTE PROCESAL, DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA. CRITERIO DEL VENCIMIENTO: *El vencimiento procesal debe equipararse al material, a efecto de costas; según reiterada doctrina de esta Sala, la declaración de incompetencia, supone, a efecto de costas, la desestimación de la demanda* (Sentencia de 17 de octubre de 1962; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos

A cargo de ROBERTO HERNANDEZ HERNANDEZ
Magistrado

I. Derecho civil.

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A HOGAR INDEPENDIENTE: CASUÍSTICA: *El hecho de que la recurrente viva en un piso del que es arrendatario su hermano, con quien convive, supone la existencia de la necesidad alegada, al no haber norma legal alguna que imponga convivencia no deseada, ni obligue a dividir el propio hogar; sin que obste a ello la edad avanzada de la actora, su carencia de medios económicos y las buenas relaciones que la unen con su hermano, que posee un amplio domicilio.* (Sentencia de 9 de enero de 1963; estimatoria.)

2. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: PROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DURANTE EL TRANSCURSO DE LAS PRÓRROGAS LEGALES OBLIGATORIAS: *Si bien el arrendador ha de respetar el plazo pactado para el arrendamiento, nada obsta a que ejercite la acción resolutoria o denegatoria de prórroga durante las legales, puesto que sucediéndose éstas sin solución de continuidad, la facultad de negarla ha de ejercitarse necesariamente dentro del trascurso de cualquiera de ellas.* (Sentencia de 5 de febrero de 1963; desestimatoria.)

3. HOSPEDAJE: NO SUBARRIENDO: CASUÍSTICA: *La ocupación por un tercero de una habitación del piso objeto de locación, que utilizaba ropas y enseres del arrendatario y llevaba consigo prestaciones anejas, por un precio de uso de la habitación de veinte pesetas diarias, que denota una originaria y esencial discontinuidad incompatible con la noción de subarriendo, implica mera recepción de servicios u hospedaje, sin posesión real en la finca arrendada, y sin que a dicha calificación se oponga el uso más o menos continuado por el tercero de la cocina, circunstancia ésta, enjuiciada en el nivel social de los hechos producidos.* (Sentencia de 5 de febrero de 1963; estimatoria.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: *La calificación de los hechos que supongan justa causa de desocupación, es un concepto jurídico revisable en suplicación, pero prestando atención primordialmente a los elementos de hecho concurrentes, tal y como se dan por probados en la sentencia criticada, --que deben merecer el respeto del Tribunal en acatamiento a lo prevenido en el artículo 132 de la LAU--, inatacables en este especial recurso, so pena de convertirle en una tercera instancia.*

JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: NO CONCURRE: *Del hecho acreditado de que «Doña X, padece un reumatismo crónico, con exacerbaciones durante las cuales, se encuentra inutilizada totalmente, necesitando el auxilio de su*

familia para todas sus atenciones», no se puede deducir la justa causa del no uso de la vivienda; pues si, como con acierto se dice, indicado padecimiento constituye dicha causa justificativa «durante el tiempo en que la dolencia ha estado exacerbada», la falta de probanza del inicio de la enfermedad, y del periodo de tiempo en que la misma se hubiera agravado o curado, impide al órgano jurisdiccional homologarlos con relación al lapso de tiempo de desempleo acreditado, para en su consecuencia determinar la existencia de la causa obstativa. (Sentencia de 21 de febrero de 1963; estimatoria.)

5. RESOLUCION POR OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: Configuración de una cosa es la disposición específica de las partes que la constituyen y la de su peculiar figura, determinada por la forma del trazado y dimensiones de las aristas y planos que, estableciendo los contornos geométricos la integran, motivando las medidas de las caras y el volumen del cuerpo.

MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: Al ser algo contingente y circunstancial, deben tenerse en cuenta en cada caso las circunstancias concurrentes para determinar si la alteración ha llegado a producirse o no con la realización de las obras, considerándose como tal, cuando —por lo general— consistente en obras de fábrica o albañilería, no es eventual, accesoria o provisional, y que atañe a las condiciones geométricas del local, cuya esencia es variada por las instalaciones u obras ejecutadas, cambiando los contornos de la figura y la capacidad del local.

OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: CASUÍSTICA: Las obras llevadas a cabo en la cocina de la vivienda que ocupa como inquilino el demandado, consistentes en sustituir parte de su pavimento por otro de losetas, desnivelándole hacia la puerta de dicha habitación hasta alcanzar junto a ésta una mayor elevación de cuatro centímetros y medio; construcción de un techo de escayola, más bajo que el anterior en una media de ocho centímetros, también de inclinación hacia la puerta con el fin de dejar al descubierto las tuberías existentes junto a la chimenea, formando con el suelo planos convergentes por la cara de la puerta y divergentes por la opuesta; y por último, fabricación de una pared de escayola de cinco metros con ochenta y ocho centímetros cuadrados, separada diez centímetros de la anterior; reduciéndose la altura por el suelo y suelo, quedando disminuida asimismo la longitud o anchura, y el volumen o capacidad de la cocina en la medida de un metro cúbico y ocho mil veinticinco diezmilésimas de dicha unidad, llevan en sí un sello de fijeza y permanencia por su naturaleza física, forma y composición, que alteran el prisma recto-pentagonal que configuraba la cocina, y que al ser inconsentidas hacen operar la causa resolutoria séptima del artículo 114 de la LAU. (Sentencia de 7 de marzo de 1963; estimatoria.)

6. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: NO CESIÓN: CASUÍSTICA: El uso indistinto u parigual que el inquilino y el tercero extraño al vínculo arrendaticio, hacen de la totalidad del piso, mal se compagina con la hipótesis de una cesión parcial u sí con la calificación de subarriendo inconsentido.

NO OPERA EN LOS SUBARRIENDOS LA CADUCIDAD ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 25 DE LA LAU PARA LAS CESIONES: *No puede aplicarse analógicamente al subarriendo in consentido o realizado de modo distinto al autorizado en la Ley, el término de caducidad que, con carácter excepcional, establece el artículo 25 de la LAU para los supuestos de cesión.* (Sentencia de 20 de marzo de 1963; desestimatoria.)

7. ABUSO DE DERECHO: CONCURRE EN LA DONACIÓN SIMULTÁNEA DE DOS PISOS DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS CON EL FIN DE BURLAR EL ORDEN DE PRELACIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 54 DE LA LAU: *Se formula con manifiesto abuso de derecho la pretensión resolutoria por necesidad propia, a consecuencia de haber contraído matrimonio el actor en 3 de diciembre de 1960, y carecer de hogar independiente, cuando se da la circunstancia de que, conhabitados el actor, una hermana y sus padres, éstos en 18 de agosto de 1961, donaron simultáneamente a los primeros dos pisos de análogas características sitos en el mismo inmueble, uno de ellos al actor, ocupado por el demandado, y el otro a la hija —desocupado desde el año 1958—, la que a su vez dispone de piso propio en la misma localidad, en el que habita; ya que ello pone de relieve, que el demandante trata de ejercitar de forma excesiva o anormal, contrariando el verdadero espíritu y finalidad de la Ley, el derecho concedido al propietario en los artículos 62, número 1.º y 63, número 2.º, inciso 3.º de la LAU, porque mediante las donaciones simultáneas indicadas, se trató de burlar el respeto obligado al orden de prelación establecido en el artículo 54, número 2.º, en relación con el 64 de la repetida ley locativa.* (Sentencia de 22 de marzo de 1963; desestimatoria.)

8. VIVIENDA ARRENDADA CONJUNTAMENTE A MADRE E HIJO: SUBROGACIÓN «MORIS CAUSA»: FALTA DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: NOVACIÓN SUBJETIVA DEL CONTRATO LOCATIVO: SIMPLE CONVIVENCIA: *Arrendada conjuntamente la vivienda a madre e hijo —coinquilinato—, con los que convivía una hija y hermana respectivamente, fallecida la madre, y no exteriorizar la convivente su voluntad subrogatoria mediante la precisa notificación fehaciente —o fehacientemente acreditada— a que hace referencia el párrafo 3.º del artículo 58 de la LAU, deviene en único arrendatario —por efecto genuino de la solidaridad, y novación subjetiva del contrato, de efectos puramente modificativos, al permanecer único e inalterable el objeto— el otro inquilino en quien, se polarizan todos los derechos derivados del contrato locativo; la permanencia en la vivienda de la hermana del inquilino queda únicamente amparada por su situación de simple convivencia, y por ello sujeta a las vicisitudes del contrato del que su hermano es único titular.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MOMENTO EN QUE SURGE: FUNCIONARIOS QUE DISFRUTAN DE VIVIENDA POR RAZÓN DEL SERVICIO: *En el caso de funcionarios que disfruten de vivienda por razón del servicio, la situación de necesidad surge desde el momento en que cumplan la edad de jubilación o retiro, y si las disposiciones legales le autorizan, con carácter graciable y en atención a las facultades físicas, para prolongar el servicio activo hasta obtener el empleo superior inmediato, puede entonces referirse el origen de*

la necesidad a este momento, que no depende de la voluntad del necesitado ni puede ser predeterminado con certeza.

REQUERIMIENTO PREVIO: FECHA DE LA NECESIDAD QUE EN EL MISMO HA DE HACERSE CONSTAR: *A fin de evitar quede cerrada la posibilidad de obtener una sentencia de futuro que el párrafo 2.º del artículo 65 autoriza en beneficio del arrendador y por obvias razones de equidad, debe referirse la necesidad, no al momento de efectivo desalojo, sino a la fecha en que, como resultado de un correcto y ponderado cálculo de probabilidades, debió producirse el ascenso y consiguiente retiro forzoso.* (Sentencia de 29 de marzo de 1963; estimatoria del recurso instado por el actor, y desestimatoria del promovido por la parte demandada.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A HOGAR INDEPENDIENTE: CASUÍSTICA: *Del hecho de que la actora, bien sea como inquilina, bien como subarrendataria, ocupe en una vivienda ajena dos habitaciones agateradas, sin cocina, ni servicios higiénicos, que forzosamente ha de compartir con los demás ocupantes del piso, surge la necesidad de la vivienda discutida para instalar en ella su hogar independiente, sin que sea preciso para estimar tal necesidad que la actora haya sido requerida de desalojo de las habitaciones que ocupa.* (Sentencia de 30 de marzo de 1963; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACION: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: FACULTADES DEL TRIBUNAL: *El artículo 148 de la LAU, que no afecta en sí a la procedencia o no de la acción ejercitada, sino a requisito ineludible para la admisión del recurso, cual es el de la suficiencia o insuficiencia de la consignación, como cuestión de orden público, no vincula al Tribunal a la valoración de la prueba y fijación de los hechos, —cuantía en su caso— realizada por los juzgadores de instancia, ya que la intangibilidad de los hechos probados se refiere exclusivamente a los presupuestos fácticos de la acción, quedando obligada la Sala forzosamente a examinar si la consignación realizada es suficiente para la interposición del recurso.*

CANTIDADES A CONSIGNAR: *Las cantidades que el inquilino debe consignar según el artículo 148 de la LAU, son las correspondientes a la renta que se hubiere venido abonando a la iniciación del litigio.* (Sentencia de 5 de febrero de 1963; desestimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO Y RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *No invocada por las partes en el periodo expositivo del juicio, ni aplicada en la resolución impugnada, la doctrina del abuso del derecho, procede desestimar el motivo a cuyo amparo se pretende una revisión de las apreciaciones probatorias del Juzgado de instancia.*

LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *El subarrendatario no es litis consorte necesario en pleito resolutorio, por cuanto su posición jurídica es muy distinta a la del cesionario según pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1958. (Sentencia de 20 de marzo de 1963; desestimatoria.)*

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: SUFICIENCIA: *Ojrecida y consignada la cantidad que sirvió de módulo a la última renta satisfecha, no constando en autos que los sucesivos aumentos del Decreto de 6 de septiembre de 1961 fueran notificados a los arrendatarios. —notificación y subsiguiente aceptación, expresa o tácitamente declarada, de la que nace la obligación de satisfacerlos— ha de estimarse suficiente a los efectos de la admisión del recurso.*

VALIDEZ DE LA EFECTUADA EN BLOQUE POR LAS RENTAS ADEUDADAS: *Aunque inobservados los plazos contractuales, en orden al pago o consignación, una interpretación del artículo 148, en la que prevalece el elemento histórico, deviene en la posibilidad de considerar temporánea a los efectos impugnatorios la consignación en bloque de las rentas adeudadas, como enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1963.*

LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: ACUMULACIÓN: *No existe defecto en la regular constitución del proceso al no haber sido dirigido el requerimiento y subsiguiente acción contra la simple convivente, al no acusar el inquilino el defecto en la contestación al requerimiento, lo que veda la oposición con éxito en el trámite judicial, —sentencia de la Sala de 9 de octubre de 1961— que también implicaba, un tácito pero concluyente reconocimiento del carácter de inquilino único; apariencia creada por el arrendatario, y mantenida por su hermana convivente, que justifica la conducta del actor, máxime cuando la acumulación realizada, si no puede purgar un posible defecto en el planteamiento de la litis, si ha dado oportunidad a ésta última para defender cumplidamente sus derechos oponiéndose a la pretensión resolutoria. (Sentencia de 29 de marzo de 1963; estimatoria del recurso instado por el actor, y desestimatoria del promovido por la parte demandada.)*

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña.

A cargo de JULIO BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: NO SE ORIGINA EN LA SENTENCIA, SINO QUE NACE DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES: *El recurrente al partir de la base de que el abuso de derecho se origina en la sentencia lo conjunde con la aplicación inexacta del Derecho que pudieran hacer los Tribunales, olvidando que el artículo 9.º de la LAU se remite a la desestimación de las pretensiones que se formulen por las partes con manifiesto abuso de derecho, o sea que exige que tal causa de infracción nazca de la conducta de los litigantes ajustada a la norma legal, aunque implicativa de abuso.* (Sentencia de 15 de marzo de 1963; desestimatoria.)

2. SUBARRIENDO: NO SE DA SI LA VIVIENDA DISCUTIDA SE HALLA OCUPADA POR TRES HIJOS, AUNQUE NO SEAN LEGÍTIMOS, DEL ARRENDATARIO Y UNA SIRVIENTA: *Si en la vivienda litigiosa vienen habitando ininterrumpidamente tres menores ligados al inquilino por vínculos de filiación, por haberlos reconocido en testamento otorgado en 5 de diciembre de 1961, bajo la vigilancia de una sirvienta, es indudable que no puede apreciarse la existencia de un subarriendo, pues al estar en directa dependencia con el arrendatario, los menores en virtud de relaciones derivadas de la filiación y la sirvienta en virtud de un contrato de servicios domésticos, el uso de la cosa arrendada lo realiza aquél directamente.* (Sentencia de 15 de febrero de 1963; estimatoria.)

3. IMPUGNACIÓN DE LA VENTA DE VIVIENDA POR EL INQUILINO: PRESUPUESTO NECESARIO: *El artículo 53 de la LAU al conceder al arrendatario una acción impugnatoria de la enajenación de la vivienda que ocupa, lo hace con un carácter alternativo a los derechos de tanteo y retracto que también le corresponden, presuponiendo la existencia de un precio, característica del contrato oneroso.* (Sentencia de 15 de marzo de 1963; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DOMICILIO DE LAS FAMILIAS DE LOS MARINOS EN PERIODO DE EMBARQUE: *A los efectos del caso 3.º, párrafo 2.º del artículo 63 de la LAU, hay que tener en cuenta lo que la O. M. de Marina de 6 de julio de 1961 dispone en el sentido de que la residencia oficial de la familia del personal que desempeña su destino de embarque, durante el tiempo de permanencia en el mismo, es el de cualquier punto del territorio nacional.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; estimatoria.)

5. NECESIDAD: NO LA CONSTITUYE EL DESEO UNILATERAL DE USO DE UN PASILLO COMÚN A LAS VIVIENDAS DEL ARRENDADOR Y ARRENDATARIO: *Si la separación entre las dos viviendas está perfectamente determinada, a lo que no obsta la existencia del pasillo usado por los litigantes, toda vez que a partir de él se inician aquéllas con total independencia, no puede darse lugar a la resolución por necesidad, por muy intenso que sea el deseo de uso unilateral del citado pasillo por parte del arrendador.* (Sentencia de 31 de enero de 1963; desestimatoria.)

6. ES CAUSA DE NECESIDAD EL DESALOJO DE LA VIVIENDA QUE SE OCUPA, POR ORDEN EJECUTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN AL SER DECLARADO EL INMUEBLE EN ESTADO DE RUINA INMINENTE: *Debe accederse al desahucio por necesidad, habida cuenta de que la cesación por el actor en el disfrute del piso que le venía sirviendo como morada, no obedeció conocidamente a ningún ardid o decisión de propia iniciativa, sino a causa absolutamente ajena a su voluntad, cual fue un acuerdo ejecutorio de desalojo emanado de la Autoridad municipal, previo expediente adecuado, en el que el inmueble que comprendía aquel piso fue declarado en estado total de ruina inminente.* (Sentencia de 15 de abril de 1963; desestimatoria.)

7. PRESUNCIÓN DE NECESIDAD EN CASO DE CONTRAER MATRIMONIO PASADO EL PLAZO DEL AÑO A CONTAR DEL REQUERIMIENTO: *No obsta a la presunción de necesidad el hecho de que no se haya contraído el matrimonio, en que se basa aquélla, dentro del año de preaviso, puesto que la necesidad surge desde el momento en que se pretende contraer el matrimonio, aunque transcurrido un año desde el requerimiento, todavía no se haya efectuado.* (Sentencia de 30 de abril de 1963; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: VENTA DEL ISO OCUPADO POR EL DEMANDADO: ACCIÓN DE SIMULACIÓN: *La simulación de venta de uno de los pisos del inmueble propiedad del arrendador, no legitima al inquilino, sin más, para instar su declaración judicial.* (Sentencia de 30 de abril de 1963; desestimatoria.)

9. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: LA INFRACCIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 1.^a DE LA LAU, CON RESPECTO DE LOS BAJOS DEL INMUEBLE, NO IMPIDE LA RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DEL ARRENDAMIENTO DEL PISO 2.^o: *Supuesto que el bajo del inmueble dedicado a actividades comerciales fue construido para servir de casa habitación, las consecuencias serían las señaladas en la 2.^a de las Disposiciones Adicionales, por remisión de la 1.^a, de instar el desahucio por necesidad social, el Ministerio Fiscal, a excitación del Gobernador civil de la Provincia, pero nunca negar la resolución postulada.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

10. SELECCIÓN DE VIVIENDA: EXISTIENDO SOLAMENTE UNA VIVIENDA INTERIOR, PUDO EL ARRENDADOR ELEGIR UNA DE LAS EXTERIORES, PRESCINDIENDO DE AQUÉLLA EN EL REQUERIMIENTO: *Si la sentencia recurrida declara probado que «la vivienda existente en la planta baja del edificio está situada en la parte*

posterior a ella .. de forma que carece de huecos abiertos a la fachada principal lindante con calle pública, susceptibles de permitirle recibir desde ella luces y vistas...», es indudable que en la casa de referencia existe vivienda interior, la del baño, y que por ello el propietario al hacer la selección ha podido prescindir de la misma y elegir entre las exteriores. (Sentencia de 17 de enero de 1963; desestimatoria.)

11. SELECCION DE VIVIENDA: CÓMPUTO DE LAS HABITUALMENTE DESHABITADAS: *Para computarse en el orden selectivo la vivienda habitualmente deshabitada, deberá constituir medio adecuado a las necesidades del arrendador, sin que éste venga obligado a realizar las obras conducentes a dicho fin.* (Sentencia de 15 de marzo de 1963; desestimatoria.)

12. CIRCUNSTANCIAS SUFICIENTES PARA HACER VÁLIDO EL REQUERIMIENTO, CUANDO ENTRE LAS VIVIENDAS EXTERIORES ELEGIDAS POR EL ARRENDADOR, SOLAMENTE PUEDE PEDIRSE LA QUE OCUPA EL DEMANDADO: *Flegidas las viviendas exteriores por el arrendador, si la primera está ocupada por él y la tercera por una hija suya con su familia, quedando únicamente habitada por personas ajenas la que ocupa el demandado, a quien se le reclama para satisfacer la necesidad de otra hija de aquél, que ha contraído matrimonio, está bien hecho el requerimiento aunque solamente se hayan constar en él estas circunstancias.* (Sentencia de 17 de enero de 1963; desestimatoria.)

13. REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA EN EL CASO DE QUE EL ARRENDADOR OCUPANDO PARTE DE UNO DE LOS PISOS, RECLAMA TAN SÓLO EL RESTO: *No puede excusarse el arrendador, ni aún para ese supuesto, la obligación que el artículo 65 de la LAU le impone de comunicar las particularidades circunstanciales de cada inquilino en su opción prelativa, a aquel que designe como afectado por la necesidad propuesta, quien sólo así quedará apercibido para la defensa de sus intereses al contestar al requerimiento y podrá medir la conveniencia de acoger los resarcimientos fijados en el artículo 66, si en efecto se creyese concernido por la selección relativamente a los demás ocupantes de la finca.* (Sentencia de 15 de febrero de 1963; desestimatoria.)

14. REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA INEFICAZ: *Es ineficaz el requerimiento practicado por el condueño que siente la necesidad, si en el contrato figuró como arrendador otro de ellos, por el carácter eminentemente formalista que la LAU otorga a tal actuación en defensa de los derechos del arrendatario.* (Sentencia de 30 de marzo de 1963; estimatoria.)

15. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: LO ES, A TENOR DEL ARTÍCULO 3.º DEL DECRETO DE 31 DE OCTUBRE DE 1958, EL TRASLADO DE UN MARINO A UNA BASE DE LA REGIÓN ECUATORIAL: *Está acertadamente aplicado el artículo 3.º del Decreto de 31 de octubre de 1958, si se declara probado que el inquilino demandado, Capitán del Cuerpo de Máquinas de la Armada está destinado en un Buque Hidrográfico que tiene su base en el Golfo de Guinea, es decir, en la Provincia española del Africa Ecuatorial, pues el traslado de base es motivo*

suficiente para que pueda trasladarse su familia, como así lo reconoce el Reglamento de Dietas y Viáticos de los funcionarios públicos (Sentencia de 15 de noviembre de 1962; desestimatoria.)

16. VIVIENDA DE CARACTERÍSTICAS ANÁLOGAS A EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN BASADA EN EL NÚM. 5.º DEL ARTÍCULO 62 DE LA LAU: *No son viviendas de características análogas aquellas en las que existen notables diferencias de altura y superficie.* (Sentencia de 15 de febrero de 1963; desestimatoria.)

17. NO ES CAUSA DE RESOLUCIÓN EL TENER EN LA VIVIENDA UNA MÁQUINA DE COGER PUNTOS A LAS MEDIAS: *No se transforma la vivienda en local de negocio por el hecho de tener instalada en ella una máquina de coger puntos a las medias, sin demostración de que el público tenga acceso al piso por ello.* (Sentencia de 5 de abril de 1963; desestimatoria.)

18. DERECHO DE RETORNO: EL ADQUIRENTE DEL SOLAR RESULTANTE DEL DERRIBO DE UN INMUEBLE, QUE EN LA ESCRITURA DE VENTA SE SUBROGA EN LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR EL VENDEDOR, NO ES UN TERCERO HIPOTECARIO FRENTE A UNO DE LOS INQUILINOS: *Si en la escritura de compraventa se dice que el comprador se subroga en todas las obligaciones, contraídas por el vendedor, por razón del derribo de la casa que existía en el solar que compra y del compromiso de reedificación frente a los inquilinos de la casa demolida, y que en virtud de esta subrogación el vendedor queda completamente al margen de cualquier incidencia que se promueva por alguno de dichos inquilinos, respecto del derecho de retorno, es claro que siendo el presente proceso una de esas incidencias, el adquirente y titular registral no puede alegar frente a uno de aquéllos la condición de tercero hipotecario.* (Sentencia de 15 de marzo de 1963; desestimatoria.)

19. AMBITO DEL PROCESO DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: NO CABE DISCUTIR EN ESTA CLASE DE PROCESOS ACERCA DE LA PROPIEDAD DE LA COSA ARRENDADA: *Tratándose del ejercicio de acciones fundadas en derechos reconocidos por la LAU, ésta es la norma pertinente y no el Código civil, conforme a lo prevenido en el artículo 16 de este último Cuerpo legal, al estatuir que en las materias que se rijan por leyes especiales, sólo la deficiencia de éstas puede suplirse por sus disposiciones.*

En esta clase de juicios no cabe discutir sobre la propiedad de la cosa arrendada, limitándose exclusivamente a la posesión por constituir la base del contrato de arrendamiento, estando legitimados para interesar la resolución del vínculo arrendaticio los que tengan el derecho de goce. (Sentencia de 31 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

20. CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO QUE CAEN FUERA DE LA ÓRBITA DE LA LAU: *La estipulación de una indemnización al arrendatario en atención a las obras por él realizadas que quedarían en beneficio del piso arrendado, ha de considerarse como pacto especial y, por tanto, cae fuera de las relaciones arrendaticias y ha de regirse por la legislación común, según señala el artículo 151 de la LAU.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LEGITIMACIÓN PASIVA DEL MARIDO EN PROCESO DE RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: *Siendo el marido el representante legal de la mujer y ejerciéndose esta representación en la esfera judicial a efectos de la defensa en juicio de los derechos de la misma, es indudable que la acción dirigida contra aquél para resolver el contrato de arrendamiento del piso donde está instalado el matrimonio, no puede menos de estimarse bien dirigida cuando se demanda al esposo.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; estimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU ÁMBITO: *A esta clase de recursos es ajena la materia relativa a la nulidad de actuaciones.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1962; desestimatoria.)

3. CONSIGNACIÓN DE RENTAS: SI NO SE CONSIGNÓ POR EL APELANTE AL PERSONARSE EN LA SEGUNDA INSTANCIA LA TOTALIDAD DE LA RENTA PROCEDE DECLARAR NULAS TODAS LAS ACTUACIONES DEL RECURSO: *Ante la exigencia de abono cumplido de la renta, que de modo inexcusable establece al efecto el artículo 148 de la LAU, no puede menos de ser declarada viciosa la admisión del recurso de apelación por el Juzgador «ad quem», si por el apelante, al personarse para mantener el recurso, no se consignó la totalidad de la renta que había venido abonando.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1962; declaratoria de la inadmisibilidad del recurso.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DEFECTO DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN PROCESO DE RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: *No contraria la cosa juzgada la sentencia que acoge esa excepción, si uno de los fallos anteriores «estima la demanda en la parte que fija la nueva renta» (se refiere a la del subarriendo del piso discutido), pues al entrar a resolver sobre el fondo desestima, aunque sea tácitamente, la excepción y el otro, tanto en la primera instancia como en apelación y suplicación, se limitó a declarar que la acción de resolución por necesidad había sido ejercitada antes del año desde el requerimiento.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSECUENCIAS DE HABER FIRMADO EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN LA HIJA DEL RECURRENTE, A SU RUEGO Y EN SU NOMBRE, POR NO SABER HACERLO, SIN QUE CONSTE EN AUTOS SU RATIFICACIÓN: *La firma del escrito en el que figura como recurrente el demandado, por su hija sin que conste en autos la ratificación de aquél, lleva a la doble y alternativa conclusión de que o el recurrente no es el arrendatario afectado por la sentencia o que la firmante actúa en el ejercicio de una representación que ni ha sido formalmente conferida con los requisitos que impone el apartado 3.º del artículo 27 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, ni recae en Abogado o Procurador, como también exige el párrafo 2.º de la citada norma y es evidente que esta irregular impugnación de la sentencia, tacha de inexistente el recurso.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1962; declaratoria de la firmeza de la sentencia de apelación.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUÁNDO PUEDEN SER DISCUTIDOS EN ÉL DEFECTOS RITUARIOS: *Los supuestos de defectos rituarios en el curso de los autos tan sólo merecen tratamiento en esta esfera de conocimiento cuando impliquen, en efecto, inobservancia o transgresión de la normativa especial de la LAU o de la doctrina legal establecida sobre sus preceptos, dentro de la materia que le es propia, de la contratación arrendaticia urbana.* (Sentencia de 17 de enero de 1963; desestimatoria.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUÁNDO PUEDE DENUNCIARSE EN ÉL LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *Si la sentencia recurrida para establecer sus declaraciones fácticas no se apoyó por ningún sesgo en la doctrina del abuso de derecho, no cabe, según el artículo 132 de la LAU, denunciar la valoración de la prueba.* (Sentencia de 17 de enero de 1963; desestimatoria.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FIJACIÓN DE LOS HECHOS POR LA SALA: *Aunque es cierto que contra el diáfano texto del artículo 132 de la LAU se efectúan valoraciones probatorias al margen de una suplicación, no fundamentada en la errónea aplicación del abuso de derecho, también lo es que el juzgador de instancia no resuelve la cuestión fáctica, que en esta proyección es de obligado pronunciamiento, pues sometido a debate el número de familiares que habitan en los pisos 2.º derecha y 2.º izquierda, especificados claramente en el requerimiento denegatorio, no se define tan precisa discusión afirmando simplemente que en el primero de aquellos pisos no habitaban, al tiempo del requerimiento, las personas que se mencionan, ya que se omiten los nombres o, por lo menos, el número de los que lo ocupaban, faltando así el hecho determinante de la subsunción de la norma e imponiendo a la Sala la fijación fáctica del problema.* (Sentencia de 31 de enero de 1963; estimatoria.)

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO ES ALEGACIÓN BREVE Y SUCINTA LA REMISIÓN QUE HACE EL RECURRENTE EN SU ESCRITO A UNO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA: *No puede calificarse de exposición breve y sucinta que exige el párrafo 2.º del artículo 133 de la LAU, la remisión que hace el recurrente a todo lo razonado en la alegación 5.ª de Derecho de su escrito de contestación a la demanda ya que, dado el momento procesal, en que se presentan ambos escritos, el de suplicación y el de contestación, su contenido, en principio, no puede ser el mismo, por cuanto uno se dirige a impugnar la sentencia, mientras el otro ataca las alegaciones de la parte actora.* (Sentencia de 15 de marzo de 1963; desestimatoria.)

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SÓLO SE DA CONTRA EL FALLO DE LA SENTENCIA DE APELACIÓN: *Se ha de rechazar el primer motivo del recurso interpuesto por el actor, acusatorio de diversas infracciones en relación a los argumentos que sirvieron de fundamento al fallo estimatorio de su pretensión, toda vez que el recurso se da contra el fallo y no contra los razonamientos.* (Sentencia de 5 de abril de 1963; desestimatoria.)

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO ES INVOCABLE COMO MOTIVO LA INFRACCIÓN DEL NÚMERO 7.º DEL ARTÍCULO 1.692 DE LA LEC: *Es improsperable el recurso*

fundado en este motivo, referido al error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que las normas que legitiman el recurso de casación son extrañas al de suplicación por no existir disposición legal que las identifique, pero en todo caso, porque se comete el error de derecho cuando se infringe un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la Ley le concede, para demostrar lo cual es preciso citar la Ley referente a la valoración de la prueba que se haya infringido por la sentencia, lo que no se hace en el caso de autos. (Sentencia de 5 de abril de 1963; desestimatoria.)

12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NECESIDAD DE CITAR EXPRESAMENTE LA CONCRETA DISPOSICIÓN LEGAL QUE SE SUPONE INFRINGIDA: *No puede prosperar el recurso si no se cita con claridad y precisión por su número el caso del artículo 62 de la LAU que se reputa infringido, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo con referencia al recurso de casación, que puede aplicarse por analogía al de suplicación, cuando una Ley contenga varios artículos o un precepto normas, disposiciones o apartados, no basta citar como infringidos dicha Ley o precepto, sino que es preciso, además, indicar concretamente el artículo o disposición a que se refiere la supuesta infracción. (Sentencia de 15 de abril de 1963; desestimatoria.)*

13. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No se puede fundamentar el motivo de falta de legitimación en el actor para resolver el contrato de arrendamiento, en el artículo 1.383 del Código civil que niega al marido acción sobre los bienes parafernales, si no obtiene previamente la licencia de su mujer, pues solamente abre la posibilidad de exceptuar la falta de acción. (Sentencia de 30 de abril de 1963; desestimatoria.)*

14. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: REQUISITOS QUE SE DEBEN CUMPLIR PARA PRETENDER UNA REVISIÓN FÁCTICA: *Solamente cuando el motivo fundamentador del recurso se concreta en la infracción del artículo 132 de la LAU, por su inaplicación procesal, tras la valoración de los elementos aportados, si además se acusa la vulneración de las normas legales reguladoras de la estimación probatoria a las que se proyecta el precitado artículo, cabría una revisión de las conclusiones fácticas y sus probanzas. (Sentencia de 30 de abril de 1963; desestimatoria.)*

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Albacete

A cargo de Julio BONED, SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho Civil

1. LOCALES DE NEGOCIO: SU CONCEPTO: *La significación de «edificaciones habitables» dedicadas a la industria o comercio reviste mayor amplitud que la de viviendas, por comprender aquéllas que reúnen las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad para servir las condiciones de su destino, cuando al propio tiempo cumplen la necesidad de resguardar las personas que en ellas se dedican a una actividad industrial, comercial o de enseñanza.* (Sentencia de 23 de octubre de 1932; desestimatoria).

2. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: MOMENTO AL QUE DEBE REFERIRSE: *En el momento de la creación del contrato nace la calificación jurídica del mismo y a él hemos de ir para conocer la correspondiente a la locación controvertida* (Sentencia de 23 de octubre de 1962; desestimatoria).

3. UN NEGOCIO DE ABACERÍA ABIERTO AL PÚBLICO NO PUEDE ESTIMARSE COMO PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: *El negocio de abacería aunque sea de modesta entidad y se desenvuelva sin ayuda de asalariados, al hallarse abierto al público y por consistir en una característica actividad mercantil, como es la reventa de mercancías, no puede calificarse de pequeña industria doméstica que, según la doctrina jurisprudencial, supone una actividad de carácter personal que se desenvuelve en el seno del hogar, sin proyección al exterior* (Sentencia de 10 de diciembre de 1962; desestimatoria).

4. NECESIDAD: LA CONSTITUYE EL DESEO DE VOLVER A LA MISMA POBLACIÓN EN QUE HABITAN LOS HIJOS: *El deseo de la recurrente de volver a la ciudad donde vivió y donde viven algunos de sus hijos para estar en contacto con los mismos, según la doctrina jurisprudencial, supone una actividad de carácter peridada para aquélla, justificativa del desalojo pretendido.* (Sentencia de 29 de noviembre de 1962; estimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO VÁLIDO MEDIANTE UNA DEMANDA ANTERIOR: *La demanda anterior que dio comienzo a un juicio de cognición seguido entre las mismas partes, dirigida por el arrendador contra el inquilino, con expresión de la persona para quien se necesita la vivienda, de la causa de necesidad en que se funda y las circunstancias de posesión concurrentes en los habitantes del otro piso, constituye un requerimiento en forma fehaciente, sin que pueda negársele esta condición a aquel escrito procesal, que es la expresión de la voluntad de la actora manifestada en legal forma ante el órgano jurisdiccional y siendo perfectamente conocidas por el inqui-*

lino las causas expuestas en mentada demanda, ya que compareció y se opuso a ella, no puede ahora ignorar el requerimiento (Sentencia de 29 de noviembre de 1962; estimatoria).

6. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE LA VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: *Constituye transformación de la vivienda en local de negocio el hecho de que el inquilino, que había establecido un depósito de leña y carbón —y aun en el supuesto de que contara con el consentimiento de la dueña del inmueble para ello— posteriormente lo amplía y transforma en un negocio de abacería, abierto al público, pues no pudiendo escindir-se la unidad de la relación habría que atender a su objeto y principal finalidad que era la vivienda y que ahora por esa ampliación ha venido a convertirse en lo accesorio e incluso abocada en lo futuro a desaparecer por sucesiva invasión y afectación de habitaciones al mismo, desnaturalizando así la primitiva convención* (Sentencia de 10 de diciembre de 1962; desestimatoria).

7. RESOLUCIÓN POR RUINA; PLAZOS DE DESALOJO: *No se infringe el artículo 143 de la LAU si el juzgador de instancia, al estimar el estado de ruina como causa resolutoria, hizo constar en el fallo —confirmado en apelación— que la desocupación de las viviendas se verificaría dentro de los plazos que establece la Ley, pues no se les Privaba a los recurrentes del plazo de cuatro meses concedido por aquel precepto, que es el único que puede arbitrar la jurisdicción ordinaria, ya que el desalojo de la finca en el supuesto de ruina inminente, aunque la resolución no fuera firme, correspondía a la Autoridad gubernativa y no a la judicial, como claramente se advierte con la simple dición del párrafo 2.º de la causa 10.ª del artículo 114* (Sentencia de 17 de noviembre de 1962; desestimatoria).

II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; FUNCIÓN DE LA SALA: *La Sala a la que compete la solución de las consecuencias jurídicas que se derivan de los hechos declarados probados, está encargada de unificar los conceptos de Derecho, procurando la interpretación conforme a la Ley* (Sentencia de 23 de octubre de 1962; desestimatoria).

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; MOTIVO INADMISIBLE: *No cabe motivar el recurso de suplicación en la infracción de un precepto de la LAU que ni fue invocado por la parte suplicada en los fundamentos jurídicos de su demanda, ni sirvió de base al juzgador de instancia para argumentar su resolución* (Sentencia de 19 de octubre de 1962; desestimatoria).

6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho Civil

1. CRITERIO INTERPRETATIVO DE LOS PRECEPTOS DE LA LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS URBANOS LIMITATIVOS DE DERECHOS: *Frente al criterio tradicionalmente sostenido, conforme al cual deben entenderse en sentido estricto los preceptos limitativos de derechos, la doctrina viene imponiendo otro criterio interpretativo cuando se trata de materias relacionadas con los arrendamientos urbanos, en razón al carácter tuitivo de los intereses del arrendatario presuntamente situado en postura de inferioridad social y política* (SS. del T. S. de día 5 de diciembre de 1941, 26 de diciembre de 1942, 27 de diciembre de 1947, 18 de diciembre de 1952, 22 de diciembre de 1955 y muchas otras) (Sentencia de 28 de septiembre de 1962: desestimatoria).

NOTA: Se refiere a la legislación de ayuda al inquilino, al objeto de facilitarle el acceso a la propiedad de la vivienda por él ocupada, constituida por la Ley de 24 de abril de 1958 y el Decreto de 22 de junio siguiente.

2. ABUSO DE DERECHO: HA DE REFERIRSE A LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES EN EL PROCESO: *El abuso de derecho, como sienta la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1962, ha de referirse precisamente a las pretensiones de las partes y no a los actos o negocios jurídicos anteriores o antecedentes, contra los cuales pueden ejercitarse las acciones procedentes* (Sentencia de 30 de noviembre de 1962; desestimatoria).

3. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: CONOCIDO EL PROPÓSITO DE SUBROGACIÓN POR LA ARRENDADORA, RESULTA INNECESARIA LA NOTIFICACIÓN: *Es innecesaria la notificación cuando, de una manera tan clarísimamente expresiva que no deja rcsquicio alguno de duda, se sienta por la sentencia recurrida como probado. que la arrendadora y propietaria tuvo perfecto e inmediato conocimiento del fallecimiento del arrendatario y que con fecha 15 de septiembre de 1961, tres meses y medio después, le escribió a su hijo, hoy demandado, anunciándole determinado aumento de renta* (Sentencia de 26 de septiembre de 1962; desestimatoria).

4. NECESIDAD: LA CONSTITUYE EL DESEO DE UN MATRIMONIO DE TENER HOGAR INDEPENDIENTE, AUNQUE POR SU AMPLITUD PUDIERAN ACOGERSE A LA DE UNO DE SUS ASCENDIENTES: *Es reiterada doctrina jurisprudencial la de que por amplia que sea la vivienda de los ascendientes, en este caso la madre de uno de los esposos, constituye estimable necesidad, con arreglo a principios de lógica y razón, la originada por el deseo de un matrimonio a tener hogar completa-*

mente independiente del de sus progenitores (Sentencia de 28 de septiembre de 1962: desestimatoria).

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SU CAUSA HA DE SUBSISTIR CUANDO LA ACCIÓN SE EJERCITA: *Si bien para la denegación de prórroga se ha de estar al momento en que se hace la comunicación oportuna (habiéndose afirmado en resolución de esta Sala de 4 de octubre de 1960, que las circunstancias sobrevenidas posteriormente, ajenas al arrendador, no le afectan ni, mucho menos, le obligan a efectuar un nuevo preaviso), la causa de necesidad ha de producirse dentro del año concedido y subsistir cuando la acción se ejercita (Sentencia de 4 de octubre de 1962; desestimatoria).*

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ARRENDADOR QUE, REQUERIDO DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA, SE OPONE AL REQUERIMIENTO: *Declarado probado en la sentencia recurrida que al practicarse el día 3 de marzo de 1962 la denegación de prórroga a la hoy actora, respecto a la vivienda por ella ocupada, por necesitaría su propietario, lejos de aceptar el requerimiento que se le hacía, negó la existencia de la necesidad en aquél, evidenciando con ello su propósito de oponerse al requerimiento y además que no se consideraba obligada a desalojar la vivienda que ocupaba, resulta incompatible esa postura con la adoptada en la demanda, donde se invoca como causa de resolución la de verse obligada al desahajo con la consiguiente necesidad de ocupar la que tiene cedida en arrendamiento al demandado (Sentencia de 26 de septiembre de 1962: desestimatoria).*

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA VERIFICADA EN EL MISMO ACTO DE CONCILIACIÓN QUE ORIGINÓ LA EXPIRACIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL UN MES DESPUÉS: CONTESTACIÓN DEL DEMANDADO AL REQUERIMIENTO: *El acto de conciliación, celebrado el 18 de mayo de 1961, constituye la terminante manifestación de dar por expirado el plazo contractual que con un mes de anticipación exigía la cláusula 1.ª del contrato, transcurrido cuyo dicho mes empezó la prórroga legal a la que asimismo puso término el actor en el propio acto de conciliación, constitutivo del requerimiento prevenido en la LAU, habiendo podido ejercitar la acción de resolución a los seis meses inmediatos, dada la carencia de contestación que en dicho acto hubo de consignar el demandado (Sentencia de 6 de octubre de 1962: estimatoria).*

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL COPROPIETARIO: *No existe falta de legitimación en la actora si el requerimiento denegatorio de prórroga lo producen tres de los cinco copropietarios del inmueble, aunque no se haya acreditado el previo acuerdo de la mayoría para ejercitar la acción resolutoria, porque esta cuestión es de orden interno de la comunidad, en la que no puede haber interferencia de persona extraña a ella, y además porque, en principio, se permite, por tratarse la acción ejercitada de un acto de administración, que cualquiera de los titulares proindiviso pueda accionar siempre que lo haga en interés de la comunidad (Sentencia de 29 de octubre de 1962: desestimatoria).*

9. SELECCIÓN: NO ES NECESARIO QUE ENTREN EN ELLA TODAS LAS VIVIENDAS DEL INMUEBLE SI SOLAMENTE ALGUNA O ALGUNAS DE ELLAS REÚNEN CONDICIONES ESPECIALES PARA SATISFACER LA NECESIDAD DEL ACTOR: *La necesidad cualificada por la enfermedad del propietario, consistente en una cardiopatía hipertensiva y asma bronquial a la que perjudica grandemente el subir escaleras, hace que la selección se simplifique al extremo de poder negar la prórroga al inquilino que ocupa el piso que reúne las condiciones especiales requeridas para satisfacer aquélla adecuadamente* (Sentencia de 30 de octubre de 1962; desestimatoria).

10. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DE UNO DE LOS CONDUENOS: *Debe cumplirse en el requerimiento el requisito de la intervención de la mayoría de los condueños, conforme a lo prevenido en el artículo 398 del Código Civil* (Sentencia de 28 de noviembre de 1962; desestimatoria).

11. RESOLUCIÓN POR USO DE DOS VIVIENDAS: NO PROCEDE, SI CONVIVIENDO CON SU MADRE Y HERMANAS EL DEMANDADO, DE QUIEN DEPENDEN ECONÓMICAMENTE, ÉSTE ARRIENDA OTRA VIVIENDA AL CONTRAER MATRIMONIO, SIN QUE NINGUNA DE LAS DOS SEA CAPAZ PARA ALBERGAR A TODOS: *No procede la resolución al amparo de la causa 4.ª del artículo 62 de la LAU, si se declara probado que la madre y las dos hermanas del demandado, «mantienen con él conexión familiar, dependencia y subordinación económica» motivadora de que por ser insuficiente la vivienda que ocupaban para albergar más personas, al contraer aquél matrimonio, tuvo necesidad de alquilar otra para vivir con su cónyuge, la que también resulta insuficiente para todos, pues es vista la necesidad por parte del demandado de ocupar las dos que tiene alquiladas* (Sentencia de 25 de septiembre de 1962; desestimatoria).

12. OBRAS QUE NO MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN DE LO ARRENDADO: *No modifican la configuración del local arrendado las obras consistentes en cubrir un pequeño lavadero instalado en el patio, con una chapa vieja elevando un poco la pared ya existente del fondo, cerrándola con un tabique de panderete y puerta de madera, sin cimentación ni empotramiento en la pared, con la única finalidad de evitar que la persona que lave quede resguardada del sol y de la lluvia* (Sentencia de 27 de noviembre de 1962; desestimatoria).

13. VIRTUALIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: *El contrato de arrendamiento de vivienda ampara para ocupar ésta, no sólo al inquilino, sino a todas las personas que de él dependan sean o no familiares.* (Sentencia de 25 de septiembre de 1962; desestimatoria).

II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: NO ES NECESARIA LA DE LAS QUE VAYAN VENCIENDO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN: *El artículo 148 de la LAU es claramente expresivo de que la exigencia*

de consignar la renta que en él se establece lo es solamente para la interposición del recurso de apelación, sin que se haga extensiva a la de las rentas que venzan durante la sustanciación del mismo (Sentencia de 29 de noviembre de 1962; desestimatoria).

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE FUNDARSE EN INFRACCIÓN DE PRECEPTOS PROCESALES: *El recurso de suplicación viene limitado por los términos del artículo 132 de la LAU a supuestos sólo de infracción de Ley o de doctrina legal, no pudiendo servir para fundarlo la invocación de preceptos de carácter procesal* (Sentencia de 27 de septiembre de 1962; desestimatoria).

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima.*

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común.*

FOSAR BENLLOCH, Enrique: *La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código civil.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GUIMERÁ PERAZA, Marcos: *Auxilios a los aprovechamientos de aguas en Canarias y otras cuestiones.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: *Ineficacia civil de matrimonio por vínculo precedente.*