

# 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 XV  
FASCICULO I



ENERO - MARZO  
MCMLXII

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.

## La acción revocatoria de donaciones en la Compilación

RAMON M.<sup>o</sup> ROCA SASTRE  
Notario

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en el último párrafo de su artículo 340, dispone: "No perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que nazca el crédito de aquéllos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro."

Este precepto es el resultado de un interesante proceso evolutivo de la regulación de la acción revocatoria o pauliana a partir del Derecho romano, en orden a los actos de enajenación a título gratuito. En este estudio, primero nos ocuparemos de esta evolución histórica, para después examinar los extremos más destacados de la regulación de dicha acción, habida cuenta de dicho precepto compilado.

### I

En materia de donaciones o enajenaciones a título gratuito, la procedencia de la acción revocatoria o pauliana en Derecho romano justinianeo requería como requisitos básicos uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo. El primero era el daño o perjuicio que la donación otorgada por el deudor causaba a la efectividad de un crédito preexistente, cuando originaba o agravaba la insolvencia de dicho deudor donante. Es el "*eventus damni*". El segundo requisito era el conocimiento que el deudor tenía de dicho hecho, o sea, de que la referida donación provocaba o incrementaba su insolvencia. Es el "*consilium fraudis*".

Aquí nos interesa, de momento, este segundo requisito.

Acabamos de decir que para que exista este "*consilium fraudis*" el deudor, al otorgar la donación, ha de saber que ésta produce o agrava su insolvencia, perjudicando, en consecuencia, la efectividad del derecho crediticio. Es, pues, fundamental en la regulación romana de esta acción el conocimiento por el deudor de la insolvencia causada por su donación, y así se expresa un fragmento de POMONIO (D. 40, 9, § 23). No es suficiente el conocimiento por el deudor de tener acreedores, o de ser deudor, sino el conocimiento de su insolvencia (1).

---

(1) Un fragmento de JULIANO (D. 42, 8, § 17, 1) expresa que el que sabe que tiene acreedores y enajena todos sus bienes, se ha de entender que tuvo el designio de defraudar a los acreedores. Pero en este caso es

Basta, pues, que el deudor tenga la conciencia del daño o perjuicio, o sea, la "*scientia damni*", ya que si el deudor sabe que con la donación dañará o perjudicará al acreedor, y a pesar de ello la otorga, es que quiere este resultado, es decir, quiere su propia insolvencia. Quien realiza un acto a sabiendás de su efecto nocivo, quiere este efecto.

En cuanto al adquirente en general y, por tanto, incluso el donatario, se desprende de un fragmento de ÚLPANO (D. 42, 8, § 1 pr.) la necesidad de que el mismo haya conocido el fraude del deudor ("*scientia fraudis*"), pues, como reconoce BIONDI, no se encuentra en las Fuentes un principio general de que en los actos a título gratuito no se requiera en el donatario la "*scientia fraudis*", y solamente en una constitución de Diocleciano y Maximiano (C. 7, 75, § 5) se dice que cabe proceder contra el comprador que con conocimiento del fraude compró los bienes, así como contra quien los adquirió a título gratuito, *abstracción hecha de si tuvo tal conocimiento* ("*scientiae mentione de tracta*") (2).

La eliminación de este requisito de la "*scientia fraudis*" en los donatarios o adquirentes a título gratuito, relegándolo para los adquirentes a título oneroso, ya significó un comienzo de evolución, que en el curso de los siglos había de tener la acción revocatoria o pauliana en las donaciones. Esta diferencia de trato, más o menos intenso, se ha considerado siempre fundada en el tan repetido argumento clásico de que en las donaciones la pugna entre el acreedor y el donatario ha de resolverse a favor de aquél, pues el acreedor sólo pretende evitar un daño ("*certat de damno vitando*"), en tanto que el donatario quiere conservar un lucro ("*certat de lucro captando*").

En el período del "*ius commune*" fueron muchas las legislaciones locales o territoriales que en sus leyes o estatutos de elaboración propia reformaron el régimen romano de la acción revocatoria o pauliana sobre donaciones, por considerarla poco protectora de los intereses de los acreedores y, por tanto, contraria a la defensa del crédito. Como afirma BUTERA, la tutela de los acreedores adquiere vigor al florecer las ciudades italianas, y en textos inelegantes de forma y de sistema se manifiesta potente el espíritu práctico encaminado a satisfacer las nuevas necesidades del tráfico. Y así se facilitó la prueba del fraude con indicios y presunciones ante un deudor insolvente, y también se consideró innecesaria esta prueba, de suerte que mientras el Derecho romano, para la revocación de los actos a título gratuito, exigía el fraude del donante, algunos estatutos locales se limitaron a aplicar la máxima "*nemo liberalis, nisi liberatur*", prolongando el tiempo y el modo de la impugnabilidad (3). Al mismo resultado condujeron prácticamente las leyes y estatutos que establecieron presunciones "*iuris et de iure*"

evidente que el deudor sabe que queda insolvente desde el momento que enajena sus bienes.

En materia de donaciones ver el artículo 613 del Código civil.

(2) *Istituzioni di Diritto romano*, 1952, pág. 328.

(3) *Dell'azione pauliana o revocatoria*, 1934, pág. 27.

de la existencia del fraude en el deudor donante (4). La tendencia más avanzada fué, pues, la que sobre la base de dicha máxima vio en el hecho de la donación perjudicial para los acreedores un acto por sí mismo fraudulento.

Esta tendencia aparentemente eliminaba el "*consilium fraudis*" del donante deudor, pero en rigor consideraba ínsito el fraude en la sola circunstancia de quedar insolvente el deudor por obra de la donación otorgada, tomando en cuenta únicamente el perjuicio o "*eventus damni*" causado por ver en ello un resultado fraudulento (5).

En Cataluña se sintió igualmente la necesidad de modificar el régimen romano de la acción revocatoria o pauliana en las donaciones, por imponerle la necesidad de robustecer el crédito. Pero la modificación introducida por su "*ius proprium*" no consistió en seguir el criterio de tomar en consideración únicamente el perjuicio causado por la donación al acreedor o acreedores del donante ("*ut solus consideretur eventus*"), por concebirlo como fraudulento en sí mismo, sino en implantar el juego de la publicidad registral de las donaciones en seguridad de dichos acreedores.

Esta reforma la introdujo una constitución de Fernando II en las Cortes de Barcelona del año 1503, que empieza con las palabras "*Per tolre frau*" (6). En ella se dispuso que: "Para evitar los fraudes que con frecuencia se cometen en las donaciones que se otorgan, ... cualesquiera donaciones que se hicieren, universales o de la mayor parte del patrimonio, o que excedieren de 500 florines (7), deban ser registradas en las Curias de los Ordinarios en la capital de la Vegueria (8) donde dichas donaciones se otorgaren, haciendo constar el día en que dichas

(4) Sobre las varias tendencias acerca de la acción pauliana en las donaciones puede verse nuestro estudio *La acción pauliana y la constitución «Per tolre frau»*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1935, pag. 122.

(5) Es de observar que GREGORIO LÓPEZ (al comentar la ley 7.<sup>a</sup> del título 15 de la Partida V) defiende esta tendencia al sostener que en las donaciones por causa de muerte, como en los legados, *sólo se atiende al resultado*, prescindiéndose de la intención, pues deben pagarse de lo que reste deducidas las deudas, y si bien reconoce que existe diferencia, porque cuando se dona entre vivos media la esperanza de hacer fortuna, mas no en las últimas voluntades, entiende que lo mismo debe decirse de las donaciones entre vivos que de las últimas voluntades, esto es, que tan sólo se atiende al hecho de ser defraudados los acreedores, aunque no se justifique haber sido tal la intención. Y si bien la ley de Partidas comentada por dicho jurista clásico parece más bien querer reproducir el criterio del fragmento de JULIANO citado antes (en la nota 1), relativo a la donación universal por el deudor, refiere esta opinión al texto que comenta de las Partidas, pues así como esta ley presume intervenir fraude cuando se enajenan todos los bienes, se entenderá éste, a tenor de la misma, cuando el que tiene acreedores hace donaciones entre vivos, sea cual fuere el valor de éstas.

(6) En la constitución 1.<sup>a</sup>, del título 9.<sup>o</sup>, del libro VIII, del volumen I de las «Constitucions y altres drets de Catalunya».

(7) 1.333.333 pesetas según el valor de la peseta, conforme al Decreto de 10 de octubre de 1868 y disposiciones complementarias.

(8) Últimamente los Juzgados de Primera Instancia o Instrucción.

donaciones se registren en un libro que se denominará "De donaciones y heredamientos", bajo un índice que contenga los nombres y apellidos de los donadores, donatarios y Notario que hubiera autorizado la donación; y si tales donaciones no fueran registradas (en dicho libro) diez días antes del préstamo o contrato, *no perjudiquen ni puedan perjudicar a los acreedores censalistas ni a los otros que tengan sus créditos en escrituras o albaranes, aunque sean posteriores*. Empero, no están comprendidas en la presente, las donaciones que se hacen en contemplación al matrimonio, insertas en capitulaciones matrimoniales si éstas surtieron efecto... Y dichas donaciones no tengan fuerza ni valor en perjuicio de tales acreedores... sino a partir del día de la registración de aquéllas..."

Al promulgarse esta constitución regían en Cataluña las normas de Derecho romano sobre la *insinuación judicial* de las donaciones, como trámite necesario para la validez de las mismas en cuanto excedieren de 500 sólidos (9). Pero este requisito únicamente perseguía evitar empobrecimientos impremeditados del donante al situarlo bajo el clima de serenidad que proporciona un maduro consentimiento, gracias al esfuerzo que significa el tener que acudir ante el juez y persistir ante él en su ánimo de liberalidad. La "*insinuatio coram iudice*" era, pues, una medida de protección del donante y de su familia, al asegurar a éste contra la precipitación (10).

Mas este remedio de la "*insinuatio*" no constituía un verdadero instrumento de publicidad registral, sino una verificación o autenticación judicial de la donación, de carácter constitutivo, porque sin ella era nula. No cabe duda que se hacía pública al tener estado o constancia oficial en el archivo judicial correspondiente, pero esto no era propiamente publicidad registral, ni siquiera a los solos fines defensivos o negativos de preceptuarse que la donación no insinuada no podía perjudicar a terceros adquirentes, o concretamente a los acreedores del donante, porque dado el valor constitutivo de la insinuación, su falta impedía la existencia de una donación válida, del mismo modo que el artículo 633 del Código civil exige, como requisito de validez de las donaciones de cosa inmueble, su otorgamiento en escritura pública, sin que nadie pretenda sostener que esta escritura de donación, consiguientemente

(9) Su regulación concreta principalmente en el *Codex*, 8, 54, § 34 pr. y § 36, 3.

(10) Según SAVIGNY (*Sistema de Derecho romano actual*, 1879, III, página 142), la insinuación consistía en un acta judicial en la que constaban las declaraciones de las partes hechas ante un Magistrado no sujeto a las reglas de la competencia territorial y cuyo papel se limitaba a autenticar el acto, sin poder rehusar la insinuación, a menos que el acto se verificara con un fin ilegal. La donación no insinuada era radicalmente nula, si bien subsistía válida en la parte en que no excediese del indicado límite legal.

Por tanto, la insinuación no implicaba control judicial del *animus donandi*, aunque prácticamente el Juez podía desplegar una actividad de advertencia o consejo y penetrar en la intención de las partes para averiguar la licitud del propósito.

tamente archivada en el protocolo notarial, envuelva por sí sola publicidad registral.

Podrá decirse, con PUGLIATTI, que debido a la constancia en los archivos judiciales de la donación insinuada, "no se puede desconocer el alcance práctico de la posibilidad de su conocimiento público que de la misma se derivaba" (11), pero sin que ello permita aproximar la "*insinuatio apud acta*" a la moderna registración, ni que autorice sostener que por medio de la insinuación el Derecho romano organizó la publicidad registral (12), ni aun refiriéndola a donaciones.

Los que quieren ver en la insinuación romana una medida de publicidad registral se apoyan en que ésta tiende a evitar fraudes, pues una constitución del emperador Constantino (C. 8, 54, § 27) expresa que las actuaciones públicas de la insinuación de donaciones impiden fraudes ocultos entre personas allegadas, así como simulaciones. Mas esta referencia a la prevención de fraudes es de tipo genérico, aplicable tanto a la documentación auténtica como a la constancia registral. Esto aparte de que la simulación de que tal constitución habla, poca relación guarda con la publicidad registral.

Lo cierto es que la insinuación, gracias al renacimiento del Derecho romano, tomó fuerte vigor, y disposiciones autóctonas de diversos países, principalmente Francia e Italia, impusieron como complemento la publicación de las donaciones insinuadas, alegando a veces que la misma servía para proteger a terceros de maquinaciones fraudulentas (13), pero sin que dicha publicación se tradujese en efectos típicos de publicidad registral, pues sólo era mera publicación de hecho (14). En cambio, en la referida constitución catalana "*Per tolre fraus*" sí que se adopta una indiscutible medida de publicidad registral, para la protección o defensa de unos intereses credituales, pues en ella se establece la registración de las donaciones en un libro especial al efecto y se

(11) *La trascrizione*, 1957, I-1, pág. 116.

(12) Ver BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, 1891, página 43. Este autor, con gran entusiasmo, protesta de que se hable de «clandestinidad romana», oponiéndole la «publicidad jurídica germánica», por estimar que el Derecho romano, lejos de erigir la clandestinidad en sistema, adelantó a los germanos en la *organización de la publicidad*. Y después (en la pág. 68) reproduce la siguiente opinión de ALCIATO: «La insinuación no parece haber sido introducida simplemente en interés de los contratantes, sino también en interés de los terceros. Con ella se ha querido impedir que un hombre de mala fe haga una donación en secreto y contrate en seguida, engañando de este modo a los acreedores.»

(13) Así en el Delfinado una ordenanza del año 1456 dispuso que para prevenir fraudes y maniobras dolosas, las donaciones debían ser publicadas en presencia de la autoridad del domicilio del deudor, y lo mismo se dispuso en otras regiones de Francia y también de Italia. Ver PUGLIATTI (*Ob. cit.*, I-1, pág. 155) y BRONDI (*Le donazioni*, 1961, pág. 433).

(14) Esto no significa negar que la insinuación judicial de donaciones sirviera de germen a la futura publicidad registral, pero ésta no surgió propiamente, sino a merced de importantes desenvolvimientos posteriores, y, por supuesto, a base de un sistema de libros especialmente destinados a hacer efectiva dicha publicidad.

preceptiva que las que no se hubieren registrado oportunamente *no perjudicarán a los acreedores del donante*, fórmula que responde a una técnica de protección registral, que recuerda a los llamados sistemas de transcripción modernos, si bien tan sólo referida a los acreedores y en vistas a las donaciones en general (15).

La originalidad de esta constitución catalana es, pues, innegable y constituye, sin duda, un inicio limitado de publicidad registral, y tanto era así que en el fondo más bien se apartaba de las líneas básicas de la acción revocatoria o pauliana en las donaciones para formar una institución de nuevo cuño, que eliminaba el juego propio de esta acción en materia de actos a título gratuito, superándola.

Los antiguos juristas clásicos catalanes no midieron el verdadero alcance de dicha constitución catalana. Aferrados al criterio de que las disposiciones del "*ius proprium*" debían interpretarse en el sentido menos corrector del Derecho romano o, mejor dicho, del "*ius commune*", únicamente concibieron la referida constitución como una ampliación de la "*insinuatio*" romana y como sustitución del tope de 500 sólidos por el de 500 florines. CÁNCER califica de insinuación a la registración especial de donaciones prevista en la repetida constitución, y la considera como una mera extensión de aquélla (16). FONTANELLA estima que dicha constitución solamente añade algo a la "*insinuatio*" (17). PEGUERA sostiene que esta constitución dispone que toda donación que exceda de 500 florines debía ser insinuada bajo pena de nulidad (18).

La mayoría de los autores catalanes modernos, entre ellos VIVES (19), DURÁN y BAS (20), BROCÁ y AMELL (21) y BORRELL y SOLER (22), insisten en ver un acto de insinuación de donaciones en la registración que de ellas establece la mencionada constitución "*Per tobre frau*", cuando es lo cierto que ni se emplea en ella tal concepto de "insinuación" ni los fraudes que quiere evitar la misma son los derivados de la falta de documentación auténtica, sino de la falta de publicidad registral, esto es, en el libro especial de donaciones y heredamientos que en dicha constitución se instaura. Con todo, aquellos tratadistas modernos ya precisan con mayor claridad el alcance o efec-

(15) Es de observar que, si bien la insinuación romana podía tener lugar en cualquier Juzgado, ello constituía un fuerte obstáculo para el conocimiento de la donación. La constitución catalana ya adopta un principio de localización en el registro de las donaciones, aunque el criterio adoptado no sea del todo satisfactorio, pues señalaba como lugar competente para ello el del otorgamiento de la donación.

(16) *Fariarum resolutionum*, pars. I, cap. 8, números 2, 5 y 10 a 24.

(17) *De pactis nuptialibus*, claus. IV, glos. 20, números 12 a 24.

(18) *Decisiones aureae*, cap. 150.

(19) *Usages y demás derechos de Cataluña*, 1862, III, pág. 166 y siguientes.

(20) *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, pág. 101. En el proyecto de articulado que sigue a esta Memoria, y bajo el artículo 236, se mantiene el sistema de registración de donaciones en dicho libro especial, así como también se mantiene la insinuación.

(21) *Instituciones de Derecho civil catalán*, II, pág. 242.

(22) *Derecho civil vigente de Cataluña*, 1944, III, pág. 320.



tos específicos de dicha registración en el mencionado libro y, por supuesto, parten de la idea de que en Cataluña convivían (antes de la Compilación) los dos sistemas de insinuación romana y de insinuación catalana. Pero PELLA Y FORGAS sostiene que la insinuación (*sic*) catalana arrumbó a la romana, fundándose en razones poco convincentes (23) y olvidando otras que podrían acaso conducir a su mismo pensamiento en esta cuestión.

Todo este confusionismo penetró en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. Salvo casos contados, en ella se suele calificar de insinuación a la registración que la constitución catalana comentada estatuyó y atribuye a su falta la nulidad de la donación, lo que hace pensar que su criterio es el mismo de la doctrina en general. Pero no es tan pacífica la solución jurisprudencial, pues en ella se ha producido la honda divergencia acerca de si la constitución "*Per tolle frauds*" abrogó la "*insinuatio*" o convivió con ella.

La sentencia de 9 de diciembre de 1891 sostiene que dicha constitución catalana "tau sólo tuvo por objeto proteger a los acreedores contra las donaciones hechas en su perjuicio por sus propios deudores, sin que al exigir el registro de tales actos sustituyera con otro distinto el régimen establecido por el Derecho romano respecto de la insinuación judicial, que tiene un objetivo diverso y produce efectos también distintos. Pero esta doctrina fué desmentida por otras varias sentencias, la última de las cuales, la de 13 de mayo de 1952, expresa que la insinuación romana fue instituída a modo de obstáculo puesto a las donaciones irreflexivas, mientras que la constitución catalana referida se dictó para evitar los fraudes en las donaciones, de manera que la misma modificó la insinuación romana limitando su efecto anulativo.

Estando así las cosas, entra en vigor la Compilación catalana en el año 1960, y con ella su artículo 340, párrafo tercero, al principio transcrito. Asimismo, en el primer párrafo del propio artículo, se dispone que "para la validez de las donaciones, cualquiera que sea su cuantía, no se exigirá el requisito de la insinuación" (24).

El alcance de la reforma introducida por estos preceptos de la Compilación supone, en relación al régimen anterior, las dos siguientes modificaciones:

En primer lugar se establece puramente el criterio de que en el conflicto entre un derecho de crédito y una donación posteriormente otorgada ha de prevalecer aquél, independiente de toda publicidad registral específica, pues, aparte de no considerarse conveniente restaurar, en la misma o en distinta forma, aquella añeja registración, que había caído en desuso, se estimó que la misma era superflua en dicho

(23) *Código civil de Cataluña*, 1918, III, pág. 22. Puede verse ANGUELA DORDERO, *Dret especial de la comarca de Vic*, en «Conferencias sobre variedades comarcals del Derecho civil catalán», en publicaciones de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1934, pág. 280.

(24) En el proyecto de Apéndice de Derecho catalán al Código civil del año 1930, su artículo 238 establecía que «no perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones otorgadas a partir de los diez días ante-

caso (25). Eliminada ésta, únicamente quedaba la norma escueta que proclamaba la prevalencia del interés del acreedor del donante sobre el interés del donatario, sin necesidad de expresar el requisito de que dicho donante se había producido con fraude, pues el mismo resultado lo implicaba; criterio éste que, iniciado en algunas legislaciones o estatutos locales en el período del "*ius commune*", correctores de la regulación romana en orden a la acción revocatoria o pauliana en las donaciones, resulta ser actualmente de excelente modernidad (26).

En segundo lugar, se prescinde de la insinuación. Esta supresión no obedece a la idea de que la constitución "*Per tolre fraus*" abrogó dicho requisito de la ley romana, sino que se funda en que por el silencio de la Compilación entraban a regir en Cataluña los artículos 633 y 632 del Código civil, que mantienen el carácter constitutivamente formal de toda donación, como es la escritura pública en la de bienes inmuebles y el escrito o, a falta de éste, la entrega simultánea en la donación de bienes muebles. Estos requisitos, especialmente la escritura pública, suplen la conveniencia de evitar precipitaciones por parte del donante.

---

riores a la fecha del contrato del que nazca el crédito de aquéllos». Y en su artículo 237 se disponía que «las donaciones, cualquiera que sea su cuantía, serán válidas aunque no hayan sido insinuadas; debiendo considerarse para todos los efectos legales sustituido el antiguo trámite de la insinuación por la inscripción en el Registro de la propiedad en cuanto a la donación de inmuebles, la cual, para ser válida, deberá siempre otorgarse en escritura pública. En cuanto a la donación que comprenda exclusivamente bienes de otra clase, deberá constar en forma auténtica para su eficacia contra tercero...»

(25) Por este motivo no se incluyó en el párrafo tercero del artículo 340 de la vigente Compilación el plazo de diez días, que tomado de la constitución *Per tolre fraus*, adoptó el citado artículo 238 del proyecto del Apéndice del año 1930 al que alude la nota precedente. Y se hizo así, además, porque este plazo respondía a la idea de dar tiempo a los acreedores para consultar el correspondiente libro-registro de donaciones y de heredamientos que la mencionada constitución implantó.

(26) PUG BRUGA (*Fundamentos de Derecho civil*, II-1, pág. 347 y siguientes) entiende que el Código civil presume *ius tantum* que las enajenaciones a título lucrativo están celebradas en fraude de acreedores, pero tal vez sería preferible afirmar pura y simplemente, esto es, al margen de toda presunción real o ficticia, que un deudor no puede sustraer bienes a la acción de sus acreedores a base de enajenarlos a título gratuito. La solución del Código no es, pues, muy satisfactoria, aunque prácticamente está muy próxima al sistema de supresión de dicho requisito subjetivo. Mas debería imponerse la consideración de que no puede prevalecer el interés de los donatarios por encima del de los acreedores del donante. Socialmente es más conveniente proteger a estos acreedores que a los donatarios. Y ésta es la tendencia en el Derecho comparado.

Según CARRARO (*Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, en «*Scritti giuridici in onore de Francesco Carnelutti*», III, página 437), en los actos a título gratuito la tendencia es la de prescindir del estado subjetivo del agente y se produce una evolución progresiva de la acción revocatoria como instituto dirigido a la represión del fraude, hacia un instituto encaminado a tutelar de un modo objetivo el interés del acreedor.

## II

El citado artículo 340, 3, de la Compilación catalana ha venido a reforzar aún más la acción revocatoria o pauliana en materia de donaciones, no sólo comparativamente con la regulación romana, sino con el Código civil, ya que si bien éste representa un importante avance al presumir "*iuris tantum*" el fraude en el donante, no llega a estimar que aquí el fraude surge de los mismos hechos, que es el criterio seguido por dicho precepto compilador.

De ahí que se haya de concluir que respecto de dicha acción revocatoria o pauliana rige en Cataluña lo dispuesto en el Código civil, mas no el primer párrafo del artículo 1.297, ni tampoco el segundo párrafo del artículo 643, porque la presunción de fraude que ambos preceptos estatuyen es del todo innecesaria en el Derecho civil vigente en Cataluña, por quedar superada por lo preceptuado en el referido precepto de la Compilación, al disponer que no perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que nazca el crédito de aquéllos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro (27).

El artículo 340, 3, de la Compilación podrá hacer pensar que de los dos clásicos requisitos fundamentales para la procedencia de la acción revocatoria o pauliana en las donaciones, como son el requisito objetivo del "*eventus damni*" o perjuicio ocasionado por la donación al hacer insolvente al donante deudor, y el requisito subjetivo de la "*scientia damni*" o "*consilium fraudis*" demostrado o presumido, parece prescindirse en absoluto de este segundo y subsistir tan sólo el primero, esto es, el resultado dañoso o perjudicial para el acreedor; pero en el fondo no es así, pues si la ley atiende a dicho resultado perjudicial, ello es debido a que el mismo, por su propia virtualidad, implica un verdadero fraude, por la iniquidad que supone el hecho solo de que una persona no pueda satisfacer sus deudas por haber donado sus últimos bienes.

No se prescinde, por tanto, en absoluto de toda noción de fraude; únicamente éste se transmite objetivándose. Hay ciertamente un fraude, pero es un "*fraus re ipsa*". Antes de ser liberal hay que estar liberado, según reza la regla jurídica "*nemo liberalis, nisi liberatus*", y lo contrario constituye una postura inícuca "*per se*" y que, en consecuencia, envuelve un fraude. Sin duda, no se trata de un fraude subjetivo en sentido técnico, ni tampoco es un fraude presunto; es un fraude inherente al resultado. Por esta razón la ley, en estas situaciones, correctamente atiende sólo al resultado ("*ut solus consideretur eventus*"), debido a

(27) Quizás hubiera sido más inteligible redactar este precepto en el sentido de que los contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito serán rescindibles si perjudican un crédito anterior; pero la conveniencia de conservar un redactado que se aviniera mejor con preceptos de precedente vigencia, junto con otras consideraciones, condujeron a adoptar el contenido actual.

que por las circunstancias que en él concurren implica de por sí un fraude, esto es, "*ipsa res in se fraudem habet*", lo que hace ociosa su prueba e incluso su presunción (28).

El artículo 340, 3, de la Compilación al proceder de este modo no por ello rebasa el cauce propio de la acción revocatoria o pauliana en las donaciones, ya que se limita a reforzarla, por consideraciones razonables y en consonancia con la motivación finalista del remedio y la respectiva valoración que merecen los respectivos intereses en juego, los de los acreedores y los de los donatarios.

\* \* \*

Para mejor encuadrar el referido precepto compilado con la regulación de la acción revocatoria exponemos a continuación un comentario de los extremos más importantes que sugiere el examen de la materia, a base de distinguir entre los *requisitos* para su procedencia en las donaciones, y sus *efectos*, sin pretensiones, ni mucho menos, de agotar el tema, pues ello no sería del todo indicado (29).

A) *Requisitos*.—Son los siguientes:

1) *Que exista un derecho de crédito*.—La existencia del derecho de crédito presupone su validez y subsistencia, es decir, que civilmente haya nacido y no se haya extinguido. Estas circunstancias las ha de reunir el derecho de crédito al tiempo de ser ejercitada la acción revocatoria.

Sin embargo, no es preciso que en este momento el crédito sea de exigible cumplimiento, pues puede estar sujeto a condición o a término suspensivos o resolutorios (30). Lo importante es que no se trate de un crédito eventual o simple expectativa de crédito por nacer.

---

(28) En rigor es el mismo criterio que preside la rescisión por lesión *«ultra dimidium»*, según el *Corpus* y el artículo 323, 1, de la Compilación. La ley en esta acción toma sólo en consideración el importe de la lesión o daño sufrido por el enajenante, por entender que cuando su volumen excede de la mitad del justo precio del objeto de la enajenación, ello por sí mismo envuelve iniquidad o implica dolo, sin tener que demostrarlo, ni presumirlo, pues *ipsa res in se dolum habeat*. Aquí también se produce una especie de objetivización del dolo o engaño, lo que permite que dicha figura pueda correctamente seguirse denominando de «engany de mitges», como suele hacerse en Cataluña.

(29) Por esta misma razón nos abstenemos de citar la numerosa bibliografía producida sobre esta acción, sin perjuicio de mencionar por excepción a algunos autores.

(30) DE CASTRO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código civil*, en «Revista de Derecho Privado», 1932, pág. 211) niega que puedan servir de base para la acción pauliana los créditos bajo condición suspensiva, porque, aparte la letra del artículo 1.111 del Código, la obligación bajo condición suspensiva no es todavía una verdadera obligación, sino una expectativa, y si pudieran impugnarse válidamente los actos del deudor, bien poco sería lo logrado, pues el acreedor tendría que devolver lo obtenido como cobro de lo indebido.

No puede considerarse como crédito existente el que puedan ostentar los fiadores personales, cambiarios e hipotecarios o pignoratícios, pues su derecho de crédito no surge hasta que por incumplimiento del deudor garantido hayan satisfecho su débito, mas no antes.

Es indiferente la calidad o naturaleza del derecho de crédito. En principio es indiferente que sea simple, escriturario o privilegiado, que se halle garantizado con prenda o hipoteca, o con fianza personal, cambiaria, pignoratícia o hipotecaria, pues esta garantía no elimina la acción personal, excepto en la hipoteca con concreción de responsabilidad a la finca hipotecada, de acuerdo con el artículo 140 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, hay que tener en cuenta que dado el carácter subsidiario de la acción revocatoria, en tales casos los acreedores deberán apurar previamente las posibilidades de la garantía.

Naturalmente que para ejercitar la acción revocatoria el crédito ha de subsistir, esto es, no ha de haberse extinguido, conforme declaró la sentencia de 30 de octubre de 1956.

2) *Que se otorgue alguna donación.*—Aunque el artículo 340, 3, de la Compilación sólo alude a las donaciones, este concepto hay que entenderlo en sentido equivalente a disposiciones a título gratuito.

La determinación de los actos a título gratuito en contraposición a los actos a título oneroso es fundamental a los efectos de la acción revocatoria, debiendo estarse para su diferenciación a las reglas generales sobre esta acción. Hay casos dudosos. Las renunciaciones de derechos, por ejemplo, se equiparan a las donaciones en este punto. Pero la repudiación de herencia y la renuncia de la prescripción ganada no entran en el campo de la acción revocatoria, por ser objeto de tratamiento especial, respectivamente contenido en los artículos 1.001 y 1.937 del Código civil.

Las donaciones matrimoniales, aunque otorgadas en capitulaciones matrimoniales, quedan sujetas a lo prevenido en dicho artículo 340, 3, de la Compilación, ya que ésta no las excluye. La constitución "*Per totre frau*" las excluía cuando constaban en capitulaciones matrimoniales, a pesar del contrasentido que representaba el sujetar a los heredamientos a la registración para poder perjudicar a los acreedores, que por los autores catalanes eran concebidos como donaciones y habían de

---

Nosotros no lo entendemos así, aunque la sentencia de 10 diciembre de 1948 parezca entender que el acreedor sólo puede ejercitar la acción revocatoria una vez que esté vencido y sea exigible el crédito. La acción revocatoria puede operar a los solos fines preventivos de obtener una medida cautelar o conservatoria en vista a la seguridad del crédito y también al objeto de que el acreedor pueda proceder ejecutivamente una vez el crédito haya vencido. Para lo primero, o sea a los fines cautelares, no precisa el vencimiento o exigibilidad del crédito y lo demuestra el artículo 1.121 del Código civil, que De Castro mismo cita, y que permite que el acreedor, antes de cumplirse la condición suspensiva que afecta a su crédito, puede hacer valer las acciones conservativas de su derecho, y para ello necesita como trámite previo ejercitar con éxito la acción revocatoria, al objeto de extender sobre los bienes donados la responsabilidad patrimonial a que antes de la donación estaban sujetos.

constar también en capitulaciones matrimoniales. Pero hay que considerar extraños a dicho precepto de la Compilación los heredamientos en cuanto constituyen instituciones contractuales de heredero, por no implicar, por ende, donación propiamente dicha. En cambio, sí son asimilables a las donaciones las atribuciones de bienes de presente que el heredante otorga a favor del heredero, a las que se refiere el artículo 80 de la Compilación al regular el denominado heredamiento cumulativo.

Aunque no lo diga el citado precepto compilado, no caen dentro de la esfera del mismo las donaciones esponsalicias de que habla el artículo 17, 1, de la Compilación, por ser liberalidades de uso en contemplación de un compromiso matrimonial del donatario, así como tampoco las liberalidades de uso en general y las liberalidades que según el artículo 129, 1, del mismo Cuerpo legal no se toman en consideración para la computación o cálculo legitimario.

3) *Que la donación origine o agrave la insolvencia del donante deudor, resultando en consecuencia perjudicado dicho derecho de crédito debido a ser anterior a aquélla.*—Este perjuicio puede ser total o parcial, pues cabe que la repercusión de la donación en el patrimonio del deudor elimine totalmente los bienes o derechos que lo integraban o que lo reduzcan en términos que sólo haga posible la efectividad ejecutiva de parte del crédito.

Es el requisito del "*eventus damni*", consustancial a la acción revocatoria o pauliana, ya que presupone el agotamiento o la insuficiencia de la responsabilidad patrimonial del deudor, causada, en nuestro caso, por el otorgamiento de la donación y la preexistencia del derecho de crédito. Ha de haber, por tanto, un nexo de causalidad entre el otorgamiento de la donación y el daño o perjuicio creditual, de suerte que si al tiempo de la donación la responsabilidad patrimonial del deudor-donante era suficiente, pero posteriormente dejó de serlo por virtud de enajenaciones posteriores, la acción revocatoria no procede (31).

Sin embargo, este perjuicio ha de perdurar al tiempo de ejercitarse la acción, pues aunque se hubiera producido el "*eventus damni*", si posteriormente, gracias a nuevas reposiciones en el patrimonio del deudor, se restabliese su responsabilidad patrimonial bastante, dicha acción no procederá, no por faltar dicho presupuesto, sino por la ausencia de interés en el acreedor, o, mejor dicho, porque éste ya cuenta con elementos patrimoniales bastantes para la efectividad de su crédito, y porque la acción revocatoria es de carácter subsidiario.

La prueba del "*eventus damni*" compete al propio acreedor al ejercitar la acción (32).

(31) Así lo tienen declarado, en cuanto a enajenaciones a título oneroso, las sentencias de 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945, 15 de abril de 1955 y 10 de octubre de 1957.

(32) La sentencia de 23 de julio de 1927 así lo ha declarado. Pero según la sentencia de 23 de junio de 1903 esta prueba procede efectuarla en el propio juicio en el que se ejercita la acción revocatoria.

Para la sentencia de 31 de diciembre de 1907, a los fines de esta ac-

Requisito esencial concomitante del "*eventus damni*" es que el hecho o acto del que nazca el crédito del actor sea de fecha anterior a la donación (33).

Esto plantea el problema de la determinación relativa a la fecha del crédito y la fecha de la donación. En el caso de que uno y otra consten en documento público en principio no hay problema, pero si constan en documento privado, la aplicación en esta materia del artículo 1.227 del Código civil está subordinada a la resultancia de otras pruebas (34). Este precepto prevé los efectos del documento privado respecto a terceros, cuando en la acción revocatoria, incluso tratándose de adquisiciones a título gratuito, el carácter de tercero del adquirente se debilita. El supuesto más frecuente será la constancia cierta de la fecha de la donación e incierta en el crédito, figuren o no en documento privado, y entonces la fecha respectiva deberá determinarse de acuerdo con las reglas de la prueba en general. Sin embargo, la carga de la prueba corresponderá al acreedor demandante (35).

4) *Que el acreedor carezca de otro medio legal para obtener el cobro o efectividad de su crédito.*—Los efectos de la acción revocatoria o pauliana son tan importantes que la ley no la prodiga, sino que la reserva como último remedio.

En este extremo, el artículo 340, 3, de la Compilación no hace más que adoptar el mismo criterio del artículo 1.294 del Código civil, que establece que dicha acción es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

ción, se entiende producida la insolvencia de deudor, aun cuando puedan existir otros bienes que no fuesen oportunamente conocidos.

(33) La sentencia de 10 de julio de 1928 exige que el crédito base de la acción revocatoria sea de fecha anterior.

(34) Ver sentencia de 20 de diciembre de 1956 y 4 de febrero de 1957.

(35) Regla tradicional de la acción pauliana es la preexistencia del derecho de crédito respecto al acto dispositivo. Pero modernamente se ha producido una tendencia encaminada a extenderla excepcionalmente al caso en que el deudor primeramente otorga el acto dispositivo, mas con el ánimo de contraer una futura obligación, en contemplación a la cual y para frustrar su efectividad, se desprende del bien enajenado, quedando en la insolvencia. Esta tendencia ha cristalizado en el artículo 2.901 del Código civil italiano, con aplicación a los actos dispositivos a título oneroso o lucrativo, pero exigiendo siempre respecto del enajenante el *consilium fraudis* en el sentido de dolosa preordinación del acto dispositivo del deudor, dirigido al fin de perjudicar al futuro acreedor, complementado en los actos a título oneroso con la participación del adquirente en la dolosa preordenación.

En este supuesto la acción revocatoria adopta un perfil especial. Como afirma GENTILE (*Il nuovo Codice civile commentato*, 1958, VI, pág. 479), cambia entonces el objeto del interés protegido, ya que este objeto no es un bien comprendido en el patrimonio del deudor en el momento en que ya había nacido el derecho de crédito, sino un bien perteneciente a aquel patrimonio y que ha salido de él en particulares circunstancias, una de las cuales es que el derecho de crédito no había surgido aún.

Esto constituye una modalidad de la acción revocatoria, no comprendida en dicho artículo 340, 3, de la Compilación ni en el Código civil.

Este carácter de la acción revocatoria tiene especial aplicación en varios supuestos, entre ellos los dos siguientes :

Uno es el de que el acreedor tenga acción directa para conseguir la nulidad de la donación por ser ésta contraria a la ley o por causa de anulabilidad o de otra clase que origine su ineficacia, mediante hacer valer la subrogación que establece el artículo 1.111 del Código. Creemos que la acción revocatoria puede acumularse alternativamente a la acción subrogatoria, es decir, haciendo valer aquella "*ad cautelam*" (36).

Otro supuesto se da cuando el crédito se halle garantizado con prenda o hipoteca o con fianza personal, cambiaria, pignoraticia o hipotecaria, y también si el deudor se halla obligado solidariamente con otra persona, siempre en tanto no haya el acreedor agotado estas garantías. La sentencia de 25 de junio de 1927 expresa que la lógica y la equidad exigen que el acreedor no ha de poder molestar a los adquirentes que no sean directamente responsables del débito, mientras no haya perseguido a todos los que respondían por el deudor, como son los fiadores. Claro que si apuradas tales garantías el acreedor no queda todavía satisfecho totalmente de su crédito, podrá ejercitar la acción revocatoria por lo que le falte para su íntegro percibo.

B) *Efectos*.—Al concurrir los anteriores requisitos, el artículo 340, 3, de la Compilación establece el efecto básico de que tales donaciones *no perjudicarán* al crédito o créditos anteriores. Este no perjuicio presupone, naturalmente, que el acreedor utilice el beneficio que le concede dicho precepto, mediante el ejercicio de la acción revocatoria, pues es lógico que la ley no pueda impedir el perjuicio creditual en contra de la voluntad del acreedor. Si uno de los requisitos para la procedencia de la acción revocatoria es el "*eventus damni*" o hecho dañoso o perjudicial para el acreedor, éste, por virtud de dicha acción puede enervar o neutralizar este perjuicio, pues en méritos de ella consigue la *reintegración de la responsabilidad patrimonial sobre los bienes donados por el deudor* y, consiguientemente, la posibilidad de lograr medidas cautelares correspondientes sobre estos bienes, así como la realización de los mismos por vía de ejecución forzosa para la efectividad del crédito actuante.

La acción revocatoria indudablemente no es una acción de nulidad ; y sólo en sentido *relativo* y *parcial* es una acción de rescisión. Es *relativa* porque no se rescinde o declara ineficaz la donación, reingresando el bien donado al patrimonio del donante, dejando a aquélla revocada por completo, sino que los bienes subsisten como propios del donatario, con la salvedad de que a ellos se extiende la responsabilidad patrimo-

(36) BUTERA, *Ob. cit.*, pág. 352.

(37) De ahí que haya de aceptarse con reservas lo dispuesto en el artículo 642 del Código civil, cuando en su primer párrafo establece que no mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de acreedores. Pero en este caso no es que el donatario responda de tales deudas por virtud del ejercicio de la acción revocatoria, porque el donatario no es deudor frente al acreedor de su donante.



nial a que se refiere el artículo 1.911 del Código civil; y es *parcial* porque dicha ineficacia sólo opera en la medida necesaria para que el acreedor que ejercite la acción quede satisfecho de su crédito.

Entendido de este modo el efecto de la acción revocatoria, parece quedar en entredicho lo dispuesto en el referido artículo 1.911 del Código, porque éste solamente proclama la responsabilidad patrimonial respecto de los bienes *presentes y futuros* del deudor o, mejor dicho, de los bienes existentes en el patrimonio del deudor al tiempo de proceder a la medida cautelar o a la ejecución, y, en cambio, mediante la acción revocatoria, dicha responsabilidad patrimonial se extiende sobre bienes que ya salieron del patrimonio del deudor, esto es, sobre bienes *pretéritos*, dando como resultado que el donatario, dueño de los bienes objeto de la ejecución, sufre la responsabilidad patrimonial sobre ellos, pero sin ser él el deudor por el crédito actuante, ya que el deudor personal es el donante. Por este motivo se afirma que el donatario o adquirente soporta en estos casos una responsabilidad personal sin débito, mientras que el donante deudor tiene un débito sin responsabilidad (37).

Por consiguiente, por obra de la acción revocatoria triunfante, no queda propiamente revocada la donación otorgada por el deudor, pues el bien donado no se reincorpora al patrimonio del donante, ya que esto excedería del fin perseguido por el acreedor con el ejercicio de la acción, que no es otro que el de poder realizar el bien donado para lograr le efectividad de su crédito, y para esto le basta con restaurar sobre el bien donado la responsabilidad patrimonial, como medida que le permita ejercitar sobre él las acciones cautelares y ejecutivas procedentes. Por esto el rematante de los bienes ejecutados será causahabiente del donatario.

Realizados ejecutivamente el bien o bienes objeto de la acción revocatoria, el dinero que de ello se obtenga se destinará a satisfacer el importe del crédito, y el sobrante corresponderá al donatario; pero si no hubiera sido necesario realizar todos los bienes objeto de la acción revocatoria, los que restaren continuarán de propiedad del donatario.

La acción revocatoria tiene una duración de cinco años, a contar de la fecha de la donación.



# El problema de la libre disposición de los bienes parafernales por la mujer casada catalana en los contratos bancarios

FRANCISCO DE A. CONDOMINES

Los problemas de capacidad para concluir válida y eficazmente negocios jurídicos han sido siempre considerados como muy difíciles, comenzando la dificultad en la propia terminología, a menudo imprecisa y con mezcla de elementos sustantivos y procesales. Si la noción de capacidad, en su sentido más genérico, como aptitud para ser sujeto activo o pasivo de derechos y obligaciones (1) va unida a la persona, esto es, a la existencia del ser humano, la capacidad de obrar es cosa distinta y queda sometida a una serie de reglas que provocan modalidades y restricciones, entre las cuales se enumeran, aunque con cierta impropiedad, la edad y el sexo (2).

Corrientemente, la capacidad de obrar se alcanza con la mayor edad, al cumplir los veintiún años, y queda sometida a limitaciones que guardan relación muy íntima con el estado civil y con diversas circunstancias extrínsecas (3).

El Derecho mercantil, al desgajarse en sus textos del civil sistematizando sus normas en Códigos, incluyó entre ellas la determinación subjetiva del ámbito de aplicación de las leyes mercantiles, regulando la capacidad de obrar específica para el ejercicio del comercio. Es sabido que el artículo 4 de nuestro Código se hallaba en contradicción con el 320 del Código civil y con las normas de Derecho de las regiones, de modo especial Cataluña y Navarra, que exigían, respectivamente, veintitrés años la ley común y veinticinco las forales para la mayoría de edad, en

---

(1) Dada la índole de este artículo, partimos de la sinonimia entre persona y ser capaz de derechos y obligaciones, aunque sea totalmente acertada la posición del Profesor DE CASTRO, quien denuncia el círculo vicioso que ello implica (*Derecho civil de España*, t. II, pág. 20).

HERNÁNDEZ-GIL acepta la posición clásica de modo terminante: «No es persona porque se tiene capacidad jurídica, se tiene capacidad jurídica en cuanto se es persona» (*Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 7).

(2) DUALDE rechaza la distinción. «Todos los derechos son de obrar, la esencia del Derecho es una cierta actividad posible y exigible». (Artículo *Capacidad*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. III, pág. 631.)

(3) En realidad, del estado civil depende la capacidad de obrar. Es decir, no existe una capacidad genérica de obrar que puede ser condicionada por el estado civil, sino que, supuesto un estado civil, éste determina la capacidad de obrar del sujeto. (Vid. CASTRO, t. II, pág. 49.)

lugar de los veintiuno del Código mercantil, surgiendo principalmente la dificultad de la exigencia contenida en el propio artículo 4 al reputar necesaria la libre disposición de los bienes para poder dedicarse habitualmente al comercio. Hasta terminar la contradicción al ser promulgada la Ley de 13 de diciembre de 1943, que fijó la mayor edad uniformemente en veintiún años, la solución arbitrada era la de la emancipación, que dejaba pendiente, sin embargo, las dificultades que derivan de las restricciones puestas por el artículo 317 del Código civil a la capacidad de obrar del menor emancipado.

Conviene hacer notar desde ahora que no hubo, que sepamos, asomo de discusión respecto a cuál fuera la mayor edad, la de libre disposición de los bienes, a efectos mercantiles, en los llamados territorios forales.

Pero una cosa es la capacidad para ser comerciante y otra la capacidad para intervenir en negocios de comercio, con el problema previo de la calificación encaminada a distinguir entre actos civiles y mercantiles: eterna cuestión que, cual la de la diferenciación entre sociedades, carece probablemente de solución teórica, debiendo atenernos al empirismo de los casos concretos para resolver en cada ocasión.

La referencia de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, relativos, respectivamente, a los actos de comercio en general y a los contratos mercantiles, trasladándonos al Código civil para encontrar la normación de todo aquello que no esté específicamente previsto en el de Comercio, nos indican también que es en realidad punto menos que imposible que existan dos clases de capacidad de obrar y que la calificación de mercantil asignada a un negocio jurídico no puede tener consecuencias de tipo esencial, cual lo son siempre las atañentes a la capacidad.

Bien está que, a falta de una definición de comerciante o de comercio, que el Código no contiene encerrándola en un círculo vicioso, se recurra a la perifrasis de las cualidades especiales que deben concurrir en el sujeto para indicarnos qué personas naturales o jurídicas ostentan la calidad de comerciantes. Pero suponer que en los actos que formalmente son de comercio —el clásico ejemplo de la letra de cambio— o que son mixtos, caracterizados de mercantiles por la actividad de una de las partes —el otro ejemplo clásico de los contratos bancarios—, debe regir exclusivamente la norma de Derecho mercantil, equivaldría a volver a un subjetivismo superado, a la idea, abandonada hace tiempo, de que el Derecho mercantil es un Derecho de y para los comerciantes, convertidos en una clase segregada del resto de la comunidad, distinción que inevitablemente puede ser interpretada como un verdadero y poco agradable privilegio.

Por el contrario, la tendencia actual, que ha superado la famosa lección segunda de los Programas de Derecho mercantil, dedicada a sentar y defender la sustantividad de la propia disciplina,

conduce a muchos al extremo contrario, y es frecuente oír, por ejemplo, que toda la materia de contratos debería ser eliminada del Código de Comercio para atenerse de modo exclusivo a las normas civiles. Ello se justifica pensando en la línea vacilante y contradictoria que el propio Código dibuja al regular contratos de compraventa, de préstamo, de depósito, intentando, sin éxito, una segunda tipificación de tales negocios, que a veces se basa en la condición de los sujetos, otras en el elemento real y en ocasiones en las formalidades peculiares, obligatorias o no. En definitiva, se oye decir con frecuencia que un Código civil podría incorporar a su texto las leyes sobre compañías mercantiles promulgadas fuera del marco del de Comercio, la materia de letras de cambio y las reglas especiales atañentes al comercio marítimo, cuya fuente principal habrá de buscar en todo caso en convenciones internacionales.

Sea de ello lo que fuere, la síntesis que intentamos presentar, probablemente innecesaria por tratarse de cuestiones muy conocidas y trilladas, conduce a la formulación de una regla no solamente teórica, sino inducida de los textos legales vigentes en España: la de que la capacidad de obrar del mayor de edad alcanza a todas las esferas, sin más excepciones que las taxativamente previstas, y las restricciones son también válidas para cualquier aspecto de la actuación del sujeto en el campo del Derecho. Si queremos decir con ello que el loco lo está para lo civil y para lo mercantil, que el sordomudo sin instrucción necesita tutela para todo, que el pródigo incapacitado para vender no puede otorgar por sí un contrato relativo a bienes propios comprendido en el artículo 1.445 del Código civil, pero tampoco otro que se halle dentro del ámbito del 325 del Código de Comercio, el aserto adquiere caracteres de axioma.

Sin embargo, se ha planteado un problema grave sobre la capacidad de obrar de la mujer casada, suscitado por la promulgación y vigencia de la Ley de 21 de julio de 1960 que contiene la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. El artículo 49 de la Ley, en manifiesta contradicción con el artículo 1.387 del Código civil, dice así: «Son parafernales todos los bienes propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiriera después de contraído, siempre que no formen parte de la dote. En la duda respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales. La mujer tendrá el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenarlos, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido, el cual no estará obligado a contribuir a los gastos que la gestión y defensa de dichos bienes ocasione.»

Su vigencia en Cataluña es indiscutible, y la contradicción señalada debe resolverse haciendo prevalecer la norma de Derecho

especial, a tenor del precepto del artículo primero de la nueva Ley, exactamente concordante con el 12 del Código civil.

El problema planteado puede enunciarse aproximadamente así: Si, independientemente del ejercicio del comercio por parte de la mujer casada, en cuyas normas no se interfiere la nueva Ley, puede dicha mujer obrar con la libertad que deriva del transcrito artículo 49 en aquellos negocios que deben ser calificados de mercantiles, y más concretamente en los contratos bancarios, teniendo en cuenta las antes aludidas normas de derecho supletorio contenidas en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio y teniendo en cuenta, además, que la nueva Ley no es propiamente un texto ahora forjado sino, como su nombre indica, una compilación de textos ya vigentes en la región.

Si se intenta resolver el problema, resulta indispensable salir ante todo al paso de la última afirmación, para decir que la Ley de 21 de julio de 1960 no es únicamente una colección de normas vigentes con anterioridad y ordenadas ahora para mayor facilidad en el estudio y aplicación; no es un texto formado mediante la sistematización de otros vigentes y dispersos que ahora se agrupan... Es posible (mejor dicho, seguro) que en la génesis de la Ley han actuado ideas de colección de preceptos, de ordenación necesaria, de eliminación de textos contradictorios, de distinción entre lo anacrónico y periclitado y lo realmente vivo en la conciencia jurídica de la región, de hacer más fácil, en una palabra, el conocimiento y fijación de un Derecho en el momento actual. Pero, independientemente de todo ello, la Ley de 1960 es una Ley del Reino, como las demás, que debe ser objeto de aplicación prevaleciendo sobre el Derecho anterior, derogando cuanto la contradiga (derogación que, sin duda, abarca al artículo 61 del Código civil en cuanto se pudiera alegar a estos efectos), y no admite más hermenéutica que la que se ajuste a la literalidad del texto y, en su defecto, a los principios que lo informan y a la norma fundamental del artículo 1 de la propia Ley, sin que sea posible, por tanto, entender que sólo deroga parcialmente los preceptos que la contradicen, intentando prescindir de su texto con alegación de no haberse atendido a leyes autóctonas o de derecho supletorio que debían ser compiladas.

Aunque se quisiera recordar el sentido que al verbo compilar otorga el Diccionario de la Real Academia Española, siempre resultaría: *a)* Compilar ha sido sólo un procedimiento, generalmente seguido por los forjadores de la Ley. *b)* Esta no pretende ser compilación en el riguroso sentido de la palabra, que implicaría suponer que todo lo que contiene ha sido allegado mediante compilación y que nada de lo que era susceptible de ello dejó de compilarse; ideas exhaustivas totalmente inaceptables por motivos de plena evidencia.

Además, bueno será recordar que en la promulgación del artículo 49 ha sido observado escrupulosamente el principio de com-

pilación en toda su pureza, pues, no habiéndose atrevido el Anteproyecto de los juristas catalanes a traspasar el límite de la administración de los parafernales, la Ponencia de la Comisión General de Codificación lo extendió a las facultades dispositivas, ateniéndose con ello a los precedentes históricos no sólo legales («Commemoracions», de Pere Albert), sino de aplicación constante en épocas anteriores hasta iniciarse la indebida aplicación de la Ley de Toro, según recogen los autores y demuestra el examen de viejas escrituras obrantes en los protocolos archivados en el Colegio Notarial de Barcelona (4).

Establecido el carácter de la nueva Ley, es fácil comprobar que, cual ocurre con las especialidades de todas las regiones hispánicas que las tienen, las diferencias más importantes entre ellas y el Código deben buscarse en el Derecho patrimonial familiar y en su secuela, el Derecho sucesorio. La norma que ahora nos ocupa tiene su explicación lógica en la prevalencia del régimen de separación de bienes, que conduce a esa libertad y hace ociosa toda intervención marital, mientras que la evolución y vida del sistema de la sociedad legal ha conducido, mediante la nueva redacción del artículo 1.413 del Código civil dispuesta por la Ley de 24 de abril de 1958, a una necesidad de licencia de la mujer para la disposición de determinados bienes gananciales.

Sin embargo, ciertos organismos mercantiles mantienen en este asunto una posición cautelar, como en todos cuantos les parecen susceptibles de ocasionar alguna responsabilidad con interpretación excesivamente amplia o liberal, como se dice corrientemente.

A pesar de todo, la aplicación del precepto no encierra dificultades. Es preciso, en primer término, fijar si el régimen económico familiar es el catalán, es decir, si se rige por el Derecho especial y si los bienes merecen el calificativo de parafernales, cuestión ésta de menor dificultad por la presunción *iuris tantum* que el precepto contiene (5).

---

(4) DURÁN y BAS, en su famosa *Memoria*, cuyo elogio se ha hecho tantas veces (sin extenderlo a la elegante forma de exponer, que también lo merece en gran manera), alude a la «doctrina constante en el antiguo Principado» y rechaza toda interpretación contraria, arguyendo que la libre disposición es consecuencia lógica de la no aportación al matrimonio de los bienes que gusta llamar extradotales (pág. 75). Y en el artículo XCIII de su *Proyecto* emplea frases casi idénticas a las del 49 de la Ley a que nos venimos refiriendo.

(5) El Profesor CASTRO —a cuyo libro es necesario acudir constantemente para los problemas de la Parte General del Derecho civil—, señala la influencia decisiva que tiene el régimen económico matrimonial en la capacidad de obrar de la mujer casada; y alude de modo concreto a las consecuencias del régimen de gananciales. Finalmente, y aun antes de la reforma del artículo 1.413 del Código civil (en clara contradicción con el 61, al que vuelve del revés), señala múltiples excepciones, para terminar aludiendo al Derecho foral con estas frases, que tienen todo el valor que deriva de su exactitud y de la autoridad de quien las escribe: «El artícu-

La posición cautelar a que antes nos hemos referido descansa en un razonamiento que, reducido a sus más simples términos, puede resumirse así: *a)* El problema se plantea en cuanto a los llamados actos mixtos, en que uno de los sujetos actúa en el puro terreno del Derecho civil, mientras el otro no se sale del mercantil. *b)* El solo hecho de la intervención de un Banco, el solo hecho de tratarse de operaciones bancarias, nos sitúa en el campo del Derecho mercantil. *c)* Prescindiendo de los artículos 6, 7 y concordantes del Código de Comercio, puesto que no nos referimos a la mujer comerciante, hemos de acudir a las normas especiales de capacidad que, al no existir, nos obligan a aplicar el artículo 50, buscando el derecho común como supletorio. *d)* Una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo declaró que ese Derecho común era el del Código civil, eliminando toda posibilidad de aplicación del Derecho foral procedente de cualquiera de sus fuentes peculiares, principales y supletorias. *e)* En su consecuencia, hay que acudir al artículo 1.387 del Código civil.

La argumentación debe ser ordenadamente contestada y refutada.

Ciertamente, la vida mercantil de la mujer casada, esto es, en el ejercicio del comercio, no se halla modificada por la Compilación y además no obliga a acudir a ningún Derecho supletorio, puesto que se trata de una capacidad de obrar regulada especialmente en los artículos 6, 7 y siguientes de la Ley mercantil sustantiva y condicionada a una autorización marital de carácter genérico que se manifiesta, bien expresamente, bien de modo tácito por ausencia de negativa. Son normas distintas de las civiles, como lo demuestran los artículos 11 y 12 del mismo Código de Comercio, relativos a supuestos en que se prescinde de la licencia marital.

Tampoco discutiremos el carácter mercantil de las operaciones bancarias.

En realidad, el núcleo o fundamento de la argumentación se halla en la afirmación de que la jurisprudencia del Tribunal Su-

---

lo 12 del Código civil declara obligatorias en todas las provincias del Reino las disposiciones del título IV, libro I, con lo que parece quedar regulada de modo unitario la condición jurídica de la persona casada. El alcance de este precepto es muy grande, pero no excluye por completo la aplicación de las disposiciones forales. El título IV regula en general la situación de los cónyuges en la esfera personal y familiar y en ciertos extremos importantes de la esfera patrimonial; pero hay que tener en cuenta que el artículo 50, si bien dice que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, añade que salvo estipulación en contrario, y que el artículo 61 limita la capacidad de obrar de la mujer casada, a reserva también de lo establecido en la Ley. Ello hace que el régimen de la sociedad conyugal de cada Derecho foral pueda determinar el alcance de las facultades patrimoniales de los cónyuges. En fin, cuando la condición de hombre casado o de mujer casada sea tenida en cuenta para algún acto, como capacidad especial o prohibición, habrá que ver si es aplicable alguna de las disposiciones de Derecho foral» (t. II, pág. 274).



premo ha venido declarando que el Derecho especial de las regiones no puede incluirse dentro de la norma del artículo 50 del Código de Comercio, sino que es preciso acudir al llamado Derecho común. La cosa dista mucho de estar clara, puesto que ni la doctrina ni la propia jurisprudencia plantean el problema de capacidad que nos ocupa, como se deduce del examen de la propia jurisprudencia, cuya doctrina, por orden cronológico, pasamos a sintetizar.

El Código de Comercio es Ley general para toda la Monarquía, y, por tanto, las reglas generales para los contratos de comercio se atenderán al Derecho común y no al Digesto, aunque esté vigente en Cataluña como supletorio. (Sentencia de 27 de diciembre de 1888.)

No puede invocarse el Derecho romano en la transmisión de un crédito mercantil y si sólo los Códigos de comercio y civil. (Sentencia de 5 de octubre de 1894.)

Tratándose de una obligación esencialmente mercantil, para apreciar la prescripción no hay que atenerse al Usatge, Decretales o Digesto y si sólo a los preceptos del Código de Comercio y, en su defecto, al Derecho común. (Sentencia de 18 de marzo de 1911.)

Doctrina análoga a las dos sentencias primeramente citadas en las de 22 de marzo y 28 de abril de 1899, y análoga a la última en la de 22 de abril de 1915, en incumplimiento de obligaciones de carácter mercantil, aunque, por otra parte, atañe principalmente a prescripción para ejecución de sentencia firme.

La citada sentencia de 1911 (*Colección Legislativa*, tomo 38, página 732) ofrece especial interés por cuanto en el tercero y último de sus Considerandos contiene una frase destacable que subrayamos. Dice: «... sin que para los efectos que el recurrente se propone tengan aquí aplicación el Usatges Omnes causae, las Decretales y la ley 13 del Digesto, porque, conformes las partes en que la obligación debatida es, trátase de depósito o préstamo, esencialmente mercantil, hay que atemperarse para resolver sobre la prescripción, no a la *legislación especial que para otros efectos distintos perfectamente definidos rige en Cataluña...*».

La frase deja centrada la cuestión. Mientras se trate de operaciones de comercio, mientras se aluda a normas genéricas de tipo objetivo, el Derecho mercantil tiene como único supletorio el Código civil. El Derecho especial de Cataluña tiene otros objetos «perfectamente definidos».

Ahora bien: nadie podrá afirmar seriamente que entre esos objetos específicos no figure la regulación del régimen económico conyugal, con el tejido de derechos y obligaciones para marido y mujer que le son propios. Sostener lo contrario equivaldría a exigir un estudio acerca de la condición del contratante ajeno al Derecho especial para saber si una persona sometida íntegramente al mismo debe prescindir de su aplicación o no tener dere-

cho a ella por el solo hecho de la condición de la persona con la que contrata.

La jurisprudencia no ha rozado nunca el tema concreto que nos ocupa, y es evidente que si algún día lo hace no podrá escindir la capacidad de obrar de la mujer casada no comerciante obligándole a atenerse a normas del Código civil, dictadas para una organización económica familiar enteramente distinta y que en nada afectan al terreno mercantil.

Tampoco puede olvidarse, según al principio se hizo notar, que durante el largo período de contradicción entre el Código de Comercio y el Código civil en cuanto a la mayoría de edad nadie pensó que un catalán o un navarro tenían la libre disposición de sus bienes a los veintitrés años, que era la mayoría de edad del Derecho común, sino que la capacidad de obrar con la aneja facultad dispositiva del patrimonio fué siempre reputada inescindible (6).

Hay que insistir en que se trata de la facultad de obrar genérica de la mujer casada no comerciante y, concretamente, de la libre disposición de sus bienes parafernales. La capacidad se rige siempre por la ley personal, según la regla del artículo 9 del Código civil; y no es posible que una norma sobre capacidad de obrar se haga baldía o inoperante por el solo hecho de tener frente un contratante que es empresa mercantil, aunque ésta tenga la relevancia de los Bancos.

La capacidad y facultades de la mujer casada no comerciante se rigen por normas puramente civiles con un solo principio, sin que puedan aplicarse distintas reglas a base de la calidad del otro sujeto del negocio jurídico. Téngase en cuenta, además, que la alusión a capacidad del artículo 50 del Código de Comercio no es enteramente aplicable, pues cuando en este aspecto concreto se usa el vocablo capacidad es empleado de un modo que podríamos llamar impropio: el matrimonio significa para la mujer que lo ha contraído la necesidad en ciertos casos de ser asistida por su marido mediante venia, permiso o licencia, lo que condiciona el ejercicio de ciertas facultades de disposición de las cuales sigue siendo titular única la mujer.

La conclusión es, pues, de clara vigencia en todo caso de la norma del artículo 49, que excluye la licencia marital en los actos de bienes parafernales.

Véamos ahora, como ejemplo especialmente expresivo y ti-

---

(6) Aunque no se refiera al asunto concreto que nos ocupa, el Tribunal Supremo declaró ya, con referencia a la capacidad de los otorgantes en los contratos mercantiles, cuando se trata de no comerciantes, es decir, de los que realizan un acto de comercio aislado, que la cuestión de la validez de la obligación por razón de la edad debe decidirse por las leyes civiles (Sentencia de 8 de mayo de 1901, citada por Polo, *Leyes Mercantiles y Económicas*, t. I, pág. 187).

pico, el problema concreto que puede plantearse con los depósitos bancarios.

El supuesto de hecho puede ser el de la transmisión por herencia a favor de mujer casada de uno o varios paquetes de valores mobiliarios depositados a nombre del causante en un establecimiento bancario.

Si los mismos títulos los guardara el causante en su domicilio particular, la cuestión no ofrecería duda alguna. Se trataría de bienes parafernales, ya que los recibe la mujer a título gratuito constante matrimonio, y aun sin necesidad de hacer jugar la presunción del artículo 49 tendrían evidentemente el carácter dicho. Una vez cumplidos los trámites y satisfecho el impuesto devenido por la sucesión, la heredera o legataria vendería a tercera persona, sin necesidad de licencia ni intervención de su marido, los valores de que se trata.

Pero tropezamos con un contrato de depósito que ha confiado al Banco la custodia de los títulos e incluso la prestación de servicios, como cobro y abono de cupones, etc.

Nos encontramos en presencia de un acto mixto, mercantil sólo para una de las partes, y que precisamente es ejemplo típico de acto mixto, puesto que todas las operaciones bancarias son mercantiles para el Banco, aunque no lo sean para el cliente. El caso, a tenor de la declaración del artículo 2, debe resolverse en favor de la aplicabilidad del Derecho mercantil. Pero, ante la falta de regulación especial sobre capacidad de obrar, nos es preciso acudir a las normas supletorias del Derecho civil, con lo cual no varía el planteamiento (7).

Las operaciones bancarias se consideran todas como acto mercantil, siendo indiscutible este carácter a tenor del artículo 2 del Código de Comercio, de los 175, 177, 199 y 212, que aluden a operaciones de Banca, y a la jurisprudencia que, refiriéndose por ejemplo al préstamo mercantil, ha declarado que el criterio finalista del artículo 311 del Código de Comercio no obsta a la posibilidad de que siempre que los contratos de esta clase revistan el carácter de operaciones bancarias puedan ser conceptuados como mercantiles (8).

Al reclamar en nuestro ejemplo los títulos valores que le han correspondido, la mujer casada trata, en puridad de derecho, de rescindir un contrato de depósito mercantil, que tiene tal carácter no sólo por tratarse de una operación bancaria, sino por el hecho de dedicarse profesionalmente a recibir depósitos el comerciante individual o social en cuyo poder se constituyen (9). Sin que podamos olvidar que el depósito bancario es de tal manera

---

(7) Véase GARRIGUES, *Derecho Mercantil*, ed. 1936, t. I, págs. 122-123.

(8) GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1958, pág. 10.

(9) GARRIGUES, t. II, pág. 209.

mercantil que ha dado origen a los más famosos Bancos de la Edad Media» (10).

El concepto del contrato de depósito deducido del artículo 1.758 el Código civil destaca, aunque los autores estimen que debería hacerlo con más relieve, la primaria finalidad de custodia y un origen, ya que no causa en sentido técnico, de confianza, suficiente para justificar la regla general de gratuidad del artículo 1.760 y la obligación máxima de guardar y restituir, sin poderse servir de la cosa ni de sus productos y accesiones (artículos 1.766, 1.768 y 1.770 y concordantes).

El artículo 303 del Código de Comercio tipifica el carácter mercantil del depósito, exigiendo en su número tercero que el depósito constituya por sí una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles. El artículo 310 resuelve toda duda reivindicando el carácter mercantil de los depósitos bancarios y proporcionando un orden de prelación, dando como vigentes, en primer lugar, los Estatutos de las sociedades de crédito, en segundo las prescripciones del Código de Comercio y en tercero el Derecho común.

Ya se comprende que en los Reglamentos o Estatutos, entre los cuales destacan por su categoría de disposición legislativa los del Banco de España, a los que se refiere el Tribunal Supremo en sus sentencias con cierta reiteración, no contienen ni pueden contener, en modo alguno, normas jurídicas de carácter sustantivo relativas a la esencia del negocio jurídico, como son las concernientes a capacidad, y tendrán en consecuencia que regirse por los preceptos del Derecho civil.

Las consecuencias de la calificación del depósito como mercantil, en especial en los llamados depósitos abiertos, añaden a la finalidad característica otras coordinadas, entre las cuales, como explica Garrigues, figura el elemento administración, que influye profundamente en su naturaleza como una especie de ampliación o intensificación de la obligación de custodia, que está en armonía con los deseos del cliente, aunque siempre hay una subordinación funcional de la administración respecto de la custodia (11).

El contenido es, sin embargo, el mismo, de manera que, al tiempo de la rescisión por la voluntad unilateral del depositante, según el principio de los artículos 1.766 y 1.775 del Código civil recogido en el párrafo primero del 306 del Código de Comercio, deben devolverse los mismos valores mobiliarios que se hubiesen recibido, entregándolos al depositante o a sus causahabientes, previo el cumplimiento de las normas justificadoras del derecho y, en general, con la presentación de los resguardos ex-

---

(10) BENITO ENDARA, *Las Bases del Derecho Mercantil*, Barcelona, pág. 156.

(11) GARRIGUES, *Ob. cit.*, págs. 409-410.

pedidos por el Banco, según la norma del artículo 9 de los Estatutos del Banco de España, generalmente recogidos por los demás Bancos.

Esta rápida excursión a las normas sobre depósito mercantil nos coloca ante un resultado que corrobora aquel que se dedujo del planteamiento genérico. Los valores están depositados en un Banco, que ha expedido el oportuno resguardo a favor del depositante. Fallecido éste, su sucesora, a título de herencia o de legado, es una mujer casada catalana no comerciante. Esa nueva titular presenta los resguardos, acredita su condición de sucesora y el pago del impuesto. Para que se le exija la concurrencia de su marido, al objeto de prestar su licencia o venia, es indispensable estimar que el artículo 49 de la Ley de 21 de julio de 1960 carece de toda virtualidad cuando el otro sujeto contratante con la mujer casada es una persona individual o jurídica por cuya sola concurrencia el acto reviste carácter mercantil.

Afirmamos que ello carece de justificación. La mujer casada tiene capacidad para actuar sobre sus bienes, y esa capacidad debe ser completada con la licencia marital cuando se trata de bienes comprendidos dentro de las normas del Código civil. No se necesita la venia marital cuando se halla sometida al derecho especial de la región, jugando la presunción de parafernales del artículo 49, tantas veces citado, que deriva de la existencia del régimen de separación de bienes.

La natural cautela y precaución con que proceden los Bancos para eludir su responsabilidad en el supuesto de la devolución del depósito en forma indebida no justifica la resistencia al cumplimiento de una norma claramente vigente. En primer lugar, para que se llegara a declarar en algún momento por los órganos jurisdiccionales que la devolución fué indebida, sería preciso que la titular hubiera enajenado los valores a tercera persona, y la acción contra el Banco sólo la podría ejercitar el marido, el cual no encontraría apoyo jurídico en la legislación especial, que es la única aplicable, sin que quepa atribuir una acción a favor de los herederos semejante a la del artículo 65 del Código civil, con difícilísima demostración de un perjuicio, puesto que a nadie perjudica quien usa de su derecho, ni es perjuicio el carecer de herencia, cuya existencia real no es exigida por ninguna ley.

Téngase también en cuenta que se ha dado ya el caso, por otra parte fácilmente previsible, del marido que se presenta en las oficinas del Banco, ante las dificultades con que tropieza su mujer para la cancelación del depósito, manifestando de palabra su plena conformidad con la operación, pero negándose de modo rotundo a formalizar la licencia, por exigir que su esposa pueda disfrutar de los beneficios de su Ley especial que gobierna el régimen económico familiar.

Se fundamenta también esa actitud de precaución o cautela frente al artículo 49 en la dificultad que ofrece la justificación

de la regionalidad, ya que, evidentemente, el artículo 49 es aplicable únicamente a la mujer catalana. Pero, como dice Faus, los mismos problemas se plantean en toda disposición a título oneroso y en todo testamento para averiguar la regionalidad del testador, y, o la mera manifestación vale para todos los casos, o para ninguno.

Mientras que no se llegue a consignar en las certificaciones de matrimonio el régimen económico a que quieren someterse o están sometidos los cónyuges, es decir, mientras no se generalice usar de la facultad que se contiene en los artículos 264 y 265 del Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958, estos problemas deberán resolverse por una presunción *iuris tantum* de aplicación de la ley del lugar, y lo que deberá probarse será la excepción y no la regla, con lo cual, añadimos nosotros, desaparece toda responsabilidad del Banco, que no tiene por qué entregarse a una investigación sobre la certeza de declaración de regionalidad, sino que se atiene a la práctica común seguida por los Notarios (12).

Finalmente, para no dar a este trabajo una extensión desmesurada, vamos a tratar someramente de otro problema que se suscita también de un modo especial en los negocios bancarios: el de la fianza prestada por la mujer casada a favor de su marido.

Los artículos 321 y 322 de la nueva Ley incorporan, respectivamente, las normas contenidas en el Derecho romano supletorio (Senadoconsulto Velejano y Novela 34) y en la auténtica «*Si qua mulier*».

El primero limita la capacidad de la mujer para ser fiadora. Pero la trascendencia del precepto es prácticamente nula, pues, además de varias excepciones concretas, se figura como una especie de privilegio renunciable en todo momento por la persona favorecida. Nótese, además, que para el supuesto de que la mujer ejerza el comercio no juega la norma, por expresa declaración del párrafo segundo del artículo 321.

Mucho más importante es el artículo 322, concerniente al supuesto de la mujer casada fiadora de su marido. La importancia deriva de que se trata de un precepto de derecho necesario, que se sustrae a las facultades de los sujetos, según se deduce de la frase con que comienza el artículo, que dice: «Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión».

En la vida cotidiana de los negocios bancarios ocurre con alguna frecuencia que el marido, industrial o comerciante, concier-

---

(12) Faus, en conferencia sobre la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en el ciclo organizado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, ed. de la misma, pág. 55.

te operaciones de crédito de diversa índole y pretenda reforzar la garantía genérica o personal del artículo 1.911 del Código civil, o la garantía real de la especie que sea, con una fianza de su esposa, logrando así que la operación sea del todo viable, sin necesidad de arriesgar en la vida mercantil o de la empresa el patrimonio de la esposa, que actúa como refuerzo o complemento de garantía y que sólo podría ser menoscabado en el supuesto catastrófico de incumplimiento total e insuficiencia del patrimonio del principal obligado.

Ocurre, sin embargo, que en algunos Bancos se prescindió de la prohibición, con base en argumentos análogos a los antes expuestos en relación con los artículos 2 y 50 del Código de comercio. Y una sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 7 de abril de 1953, que invoca las del Tribunal Supremo de 1892 y 1898, y una Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de junio de 1952, declaró que, tratándose de obligaciones mercantiles, no puede invocarse el privilegio del Senado-consulta Veleyano y que la capacidad en los contratos mercantiles se rige por el Código de comercio y, en su defecto, por el Código civil, derecho supletorio único, sin que ninguno de dichos cuerpos prohíba a la mujer casada prestar fianza, obligar o hipotecar sus bienes parafernales sin licencia marital.

Al promulgarse el nuevo texto, se dijo que quizá podría solucionarse el problema acudiendo al crédito la mujer y convirtiéndose el marido en fiador, o sea, invirtiendo los términos de la responsabilidad personal. Por ello tropieza con muchas dificultades prácticas fáciles de columbrar, y existe cierta tendencia a prescindir de la norma.

Tal posición resulta sumamente peligrosa por las razones siguientes: a) por el tenor literal del precepto que, enlazando con la básica disposición del artículo 4 del Código civil, conduce a la inexistencia o nulidad radical que deriva de la infracción legal; b) por las mismas razones expuestas al razonar la aplicabilidad del artículo 49: c) porque la jurisprudencia invocada no puede serlo eficazmente después de promulgada una nueva Ley que, cualquiera que sea la génesis de sus artículos, supone una nueva vigencia especial y concreta de la que no se puede prescindir en modo alguno.

Por todo ello, opinamos que en manera alguna podrá admitirse fianza de la mujer casada en las operaciones, pólizas, etc., que contrate su marido con el Banco.

Finalmente, hay que llamar la atención para el supuesto de la hipoteca como superposición de garantía, en cual caso podrá admitirse la garantía conjunta, siempre que el inmueble afectado pertenezca proindiviso a ambos cónyuges, pero sin que la garantía tenga otro carácter que el mancomunado y no solidario, o, como dice la Ley, «si la obligación es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada».





# El régimen legal de separación de bienes en la compilación del Derecho civil especial de Cataluña

FRANCISCO VIRGILI SORRIBES

Notario de Barcelona

En defecto de pacto —estatuye el artículo 7 de la Compilación— el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, sin perjuicio del régimen especial de la dote si la hubiera.

Los tratadistas de Derecho civil Catalán, nos hablan como régimen legal, del sistema dotal: así Durán y Bas (1), afirma que en Cataluña es costumbre casarse bajo el régimen dotal: añadiendo: «rígese enteramente por las disposiciones del Derecho romano el sistema dotal que en Cataluña se sigue; y está tan enviscerado en las ideas jurídicas del pueblo catalán, que no es posible derogarlo ni modificarlo, sin lastimar profundamente aquellas ideas e introducir la perturbación en la sociedad doméstica con relación a los bienes de los cónyuges; y Borrel y Soler (2) sostiene que el sistema dotal romano es el más extendido en Cataluña, donde suele aplicarse combinado con los heredamientos.

Pero ello, no es absolutamente cierto: el régimen dotal, presuponen la dote: ésta, puede existir o no existir, y no imponiendo, ni tan sólo presumiendo el Derecho catalán como sistema subsidiario, ni el dotal ni cualquier otro, debe entenderse que permanecen separados los bienes de los cónyuges y que, por consiguiente, que el régimen legal es el de separación absoluta de bienes. Así lo mantiene Pella y Forgas (3), y así lo consagra el precitado artículo 7 de la Compilación.

El régimen de separación de bienes, es el más extendido en Cataluña y puede afirmarse que casi la totalidad de los matrimonios catalanes están sometidos al mismo: el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales está en franco y continuo descen-

---

(1) Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña.

(2) *Dret Civil Vigent a Catalunya*, tomo IV, pág. 160.

(3) *Derecho Civil de Cataluña*, tomo IV, pág. 130.

so (4), y en la mayoría de las pocas que se otorgan, se pacta la dote, el *alxorar*, el *esponsalicio* o *escreir*, el *tantundem*, el *caballatje*, los heredamientos, el usufructo viudal..., pero no un régimen especial económico matrimonial de bienes: es preciso situarse en el campo de Tarragona, para encontrar algunos capítulos en que se pacte el régimen de comunidad de *associacio de compres i millors*, regulada en el artículo 53 y siguientes de nuestra Compilación: en algunas comarcas de Tortosa, para encontrar el pacto de *agermanament* regulado en el artículo 58 y siguientes: en el Valle de Arán, para comprender la «convivenca» o «mitja guadayneria», sintetizada en el artículo 60; y en pocos pueblos de las comarcas gerundenses para saber del pacto de igualdad de bienes y ganancias *matrimoni mig per mig*, al que se refiere el artículo 57 y que tanto recuerda el artículo 214 del Código civil suizo, que quizá entre todas las modalidades del régimen de separación de bienes, sea el más justo, al combinar la comunidad de administración con una comunidad de ganancias *mortis causa*.

En los tratados de Derecho civil catalán, ni se estudia el régimen de separación de bienes como institución jurídica independiente, ni se determinan sus efectos jurídicos. Es más: parte de la doctrina afirma que el régimen de separación de bienes, más que un régimen matrimonial implica la ausencia de todo régimen matrimonial, toda vez que las relaciones económicas entre los cónyuges, continúan como si no hubiera habido matrimonio.

(4) Por delegación de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Barcelona hicimos un resumen de una encuesta entre todos los Notarios de su territorio sobre disposiciones de última voluntad y capitulaciones matrimoniales, que publicó el Boletín Informativo de dicho Colegio (1956).

De tal resumen tomamos los siguientes datos estadísticos:

#### CAPITULOS MATRIMONIALES AUTORIZADOS EN CATALUÑA

	AÑOS			
	1925	1935	1945	1955
Barcelona (capital) ... ..	54	31	51	71
Barcelona (provincia) ... ..	460	317	335	248
Tarragona (capital) ... ..	19	21	8	9
Tarragona (provincia) ... ..	436	343	349	194
Gerona (capital) ... ..	84	87	70	41
Gerona (provincia) ... ..	259	197	165	117
Lérida (capital) ... ..	71	71	45	33
Lérida (provincia) ... ..	607	561	528	439
	1.990	1.628	1.551	1.152

Durante el año 1960 se autorizaron en toda Cataluña 90 capítulos matrimoniales y 22.604 testamentos.

Pero ello tampoco es absolutamente cierto: como afirma Raguin, por régimen matrimonial ha de entenderse el conjunto de soluciones sean cualesquiera que sean, dadas a la cuestión de los intereses económicos de dos personas casadas. Y es de toda evidencia, que no es la misma la situación jurídica de los patrimonios del hombre y de la mujer y su capacidad de obrar, antes de ser marido y esposa, que después de contraído matrimonio.

Veamos los efectos jurídicos que la celebración del matrimonio produce en dichos patrimonios y capacidad jurídica, cuando el marido está sometido a la legislación civil foral catalana y los esposos no pactan su régimen económico matrimonial de bienes.

## I.—PATRIMONIO DEL MARIDO

El marido, sigue teniendo el dominio, disfrute y libre administración y disposición de sus bienes propios, pudiendo enajenarlos, gravarlos y disponer libremente de ellos, sin traba de clase alguna y sin consentimiento ni intervención de su mujer.

No obstante, el matrimonio ha producido una consecuencia en el patrimonio del marido, al asignarle un fin concreto: levantar los gastos y cargas del matrimonio: a su patrimonio que antes del matrimonio era totalmente libre, la ley le asigna un fin, y lo adscribe a este fin.

Si la mujer aporta dote, los frutos y rentas de los bienes que la integran, tendrá el mismo destino que los que produzcan los bienes del marido, pero los frutos y rentas de sus bienes parafernales, los hará exclusivamente suyos la mujer, sin que los mismos tengan que contribuir a levantar las cargas del matrimonio. Solamente en el supuesto de que los recursos propios del marido y los frutos y rentas de la dote fueren insuficientes para sostener los gastos familiares, la mujer deberá contribuir a ellos con los frutos y rentas de sus bienes parafernales (5).

## II.—PATRIMONIO DE LA MUJER

### A. BIENES PARAFERNALES:

Son parafernales —estatuve el artículo 49 de la Compilación, en términos similares a los del artículo 1.381 del Código civil—, todos los bienes propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiera después de contraído, siempre que no formen parte de la dote. En la duda, respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales.

En méritos de esta declaración legal y de la presunción *iuris tantum* que la complementa, todos los bienes aportados por la

(5) Artículo 50 de la Compilación.

mujer al matrimonio y los adquiridos por cualquier título durante el mismo, tienen la consideración jurídica de parafernales, al no ser que expresamente se les dé la condición jurídica de dotales.

Por otra parte: tienen también la consideración legal de bienes parafernales:

a) Los regalos hechos a la novia por los parientes de su futuro marido. (Artículo 58 de la Compilación.)

No vemos la necesidad de esta declaración, cuyo fundamento, según Faus y Condomines (6) se encuentra en un texto romano y en la opinión de Borrell y Soler.

b) Los vestidos y ropas de uso personal de la mujer aunque hayan sido adquiridos con dinero del marido; el anillo nupcial y caso de premoriencia del marido, el lecho conyugal. (Artículo 19 de la Compilación.)

Se basa esta declaración en la tradición.

c) Una de las joyas de mediano valor de propiedad del marido, de entre las que la mujer hubiera usado durante el matrimonio, si al disolverse el matrimonio no tuviera la mujer, además del anillo nupcial, la propiedad de ninguna joya por virtud de donación del marido, y siempre y cuando los bienes restantes del marido fueren suficientes para el pago de sus deudas. (Artículo 19, párrafo 2 de la Compilación.)

Tal vez con un exceso de respeto a las notas de folklore regional, proclama este párrafo segundo del artículo 19 de la Compilación la vigencia de la costumbre llamada la *joia mitjana*, regulando la institución muy poco afortunadamente.

Como afirman Faus-Condómines (7) es difícil la concordancia entre este precepto y el del último párrafo del artículo 20. En efecto: si conforme a éste —tomado del segundo párrafo del artículo 1.334 del Código civil, del que sólo se aparta por la supresión de lo del «regocijo familiar»— es válida la donación entre cónyuges de las liberalidades de uso y regalos módicos proporcionados a la condición económica y social del cónyuge, sobra la regulación de la *joia mitjana*, toda vez que no siendo de suponer la existencia en el patrimonio del marido de joyas de uso femenino, todas las usadas, por la mujer provenientes del marido, supondrán donación de éste, y como esta donación será válida, desde el momento de otorgarse, la joya será propiedad de la mujer.

Si no es en el supuesto de fideicomiso familiar, no comprendemos en nuestros días el supuesto de marido con las llaves del

---

(6) *Compilación del Derecho Civil de Cataluña*, pág. 57. Primeros comentarios sobre la Compilación formulados por los ilustres juristas don Ramón Faus Esteve, Decano del Colegio Notarial y don Francisco de A. Condómines Valls, ex Decano del Colegio de Abogados de Barcelona, ambos Vocales-Ponentes muy cualificados de la Comisión de juristas para la redacción del Proyecto.

(7) *Obra citada*, pág. 58.

cofre de las joyas, que sólo en cuando en cuando deja lucir a su mujer, recogiénolas y volviéndolas a encerrar al regreso de la fiesta. Ello, por una parte, significa la negación del vínculo matrimonial y la exaltación de egoísmos superados.

Piénsese en el valor que hoy tienen las joyas de tradición familiar y en los pleitos y cuestiones a que dará lugar el dar base a los herederos del marido, a distinguir tres situaciones distintas entre las joyas de la mujer: las que son de ella por haberlas adquirido con bienes parafernales; las que son de ella por haberse las donado el marido y las que aun cuando usadas por ella, son del marido porque éste no se las había donado, sino tan sólo dejado o prestado en uso; distinción esta última, que es la única base de los dos preceptos que comentamos, y preceptos en que puede basarse esta finesta distinción.

En una palabra: antes de la promulgación de la Compilación, las joyas estaban sujetas al régimen general de las donaciones entre esposos, y en tal régimen tenía perfecta comprensión la institución de la *joia mitjana*: al promulgarse la Compilación y estatuir el artículo 20 a imitación del 1.334 del Código civil, que se exceptúa de la nulidad de las donaciones las liberalidades de uso y regalos módicos, queda sin sentido dicha institución y debió suprimirse, o al menos, si el propósito de conservar las notas de color de nuestro typical jurídico, no aconsejaba tal supresión, haberla complementado con la presunción —el derecho económico matrimonial es derecho de presunciones— de que las joyas usadas durante el matrimonio por la mujer, proceden de donación de su marido.

Así, pues, y resumiendo, conforme a la fórmula amplia y comprensiva del artículo 49 de la Compilación, tendrán la consideración jurídica de bienes parafernales:

1. Todos los bienes que la mujer posea al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que adquiriera después de celebrado por cualquier título, sin aportarlos en dote o darles el carácter de aumento de dote.

2. Los frutos, rentas y productos de dichos bienes.

3. Los productos de su trabajo, profesión, oficio, industria o comercio.

4. Los obtenidos por subrogación real de bienes parafernales.

5. Los determinados en el artículo 19 de la Compilación antes examinado.

Estos bienes parafernales pueden encontrarse en dos situaciones:

a) *Administrados por la mujer:*

En este supuesto, la mujer tendrá —como dice el artículo 43, 3 de la compilación— el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenar-

los, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido, el cual no estará obligado a contribuir a los gastos de la gestión y defensa que dichos bienes ocasionen.

Como afirma Pothier, en los Derechos europeos anteriores al siglo xvi. la mujer sometida al régimen de separación de bienes, gozaba por influencia del Derecho romano de plena capacidad; pero las costumbres reformadas de París, Orleans y otras ciudades y la jurisprudencia a partir de dicho siglo, fueron restringiendo la capacidad de la mujer a los actos de simple administración: la razón de ello, según el mismo Pothier, estriba en que la incapacidad de la mujer, no es una consecuencia de los poderes y facultades del marido sobre la comunidad de bienes, sino un efecto de la potestad marital, totalmente independiente de dicho régimen o de cualquier otro régimen económico-matrimonial.

El Código civil francés de 1804, apartándose de la tradición romanista y acomodándose a la concepción napoleónica de considerar como un absurdo el principio de igualdad de sexos, ya que, según el Emperador, la mujer estaba destinada únicamente a procrear y guardar la casa, proclamó el principio de que la mujer estaba sometida a la potestad marital, siendo incapaz de comparecer en juicio y de contratar sin la autorización de su marido.

La mayoría de Códigos inspirados en el francés, incidieron en la misma posición y doctrina. Nuestro Código civil siguiendo la tradición castellana recogida en las Leyes de Toro, impuso a la mujer la autorización marital en términos absolutos.

En Cataluña, conforme a lo estatuido en la 22 de las Conmemoraciones de Pere Albert y conforme a la tradición del Derecho romano, era desconocida la autorización marital; los Archivos Notariales, son la mejor prueba de que hasta 1873, no aparece en las escrituras públicas otorgadas por mujer catalana disponiendo de sus bienes parafernales, la autorización marital.

Pedro Nolasco Vives (8), cita dos sentencias de 1858 y 1859, la primera, pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar y la segunda, por la Audiencia de Barcelona, en confirmación de aquélla, que confirman la doctrina de que la mujer puede contratar sobre sus bienes parafernales, sin licencia de su marido.

Pero el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de mayo de 1866, invocando el texto de Pere Albert (8), y otro de las Partidas, sienta la doctrina de que si bien el dominio y la administración de los bienes parafernales corresponden a la mujer, su ejercicio está limitado por la prohibición que impone la Ley 11, título I del Libro 10 de la Novísima Recopilación, de contratar sobre ellos sin

---

(8) Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña. Libro IV, Tít. 16, nota 1 (Vol. 1, pág. 303).

licencia de su marido. Y aun cuando la doctrina hizo notar que la precitada Ley es la 55 de las de Toro, y que, según las leyes y la doctrina del mismo Tribunal Supremo no era invocable en Cataluña, la jurisprudencia posterior incidió en la misma doctrina, invocando las Partidas, la Novísima Recopilación, la Ley de Matrimonio civil y, por último, el Código civil. Y si bien la jurisprudencia anterior al Código era poco estable y contradictoria, la posterior fué firme y constante, aplicando continuamente, a Cataluña los artículos 1.381 al 1.391 y 1.485 del Código civil, sobre la base de que siendo de aplicación los artículos 60 y 61, conforme al artículo 12, y siendo aquéllos una aplicación de éstos, son de aplicación los mismos.

En todos los proyectos de Apéndice al Código civil, se suprimía la autorización marital (9). No obstante, la Comisión de juristas para la redacción de la Compilación, no se atrevió a suprimirla, limitándose a estatuir en determinados supuestos, licencias maritales irrevocables, siguiendo —como dicen Faus y Condomi-

(9) *Artículo 92 del Proyecto DURÁN Y BAS :*

La mujer tiene la administración y disfrute de los bienes parafernales; puede disponer libremente de sus frutos y respecto a dichos bienes puede contestar y estar en juicio sin necesidad de licencia marital.

La Academia de Derecho resumió su criterio sobre el particular en estos términos: «Con respecto a los bienes parafernales la Academia de Derecho ha juzgado conveniente y lógico mantener no sólo el dominio sino la administración y libre disposición que a la mujer conceden las leyes 8 y 11 CODICIS, de pacto convent V, 14 y la costumbre 22 de las recopiladas por PÉREZ ALBERT, la jurisprudencia del Senado o antigua Audiencia de Cataluña, la práctica inmemorial y la doctrina unánime de los autores. En su mérito articulaba:

Artículo 128.—La mujer podrá, sin licencia de su marido, enajenar, gravar e hipotecar los bienes parafernales y comparecer en juicio para litigar sobre ellos, sin necesidad de habilitación judicial. Queda en este sentido modificado el artículo 1.387 del Código civil.

*Artículo 161 del Proyecto ROMÁN TRÍAS :*

La mujer ejercerá, respecto de los bienes parafernales, las atribuciones que determinan los artículos 59 y 60 de este Apéndice, y podrá también, sin licencia de su marido, enajenar y gravar dichos bienes, pero no comprometerlos para necesidades ajenas.

*Artículo 1.746 del Proyecto PERMANYER :*

La mujer conserva el dominio de los bienes parafernales, con todos los derechos inherentes al mismo, y en su virtud, salvo el caso de que tenga constituida sociedad de gananciales, podrá enajenarlos y celebrar toda clase de contratos acerca de ellos, sin necesidad del consentimiento del marido, y sin más limitaciones que las del artículo 70 y las impuestas a la mujer en general respecto del afianzamiento de obligaciones ajenas.

*Artículo 363 del Proyecto ALMEDA, TRÍAS Y DOMENECH :*

La mujer podrá, sin licencia de su marido, enajenar, gravar e hipotecar los bienes parafernales y comparecer en juicio para litigar sobre ellos, sin necesidad de habilitación judicial. Queda en este sentido modificado el artículo 1.387 y sin vigor el 1.388 del Código civil.

nes (10)— algunos intentos de la práctica notarial de pactarla así en capitulaciones matrimoniales.

La Comisión General de Codificación, con mejor criterio y respeto absoluto de las tradiciones jurídicas catalanas fué más allá y redactó el párrafo tercero del artículo 49 de la Compilación en la forma expuesta, acabando así con la autorización marital en cuanto a las bienes parafernales.

De esta forma, nuestra legislación consagra la tradicional capacidad absoluta de la mujer casada en orden a sus bienes parafernales, como en su día la consagró la mayoría de las legislaciones modernas (11), abandonando el criterio contrario mantenido por la Codificación Napoleónica.

Ahora bien; esta supresión de la licencia marital, plantea al Notario un arduo problema a resolver, como previo a toda calificación jurídica de capacidad: el de determinar la regionalidad y legislación aplicable a la mujer casada compareciente: si la autorización marital no es necesaria a la mujer catalana cuando contrate sobre sus bienes parafernales, será necesario determinar si la mujer casada compareciente es catalana o mejor dicho si está sujeta a la legislación civil foral catalana, y si el objeto del contrato tiene la consideración legal de parafernál.

El primer problema, no es de fácil solución, dada la carencia de documento acreditativo de la regionalidad, el posible cambio de vecindad y el principio de que la mujer sigue la regionalidad del marido. En vista y como resultado de la información que la mujer compareciente concede al Notario, éste emitirá su juicio y en su mérito y si procede, la mujer declarará en el documento estar sometida a la legislación civil foral catalana.

El segundo problema, a primera vista, es de fácil solución, por la presunción de parafernales que tienen todos los bienes de la mujer (12): pero a poco que se piense en él, la cosa se va complicando, habida cuenta de que el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que parecía consagrado, se va requiebrando, sobre todo, desde la Convención de La Haya, de 1905 (13). Buena prueba de ello, son las encontradas opiniones de que nos dan cuenta Faus y Condomines (14) al plantearse en el seno de la Comisión y luego en la Academia de Legislación y Jurisprudencia, la cuestión de la intangibilidad del régimen económico-matrimonial. Fueron tan encontradas las opiniones —nos dicen dichos autores— y se puso tal calor en la defensa de los dife-

---

(10) *Obra citada.*

(11) Alemania, Suiza, Italia, Inglaterra, Estados Unidos...

(12) Artículo 49, 2.º, de la Compilación.

(13) Artículo 5.º: Establece que si el contrato de capitulaciones ha sido celebrado después del matrimonio, se regirá por la Ley nacional del marido en el momento de celebrarlo, aunque fuese distinta la Ley a que se hallaba sujeto al contraer aquél.

(14) *Obra citada.*



rentes puntos de vista, que se prefirió dejar esta interesantísima cuestión a la libre discusión.

El principio de la intangibilidad del sistema económico-matrimonial tiene dos aspectos: prohíbe el cambio, tanto por pacto como por el hecho jurídico de quedar sometidos los cónyuges a una nueva legislación.

En el segundo supuesto, la Compilación estima que el cambio de regionalidad no modifica el régimen matrimonial. Esta es la opinión de nuestro Tribunal Supremo (15) y de la doctrina: su fundamento es obvio: evitar el fraude de ley y el perjuicio de terceros.

Pero en el primer supuesto, la contestación no es tan fácil: los argumentos que defienden uno y otro sistema son más complejos, y las legislaciones, haciéndose eco de estas discrepancias de apreciación lo resuelven en términos contradictorios. Y si para nuestro Código civil, el régimen económico matrimonial es intangible, una vez celebrado el matrimonio, no pudiendo otorgarse capitulaciones matrimoniales después de contraído; para nuestra Compilación, inspirada en el tradicional régimen jurídico catalán, es mutable, en términos generales, y las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio.

Pues bien; si en Cataluña puede cambiarse por pacto el régimen económico matrimonial, y las capitulaciones matrimoniales están basadas en el principio de la más absoluta libertad de contratación, caben supuestos de matrimonios que se rijan por sistema de sociedad de gananciales o por cualquiera de los sistemas de comunidad de bienes, vivos en nuestras comarcas y recogidos en la Compilación. Y siendo esto así, surge la duda y la pregunta: pactado cualquiera de esos regímenes, por ejemplo, la *associació de compres y millors* del campo tarraconense, la mujer catalana sometida a él, ¿podrá disponer de sus bienes parafernales sin autorización de su marido? Nuestra modesta opinión es negativa y damos fe de ella, en las escrituras que autorizamos desde la promulgación de la Compilación, en la que si la mujer obra sin licencia marital, consignamos su declaración, no sólo de estar sometida a la legislación civil foral catalana, sino también la de que su matrimonio se rige por el sistema de separación de bienes. No hacemos mención de la condición de parafernales de los bienes, con que contrata, por entender que si está sometida a tal régimen de separación, cobra total valor la presunción de parafernales.

Mas nuestra opinión es eso, una opinión que admite, claro está, otra opinión mejor fundada. Todo depende de la determinación de si la licencia marital es institución entroncada con el sistema matrimonial de bienes o es algo que atañe a la capacidad

---

(15) Sentencia de 19 de diciembre de 1932.

de obrar de la mujer casada. En el primer caso, la exención de licencia sólo tendrá lugar en régimen de separación de bienes; en el segundo, siempre que la mujer contrate sobre sus bienes parafernales.

A favor de nuestra posición, se pueden esgrimir buen número de argumentos:

Si en régimen de comunidad pactado, sea el de sociedad de gananciales, sea el de asociación a compras y mejoras o cualquier otro similar, los frutos de los parafernales son ganancias o compras o mejoras; y si en dichos regímenes, el marido es el administrador de la sociedad o de la asociación, ¿cómo puede la mujer, sin su licencia ni intervención, disponer de sus parafernales, cuando éstos constituyen fuente de ingresos para la comunidad?

Si la licencia marital es cuestión de capacidad de obrar de la mujer, ¿bastará que una mujer sometida al Derecho común y en cuyo matrimonio rija el sistema de gananciales, gane vecindad civil en Cataluña, para poder disponer libremente y sin licencia de sus bienes parafernales? ¿Y la mujer catalana, sometida al régimen de separación de bienes, bastará gane vecindad en cualquiera de las regiones de Derecho común, para no poder disponer de sus bienes parafernales sin licencia de su marido?

No debió la Compilación dejar en nebulosa materia tan trascendental, máxime existiendo el precedente de proyecto de Permanyer, que vió el problema y lo resolvió en su artículo 1.746 (16). Al menos, si hubiera incluido el artículo 49 dentro de un capítulo dedicado al régimen de separación de bienes, como hace la Compilación de Derecho civil especial de las islas Baleares, nos habría dado una base de interpretación, de la que por tal razón carecemos.

Pero fuere de ello lo que fuere, nos queda un último problema a resolver, de los que suscita la innovación de la supresión de la licencia marital: casi cien años ininterrumpidos de exigencia de la venia, produce el hecho incontrovertible de que siempre --salvo en casos patológicos-- comparecen en la Notaría a comprar, vender, hipotecar... la mujer, acompañada por su marido. Y como se preguntaba nuestro compañero Figa Faura, en una conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados en el cursillo organizado al promulgarse la Compilación: ¿qué hacemos los Notarios con estos maridos?

Nosotros hemos sustituido la fórmula tradicional «asistida de su marido» por la de «acompañada de su marido», y ponemos en boca de los dos, la declaración de regionalidad y la de que el matrimonio se rige por el sistema de separación de bienes.

La presencia del marido no la consideramos superflua; por el contrario, la consideramos más necesaria que antes de pro-

---

(16) Antes transcrito por nota.

mulgarse la Compilación, habida cuenta de la modificación últimamente sufrida por el artículo 1.413 de nuestro Código civil, ya que no debemos olvidar que si la mujer falta a la verdad y aunque catalana de nacimiento está sometida por matrimonio a la legislación común; o sin estarlo, los bienes objeto del contrato son gananciales, por regir este régimen en el matrimonio, incurrirá ciertamente en responsabilidad criminal por falsedad ante Notario, pero el acto será nulo y el adquirente, por tercero que sea, perderá su adquisición.

En cambio, de concurrir marido y mujer y hacer ambos la declaración de estar sometidos a la legislación civil foral catalana y regir en su matrimonio el régimen legal de separación de bienes ..... la tal mentira no tendría fundamento alguno.

b) *Administrados por el marido:*

Las facultades de la mujer son las mismas en cuanto al dominio y disposición de sus parafernales, pero distintas en cuanto a su administración.

«La mujer —estatuye el artículo 51 de la Compilación— podrá en todo momento conferir a su marido, expresa o tácitamente, la administración de los bienes parafernales, y revocar, restringir o condicionar en cualquier tiempo tal concesión, aunque la entrega constare en escritura pública.»

«El marido que administre los bienes parafernales —continúa diciendo dicho artículo, en su párrafo segundo— deberá devolverlos cuando proceda o le fuese pedida la restitución, con los frutos existentes y aquellos con que se hubiera enriquecido. Todo pacto en contrario otorgado durante el matrimonio será nulo.»

La duda de si la prohibición de pacto contrario, que estatuye las últimas líneas del párrafo segundo del artículo 51, se refiere a lo estatuido en el mismo o es también extensiva a lo dispuesto en su párrafo primero, la desvenece la lectura del comentario de Faus Condomines (17) a dicho artículo; tan ilustres juristas y cualificados vocales ponentes de la Comisión, parecen opinar que la mujer puede revocar, restringir y condicionar en todo momento la administración de los parafernales conferida al marido.

Y no comprendemos el rigor de la Compilación, al prohibir el pacto en contra; ello choca con el principio de libertad de pacto que informa nuestras Capitulaciones; con el de poderlas celebrar y modificar después de celebrado el matrimonio; con el criterio del artículo 1.384 del Código civil y con la opinión de Fontanella, que niega esta amplísima facultad de la mujer, por aplicación de la *Lex Hæc lege*.

¿Por qué prohibir durante el matrimonio unos capítulos ma-

(17) *Obra citada.*

trimoniales con el pacto de que el marido administrará los bienes parafernales de su mujer sin poder revocar la administración, o bien la estipulación de que el marido aplicará libremente los frutos de los parafernales a levantar las cargas del matrimonio, sin que en ningún caso pueda pedir su restitución? No es tal, el régimen legal en Alemania (comunidad de Administración) y en Suiza (unión de bienes)?

Claro que el último párrafo del artículo que comentamos dispone que si los parafernales fueran entregados al marido, como aumento de dote, se equiparán a ésta y disfrutarán de sus mismos beneficios. Pero el régimen de los bienes dotales es muy distinto del de los parafernales, y en realidad, de verdad, no captamos el motivo de prohibición tan radical, que imposibilita la existencia de bienes de la mujer que participen del carácter en parte de dotales y en parte de parafernales. Aquella gradación del Código: bienes parafernales administrados por la mujer; bienes parafernales administrados por el marido, y bienes dotales, desaparece y no es posible en la Compilación, para la que sólo existen bienes parafernales y bienes dotales; la distinción entre parafernales administrados por la mujer y por el marido, carece de toda consistencia jurídica, dados los términos empleados por la Compilación al establecer la revocabilidad absoluta, en todo tiempo, sin pacto en contra, de esta administración. Y no obstante, la realidad del hecho vivido es ésta: si no de derecho, sí de hecho, en la mayoría de los matrimonios catalanes, tácitamente, sin pacto, como dimanante de las esencias mismas del matrimonio y de la familia, el marido administra los parafernales de su mujer, aplica sus frutos y rentas al levantamiento de las cargas del matrimonio, sin temer la revocación de la administración, ni la restitución de sus frutos; sólo en caso patológico de separación, se entera la mujer de que le asiste tal facultad, y aun en tales supuestos, su conciencia y su moral y la evidencia de lo lógico, le impide la reclamación, y en muchos casos —estamos viviendo uno— incluso la revocación de la administración, sobre todo cuando existen hijos del matrimonio a cargo del padre separado de hecho de su mujer.

### c) *Destino de sus frutos:*

¿Cuál es el destino de los frutos y rentas de los bienes parafernales? He aquí un problema de verdadera trascendencia jurídica y práctica.

En Derecho romano:

Los frutos de los parafernales son de la mujer, aun cuando haya entregado los bienes al marido (18).

También lo son, aunque el marido los administre (19).

(18) *Digesto*, 39-5-31, § 1.

(19) *Digesto*, 35-2-95.

El marido no puede imponer a la mujer ninguna obligación que grave la libre disposición de esos frutos (20).

Si se puede presumir que la voluntad de la mujer no es la de prohibir al marido que haga uso de los frutos, el marido tiene derecho a utilizarlos en beneficio del matrimonio (21).

Como nos dicen Faus y Condomines (22), los autores clásicos distinguían entre el caso de que la restitución debiera verificarse por muerte de la esposa o por revocar ésta la administración; o cuando ello tuviera lugar por fallecimiento del marido, sometiendo a trato distinto los frutos percibidos y consumidos y distinguiendo, en este último supuesto, si habían sido consumidos contra la voluntad de su esposa o con la aquiescencia de ella. Fontanella precisó que el marido no podía enriquecerse con la administración de los bienes parafernales, aun reconociendo las dificultades que la prueba de este hecho lleva aparejada.

El problema dio lugar a encontradas discusiones en el seno de la Academia de Jurisprudencia y a la publicación de los resultados de una encuesta a iniciativa de la Mancomunidad de Cataluña.

En los proyectos de Romani y Trias y Giro, y de Permanyer, se hablaba de la obligación de la mujer de contribuir al sostenimiento de los gastos familiares, en circunstancias expresamente determinadas, estableciendo las garantías necesarias para evitar que la aportación de la mujer fuera invertida indebidamente. Y se reconocía a la mujer el derecho a reintegrarse de la aportación hecha, en el caso de venir el marido a mejor fortuna.

Al decir de Borrell (23), los frutos de los parafernales entregados al marido son de la mujer, por lo que si ella no los consume acrecen al capital y los puede reclamar al disolverse el matrimonio; pero si la mujer consiente expresa o tácitamente que el marido los consuma, como si el marido los consume a ciencia y paciencia de la mujer, no se han de restituir, lo cual se aplica especialmente en el caso de que la mujer no haya aportado dote y el marido destine los frutos de los parafernales a sostener las cargas de la familia. No obstante —continúa— debería devolver aquello en que se hubiera enriquecido o hubiere aplicado a gastos particulares que no eran en provecho de la familia. El derecho de la mujer a los frutos de los parafernales —concluye— no la dispensa de la obligación de prestar alimentos al marido y a los hijos si lo necesitan.

La legislación comparada nos ofrece cuatro soluciones al problema, en régimen matrimonial de separación de bienes:

---

(20) *Código*, 5-14-8.

(21) *Código*, 5-14-11.

(22) *Obra citada*, pág. 87.

(23) *Obra citada*, pág. 340.

a) Los frutos de los parafernales concurren sólo y exclusivamente en forma subsidiaria, o sea a falta de bienes del marido y de frutos de la dote si la hay, el levantamiento de las cargas matrimoniales.

Es el sistema del Derecho anglosajón y musulmán.

b) Los frutos de los parafernales concurren al levantamiento de las cargas matrimoniales en forma accesoria y equitativa, a juicio de los Tribunales.

Es el sistema de los Códigos alemán y suizo.

c) Los frutos de los parafernales concurren a las cargas familiares con los frutos y rentas de los bienes del marido, en forma proporcional a sus respectivas fortunas.

Es el sistema del Código francés en caso de separación judicial de bienes; del Código civil italiano y del Código civil español, estatuido en el artículo 1.434, al decir que el marido y la mujer deberán atender recíprocamente a su sostenimiento durante la separación y al sostenimiento de los hijos, así como a la educación de éstos, todo en proporción de sus respectivos bienes.

d) Los frutos de los parafernales son de la mujer, pero deben de contribuir en la parte alícuota fijada por la Ley al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Es el sistema francés en el supuesto de separación de bienes contractual; el Código civil fija en una tercera parte de las rentas y frutos de los parafernales la cuota con que la mujer debe contribuir a aquellas cargas matrimoniales y familiares.

Descartado este último sistema, muy criticado por los tratadistas franceses, por su arbitrariedad, al no tener en cuenta la cuantía del matrimonio del marido y el de la mujer, ni las cargas o necesidades familiares; de los otros tres tal vez el menos aceptable es el enunciado en primer lugar y que es el que consagra nuestra Compilación en su artículo 50, al estatuir que si los recursos propios del marido y los frutos y rentas de la dote fueren insuficientes para sostener los gastos familiares, la mujer deberá contribuir a ellos con los frutos y rentas de sus bienes parafernales, cesando tal obligación cuando los cónyuges vivan separados y no haya hijos del matrimonio.

Cierto que la Compilación no hace más que recoger el sistema tradicional catalán, cuyas últimas raíces hay que encontrarlas en Derecho romano; pero igualmente cierto es que el estado de hecho contemplado por nuestros autores clásicos no es el mismo que el vivido por nuestros compiladores.

En Roma, como el marido estaba obligado a soportar las cargas del matrimonio, se consideraba siempre natural que la mujer aportara una dote para ayudar al sostenimiento de dichas cargas, y la aportación de la dote estaba tan arraigada en las costumbres, que se reputaba deshonroso el que la mujer se ca-

sase sin ella, hasta el punto de que el legislador proclamaba como de interés público que la mujer fuera dotada (24).

En Cataluña ochocentista, la dote era algo consubstancial con el matrimonio, y las cartas dotales integraban en buena parte los Manuales notariales.

Pero en nuestros días, la aportación de dote es algo desacostumbrado, y los documentos dotales, casos raros en nuestros Protocolos.

Y siendo ello así, debió de darse buena solución al supuesto más corriente en la vida de nuestros tiempos; matrimonios en que la mujer no aporta dote; supuesto que no contempla el legislador en el artículo 50, que parece redactado bajo la base de la existencia de bienes dotales.

La solución dada por la Compilación al problema del destino de los frutos de los bienes parafernales de la mujer, nos parece excelente en un régimen dotal, pero no en un régimen de separación absoluta de bienes, que es el consagrado por nuestra Compilación.

Si nuestro régimen de separación de bienes es injusto con la mujer de nuestros días, al no hacerle partícipe de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, cuando su trabajo, ahorro y orden en el hogar produce el ahorro de lo ganado por su marido, compeliéndola al trabajo en negocio propio o en la oficina, en donde la compensación de su trabajo será parafernál: la solución dada por la Compilación al destino de los frutos de los parafernales es injusta con el marido, al hacer pesar exclusivamente sobre él las cargas del matrimonio y de la familia, aun cuando su mujer tenga una posición desahogada; gasta ella sola en lujos buena parte del presupuesto familiar, o se consume éste, por su abandono de la economía doméstica y dedicación exclusiva a su empresa o trabajo.

Todo ello no se aviene con la naturaleza intrínseca del lazo matrimonial, ni con lo que es y representa la familia y el hogar. Buena prueba de ello lo constituye el hecho de que la realidad de la vida se aparta de su traducción legal. En la familia normal catalana marido y mujer conservan la propiedad de los bienes aportados al matrimonio; hacen exclusivamente suyos los que adquieren durante el mismo a título lucrativo o por subrogación con otros que ya les pertenecían; las rentas de los bienes del marido y los frutos de su trabajo se unen a las rentas del trabajo y de los bienes propios de la mujer, para levantar con unos y con otros las cargas y necesidades, lujos y gastos de la familia; el sobrante, lo ahorrado, se invierte en utilidad de ambos cónyuges.

Sólo en casos patológicos, de separación de hecho o de de-

---

(24) PAVUS, *Digesto*, 23-3-2. «Reipublicae interest mulieres dotes salva habere propter quas nubere possunt.»

recho, se aplicará la legislación comentada. No negamos la aplicación a rajatabla del régimen legal tradicional catalán que consagra la Compilación, en alguna familia de abolengo, más bien de carácter rural que urbano, en el sentido de grandes terratenientes; pero ello constituirá siempre algo excepcional, que nos lleva a pensar que tal vez debió prestarse más atención al hecho económico-social de hoy; a la gran concentración urbana, que absorbe la mayoría de la población catalana, para quien muchas instituciones reguladas meticulosamente en nuestra Compilación, parecerán cosas de otros tiempos y latitudes.

Los Notarios, al cumplir nuestra misión de consejeros y asesores, comprobamos todos los días cómo el marido, entendiendo que el precio a invertir en la compra, ha sido ahorrado durante el matrimonio, procediendo de su esfuerzo, del de su mujer y de los frutos y rentas de los bienes y trabajos privativos de uno y otro, pide otorgar la adquisición a nombre de los dos; y como en el momento de ordenar su testamento, no olvida nunca la solución justa de hacer partícipe a la mujer de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Una vez más, la realidad de la vida se nos presenta más fuerte que el Derecho, y éste, evolucionando con un siglo de retraso.

## B. BIENES DOTALES

Para el artículo 49 de la Compilación, son dotales los bienes que la mujer aporta al matrimonio en tal concepto, para contribuir a levantar las cargas del matrimonio. Todos los bienes de la mujer son parafernales, al no ser que tengan la consideración de dotales. Esta condición especial la da el que constituye la dote o la misma mujer, al transformar por su voluntad sus parafernales, en todo o en parte, en bienes dotales.

No vamos a entrar en el estudio de la dote como institución de bienes; la dote es una creación pura de Derecho romano y su configuración, estrictamente romanista, es idéntica en nuestro Código civil y en el Derecho Foral Catalán (25).

La Compilación regula las especialidades de este Derecho; la opción dotal (arts. 32 y 33); la tenuta (arts. 38, 39 y 40); los legados dotales (art. 28); los efectos de la tradicional clasificación foral de dote libre, dote gravada y dote muerta (art. 30); la pérdida de la dote constituida con bienes propios del marido o de su padre, por la mujer que incurra en algunas de las causas de indignidad para suceder a su marido, recogiendo así el *Usatje Maritiurores* (art. 34); la autodotación de la fiduciaria, conforme a la *Autentica Resquae* (art. 187).

---

(25) Ver en *Manual de Derecho Civil Catalán*, de FIGA FARRA, una perfecta y sistematizada exposición del Derecho vigente en Cataluña sobre el particular, después de la promulgación de la Compilación.



Como única innovación —y muy poco afortunada a nuestro modesto entender— cabe señalar la de determinar la cuantía de la dote obligatoria; el artículo 27 de la Compilación, toma del artículo 1.341 del Código civil, la cuantía mínima de la dote obligatoria y la fija en la mitad de la legítima individual presunta.

En Cataluña —como en Derecho romano— la cuantía de la dote, no estaba determinada; su límite máximo era que no incurriera en inoficiosidad; su límite mínimo, ninguno. En caso de cuestión, el arbitrio judicial resolvía conforme a la costumbre del lugar, la condición de la dotada, la posición del dotante y la dignidad del marido.

La dote en Cataluña como en el resto de España, es institución en plena decadencia. Basta para comprobarlo efectuar el examen propuesto por Faus Condomines (26) de las notas jurisprudenciales escasísimas, obrantes en las Leyes civiles de Medina-Marañón, o mejor y como expresión del derecho en la normalidad, el de las estadísticas de los Anuarios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre las hipotecas legales constituídas anualmente en España (27).

Ahora bien; si la dote en régimen de Derecho común, ha devenido institución insípida y sin finalidad práctica de trascendencia, toda vez que los frutos de los bienes de la mujer, sean parafernales sean dotales, tienen la consideración jurídica de gananciales, y están destinados a levantar las cargas de la familia; en Cataluña y en régimen legal de separación de bienes, tiene verdadera trascendencia, ya que significa la aportación de la mujer a dichos gastos de la familia.

Pues bien; el Código civil que no tiene porqué fomentar la dote, reconoce como mínimo, la mitad de una parte alícuota igual al número de hijos, de la tercera parte del patrimonio del padre; y la Compilación, que tiene motivos más que fundados para fomentar la dote cuando no, recordando el texto citado de Paulus en el Digesto, y reconociendo la solución desgraciada dada al destino de los frutos de los parafernales, reduce ese mínimo dada la diferencia en materia legítima entre Derecho común y Derecho catalán— a la mitad de una parte alícuota igual al número de hijos, de la cuarta parte del patrimonio paterno. Traducido a cifras, quere ello decir, que suponiendo un patrimonio paterno de un millón de pesetas y de cuatro el número de hijos;

---

(26) *Obra citada*, pág. 72.

(27) Según testimonio de Pelayo HORE, *La Presunción Muciana* («Revista General de Legislación y Jurisprudencia», junio 1961) «en el año 1959 se celebraron en Barcelona 11.862 matrimonios.—Entre los 50 Notarios de Barcelona autorizaron en el mismo año 81 capitulaciones matrimoniales. Como el instrumento adecuado para la constitución de la dote es la capitulación matrimonial, suponiendo que en las 81 capitulaciones se constituyese dote, resulta que de las 11.862 barcelonesas que se casaron en 1951, 81 tendrán dote y 11.781 no tendrán».

la hija castellana tendrá derecho a una dote de 41.666,66 pesetas y la catalana a una dote de 31.250 pesetas.

Y como y a mayor abundamiento, será en lo sucesivo aplicable a Cataluña, el artículo 1.341 del Código civil, que prohíbe la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote y manda que los Tribunales en acto de jurisdicción voluntaria, hagan la regulación sin más investigaciones que la declaración de los mismos padres y la de ciertos parientes de la hija, careciendo, por tanto, en lo sucesivo el Juez del amplio arbitrio judicial que en esta materia le reconocía la doctrina foral ya examinada; la conclusión será que la dote obligatoria, devendrá aún más de lo que ya ha de devenido, a ser un bello cuento de las abuelitas para regocijo de las jóvenes de hoy.

De no estar ya muerta la institución de la dote obligatoria, no dudaríamos en afirmar que la Compilación con su artículo 27 y la libre entrada del artículo 1.341 del Código civil, le ha dado el golpe de muerte.

### III.—BIENES ADQUIRIDOS POR MARIDO Y MUJER DURANTE EL MATRIMONIO

#### A. DEL OTRO CÓNYUGE

##### a) *Título lucrativo.*

Como hemos resumido en otro trabajo (28) y como es sabido, desde los primeros textos del Derecho romano, la donación fue considerada como un negocio jurídico antieconómico que no merecía el favor del Derecho; desde la Ley Cincia *de donis et muneribus*, del año 204 antes de Jesucristo, hasta el sistema de la insinuación judicial del Derecho Justiniano, el instituto de la donación es reglamentado bajo este principio.

Durante los primeros tiempos de Roma, la manus, hacía que todos los bienes de la mujer pertenecieran al marido; ello imposibilitaba toda donación; pero cuando la mujer no había caído *in manus*, la donación entre cónyuges se hacía posible y la precitada Ley Cincia la abonó, al considerar a los consortes como *personae exceptae* de su prohibición de las donaciones excesivas.

Pero en el Derecho clásico, fueron prohibidas las donaciones entre cónyuges; el divorcio y con él la más absoluta relajación de las costumbres, fueron poniendo de manifiesto los inconvenientes e injusticias de tales donaciones. Ya no se veía en el matrimonio un lazo sagrado, sino una especulación; el cónyuge más fuerte y menos escrupuloso, explotaba el cariño o la debili-

(28) «La Presunción Muciana y los bienes adquiridos durante el matrimonio por mujer catalana». Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona (1949) y publicada por dicho Colegio en volumen titulado «Propiedad y Matrimonio» (1956).

dad del otro, para despojarle de sus bienes; muchas veces, la amenaza de divorcio era el vehículo más fácil para llegar a su fin de obtener liberalidades de su consorte. Hasta tal punto llegó el abuso, que sin ley especial, se impuso la costumbre con toda su autoridad, y con la anuencia de los juriconsultos se prohibieron las donaciones entre cónyuges.

Más tarde, tal estado de derecho obtuvo su consagración en el Digesto; la Ley 1 del Título I Libro 24 de dicho cuerpo legal (Ulpiano, Comentarios a Sabino, Libro XXXII) reza así: «Está admitida entre nosotros por la costumbre, que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer. Pero se admitió esto para que recíprocamente no se despojasen por su mutuo amor, no moderándose en las donaciones, sino haciéndolas respecto de sí, con dispéndiosa facilidad».

Ahora bien, como nos dice el mismo Ulpiano (Comentarios a Sabino), el Emperador Antonio Augusto, antes de la muerte de su padre el Divino Severo, en una Oración pronunciada en el Senado, siendo Cónsules Fulvio Emiliano y Numinio Albino, aconsejó que se moderase un poco el rigor del Derecho, con estas palabras: «es lícito ciertamente que se arrepianta el que donó, pero es duro y avaro que el heredero la quite, acaso contra la última voluntad del que hubiera hecho la donación».

La oración del Emperador sobre la confirmación de las donaciones, se refiere a todas; no solamente —sigue el texto de Ulpiano— a las cosas que a nombre de la mujer se compraron por el marido, sino a todas las donaciones hechas entre marido y mujer, para que de derecho se hagan las cosas de aquel a quien fueron donadas... para lo cual opino que habrá de haber lugar de este modo, como si por testamento haya sido confirmado lo que se donó.

En su virtud, y a propuesta de Antonio Augusto, se dulcificó el Derecho en este particular, rigiendo el Senadoconsulto de Caracalla, que revalida con efectos retroactivos las donaciones entre cónyuges, si el donante hubiera muerto sin haberlas revocado.

La donación entre cónyuges era, pues, válida, pero revocable hasta el fallecimiento del donante: fallecido éste, sus herederos no pueden revocarla, al no ser que *appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem*. El donante, tiene el derecho de reivindicar la cosa donada, sin que el donatario pueda prevalecerse de la usucapión, pues su posesión carece de justa causa. Si la cosa ha sido consumida, el donante tendrá una *condictio*. Si la mujer premuere al marido, queda revocada sin más la donación.

El Código civil, en su artículo 1.334 proclama la nulidad de toda donación entre cónyuges durante el matrimonio.

Para Mucius Scaevola, Manresa, Sánchez Román, Castán..., la donación entre cónyuges está prohibida por el artículo precitado; por tal precepto —afirma Mucius— la donación entre cónyuges son nulas *per se* y para siempre, sin posibilidad de ser

purificadas, ni por el transcurso del tiempo, ni por la acción de una voluntad encaminada a lavarlas de la mancha original de nulidad.

Se trata —afirma Castán refiriéndose a Manresa— de una nulidad de pleno derecho o inexistencia y, por tanto, dichas donaciones, no son susceptibles de confirmación.

Nuestro querido compañero Vallet de Goytisolo, en un magistral Dictamen publicado en este ANUARIO DE DERECHO CIVIL (29), con su maestría reconocida, inicia una interpretación novísima y verdaderamente genial de este artículo 1.334 del Código; interpretación que más tarde defiende a fondo con la riqueza de citas y argumentos a que nos tiene acostumbrados; en su monografía «La donación *mortis causa* en el Derecho civil español» (30) y en su estudio publicado en este mismo ANUARIO (31) y titulado «Donación, condición y conversión jurídica material».

Para Vallet la tal donación entre cónyuges, vale como donación *mortis causa*. El artículo 1.334, no dice que entre cónyuges sea nula toda donación otorgada durante el matrimonio, como, en cambio, dispone el artículo 1.335 respecto a las donaciones otorgadas a favor de los hijos que el otro cónyuge pudiera tener de anterior matrimonio; o a las personas de quien el consorte del esposo donante fuera presunto heredero. Se limita a decir que será nula toda donación entre los cónyuges *durante* el matrimonio. Por ello —afirma remarcando la palabra *durante*— es ciertamente la interpretación más lógica, considerar que si el cónyuge donante muere sin haber modificado su disposición, desaparece el obstáculo legal que había hecho nula la donación hasta aquel momento, es decir, *durante el matrimonio*.

Pues bien; el proyecto de la Comisión de juristas, siguiendo el sistema del Código civil francés, la opinión de la mayoría de los tratadistas de Derecho catalán (32) y la interpretación de Vallet al Código civil, establecía que las donaciones y liberalidades entre cónyuges son siempre revocables a voluntad del donante.

La Comisión de Justicia de las Cortes —según Faus y Con-

(29) Tomo II, 1949, pág. 654.

(30) Madrid, Editorial Reus, 1950.

(31) Tomo V, 1952.

(32) BORRÉL, «La prohibición de hacerse donaciones los cónyuges no produce su nulidad, aunque lo afirme así la jurisprudencia, sino que las hace rescindible a voluntad del donante». *Obra citada*, pág. 369, Volumen III.

BROCA: «Las donaciones entre cónyuges no son nulas, empero su eficacia depende de que el donante no las revoque por actos intervivos o de última voluntad». *Derecho Civil Catalán*, pág. 485.

PELLA: «Por aplicación no sólo del Derecho romano, sino del Capítulo VIII de las Decretales *De donationibus inter virum et uxorem* sostiene la ineficacia de tales donaciones, que adquirirán validez después de la muerte del donante si fué voluntad de éste el confirmarlás (*obitu confirmetur*)». *Derecho Civil de Cataluña*. IX, pág. 180.

domines (33)— de acuerdo con las enmiendas presentadas, restableció el criterio riguroso de la *Lex Cincia*, Senadoconsulto Caracalla y Decretales, proclamando en el artículo 20 de la Compilación, que las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio serán nulas; pero si el cónyuge donante fallece sin haberse arrepentido de ellas o sin revocarlas, quedarán retroactivamente convalidadas.

La solución legal, poco defendible desde el punto de vista doctrinal, al dar lugar a un acto radicalmente nulo, susceptible de convalidación, en contra del principio *quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere*, produce en el campo práctico la consecuencia de que la donación entre cónyuges no produce la transmisión de la propiedad al cónyuge donatario, y, por tanto, ha dejado de ser inscribible en el Registro de la Propiedad.

A este criterio, responde la regulación de los efectos de la donación que expone el artículo 22 de la Compilación; hasta que en su caso queda convalidada la donación, el cónyuge donatario no será acreedor de lo prometido por el donante y tampoco adquirirá la propiedad de la cosa donada. Si ésta le hubiese sido entregada, obtendrá el donatario la simple posesión de la misma; pero si el cónyuge donante le sobrevive o se arrepiente de la donación o la revoca, él o sus herederos podrán reivindicarla. Si la cosa donada no fuere susceptible de reivindicación o consistiere en dinero que posteriormente haya sido invertido, el cónyuge donante o sus herederos sólo podrán reclamar del donatario, que abone la cantidad en que al tiempo de la reclamación resultare enriquecido con la donación, sin que pueda esta cantidad rebasar el importe de lo donado.

#### b) A título oneroso:

El derecho anterior al Código civil, la jurisprudencia y la doctrina con rara unanimidad, basándose en el anticuado prejuicio de la unidad de persona y en la necesidad de la licencia marital, entendían que eran nulos los contratos celebrados entre marido y mujer.

Después de la promulgación del Código civil, y siguiendo la orientación de la doctrina, nuestro Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 21 de febrero de 1900 que ni por precepto terminante de la Ley, ni por razón de la índole de la sociedad conyugal que con el matrimonio se constituye, se puede estimar que son en absoluto ilícitos e ineficaces los actos que por mutuo acuerdo ejecuten marido y mujer, pues conservando ésta su personalidad independiente para el ejercicio de determinados derechos, aunque se subordine la de la mujer a la del marido, como jefe de la familia, para la dirección y administración de los intereses comunes, y

(33) *Obra citada.*

teniendo en cuenta las prohibiciones concretas establecidas para que ninguno de los cónyuges pueda abusar de su situación en perjuicio del otro, debe entenderse, por el contrario, que aquellos pactos o concertos que entre sí realicen, mientras no afecten al régimen de la sociedad, ni impliquen merma alguna de sus respectivos intereses, o tiendan a eludir alguna ley prohibitiva, son perfectamente válidos, tanto más, cuanto que facilitan el funcionamiento de la sociedad expresada.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, declaró aplicables a Cataluña y derogatorias del Derecho romano, las disposiciones del Código civil sobre capacidad de los cónyuges para contratar y especialmente su artículo 1.458 (34).

Pues bien; todas o casi todas las prohibiciones del Código de contratos entre cónyuges, están basadas en el temor a que mediante ellos se encubrieran verdaderas donaciones o en la esencia misma del régimen legal castellano de sociedad de gananciales, inspirándose en esta última razón, la excepción contenida en el artículo 1.458 del Código civil.

Siendo en Cataluña el régimen legal matrimonial el de separación de bienes, no existía obstáculo insuperable para admitir el contrato de compra-venta, la permuta y la transacción entre cónyuges; no obstante, si para autorizarlo bastaba al Notario la declaración de los cónyuges de estar sujetos al régimen de separación de bienes, para conseguir la inscripción se exigía en el Registro de la Propiedad que la existencia de tal régimen se acreditara fehacientemente. El obstáculo era fácilmente franqueable, mediante la autorización de escritura previa de capítulos matrimoniales, de contenido totalmente insustancial, en la que los cónyuges declaraban ser catalanes, haber contraído matrimonio con tal regionalidad y estar sometidos, por tanto, al régimen legal de separación de bienes.

El artículo 11 de la Compilación, acaba con estos artificios, al estatuir que en régimen de separación de bienes, serán válidos los actos y contratos que durante el matrimonio celebren entre sí los cónyuges a título oneroso.

Pero, si desde este punto de vista, facilita la contratación entre cónyuges, al concluir, sentando como presunción *inuris tantum*, que en caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados, hace devenir de muy escaso valor práctico la admisión de la contratación entre cónyuges.

No negamos la buena voluntad del legislador al sentar la presunción, para con ello evitar continuos fraudes. Pero esa prueba del carácter oneroso, resulta en la mayoría de los casos casi diabólica, dado que a nuestro juicio no bastará para destruir la

---

(34) Resoluciones de 28 de noviembre y 6 de diciembre de 1898; 23 de octubre de 1899; 26 de abril de 1901 y 14 de noviembre de 1906.

presunción, la fe notarial de que el precio ha sido pagado en el acto, y siendo ello así, ¿cómo destruirla?.

Por otra parte, no debemos olvidar, de que en el supuesto de que sea la mujer la adquirente, entrara en juego por interferencia, la presunción muciana que recoge el artículo 23 de la Compilación, llegando con ello, al siguiente resultado: si la mujer puede justificar el carácter oneroso de su adquisición, pero no que el precio proceda de sus bienes privativos, el dicho precio constituirá donación de su marido; y si la mujer no puede justificar el carácter oneroso de su adquisición, el acto, como donación prohibida por el artículo 20, será nulo.

Vemos, pues, que la Compilación, a trueque de consagrar como principio general la contratación entre cónyuges, que como hemos dicho se admitía en Cataluña, al establecer la presunción *iuris tantum* de que tales contratos son a título lucrativo, en lugar de dejar la cuestión al libre juego de las acciones subrogatoria, de simulación y pauliana, ha dejado mucho más carentes de sentido práctico estos contratos.

Con todo, quien quiera donar a su cónyuge un inmueble, será asesorado de que ni el Notario autorizará la escritura, ni el Registrador la inscribirá, por estatuir la Compilación la nulidad de dicho acto al no ser que se otorgue en capitulaciones matrimoniales; pero que puede obviar tales obstáculos llegando al mismo fin, dando al acto el nombre de compraventa y haciendo constar la mediación de un precio ilusorio.

## B. DE EXTRAÑO A TÍTULO ONEROSO

En Derecho romano, las adquisiciones constantes matrimonio, pertenecía exclusivamente al consorte con cuyo efectivo se realizaban.

Ahora bien; ante la enorme dificultad de determinar en muchas ocasiones, si el dinero con el que se realizaba la adquisición, pertenecía al marido o a la mujer, la Ley 51, Libro XXIV, Título, I del Digesto (de ella nos da fé Pomponio, *Comentarios a Quinto Mucio*, Libro V), proclamó la llamada presunción muciana (35): en caso de discusión o controversia, y a falta de prueba,

(35) El más eminente de los veteres —así llamaban los clásicos a los antiguos juriconsultos— es QUINTO MUCIO SCAEVOLA, el joven *pontifex maximus*. Hacia el año 100, antes de Jesucristo, escribe su extensa y famosa obras en 18 libros, sobre *ius civile*, en la que por primera vez se expone sistemáticamente el Derecho privado. Su nombre perdura en dos instituciones: Presunción y caución muciana.

Dicho texto del *Digesto* dice así: «Dice QUINTO MUCIO que cuando vino a controversia de dónde haya ido a poder de la mujer alguna cosa, es más verdadero y más honesto, que lo que no se demuestre de dónde lo tenga se considere que fué a poder de ella, de su marido o de quien bajo la potestad de él estuviere». Pero parece que QUINTO MUCIO aprobó esto para evitar, respecto de la mujer una torpe ganancia.

Con este texto nace a la vida del Derecho la *Presunción Muciana*.

se presume que el dinero era del marido y que, por consiguiente, que si la cosa se adquirió por la mujer, lo fué por donación de su marido.

La legislación (36), la jurisprudencia (37) y la doctrina (38), en este punto siempre contextes, proclamaron la vigencia en Cataluña, de la Presunción Muciana.

En Derecho histórico castellano, tuvo vigencia hasta que fué abolida por la costumbre. En ella se inspiró el artículo 1.407 del Código civil, que reproduce la Ley 203 de Estilo y la 4, Título I, Libro X de la Novísima Recopilación (40).

La Presunción Muciana, ya en su formulación romana —a favor del marido—, ya en su formulación más moderna —a favor de la sociedad de gananciales—, rige necesariamente en todos los sistemas de bienes del matrimonio, aun cuando es evidente que alcanza su mayor virtualidad en el régimen de separación de bienes.

Y es que ambas presunciones, la foral romana y la de derecho común, responden a la misma finalidad y tienen idéntica naturaleza jurídica; sea cualquiera que sea el sistema matrimonial de bienes, siempre existirán situaciones difusas, bienes de procedencia ignorada, que harán necesaria una presunción de pertenencia impuesta por el legislador. Tal vez la única excepción en Derecho comparado la constituya el Derecho anglosajón con la curiosa institución de propiedad separada y propiedad sin facultades de anticipación (*without power of anticipation*).

Pues bien: admitida desde siempre en Derecho catalán la vigencia de la Presunción Muciana, Roca Sastre, en sus *Instituciones de Derecho hipotecario* (41), ofreció una genial interpretación del texto romano que podemos resumir así:

Primero. El referido texto de Pomponio establece ciertamente una presunción *iuris tantum* de propiedad de las cosas que poseía la mujer, ya que reputaba que se las entregó su marido, pero esto cuando la mujer pretendía simplemente que eran suyas, sin de-

(36) Ley 51, Libro 24, Título 1 del *Digesto*, vigente en Cataluña: Libro V, rúbrica 1, Costumbre 8 del Código de las Costumbres de Tortosa; Costumbre III de la rúbrica IV del mismo Libro V de dicho Código: *Consuetudines et usantie*, de aplicación en la Diócesis de Gerona.

(37) Tribunal Supremo: Sentencia 19 de mayo de 1903.—Dirección General de los Registros y del Notariado: Resoluciones de 5 de julio de 1894, 17 de septiembre de 1895, 20 de mayo de 1896, 31 de marzo de 1900, 16 de enero de 1901, 1 de noviembre de 1906, 23 de abril de 1929...

(38) ROCA: *Instituciones de Derecho Civil de Cataluña*, I, 847. BORRILL: *Obra citada*, IV, 355. DURÁN Y BAS, CORBELLA, MARGART...

(40) En nuestra conferencia en la Academia Matritense del Notariado sobre *Proyección de la Presunción Muciana en Derecho Común*, en ningún momento afirmamos que la Presunción rígera en Derecho común, como parece nos atribuye BROSETA PONT, en un trabajo publicado en «Revista de Derecho Mercantil» (octubre-diciembre 1960) sobre *La Presunción Muciana y el derecho de quiebras*. Basta reflexionar un instante sobre el título de nuestra conferencia para convencerse de ello.

(41) Tomo III, págs. 196 y sigs.



mostrar la existencia de un título adquisitivo en cuya virtud las hizo suyas. Pero cuando, por el contrario, la mujer alegaba tal título adquisitivo, por ejemplo, una compraventa con tradición, entonces ya no podía actuar la Presunción Muciana respecto de la cosa adquirida.

Segundo. En tal caso, actuaba respecto al precio con el que se compró la cosa. En caso de compra por la esposa, lo comprado queda en propiedad de ésta, y el dinero, se presume que era del marido, el cual se lo dió a ella; viéndose aquí una donación de marido a mujer, será, como tal donación, esencialmente revocable. Al actuar respecto al dinero la Presunción Muciana, surgirá una donación que como tal podrán atacar fácilmente, por la acción pauliana, los acreedores, y en caso de revocar el marido esta donación de dinero, éste tendrá un crédito dinerario contra su mujer, crédito que dichos acreedores podrán embargar.

En una palabra, la mujer será propietaria de la cosa; el marido tendrá un crédito contra su mujer si revoca la donación que de este precio presume el texto de Quinto Mucius.

Nosotros, muy modestamente, pero con un buen número de razones tomadas de los mismos textos romanos; de la esencia de la institución de la subrogación real; de la doctrina de los romanistas, civilistas nacionales y extranjeros y de los autores regnicolas; de una interpretación gramatical, lógica y sistemática del texto del Digesto, y de la única justificación de una práctica notarial, intentamos demostrar en la ya citada conferencia dada en el Ilustre Colegio Notarial de Barcelona, que esta interpretación no era admisible en el campo del derecho vigente, aun cuanto sí en el del derecho constituyente, en el que no dudáramos en suscribirla, reconociendo que la tesis de Roca Sastre estaba más acorde con nuestros tiempos sus necesidades jurídico-patrimoniales y con la realidad y dignidad de la mujer catalana en el siglo que nos ha tocado vivir.

Por ello terminábamos nuestra conferencia en estos términos:

Tal es, pues, el régimen jurídico que por vigencia de la Presunción Muciana impera en el antiguo Principado.

Ello no quiere decir que sea justo y responda a la realidad de la mujer casada catalana en el siglo en que vivimos. La mujer —dijo Simmel— es, mientras que el hombre va siendo; lo subjetivo —dice la condesa de Campo Alange, en su obra recientemente publicada, *La secreta guerra de los sexos*— es femenino; objetivo, lo masculino. Y Fernández Flores, hace pocos meses, desde la tribuna de la Academia de Doctores de este Distrito Universatario, nos habló de la superioridad de la mujer en la especie.

Uno de los trabajos más terribles —ha dicho tan ilustre académico, más en serio que en broma— que pesan sobre la Humanidad es el de una verdadera mujer de su casa con recursos económicos modestos. Muy poco de lo que hace hoy persiste

mañana. Cada día trae cavilaciones y plantea problemas desesperadamente iguales a los del anterior, cuando no son más graves. Los habitaciones arregladas y limpias la víspera han de ser vuelta a limpiar y arreglar; la comida ha de ser hecha ahora y después y mañana y en todas las jornadas. Apenas está hecho todo ya queda deshecho. Sísifo es el ejemplo de esta clase de labor, y también las famosas cuadras mitológicas que al fin consiguió limpiar definitivamente, nada menos que Hércules, en uno de sus famosos trabajos.

Ante éstas y otras muchas consideraciones, más bien a esgrimir por sociólogos que por juristas, se impone la conclusión de que tal régimen jurídico no responde a lo que la mujer es y representa en el hogar en la adquisición y, sobre todo, en la economía y conservación de patrimonio familiar; si su reforma se impone, la Comisión de juristas para la Compilación del Derecho Foral de Cataluña tiene la palabra al contestar el epígrafe «Presunciones de donación», de las normas circuladas por la Presidencia a las subcomisiones: la desiderata, a que invita, no será ciertamente el régimen jurídico actual.

Pero mientras tanto no creemos posible, con arreglo a la legislación vigente, otra interpretación de nuestro régimen jurídico económico familiar, que la por nosotros defendida.

Con todo, no negamos la posibilidad de otro camino viable que nos lleve al mismo resultado, reconociendo, como reconocemos, que, como muy bien ha dicho Edmundo Husserl, la ley reina y la jurisprudencia gobierna.

Pues bien: bajo la fe de dos ilustres y queridos compañeros, nuestro Decano Faus Esteve (42), Vocal ponente cualificadísimo de la Comisión de Juristas para la redacción del Proyecto de Compilación del Derecho civil catalán, y Pelayo Hore, Notario de Madrid y Vocal no menos cualificado de la Comisión de Codificación (43), podemos decir:

Que el artículo 38 del Proyecto de la Comisión de Juristas, apartándose bastante del artículo 99 del Proyecto de 1930 (44), decía: «Los bienes de la mujer, incluso el dinero y demás bienes invertidos en la adquisición de otros, se presumirá que le

(42) *Obra citada*, pág. 63.

(43) *La Presunción Muciana*. Amenísimo artículo publicado en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Junio 1961.

(44) En este proyecto, basado en el formulado antes de la promulgación del Código civil, por el eminente juriconsulto don MANUEL DURÁN Y BAS, y revisado y completado en 1930 por la Comisión integrada por tan ilustres juristas como los señores MALUQUER Y VILADOR, DE ABADAL, HURTADO, BORRELL, MASPONS Y ANGLASILL, MARTÍ MIRALLES Y ANGÜERA DE SOJO, recogándose el Derecho vivo en Cataluña se proclama la *Presunción Muciana* en estos términos: «Artículo 99.—Los bienes adquiridos por la mujer durante su matrimonio, se presumen donados por el marido, al no ser que los mismos o su precio tengan otra procedencia. La mujer deberá probar esta procedencia siempre que sea impugnada judicialmente.

previenen de donación de su marido, si no justifica de quién los adquirió. Esta donación se rige por los artículos precedentes.»

Que el artículo 29 del Proyecto de la Comisión de Codificación decía así: «Los bienes adquiridos por la mujer durante el matrimonio, incluso el dinero y demás bienes invertidos en la adquisición de otros, se presumirá que lo han sido por donación de su marido, si no justifica de quién los adquirió. Esta presunción tan solo podrá ser invocada por los legitimarios y los acreedores del marido; estos últimos en la medida necesaria para el cobro de sus créditos.»

No prosperó, pues en la Comisión de Codificación el texto propuesto por la Comisión de juristas catalanes: entendió aquella que la Presunción Muciana debía configurarse como una institución contra el fraude (45) y limitó sus efectos a los acreedores y a los legitimarios.

Pero tal criterio de la Comisión de Codificación tampoco tuvo mejor fortuna en la Comisión de las Cortes, que, restableciendo en principio el texto del proyecto, admitió en absoluto la tesis de Roca Sastre, redactando el artículo 23 en los siguientes términos en los que fué aprobada la Compilación: «Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiera verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por su marido. A estas donaciones les serán aplicables los artículos 20 y demás comprendidos en este capítulo.»

Vemos, pues, y con gran satisfacción, consagrada legislativamente la tesis de Roca Sastre. Pero con todo, es tan grande la fuerza de la tradición, tan evidente la misma realidad de la vida y de tanta consistencia los argumentos que basaban la tesis contraria, que no creemos terminada lo polémica, ni en la doctrina ni en el campo judicial.

Dos juristas tan insígnies en la Comisión de juristas redactora del proyecto como Faus y Condomines, en su glosa al artículo 23 (46), después de afirmar paladinamente que la Presunción Muciana no actúa nunca sobre la cosa, sino sólo sobre el precio, «que es en definitiva lo que decían las fuentes romanas» (?), afirman que con esta nueva redacción no se perjudican los derechos

(45) PELAYO HORE, en su trabajo precitado, buscando fundamentos a la presunción muciana rechaza dos de los del texto romano «es más honesto» (tesis de SCABVOLA) y enriquecimiento a expensas del caudal del marido (tesis de POMONIO), pero nada nos dice del tercer fundamento; también de SCABVOLA, «es más verdadero». Y buscando también base a la prohibición de donación entre cónyuges nos habla de tres miedos: miedo al miedo, miedo al amor y miedo al fraude; descartados en nuestros tiempos los dos primeros, queda como única fundamentación el miedo al fraude.

(46) *Obra citada.*

de acreedores y legitimarios, pues si el acto ha sido simulado o fraudulento, si no se trata de bienes *adquiridos* por la mujer, sino de bienes *puestos* a nombre de la mujer, serán de aplicación las normas generales que la Ley y la jurisprudencia han previsto y aplicado para tales casos.

Lo primero que cabe objetar es lo quebradizo de la distinción entre bienes *adquiridos* por la mujer y bienes *puestos* a nombre de la mujer: es la distinción del texto de la Ley 50 del Digesto, «pero si la mujer no había comprado el esclavo, sino que recibió del marido el dinero para comprarlo...»

Por otra parte, pensemos un momento en la esencia misma de toda presunción: el legislador se sirve de ella como medio de hallar solución al caso concreto: al valorar lo que presumiblemente es justo, y a falta de un fundamento en absoluto convincente, utilizará el resultado que obtenga como sucedáneo. La mujer durante el matrimonio adquiere determinados bienes: conforme a los principios clásicos en materia de prueba y a viejos aforismos, sería el actor —en nuestro caso el marido, sus legitimarios o sus acreedores— los que tendrían que justificar para perseguir dichos bienes, que los adquirió la mujer por donación que le otorgó su marido. Sin embargo, se establece por el ordenamiento jurídico una presunción en el sentido de que es la mujer la que debe probar que los bienes adquiridos son privativamente suyos, que tienen la consideración legal de dotales o de parafernales, que no le previenen de donación de su marido. ¿Por qué razón? Porque se supone que todo lo que adquiere la mujer durante su matrimonio le previene de su marido. ¿Y por qué se supone esto? Porque es lo natural, lo lógico, la solución que nos dicta nuestro subconsciente. Para evitar que el juez pudiera no tener en cuenta tales circunstancias es precisamente por lo que el legislador establece toda presunción.

Pues bien: en los términos en que la Presunción Muciana es proclamada por la Compilación, esta realidad de la vida, de la que el legislador hace dimanar la presunción, se recoge sólo a medias. Se presume que el precio con el que la mujer adquirió el bien le fué donado por su marido. Pero ello puede no bastar a la satisfacción de los intereses del marido, de los legitimarios y de los acreedores de éste; lo que costó o consta que costó diez resulta que vale mil. Y entonces el perjudicado, aunque no esté protegido por la Presunción Muciana, ejercerá sus acciones de impugnación por simulación. La mujer —afirmará— no compró el bien, sino que recibió del marido el dinero para comprarlo, o, lo que es lo mismo, el marido puso la finca a nombre de su mujer. ¿Pruebas?: La mujer en el acto de la compra no tenía efectivo para realizarla. Y entonces, aun sin Presunción Muciana, la mujer se verá compelida a justificar la preexistencia en su patrimonio, con la antelación necesaria que la misma naturaleza de las cosas impone, del dinero invertido en la compra.

No faltará quien piense que para que la presunción cumpla su fin de traducir lo más verosímil, falta, a renglón seguido del párrafo primero del artículo 23 de la Compilación, la coletilla que encierran estas o parecidas palabras: «siempre y cuando justifique racionalmente su preexistencia en su patrimonio».

Desde otro punto de vista y en contra del parecer de los repetidos Faus y Condomines (47) creemos sigue teniendo gran interés el problema del valor que deba darse a la confesión por el marido de que el dinero con el que su mujer adquiere procede de sus bienes parafernales, no comprendiendo la relación que esta cuestión pueda tener con la supresión de la licencia marital, toda vez que, con o sin ella, el marido —del que es difícil prescindir por las razones antes expuestas— puede hacer esta declaración, y el valor atribuible a la misma queda latente pidiendo una solución.

Hemos sostenido (48), y seguimos sosteniendo, que si el marido confiesa que el dinero básico de la adquisición es parafernial, tal confesión, pura, simple y escueta, sin el aditamento de prueba de clase alguna, ningún efecto jurídico puede producir, ni tan siquiera el de obligar al marido y a sus herederos: opinamos, y seguimos opinando, que civilmente la tal confesión carece de todo valor jurídico y la cláusula notarial que la refleja es totalmente inoperante, vacua y sin sentido jurídico (49).

Es evidente que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 da valor pleno a la confesión extrajudicial del marido y encierra gran peligro para la seguridad del tráfico.

Cierto que se contempla en la sentencia un caso especialísimo de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por separación de los cónyuges; cierto también que se puntualiza en sus considerandos que la Sala apelada, «haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.239 del Código civil —al estatuir que la confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba— da valor a la confesión extrajudicial realizada por el marido en la escritura de autos, en el sentido de haberse adquirido los bienes en cuestión con dinero de la mujer y que también remarca que esta apreciación no se ataca por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea por error de derecho en la apreciación de la prueba, por cuya razón desestima el recurso de casación en

(47) *Obra citada.*

(48) *La Presunción Muciana y una práctica notarial.* «La Notaría». Publicación del I. Colegio Notarial de Barcelona. *Proyección de la Presunción Muciana en Derecho común.* Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de diciembre de 1955 (Instituto Editorial Reus, 1959).

(49) Aun cuando la cláusula no fuera una rutina, sino una costumbre, como quiere PELAYO HORR, siempre sería *contra legem*.

este punto. Igualmente cierto es que el juzgador apoya su fallo no sólo en la confesión del marido hecha en la escritura de compra, sino que también en una conjetura basada en el hecho de que en la escritura figura la mujer como adquirente de los bienes, siendo asistida por el marido para completar su personalidad, cuando lo lógico sería que si las fincas se adquirieron por el marido para la sociedad conyugal, y con dinero perteneciente a ésta hubiera figurado en ella éste como comprador, ya que es el representante legal de dicha sociedad.

Todo ello es cierto, pero también lo es que, descartado este último argumento por su manifiesta inconsistencia, la sentencia da valor pleno a la confesión extrajudicial del marido hecha ante el Notario autorizante de la compra. Por ello debemos insistir en el peligro que tal doctrina encierra. Es más, vemos en ella una brecha abierta en el fortín que para terceros representa la Presunción y no dudamos en afirmar que de generalizarse y consolidarse tal doctrina podría acabar con ella la virtualidad y efectividad práctica del artículo 1.407 de nuestro Código civil y del artículo 23 de nuestra Compilación.

No vamos a repetir todos y cada uno de los argumentos sentados en anteriores estudios sobre el problema. Sólo diremos que si la tesis por nosotros defendida en el trabajo «La Presunción Muciana y una práctica notarial» mereció ser aceptada por Roca Sastre, quien concluye afirmando que la confesión del marido no hace prueba contra su autor, pues ella implicaría designio de eludir el cumplimiento de las leyes, ya que serviría para convertir prácticamente en irrevocable una donación que la Ley quiere de todos modos que sea revocable: la misma tesis, defendida ciertamente con mayor acopio de argumentos en nuestra conferencia dada en la Academia Matritense del Notariado en el año 1955, mereció asimismo el honor de ser sustentada por nuestra Dirección en su resolución de 11 de marzo de 1957, en la que recogiendo de aquéllos los capitales, de que la confesión no hace prueba contra su autor en el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes y, por tanto, cuando versa sobre materias sustraídas por ley imperativa a la autonomía de la voluntad, carece de su normal eficacia, puesto que de no ser así se podría conseguir mediante la prueba de la confesión, lo que no puede alcanzarse directamente por vía legal: una donación entre cónyuges, declarada nula en el artículo 1.334 del Código civil; y de que el principio de derecho que prohíbe ir válidamente contra los actos propios se refiere a los lícitos y carece de aplicación cuando se trata de actos contrarios a la Ley, sienta la doctrina de que tal confesión hecha por el marido en el título adquisitivo de la finca, conforme reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es suficiente por sí sola para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código civil ante el peligro de que por la sola vo-

luntad de uno de los cónyuges, queden alterados los derechos que en la sociedad conyugal les corresponden o los que se atribuirán a sus herederos en el momento de la disolución del matrimonio.

Basta sustituir las citas de los artículos 1.334 y 1.407 del Código civil por la de los artículos 20 y 23 de la Compilación para llegar a los mismos resultados en Derecho catalán.

Pero hoy hay más: el artículo 23 de la Compilación tiene su pequeña historia. ¿Por qué si el texto propuesto por la Comisión de Códigos hablaba de que la presunción sólo podría ser invocada por los legitimarios y los acreedores del marido, el texto del artículo que hoy es ley silencia toda excepción? ¿No hubiera sido más lógico que, consciente de la importancia de la cuestión, hubiere excepcionado la invocación del marido en caso de haber mediado su confesión?

No escapa ello a Pelayo Hore cuando afirma, refiriéndose a la sentencia de 2 de febrero de 1951, que aunque sea dudoso que después de la Compilación pueda sustentarse la misma opinión, se inclina a la afirmativa. En efecto es dudoso, más que dudoso, y el problema no tiene la fácil solución que inicia, consistente en que el marido otorgue carta de pago diciendo que la mujer le había reintegrado el precio; lógicamente —afirma— no podría ya el marido volver a revocar de nuevo la donación y exigir de su mujer el reembolso del precio por segunda vez. ¿Y por qué no? —nos preguntamos—. ¿Por qué a una segunda o tercera confesión no le hemos de dar el mismo alcance jurídico que a la primera? Si la mujer no justifica la procedencia del dinero entregado al marido en pago del que se presupone le donó éste para la adquisición, ese dinero con el que creyó solventar su deuda se presume que fué donación. Mientras no justique lo contrario le propondrá de él.

Otra cuestión del máximo interés que puede suscitar el artículo 23 de la Compilación la constituye su compaginación con el artículo 20 de la misma Compilación. «El aparentemente inofensivo artículo 23 —dice Pelayo Hore— al combinarse con el no menos inofensivo artículo 20 producen una mezcla altamente explosiva». Centrando la cuestión tan brillante jurista, en el establecimiento mercantil propiedad de la mujer y en la cuenta corriente abierta por ésta en cualquier Banco, obtiene los siguientes resultados: el negocio mercantil, si la mujer no puede —como ocurrirá en muchos casos— presentar título de compra, será del marido, porque habrá que presumir que se lo donó el marido, cuya donación es nula (art. 20); por consiguiente, el negocio será del marido y no de la mujer, sin necesidad de revocación marital, y nulos serán cuantos actos lleve a cabo la mujer como supuesta propietaria del negocio. En cuanto a la cuenta corriente de la mujer, el dinero en ella ingresado es dinero que a la mujer le donó su marido y esa donación es nula. «La conclusión —afirma— es sorprendente, pues-

to que consiste en que cuando la mujer intentara retirar alguna suma de su cuenta corriente, el Banco obrará prudentemente si se niega a pagarle, ya que el saldo *prima facie* no es de la mujer, sino del marido, aunque éste no haya hecho uso de su facultad de revocar. Si el Banco paga y el marido después revoca, el Banco podrá verse obligado a reponer el saldo de la cuenta, pues por raro que parezca es lo que resulta de combinar los artículos 20, 22 y 23 de la Compilación.»

A nuestro juicio, el párrafo segundo del artículo 49 y los términos en que está redactada la disposición final primera de nuestra Compilación evitan estas absurdas consecuencias.

Dice dicho párrafo del artículo 49 que en la duda respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales. Y siendo más lógico por su carácter más general dar preferencia a esta presunción que a la del artículo 23, resultará que aquel negocio mercantil y aquel saldo de cuenta corriente a que alude Pelayo Hore deberán presumirse bienes parafernales y que, por lo tanto, sobre ellos tendrá la mujer absolutos poderes de administración y disposición.

Por otra parte, la primera de las disposiciones finales de la Compilación, si bien en el proyecto del Gobierno tenía carácter derogatorio de todo el derecho anterior, por la opinión general de los juristas catalanes que querían su radical supresión, se aprobó con carácter meramente sustitutivo, pero nunca derogatorio, permitiendo con ello que en la Exposición de Motivos de la misma ley se pueda afirmar que al surgir problemas de interpretación, de integración o de lagunas que deban colmarse, tenga la importancia lógica que es inexcusable, la consulta de la vieja ley, de la doctrina y de la jurisprudencia que supla aquellos defectos.

Pues bien, siendo, ello así, al intérprete del artículo 23 no se le puede olvidar el texto del Digesto al que debe su origen, y si consulta tal texto observará en seguida que comienza con las clásica palabras *de quum in controversiam venit*; sólo cuando surgía la controversia nacía la Presunción Muciana.

De ello claramente se derivan estas conclusiones: todos los bienes de la mujer, y con ellos aquella cuenta corriente y negocio mercantil, se presumen bienes parafernales, conforme al artículo 49 de la Compilación; sólo cuando surge controversia, o sea cuando el marido revoca su presunta donación, cobra vida la Presunción Muciana y entra en la lid el artículo 23 que la consagra.

Claro es que con todo no vemos ninguna razón que justifique la mutilación que el artículo 23 representa en este punto del texto de Pomponio, mutilación que autoriza a Pelayo Hore a afirmar que la Compilación no espera a que haya controversia, sino que la presunción la establece desde el primer momento.

Sin esfuerzo dialéctico alguno llegamos a la conclusión de que



la materia es de lo más complicado y confuso que pueda imaginarse, prestándose a disquisiciones sin fin. El criterio de nuestra Compilación es justo al suavizar en bien de la mujer la rigidez de su formulación romana; plagiando a Pelayo Hore, y con su mismo grafismo, podemos decir que Roca Sastre ha elaborado su teoría consagrada en la Compilación, sobre el alcance de la institución, con el mismo cariño e idéntica precaución con que un domador recorta las uñas y lima los colmillos de una pantera.

La Presunción Muciana, institución discutida, como afirma el preámbulo a la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares, ha sido suprimida en este derecho, proclamando el artículo 3 de su Compilación que pertenecerán por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno.

El supuesto de derecho en ambas legislaciones forales es el mismo: régimen absoluto de separación de bienes. El tiempo nos dirá cuál de las dos compilaciones estuvo más acertada al resolver el problema crucial de su conservación o su supresión.

Para Pelayo Hore, la Presunción Muciana es injusta, terminando tan querido compañero su artículo precitado con este bonito simil: «La carretera que de Barcelona conduce a Tarragona es la antigua vía Augusta; cerca ya de Tarragona se encuentra atravesada por el Arco de Bará, levantado a la memoria de Lucio Licinio Sura, general que fué de nuestro compatriota el gran Trajano. Triste es reconocerlo, pero es lo cierto que bajo el arco que pasaron orgullosas las Legiones, no cabe el vulgar camión de una empresa de transportes. No ha habido otro remedio que desviar la carretera a derecha e izquierda del arco, que así ha quedado impracticable, protegido por un bordillo y algunas plantas decorativas. Mas como está en una recta, produce el efecto óptico, especialmente de noche, de que la carretera sigue, como hasta hace pocos años, pasando bajo el arco, y ello expone al conductor de un vehículo a saltar sobre el bordillo, perder la dirección y estrellarse contra reliquias tan venerables. Y a que las ruínas romanas cuanto están en medio de un camino son peligrosas.»

He pasado infinitas veces por el Arco de Bará y es rigurosamente cierto tal efecto óptico, pero con todo doy fe que en tan bello paraje no campeó ninguno de los abrumadores postes indicadores de muertos y heridos, que gracias a Dios han sido retirados de nuestras carreteras. Y lo que seguramente no sabe nuestro querido compañero, es que durante nuestra guerra, dada la consigna de destrucción de puentes, los nativos de Torre d'en Bará, hoy Torredembarra, tuvieron que evitar que una brigada roja volara con dinamita tan preciado monumento.

Las instituciones jurídicas consagradas por los siglos están tan arraigadas en la conciencia del pueblo, como cimentado en

la Via Augusta, hoy kilómetro tal de la carretera Valencia-Barcelona, el majestuoso Arco de Bará, para admiración de propios y extraños, y cuyas doradas piedras a pesar de sus siglos hacen germinar la semilla y nacer la vida en forma de inoportunas higueras que, en cuando en cuando, pretenden desarrollarse en sus alturas, y que es difícil y costoso exterminar.

Nuestra Compilación no se ha atrevido a suprimir la Presunción Muciana; como con el Arco de Bará, ha desviado el camino. La prudencia será siempre buen lema del legislador, porque ya que al mismo tiempo que en perpetua evolución, el Derecho como ciencia moral, debe ser exageradamente prudente en la evolución misma.

#### IV.—CAPACIDAD OBLIGACIONAL DE LA MUJER

La Auténtica «*Si qua mulier*», reproduciendo el capítulo VIII de la novela 134 de Justiniano, a su vez recogida en la Ley 22 del Código «*Ad senatusconsultum Vallicianum*»; y que sobrevivió en la Ley 61 de Toro y derogó el Código civil, prohibía a las mujeres casadas, garantizar ni con su persona ni con sus bienes las deudas de su marido, al no ser que el dinero por éste recibido se invirtiese en utilidad de la mujer.

La doctrina, no se puso de acuerdo sobre si era o no renunciabile el beneficio; algunos tratadistas (50) sostenían que la práctica autorizaba la renuncia, aunque no fuera corroborada con juramento; otros (51) afirmaban que tal práctica era contra *legen*.

Nuestra Dirección General, rechazó la renunciabilidad del privilegio, alegando que la auténtica *Si qua mulier*, declara nula y sin valor ni efecto alguno, la fianza de la mujer casada en favor de su marido, y que las leyes que oponen a su infracción la sanción civil de la nulidad, son por propia índole prohibitivas y por ende irrenunciables (52).

El capítulo II del *Recognoverunt Proceres* (53) dispone que si la mujer se obliga juntamente con su marido, no puede ser demandada sino una vez hecha excusión de los bienes de éste, y nada más que por la mitad de la deuda.

Y el Código de las Costumbres de Tortosa (54) estatuye que la mujer que se obliga con su marido, responde de la totalidad de la deuda, pero solamente después de hecha excusión en los bienes del marido.

Hasta aquí, la doctrina aplicable antes de la Compilación; ésta,

(50) COMES, GIBERT, BROCA AMELL, CORBELLÀ.

(51) DURÁN Y BAS, TRÍAS, BORRELL.

(52) Resoluciones de 26 de abril de 1894, 18 de marzo de 1896, 18 de marzo de 1897...

(53) Aplicable a Barcelona, Villafranca del Panadés y su Veguería.

(54) Costumbre 1, párrafos 1 y 2, rúbrica 7, II.-IV.

recoge la Auténtica, en el párrafo primero del artículo 322, al estatuir que será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma, y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión. Y en su párrafo segundo, acoge asimismo, generalizándola a todo el territorio catalán, la doctrina del *Recognoverum Proceres*, al decretar que cuando marido y mujer se obliguen conjuntamente, ésta, aunque participen otras personas, responderá con carácter mancomunado simple.

Concluye el artículo, declarando en su párrafo tercero, la validez de las hipotecas constituídas conjuntamente por marido y mujer, solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada. Ello obedece a una enseñanza de la práctica que no podía pasar desapercibida a los juristas notarios que formaban parte de la Comisión redactora del proyecto; cuando marido y mujer, dueños proindiviso de una finca la hipotecaban, no había más solución —dada la interpretación, a nuestro juicio, equivocada, dada en muchos Registros al artículo 217 del Reglamento Hipotecario— que constituir dos hipotecas: una, por el marido sobre su mitad, y otra, por la mujer, sobre la suya. Pero esto, que constituía el mal menor, por temor a lo que ocurriría en el supuesto de ejecución aislada (55), no era aceptado por algunas instituciones oficiales de crédito, que exigían una fórmula aún más absurda, pero más simple; que recibiera el préstamo la mujer y que el marido hipotecara su mitad de finca a la solvencia de tal préstamo. De ello resultaba —como dicen muy bien Faus y Condomines (56)—, que el beneficio de la mujer se convertía en perjuicio: en lugar de responder de la mitad, respondía con responsabilidad personal ilimitada de la totalidad del préstamo. A evitar tan odioso resultado, responde la muy acertada disposición legal.

No habla la Compilación del régimen especial de Tortosa, y a pesar de que los citados juristas (57) parecen opinar en contrario, creemos que dados los términos del artículo 2 de la misma Compilación, ha quedado derogada la especialidad tortosina.

El problema doctrinal de si la auténtica era o no renunciabile, ha dejado de serlo dados los términos imperativos de la disposición, y a mayor abundamiento el que permita la renuncia de los beneficios del Senadoconsulto Valeyano en el artículo 321 y silencie la posibilidad de ella en el artículo 322.

Ahora bien, dados los términos del artículo 322 de la Compi-

---

(55) Ver nuestro trabajo *Ejercicio de la acción hipotecaria cuando el crédito pertenece a varios acreedores mancomunadamente* («La Notaría», publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 1948).

(56) *Obra citada*, pág. 347.

(57) *Obra citada*, pág. 348.

lación y de los artículos 126 del Código de Comercio, en cuanto a las sociedades regulares colectivas; 13 de la Ley de 17 de julio de 1951, en cuanto a las anónimas y 9 de la Ley de 17 de julio de 1953, respecto a las de responsabilidad limitada; ¿podrá la mujer casada catalana intervenir conjuntamente con su marido y otras personas, en la fundación de estas sociedades?

Planteamos el problema, porque los tantas veces repetidos primeros comentaristas de la *Compilación Faus y Condomines*, nos sumen en una nebulosa, que precisa aclaración; en su comentario al artículo 11 parecen opinar negativamente y en su glosa el artículo 322, afirmativamente.

A nuestro juicio, creemos que la contestación afirmativa se impone, pero no porque el artículo 322 no pueda llegar a interferir la vida mercantil de la mujer casada, ya que la mujer casada que funda una sociedad mercantil, no es por ello solo comerciante; ni tampoco por la norma de excepción contenida a favor de la mujer que ejerciera el comercio en el artículo 321 que recoge el *Senadoconsulto Valeyano*, toda vez que si por una parte y como queda apuntado, no es la misma la capacidad para tal ejercicio que la exigible para otorgar el contrato de sociedad y la mujer casada que funda ésta, muy bien puede no ser comerciante; por otra, no cabe posible analogía entre los dos supuestos de capacidad de la mujer en general y capacidad de la mujer casada en particular; sino simplemente porque como declaro, la Dirección de los Registros y del Notariado en su resolución de 20 de junio de 1952, la capacidad en los contratos mercantiles, se rige por el Código de comercio y, en su defecto, por el Código civil, como único derecho supletorio, y ni en uno ni en otro se encuentra la prohibición.

# La adopción en la compilación del Derecho civil especial de Cataluña

FRANCISCO CASTRO LUCINI

SUMARIO: I. *Disposición General* (art. 6.º).—1. Ambito de aplicación del Derecho especial catalán.—2. Especialidades en cuanto a los requisitos personales.—II. *Especialidades en cuanto a los derechos sucesorios del adoptado respecto al adoptante*.—1. Sucesión forzosa: distintos casos que pueden presentarse.—2. Sucesión intestada.—3. Sucesión testada.—4. Disposiciones comunes a las sucesiones testada e intestada.—5. Sucesión contractual.—III. *Derechos sucesorios del adoptado en su familia por naturaleza*.—IV. *Derechos del adoptante*.

La adopción es una de las instituciones jurídicas que ha merecido la atención de la Comisión redactora de una Compilación en la que se prescinde «de reglas que han quedado fuera de la forma del vivir y sentir de los que viven al amparo del Derecho especial». Debemos entender por ello que esta institución viene siendo practicada y vivida por los catalanes conforme a las líneas estructurales recogidas por la Compilación y con las especialidades contenidas en la misma, a menos que pueda comprenderse en el grupo de aquellas otras instituciones de antiguo abolengo cuya *prematura supresión* entendió la Comisión que no debía proponer y «cuya compatibilidad o incompatibilidad con la coyuntura jurídica del momento la práctica misma se encargará de manifestar» (1).

La exposición de la regulación de la adopción en la compilación catalana, que viene a ser un comentario de los artículos 6.º, 114, 124 a 126, 129 y 249 a 252, la hacemos con arreglo a la siguiente sistemática.

## I. DISPOSICION GENERAL (art. 6.º)

La que podemos llamar disposición general a causa de su función delimitadora respecto al Derecho común, se encuentra en el artículo 6.º, que por sí solo constituye el título II del libro I, el cual dice así:

«Además de las personas a que se refiere el Código civil, podrán adoptar quienes tengan hijos legítimos, legitimados, o na-

(1) Exposición de Motivos o Preámbulo de la Ley núm. 40/60, de 21 de julio, apartados 9 y 16.

turales reconocidos, pero esta adopción no perjudicará los derechos legítimos de éstos. Las disposiciones del mencionado Código serán de aplicación a esta materia, salvo en lo referente a los pactos y derechos sucesorios que se regirán por lo dispuesto en esta Compilación.»

En este artículo debemos distinguir, para mayor claridad, dos partes, que exponemos invirtiendo el orden con que aparecen en el mismo.

#### I. AMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ESPECIAL CATALÁN: MATERIAS A QUE AFECTA.

Esta primera parte del artículo 6.º, correspondiente a su segundo inciso, establece el ámbito de aplicación de la legislación especial respecto a la común (función delimitadora). Conforme al mismo, salvo las particularidades referentes a los pactos y derechos sucesorios, que se rigen por la Compilación, en todo lo demás rige el Código civil. Pero esto no es completamente exacto, pues a la expresada salvedad hay que añadir la que resulta del primer inciso de este mismo artículo, relativa a la capacidad para adoptar. De modo que, salvo en lo referente a los pactos y derechos sucesorios y a la posibilidad de adoptar quienes tengan hijos legítimos, legitimados, o naturales reconocidos, la adopción se rige por las disposiciones del Código civil. Con ello creemos que se resuelve implícitamente la cuestión que pudiera plantearse por la aplicación a todo el territorio español (2) de la Ley de 17 de octubre de 1941, según cuyo artículo 6.º «los adoptados con arreglo a los preceptos de esta Ley adquirirán todos los derechos establecidos en los artículos 175, 176, 177 y 180 del Código civil, y los adoptantes los del artículo 175, debiendo, además, reunir las condiciones del artículo 173 y alcanzándoles las prohibiciones del artículo 174 del propio Código.» Como tal ley de aplicación general fué derogada —salvo su artículo 7.º relativo a la gratuidad del procedimiento— por el artículo 5.º de la Ley de 24 de abril de 1958 y sus disposiciones han venido a ser sustituidas por las aplicables a la adopción plena según el Código civil reformado en este punto, pudiera pretenderse que en cuanto a esta clase de adopción rige exclusivamente el Código civil. Ante semejante posibilidad creemos que sale al paso el citado inciso segundo del artículo 6.º de la Compilación, conforme al cual las especialidades contenidas en la misma afectan a las dos clases de adopción. Criterio confirmado incidentalmente por el artículo 125 al decir: «Los hijos adoptivos, *sin distinción*, tienen derecho ...»

(2) BORRERÍ Y SOLER, Antonio M.: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.ª edic., 1944, edit. Bosch, t. IV, pág. 46, admite que dicha Ley era aplicable a Cataluña.

## 2. ESPECIALIDADES EN CUANTO A LOS REQUISITOS PERSONALES.

En esta segunda parte del artículo 6.º a que nos referimos, se contiene la norma permitiendo adoptar a quien o a quienes tienen hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos. Acerca de la misma conviene hacer notar que:

1.º La norma permisiva se extiende a ambas clases de adopción y comprende, por tanto, a los posibles adoptantes cualquiera que sea su estado civil (solteros, casados o viudos).

2.º Sólo deja sin valor la prohibición del artículo 173, número 2.º del Código civil, pero no dispensa de los restantes requisitos ni deja sin efecto las otras prohibiciones.

3.º La expresión *hijos* comprende a los descendientes que puedan tener los adoptantes.

4.º El posible perjuicio para dichos hijos o descendientes se procura evitar dejando a salvo sus derechos legitimarios.

5.º La Compilación al establecer la citada norma no hace más que recoger el Derecho tradicional del antiguo Principado (3), siendo digno de observar que semejante criterio es el seguido por la mayoría de las legislaciones modernas (4).

El juicio que nos merece la disposición que comentamos es plenamente favorable. La regla prohibitiva contraria, contenida

(3) BORREL, *Ob. cit.*, pág. 40: «El que tiene hijos propios legítimos o legitimados no puede adoptar a otro sino en forma que no se perjudique los derechos de aquéllos.»

(4) Podemos clasificarlas en los siguientes grupos: A) Permiten adoptar a quienes tengan hijos legítimos (y con mayor motivo, legitimados o naturales reconocidos) las legislaciones de los siguientes países, dentro de los cuales podemos subclasificarlos así:

a) Legislaciones cuyo criterio tradicional ha sido siempre favorable, sin restricciones, a admitir la adopción: Hungría, Servia, Gran Bretaña (para Inglaterra, *Adoption Act 1926*) y, en general, todos los países anglosajones y Código de la Familia soviético de 1927.

b) Legislaciones con criterio tradicional favorable pero condicionado: Islandia (si existen motivos importantes), Código letón de 1937 (si los hijos del adoptante prestan su consentimiento o si el tribunal aprecia la existencia de razones admisibles), El Salvador (*Decreto de 3 de noviembre de 1955*: si se prueba que se poseen recursos suficientes).

c) Legislaciones que prohibiendo en principio la adopción permiten obtener una dispensa para llevarla a cabo: Alemania (*Ley de 8 de agosto de 1950*), Venezuela (art. 247 del Código civil: El tribunal competente puede, previa información de los Organismos oficiales de protección a la infancia, autorizar la adopción a los matrimonios con hijos. Siendo de notar que la jurisprudencia ha extendido la autorización a la viuda con hijos mayores).

d) Legislaciones cuyo criterio tradicional era opuesto, pero que han suprimido recientemente la prohibición: Costa Rica (*Decreto de 19 de mayo de 1953*), Ecuador (*Ley de 5 de noviembre de 1948*), Suecia (*Ley de 10 de junio de 1939*), Holanda, Dinamarca y Noruega (*Leyes de 26 de enero, 25 de mayo y 21 de diciembre de 1956, respectivamente*).

B) Legislaciones que prohíben adoptar a quienes tienen hijos legítimos: las de Bulgaria, Chile y Guatemala. (Código de la Familia de

en el artículo 173, núm. 2.º del Código civil, sólo se justificaría en su sentido de requisito negativo —carencia de hijos o descendientes para poder adoptar— conforme a la concepción más antigua de la adopción que ve en ésta una especie de consuelo para los matrimonios estériles o un procedimiento legal destinado a asegurar, por medio de una ficción jurídica, la transmisión del nombre o del patrimonio a falta de herederos de sangre directos; pero está falta de fundamento en la adopción moderna, cuyo sentido es oscurecer o relegar a segundo plano el interés familiar del adoptante y resaltar, en cambio, la protección debida al adoptado, cuyo interés es el norte de la institución.

La introducción del adoptado en la familia del adoptante no perjudica los derechos e intereses de los hijos legítimos de éste, pues la propia Ley se encarga de dejarlos a salvo. En cuanto a la posibilidad de que por la adopción disminuya el cariño de los padres hacia sus hijos legítimos es una posibilidad que no merece ser tomada en consideración, pues en materia de sentimientos no juega el principio de impenetrabilidad de los cuerpos y en un mismo corazón caben toda clase de afectos.

El argumento también puede emplearse en sentido inverso, pero como el anterior, es fácilmente rebatible. La presencia de uno o varios hijos legítimos, se dice, puede comprometer el éxito de la adopción; tarde o temprano aparecerán los celos, las discusiones y las desavenencias, pero ¿es que acaso no existen esas envidias incluso entre hermanos legítimos? Por otra parte, los numerosos ejemplos de los países anglosajones demuestran que estas objeciones no son de temer, antes al contrario, reina mayor armonía en el seno de las familias dónde se reúnen hijos legítimos y adoptivos. Precisamente ésta fué la causa de que en las discusiones habidas con motivo de la redacción de la *Adoption Act* 1956 inglesa no se tocara esta cuestión, toda vez que la experiencia había demostrado no constituir un problema capaz

---

1949, Ley núm. 7.613 de 21 de octubre de 1943 y Decreto núm. 375 de 5 de mayo de 1947, respectivamente.)

C) Legislaciones que prohíben adoptar a quienes tienen hijos naturales reconocidos: Argentina (Ley de 23 de septiembre de 1948). También mantenía este criterio el Código civil rumano de 1939, que no llegó a entrar en vigor.

El Código civil francés exige que el adoptante no tenga hijos ni descendientes legítimos, tanto para la adopción propiamente dicha como para la legitimación adoptiva (artículos 344 y 368), salvo que el adoptando o el que va a ser legitimado haya sido acogido por ambos esposos adoptantes o legitimantes con anterioridad al nacimiento de los hijos o descendientes legítimos (Ley de 17 de abril de 1957). Anteriormente, la Ley de 8 de agosto de 1941 había permitido durante los dos años siguientes a su promulgación las adopciones a quienes tuviesen hijos legítimos, siempre que éstos fuesen mayores y consintiesen la adopción o la legitimación adoptiva. No hace mucho se presentaron al Parlamento dos proposiciones, la de PIERRE JOLY y la de LANDRY, en el sentido de que se autorizase la adopción en presencia de hijos legítimos, cualquiera que fuese su edad. (*Doc. Parl.*, 1947, pág. 1208, núm. 1.089, y 1948, núm. 4.845).



de entorpecer el éxito de la adopción. Debe tenerse también en cuenta que la situación del hijo único, adoptivo o no, es la menos favorable para el desarrollo de una personalidad, mientras que la convivencia del hijo legítimo con el adoptivo sólo puede reportar mutuas ventajas. Lo interesante es desarrollar en los muchachos las nociones de fraternidad y generosidad, al mismo tiempo que la emulación, lo que se consigue, cabalmente, una vez superado el período inicial de celos que se presenta en casi todos los hogares cuando un niño ve llegar a un nuevo hermano. Este peligro es el mismo que existe al adoptar a varios niños, cosa perfectamente posible en nuestro Derecho común (5).

Observemos también que la Compilación prescinde de las antiguas clases de adopción y de la terminología arcaica, que distinguía entre adopción (la del hijo de familia), y arrogación (la del «sui iuris»), así como entre adopción menos plena (cuando el adoptado no es un descendiente del adoptante) y adopción plena (la realizada a favor de un descendiente del adoptante).

## II. ESPECIALIDADES EN CUANTO A LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO

Afectan propiamente a los que tiene respecto al adoptante, pues con relación a su familia por naturaleza rigen las normas generales.

### I. SUCESIÓN FORZOSA.

Conforme al Derecho catalán tradicional, sólo el adoptado plenamente tenía derecho a la sucesión forzosa del adoptante.

La Compilación establece que «de fallecer el causante sin hijos ni descendientes legítimos, serán legitimarios los padres y ascendientes legítimos, sin perjuicio de la legítima que independientemente pudiera corresponder a los hijos adoptivos y, en su caso, a los hijos naturales o descendientes legítimos de estos últimos.» (Art. 124, párrafo segundo, primer inciso).

Por su parte, el artículo 125 dispone: «Los hijos adoptivos, sin distinción, tienen derecho a legítima al igual que los legítimos. Si concurrieren con éstos, su legítima será independiente de la cuota legitimaria que íntegramente corresponda a los legítimos. La legítima de cada hijo adoptivo no podrá exceder de la porción viril que resulte de dividir una cuarta parte del valor líquido de la herencia por el número de aquéllos, sumado al de los hijos legítimos y estirpes de descendientes legítimos de padre premuerto. El hijo adoptivo no perderá su derecho a la legítima en la familia originaria.»

Resulta de estos preceptos que tanto el adoptado pleno como

(5) Vid. sobre estas cuestiones LAUNAY, Clément: *L'adoption, ses données médicales et psycho-sociales* («Les Éditions sociales françaises», París, 1954).

el menos pleno (entendida esta distinción en el sentido que tiene según el Código civil) tienen el carácter de legitimarios de su adoptante, mientras que conforme al Código civil sólo el adoptado plenamente goza de tal condición.

Ahora bien, ¿tienen derecho a legítima los descendientes legítimos del adoptado en la herencia del adoptante? La respuesta parece que debe ser negativa, pues es harto significativo el silencio que acerca de los mismos guarda la Compilación, sobre todo si se le compara con los llamamientos expresos a favor de los descendientes legítimos de los hijos legítimos y naturales reconocidos («descendientes legítimos de estos últimos», esto es, de los hijos naturales, dice el art. 124). Además, cuando el legislador catalán quiere llamar a los descendientes legítimos del adoptado a la herencia del adoptante, se cuida de manifestarlo así, como puede verse en el artículo 249 referente a la sucesión intestada. De modo que mientras en la Compilación los descendientes legítimos del adoptado pleno no son legitimarios del adoptante, sí lo son en el Código civil (cfr. art. 179).

Veamos ahora la cuantía de la legítima de los hijos adoptivos y los distintos casos que pueden presentarse.

A. *Cuantía y fijación de la legítima.*—Viene determinada por las reglas del artículo 129, las cuales, por su carácter general, consideramos innecesario exponer aquí.

B. *Casos que pueden presentarse.*—Son distintos, según que los hijos adoptivos concurren con:

a) *Hijos o descendientes legítimos.*

La colisión de derechos se resuelve en el artículo 125, bajo el principio de que, en ningún caso, la legítima del adoptado sea superior a la del hijo legítimo, puesto que se obtiene dividiendo la cuarta parte del caudal hereditario obtenida aplicando las reglas del artículo 129 (y que coincide con la legítima de los hijos legítimos) por el número de éstos y de estirpes de descendientes legítimos que concurren, más el número de adoptados de que se trate.

La legítima así determinada es la individual de cada hijo adoptivo, no la de todos ellos en conjunto, caso de ser varios.

b) *Hijos naturales reconocidos y sus descendientes legítimos.*

A este caso se refiere el artículo 124 y también entra en juego el artículo 126, conforme a los cuales una cuarta parte de la herencia (calculada siempre conforme al artículo 129) corresponde a los hijos naturales reconocidos y estirpes de descendientes legítimos de ellos, y otra cuarta parte de la herencia constituye la porción legitimaria de los hijos adoptivos.

c) *Hijos y descendientes legítimos y, además, hijos naturales reconocidos y descendientes legítimos de éstos.*

Semejante concurrencia sólo es posible que tenga lugar en la

sucesión materna, pues conforme al artículo 126 los hijos naturales sólo son legitimarios en la sucesión de su padre, si éste no deja, al morir, hijos o descendientes legítimos.

La legítima atribuida a cada uno de ellos es independiente de la que corresponda a los demás, pues aparte de que el artículo 124 emplea el adverbio *independientemente*, si se englobasen a los hijos naturales con los adoptivos resultarían aquéllos perjudicados, en contra de lo establecido en el artículo 6.º. Como la legítima de los hijos naturales está sometida a la misma limitación que la de los hijos adoptivos (art. 126, párrafo 2.º), se calculará análogamente a la de éstos, conforme se expuso en el apartado a).

d) *Ascendientes legítimos.*

Este supuesto es parecido al b), puesto que corresponde a los ascendientes una cuarta parte de la herencia obtenida aplicando las reglas del artículo 129 (art. 124, párrafo 2.º), y otra cuarta parte a los adoptados, dividiéndose entre ellos, si son varios.

e) *Hijos naturales reconocidos y ascendientes legítimos.*

En este caso, tres cuartas partes de la herencia del adoptante tienen el concepto de legítima. Una cuarta parte constituye la de los hijos naturales reconocidos y sus descendientes legítimos (en su caso); otra cuarta parte integra la de los ascendientes legítimos y, en fin, la legítima de los hijos adoptivos absorbe otra cuarta parte del caudal del adoptante.

2. SUCESIÓN INTESTADA.

Trata de ella el título IV de la Compilación, en el que encontramos al artículo 249 que dice así: «En la sucesión intestada del padre o madre adoptante, los hijos adoptivos y sus descendientes legítimos se equiparán a los legítimos incluso en el caso de concurrir con éstos en la sucesión. Los hijos naturales reconocidos o declarados judicialmente o legitimados por concesión soberana y sus descendientes legítimos, se equiparán, en la sucesión de la madre, a los hijos y descendientes legítimos. En la sucesión del padre los citados hijos solamente sucederán a falta de descendientes y ascendientes legítimos y de hijos adoptivos y descendientes legítimos de éstos.»

Este artículo atribuye a los adoptados y a sus descendientes legítimos la cualidad de herederos abintestato del adoptante, a diferencia de lo que vimos sucedía en la sucesión forzosa, dónde el carácter de legitimarios se circunscribía a los hijos adoptivos, sin extenderse a sus descendientes legítimos.

También aquí existe diferencia con el régimen común, pues el Código civil sólo concede el derecho de suceder al adoptante, en este caso, al adoptado pleno y, por representación, a sus descendientes legítimos (art. 179), nunca al adoptado menos pleno (art. 180, párrafo final).

Si existen hijos adoptivos o descendientes legítimos de los mismos, parece que unos y otros excluirán de la sucesión intestada a los ascendientes legítimos del adoptante, puesto que aquéllos se equiparan a los legítimos y la línea recta descendente excluye a la ascendente.

Por tanto, los casos de concurrencia que pueden darse son:

a) *Concurrencia de adoptados con hijos o descendientes legítimos del adoptante.*

El párrafo primero del artículo 249 parece no dejar la menor duda acerca de que la equiparación es absoluta, esto es, que cada uno de los hijos adoptivos, individualmente, se equipara a cada uno de los hijos legítimos. Por consiguiente, unos y otros sucederán por derecho propio y sus respectivos descendientes legítimos por derecho de representación.

b) *Concurrencia de adoptados con hijos naturales reconocidos o declarados judicialmente o legitimados por concesión soberana y, eventualmente, con sus descendientes legítimos.*

Sólo es posible en la sucesión de la madre adoptante, teniendo los hijos adoptivos o los naturales reconocidos, declarados judicialmente o legitimados por concesión soberana los mismos derechos, puesto que también éstos se equiparan a los hijos legítimos.

Pero aunque estos hijos se excluyen en la sucesión intestada del padre (art. 249, párrafo segundo, segundo inciso) parece que podrán concurrir por su cuota legitimaria, al ser aplicables los artículos 942 y 840 del Código civil, en virtud de la remisión general efectuada por la disposición final segunda de la Compilación y de la invocación especial hecha para la sucesión intestada por el artículo 248 de la misma.

c) *Concurrencia de adoptados con hijos o descendientes legítimos y con hijos naturales reconocidos (y sus asimilados).*

Creemos puede darse en la sucesión materna por una interpretación adecuada del artículo 249. Aunque el segundo párrafo de éste no complete la equiparación de los hijos naturales a los legítimos, añadiendo «incluso en el caso de concurrir con éstos», como lo hace el párrafo primero en cuanto a los hijos adoptivos, debe sobreentenderse la misma regla, pues tal era el Derecho común vigente en Cataluña antes de la Compilación y, por lo mismo, no aparecía como necesaria la aclaración respecto a dichos hijos, a diferencia de lo que sucedía con la relativa a los hijos adoptivos, sobre los cuales podía suscitarse cuestiones. Además, al decir que los hijos naturales sólo suceden al padre a falta de los descendientes que se indica en el inciso final del artículo 249 y no hacer tal salvedad para la de la madre, parece darse por supuesta la posibilidad de que en la sucesión de ésta concurren los

hijos naturales con los legítimos. Si esto sucede, en virtud de la equiparación antedicha, sucederán todos ellos en igualdad de condiciones.

d) *Concurrencia de adoptados (y, eventualmente, otra clase de hijos o descendientes relacionados en anteriores apartados) y el cónyuge viudo del adoptante.*

Este tiene derecho a la mitad de la herencia del adoptante premuerto en usufructo, conforme al artículo 250, habida cuenta que los hijos adoptivos están equiparados a los legítimos.

e) *Sucesión intestada del causante impúber..*

No tiene lugar respecto a los bienes procedentes de su padre o madre adoptivos (art. 251, 1.<sup>a</sup>). En este punto no juega la equiparación de los adoptados a los hijos legítimos del adoptante.

### 3. SUCESIÓN TESTADA.

No parece que sea aplicable el párrafo final del artículo 772 del Código civil («en el testamento del adoptante, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos»), porque el artículo 114, párrafo primero de la Compilación establece, cabalmente, una presunción contraria, al decir: «Si el testador llamare a sus herederos y legatarios... sin designación de nombres y mediante la expresión hijos, se entenderán incluidos en esta denominación los de legítimo matrimonio..., salvo que parezca ser otra la voluntad del testador.» El punto de partida es aquí diametralmente opuesto al seguido por el Código civil.

### 4. DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESIÓN TESTADA E INTES-TADA.

Encontramos una especialidad en punto a la capacidad para suceder, pues no afecta al hijo adulterino adoptado ni a su adoptante la incapacidad establecida en el número 3.<sup>o</sup> del artículo 252, conforme al cual «tendrán incapacidad relativa total para suceder: ... 3.<sup>o</sup> Los hijos nacidos de las uniones a que se refiere el número anterior (sacrílegas, adulterinas e incestuosas en todos los grados de la línea recta de consanguinidad o afinidad, o hasta el segundo grado civil de la colateral por consanguinidad), y los padres en la sucesión de estos hijos». «Esta incapacidad —se añade— no afectará al hijo adulterino adoptado, ni a su adoptante».

Esta disposición viene a fomentar implícitamente la adopción de tales hijos ilegítimos y debe ser mirada con simpatía, pues mediante ella se consigue aliviar, en lo posible, la situación de los mismos, que no tienen culpa alguna de su triste condición, a la par que su adopción puede ser el mejor medio —y a veces el único viable— para cumplir un deber de conciencia (6).

(6) Vid. DE BUEN, *Notas al Curso de Derecho Civil de Colín y Capitán*, edit. Reus, t. I, pág. 623.

La posibilidad de adoptar al hijo adulterino no debe escandalizarnos, pues la tendencia que la admite goza del favor de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia. En Francia, a falta de una prohibición legal expresa, la jurisprudencia ha admitido la validez de la adopción del hijo natural, sea o no reconocido, y del adulterino por sus padres (S. de 1.º de abril de 1846) y lo mismo ha resuelto respecto a la legitimación adoptiva (Sentencia del Tribunal civil de Briançon de 24 de mayo de 1946; Sentencia del Tribunal de Grenoble de 26 de febrero de 1947) (7). En tales casos, como el padre o la madre no pueden consentir en dos conceptos a la vez, de una parte como adoptantes y de otra como padres por naturaleza para autorizar la adopción, la jurisprudencia aplica por analogía el párrafo segundo del artículo 349 del Código Napoleón (8) y llama a prestar el consentimiento para la adopción al Consejo de familia (9).

La doctrina brasileña dominante, sostenida, entre otros, por el redactor del Código civil de 1916, C. Bevilacqua, se inclina también por semejante posibilidad y admite que el padre o la madre adopten a sus hijos adulterinos. El artículo 358 del Código civil, modificado por el Decreto-Ley número 4.737, de 29 de septiembre de 1942 y por la Ley número 383 de 21 de octubre de 1949, que prohíbe el reconocimiento del hijo adulterino o incestuoso, no se aplica a la adopción, pues como derogatorio del Derecho común se entiende que no es posible de una interpretación extensiva.

##### 5. SUCESIÓN CONTRACTUAL.

Se aplican los artículos de la Compilación referentes a la misma, en especial los artículos 63 a 96 inclusive, en virtud de lo establecido en el artículo 6.º Debido a la generalidad de tales normas, su exposición queda fuera de nuestro comentario.

---

(7) La cuestión pareció suficientemente delicada para que la Cour de Cassation cambiase dos veces de parecer; después de haberse pronunciado por la afirmativa (Civ., 28 de abril de 1841, D. P. 1841, 1.136) y más tarde por la negativa (Civ., 16 de marzo de 1843, D. P. 1843, 1. 97), volvió a su primera opinión (Civ., 1.º de abril de 1846, S. 1846. 1. 373; D. P. 1846. 1. 81) y en ella ha permanecido resueltamente (Req., 13 de junio de 1882, D. P. 1882, 1. 308). Vid. JOSSEMAND, L., *Derecho civil revisado y completado*, por A. BRUN, t. I, vol. 2.º; *La Familia*, trad. esp. de S. CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Buenos Aires, 1950, págs. 422-423.

(8) Artículo 349: Si el menor no tiene padre ni madre, o si éstos se encuentran imposibilitados para manifestar su voluntad, el consentimiento será otorgado por el Consejo de familia.

Lo mismo sucederá si el menor es un hijo natural no reconocido o si, después de haberlo sido, ha perdido a sus padres, o éstos no pueden manifestar su voluntad.

(9) Vid. sobre el particular: PLANTOËL ET ROUMST, *Traité pratique de Drois civil français*, t. II, *La Famille*, núm. 1.007; LAGARDE, *Comentario a la Sentencia del Tribunal civil de Briançon de 24 de mayo de 1946*, en la «Revue trimestrielle de Droit civil», 1947, págs. 317 y ss.

### III. DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO EN SU FAMILIA POR NATURALEZA

La Compilación se limita a establecer que «el hijo adoptivo no perderá su derecho a la legítima en la familia originaria» (artículo 125 *in fine*). La determinación de tales derechos se hará de acuerdo con las normas generales, sin que en este punto exista especialidad alguna. De igual modo habrá de entenderse que conserva los derechos a la sucesión intestada.

### IV. DERECHOS DEL ADOPTANTE

Ante el silencio de la Compilación, se aplicará el Código civil.





# La filiación en el Derecho Civil de Cataluña

LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON

La Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, aprobada por Ley de 21 de julio de 1960, ha dedicado dos preceptos —los artículos 4 y 5— a regular de modo especial determinados aspectos de la filiación o relación jurídica paterno filial y, en particular, la acción de investigación o de declaración judicial de la paternidad o maternidad (art. 4) y la acción de impugnación de la filiación natural y de la ilegítima no natural (art. 5).

Se han suprimido, en cambio, en el texto definitivo de la Compilación (1), las referencias que en el Proyecto se hacían al problema de las presunciones de premoriencia (2) y a los efectos de la legitimación de los hijos por el subsiguiente matrimonio de los padres (3). Quiere esto decir que los artículos 4 y 5 de la Compilación constituyen hoy las únicas especialidades que, en materia de filiación, presenta actualmente el Derecho Civil de Cataluña y que en todo lo demás —en todo lo que no se encuentre comprendido expresamente en dichos preceptos— rige, como ley general, el Código Civil (art. 1 y disposición final 2.<sup>a</sup> de la Compilación). En particular, el Código Civil se aplica en Cataluña en todo lo referente a: 1.<sup>o</sup>, la filiación legítima (arts. 108-118); 2.<sup>o</sup>, la filiación legitimada por subsiguiente matrimonio o por concesión real (artículos 118-128); 3.<sup>o</sup>, la filiación natural, en cuanto al concepto y tipos de los hijos naturales (art. 119), al reconocimiento voluntario de los hijos naturales y a sus consecuencias jurídicas (arts. 129-134); 4.<sup>o</sup>, la condición y los derechos de los hijos ilegítimos no naturales (art. 139); 5.<sup>o</sup>, los alimentos entre parientes (arts. 142-153); 6.<sup>o</sup>, la patria potestad,

---

(1) CONDOMINES-FAUS, *Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960, págs. 36 y sigs.

(2) En el artículo 9.<sup>o</sup> del Proyecto se decía que “si en un mismo siniestro o accidente fallecieran el padre o madre y el hijo, se presumirá que premurió el padre o madre, si el hijo es púber, y que premurió el hijo si éste es impúber. Fuera de este caso, se presumirá la muerte simultánea, salvo prueba en contrario. En los fideicomisos se presumirá que murieron al mismo tiempo el fiduciario y el fideicomisario, y por tanto, no habrá delación a favor del último”. Suprimido este artículo del Proyecto, rige en Cataluña, a partir de la entrada en vigor de la Compilación, el artículo 33 del C. c.

(3) El artículo 13 del Proyecto decía que “la legitimación de los hijos naturales por subsiguiente matrimonio de los padres, tiene efectos de pleno derecho por la celebración de aquél y se retrotrae al tiempo de la concepción. Para todos los efectos civiles, los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio se equiparan a los legítimos, y los legitimados por concesión soberana a los naturales”.

tanto respecto de los hijos legítimos como de los hijos legitimados o de los naturales (arts. 154-171) (4).

Los únicos preceptos del Código, en toda esta materia (arts. 108-171), que carecen de vigencia en Cataluña son, por ello: 1.º, las normas relativas a la reclamación de la filiación natural (arts. 135-137) y de la ilegítima no natural (arts. 140-141); 2.º, las normas relativas a la impugnación de la filiación natural (art. 138) (5).

Los preceptos especiales del Derecho Civil de Cataluña sobre reclamación y sobre impugnación de la filiación natural y de la ilegítima no natural revisten un gran interés y una gran trascendencia, no sólo por su discrepancia frente a la legislación común, sino, sobre todo, por el valor general que sus soluciones pueden poseer, que haría aconsejable su extensión a todo el ordenamiento nacional. Todo ello induce por una parte y obliga por otra a acometer una primera labor de análisis y de comentario de estos preceptos catalanes, con absoluto desapasionamiento y sin ningún tipo de prejuicios, foralistas o antiforalistas.

Esté comentario quiere, además, subrayar otra idea: la conveniencia de que el Derecho especial de las regiones españolas deje de ser, en su conocimiento y cultivo, monopolio o feudo de los foralistas, para ser contemplado en la auténtica dimensión, que en rigor posee, de parte importante del patrimonio cultural de la nación española; y, además, la conveniencia de que los juristas formados en el estudio del Derecho común analicen el Derecho foral con las mismas técnicas y los mismos métodos de investigación. Una de las causas de anquilosamiento de las normas y de las instituciones forales ha sido, probablemente, un defecto de elaboración doctrinal. Urge remediar este defecto, si se quiere colocar, a la altura de los tiempos que corren, a una de las fuentes fundamentales de un futuro Código civil de España, al que todos debemos aspirar.

## I. LA ACCIÓN PARA RECLAMAR LA FILIACIÓN

*Antecedentes y cuestiones generales.*—La tradición del Derecho Canónico (6) ha determinado una continuada vigencia en el Derecho Civil de Cataluña del principio permisivo de una libre investigación de la paternidad natural o ilegítima. No ha sufrido el Derecho catalán la influencia de las ideas de la codificación napoleónica, que implantó en Europa una regla prohibitiva o limitativa de la reclamación de la filia-

(4) Cfr. FIGA FAURA, *Manual del Derecho Civil Catalán*, Barcelona, 1961, páginas 369 y sigs., 376 y sigs., etc.

(5) FIGA, *Op. cit.*, pág. 376.

(6) El principio de una libre investigación y prueba de la paternidad natural y de la ilegítima plasma sobre todo en las Decretales de Gregorio IX, Libro IV, título 17 (qui filii sunt legitimi), cap. 3.º: "Consultationi tuae respondemus quod in tali casu standum est verbo viri et mulieris, qui negant aliquem filium, nisi certis indiciis et testibus tibi constiterit esse filium juvenem memoratum".

ción natural (7). Esta regla desvió el Derecho castellano del punto de vista de la Ley de Toro (8) hacia la solución francesa, que plasmó decididamente en la Base 5.<sup>a</sup> de la Ley de 11 de mayo de 1888 y en los artículos 135, 137 y 141 del Código civil. Paradójicamente, la pervivencia del Derecho histórico y de la tradición canónica en Cataluña hace que en la actualidad pueda situarse al Derecho catalán junto a las más avanzadas corrientes del pensamiento jurídico en este punto. La solución del Derecho catalán —libre investigación de la paternidad— es no sólo más generosa que la del Código y más carente de injustificados prejuicios, sino también más justa y equitativa, hasta el punto que se ha podido decir, con razón, que en esta materia, extrañamente, los principios generales del Derecho, los principios generales del ordenamiento jurídico español, radican en un Cuerpo de Derecho foral, en lugar de estar situados, como hubiera sido lo normal, dentro del Derecho común (9).

Todo ello nos lleva a pensar que en la formación de un Código civil de España habrá de admitirse, en este punto, la solución del Derecho civil de Cataluña y habrá de rechazarse, en cambio, la del Código civil. Por esto el análisis, el comentario y la crítica del artículo 4.<sup>o</sup> de la Compilación cobra un interés especial.

El principio de la libre investigación de la paternidad natural e ilegítima penetra en el Derecho catalán, como habíamos dicho, por la vía del Derecho canónico supletorio y procede, probablemente, de las Decretales de Gregorio IX (10). Su continuada vigencia en Cataluña aparece acreditada con reiteración por la doctrina: en Cataluña es práctica, admitida de tiempo inmemorial, dice BORRELL Y SOLER, fundada más o menos rigurosamente en el Derecho canónico, la investigación de la paternidad, no sólo natural, sino también ilegítima, por el hijo y sus representantes y herederos y se admite al efecto toda clase de pruebas, incluso los indicios (11).

La cualidad de hijo natural, habían dicho ya BROCA y AMELL, se prueba en Cataluña por los medios de prueba comunes en Derecho, sin que disposición alguna exija el reconocimiento expreso o tácito,

(7) Sobre el sentido y los motivos de la Codificación napoleónica en este punto, cfr. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1943, I, págs. 637 y sigs. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado*, Madrid, 1942, III, págs. 391 y sigs., ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, págs. 275 y sigs.

(8) El Derecho castellano tradicional coincidía en este punto con la regla permisiva de la investigación, y esta regla se mantuvo hasta que penetró el influjo de las ideas de la Codificación napoleónica. Vid. GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1862, I, páginas 585 y sigs.

(9) CASTRO, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1957, pág. 58.

(10) Vid. supra nota 6.

(11) BORRELL Y SOLER, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, 2.<sup>a</sup> edic., tomo 4.<sup>o</sup>, Barcelona, 1944, págs. 82 y sigs., y allí una abundante referencia a las fuentes y a la bibliografía.

como en el Derecho castellano con arreglo a la Ley de Toro (12). Por esta razón se entendía que no era aplicable en Cataluña la jurisprudencia creada en torno a la interpretación de dicha Ley (13).

El Tribunal Supremo ha reconocido también la vigencia continuada de estas normas especiales en el Derecho de Cataluña, entre otras, en sus sentencias de 18 de junio de 1896, 26 de marzo de 1904 y 6 de abril de 1905. Más recientemente, la sentencia de 5 de julio de 1944 estableció, sin lugar a dudas, que en Cataluña rige el principio de libertad de investigación y de prueba de la paternidad en los pleitos que versan sobre la filiación extramatrimonial (14).

(12) BROCA MONTAGUT-AMELL LLOPIS, *Instituciones de Derecho civil catalán vigente*, 2.<sup>a</sup> edic., tomo 1.º, Barcelona, 1886, págs. 150 y sigs.

(13) Ver también DURÁN y BAS, *Memoria redactada como Vocal de la Comisión General de Codificación sobre el Derecho civil de Cataluña*, espec. páginas 41 y 42, 198, 261 y sigs.; ELÍAS FERATER, *Manual de Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.<sup>a</sup> edic., por BACARDI, Barcelona, 1864, tomo 1.º, págs. 27, 374, 541, etc.; con anterioridad, DE DOU, *Instituciones de Derecho Público general de España con noticia particular de Cataluña*, Madrid, 1800, tomo 1.º, págs. 150 y sigs.—Cfr. también CANCELLI, *Variorum Resolutionum Iuris, Venetiis*, 1759; FONTANELLA, *Decissiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Genavae, 1689.

(14) Por su claridad y su concisión vale la pena recoger los considerandos de esta sentencia de 5 de julio de 1944. Dice así:

“1.º La Sala sentenciadora, estimando inaplicable en investigación de la paternidad el artículo 43 de la Constitución de la República, dió entrada en el pleito, como fundamento del fallo, y en consideración a que la legislación foral catalana no ofrece normas reguladoras del problema discutido, al artículo 140 C. c., que a este respecto sólo admite limitados medios de prueba de valoración privilegiada, alzándose frente a esta posición el recurso en el que se mantiene la tesis de que el Derecho Canónico y el Romano son de rango legal preferente al C. c. en régimen foral catalán de absoluta libertad en punto a investigación de la paternidad.

2.º Seguramente por ser catalanes todos los interesados en el pleito, no se discutió la procedencia de aplicar al caso de autos la legislación foral catalana, ni se ha puesto en duda que en aquel régimen foral la primera fuente supletoria de su legislación privativa es el Derecho Canónico, del que forman parte las Decretales de Gregorio IX, que es el que estaba en vigor al ser publicado el C. c. y sigue vigente por imperio del artículo 12 del mismo Código, pues lo que más concretamente se discute es si en Derecho Canónico o en Derecho Romano—fuente también supletoria y en segundo término preferente—se regula el sistema probatorio referente a la investigación de la paternidad en forma distinta de la prevista en los artículos 140 y 141 del C. c., pues sólo a falta de normas útiles en aquellas fuentes, entraría en juego la legislación castellana como último Derecho supletorio del catalán en esa materia.

3.º El Derecho Canónico se mantuvo siempre atento a los principios proclamados por la Iglesia sobre fraternidad humana e igualdad esencial de todos los hombres en su origen, y no transigió nunca con la desviación de la teoría de la culpa que pudiera llevar a descargar únicamente en los hijos las consecuencias de actos ilícitos de sus padres, según es de ver, p. ej., en la Declaración del Sexto Concilio Toledano, recogido en la Ley 11, título preliminar, del Fuero Juzgo, pues, a la vez que se mantuvo en vanguardia, propugnando el enaltecimiento y amparo del matrimonio, incluso frente a la legislación civil que, en algún momento, transigió con el concubinato, ha creído procedente aplicar normas acogedoras de caridad a los hijos ilegítimos, en términos de conciliación

Nada tiene, por tanto, de extraño que en los trabajos de preparación del Apéndice foral, primero, y en los de elaboración de la Compilación, después, la norma en cuestión se haya mantenido incólume.

En el Proyecto de Apéndice de Derecho Catalán al Código civil (15), formado por la Comisión constituida con arreglo al Real Decreto de 24 de abril de 1889 y elevado al Gobierno para su promulgación en 1930, se decía literalmente que "los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden investigar libremente quiénes sean sus padres y exigirles el cumplimiento de las obligaciones que su condición les impone. La acción para reclamar la filiación ilegítima, natural o de otra clase, que corresponde al interesado durante su vida, se transmite a sus descendientes y prescribe transcurridos treinta años desde el nacimiento de aquél" (art. 13).

En el Proyecto de Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña (16), formado con arreglo a lo dispuesto en el Decreto de 23 de mayo de 1947, por la "Comisión de Juristas para el estudio y orde-

---

que implicasen, en lo inevitable, la menor perturbación posible en la unión matrimonial.

4.º Dados estos principios fundamentales del Derecho Canónico, no es de extrañar que adoptase el criterio de generoso amparo de los hijos ilegítimos en punto a investigación de su paternidad, independientemente del derecho que pueda surgir de la filiación, en particular si los ilegítimos concurren con los habidos en matrimonio, y así las Decretales de Gregorio IX, al enfrentarse con el problema de probanzas utilizables para obtener el reconocimiento forzoso de paternidad, no sólo no impusieron restricción alguna al principio general de libertad de pruebas en las controversias judiciales, sino que expresamente las admitieron todas, incluso la de testigos y la de indicios, a las que concedieron singular relevancia en materia de investigación de la paternidad, según enseñan los capítulos 2.º, títulos 23 y 27, título 20 del Libro II, y los capítulos 3, 4 y 12, título 17, del Libro IV, alusivos unos a hijos naturales y otros a todos los demás ilegítimos, siquiera contengan reglas de prudencia en cuanto a la valoración de las probanzas en materia de tanta trascendencia moral y social.

5.º A la misma conclusión de libertad de medios probatorios se llega consultando las Leyes XIV, título 19, del Libro IV, y XV, título 16, Libro VII, del Código de Justiniano, la Ley XXIX, título 3.º, Libro XXII del Digesto y el capítulo 5.º de la Novela 74, y este mismo criterio de libertad de probanzas en investigación de paternidad es también el que imperó en la tradicional legislación castellana hasta que en ella se dejó sentir la tendencia restrictiva del Código de Napoleón.

6.º Corolario de lo expuesto es la afirmación de que el Derecho Canónico y el Romano regulan en Cataluña el problema de admisibilidad de medios probatorios en pleitos sobre filiación extramatrimonial con más amplitud que los artículos 140 y 141 del C. c., y en su virtud procede declarar que la Sala sentenciadora ha infringido estos últimos preceptos por aplicación indebida, y los ya mencionados de las Decretales de Gregorio IX y del Derecho Romano, en relación con el artículo 12 del C. c. y con la Ley I, título 30, Libro I de las Constituciones del Principado, por falta de aplicación, según se denuncia en los dos motivos del recurso, determinando la casación de la sentencia recurrida."

(15) Comisión General de Codificación, *Proyecto de Apéndice de Derecho Catalán al Código Civil*, 1930.

(16) *Proyecto de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1959.—Se encuentra también publicado en un número especial de la "Rev. Jur. de Cataluña". 1957.

nación de las instituciones de Derecho Foral de Cataluña", nombrada por Orden del Ministerio de Justicia de 10 de febrero de 1948, antecedente inmediato de la Compilación, se dedicaban a esta materia los artículos 10 y 11.

El artículo 10 decía que "los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán investigar libremente quiénes sean sus padres y exigirles el cumplimiento de las obligaciones que su condición les impone".

El artículo 11 señalaba que "la acción para la declaración judicial de paternidad o de maternidad corresponde únicamente al hijo durante toda su vida. También—añadía—podrá ejercitarla cualquier descendiente de aquél, cuando el hijo hubiere fallecido sin haberla intentado, siendo menor de edad, o antes de haber transcurrido cuatro años desde su mayoría de edad. Si el hijo hubiere fallecido estando entablada la acción, solamente podrán proseguirla sus descendientes o los representantes legales de los mismos. Si el padre o la madre hubiere fallecido—concluía el artículo 11—, la acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad se dirigirá contra sus herederos".

Con estos antecedentes, y con muy leves variaciones respecto de ellos, se formula el artículo 4.º de la Compilación que ya conocemos y cuyo comentario es el objeto fundamental de estas líneas.

No es necesario repetir nuestro juicio de valor acerca del mismo, que ha quedado ya expuesto en las líneas anteriores y más ampliamente en otros lugares (17). Vamos, por ello, ahora a tratar de analizar la norma en sí, abstracción hecha de la postura política y social que supone, para tratar de averiguar las posibles dificultades que plantea o que puede plantear su interpretación y su aplicación, todo ello, naturalmente, con el valor sumamente provisional que puede tener un estudio "prima facie" y hecho además por quien carece de un conocimiento profundo del Derecho Civil especial de Cataluña.

*El régimen jurídico de la acción.*—Un estudio, aunque sea, como el presente, muy somero y reducido, del régimen jurídico de la acción establecida en el artículo 4.º de la Compilación de Derecho Civil Catalán, nos exige plantearnos, ante todo, el problema de los sujetos—sujeto activo y sujeto pasivo—de la acción, es decir, el problema de la legitimación para interponerla.

*Legitimación activa.*—Por lo que se refiere a la legitimación activa, el párrafo segundo del mencionado artículo 4.º señala que "la acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad corresponderá únicamente al hijo durante su vida", puntualizando el párrafo primero que la titularidad de la acción corresponde a los "hijos nacidos fuera de matrimonio". Quiere ello decir que en el Derecho civil de Cataluña pueden ejercitar y sostener la acción de investigación de la paternidad tanto los hijos naturales en sentido estricto, como los que el Código civil llama "hijos ilegítimos no naturales". Y quiere

(17) *Reclamación de la filiación natural*, en A. D. C., XII, 4, 1959, pág. 1.415. y *De nuevo sobre reclamación de la filiación natural*, en este ANUARIO.

decir también que no existe diferencia de régimen jurídico entre la acción entablada por unos y la sostenida por otros (18). Hay en ello una diferencia importante con el sistema del Código, donde una verdadera acción de reclamación de la filiación se admite únicamente respecto de los hijos naturales en sentido estricto, configurada como "obligación de reconocer" y restringida por los artículos 135 y 137. Los hijos ilegítimos no naturales carecen en el sistema del Código Civil de acción para reclamar o para solicitar que se declare su filiación. Únicamente, como presupuesto del ejercicio de su derecho de alimentos (cfr. arts. 139 y 140), permite el Código que acrediten, a través de unos medios tasados de prueba, la paternidad del demandado.

La acción que ahora estudiamos "corresponde únicamente al hijo", según literalmente expresa el artículo 4.º, en su párrafo segundo. Esto significa, por lo pronto, la exclusión, respecto de la titularidad de la acción, de toda otra persona distinta del hijo; v. gr., parientes, interesados, etc. ¿Significa también que la acción tenga que ser ejercitada personalmente por el hijo? ¿Cabe, por el contrario, que se ejercite esta acción por el representante legal? La Compilación no responde a este interrogante, pero una respuesta afirmativa parece deducirse claramente de su contexto, puesto que el último inciso del párrafo segundo del artículo 4.º ("si siendo menor de edad no se hubiere promovido"), interpretado "a contrario sensu", permite admitir la posibilidad de un ejercicio de la acción durante la menor edad del hijo, caso en el cual tendría necesariamente que ser intentado por el titular de la patria potestad o por el tutor. Lo mismo cabe decir de aquellos casos en que el hijo, titular de la acción, se encuentre incapacitado. Pero fuera de estos casos, que señalamos, de representación legal, hay que reconocer que la acción de filiación tiene un marcado carácter personalísimo, por lo que repele la representación voluntaria, la acción subrogatoria (19) y en general, su ejercicio por persona distinta de su titular.

Una forma excepcional de legitimación activa permite el párrafo segundo del artículo 4.º, cuando dice que "excepcionalmente" podrá ejercitar la acción para la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad del hijo, "cualquier descendiente suyo, cuando aquél hubiere fallecido después de entablar judicialmente la acción o si, siendo menor de edad, no se hubiere promovido". Dos son, por tanto, los supuestos de esta excepcional legitimación de los descendientes del titular: 1.º El fallecimiento posterior a la demanda; 2.º El fallecimiento durante la menor edad.

1.º Respecto del primero de los supuestos mencionados, muy pocas cosas cabe decir. El titular fallece, dice la Compilación, "después de entablar judicialmente la acción", es decir, después de haber presenta-

---

(18) Respecto a la cualidad de naturales o de ilegítimos, rige en Cataluña actualmente, según hemos visto con anterioridad, el Código civil.

(19) Sobre este último punto, vid LACRUZ BERDEJO, *Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria*, A. D. C., III, 4, 1950, págs. 1.100 y sigs.

do la demanda. Y sin haber desistido de ella, cabría añadir, recogiendo esta idea del párrafo segundo del artículo 112 del Código civil.

2.º Como segunda hipótesis de esta legitimación excepcional, establece la Compilación la de que el hijo titular de la acción haya fallecido durante la menor edad sin haber promovido el pleito.

La legitimación, en estos casos, para la continuación o para la iniciación de la acción, se atribuye a "cualquier descendiente" del hijo fallecido. "Podrá ejercitarla cualquier descendiente suyo", dice la Compilación. Con ello parece que se quiere indicar que la sucesión en este tipo de acción no se produce en favor de todos los herederos, sino solamente en favor de los descendientes. Quedan así excluidos por lo menos, como posibles herederos, el otro ascendiente no demandado y el cónyuge viudo. Y se suscita la duda respecto a si esta continuación de la acción por los descendientes constituye o no un verdadero supuesto de sucesión mortis causa, que parece necesario resolver en sentido negativo (20). El descendiente es continuador de la acción, aun cuando no sea heredero (v. gr., legitimario, legatario, etc.). El heredero, que no sea descendiente, en cambio, no recibe, ni puede continuar la acción de filiación.

La Compilación habla de "descendientes" de un modo genérico, por lo que no cabe, en este punto, restricción alguna. Son llamados a la acción los descendientes, cualquiera que sea su grado (hijos, nietos, etcétera) y cualquiera que sea el vínculo que les ligara al titular fallecido (legítimos, naturales, etc.).

La continuación de la acción es individual: "cualquier descendiente suyo". No es necesario, por tanto, el concurso de los descendientes ni la común voluntad de los mismos. El descendiente, que tenga interés en ello, puede por sí solo continuar la acción. Algún problema puede surgir únicamente si los descendientes mantienen en este punto posturas discrepantes, v. gr., si uno quiere continuar la acción y otro quiere desistirla; si, queriendo abandonarla el que la inició, otro trata de sustituirle, etc.; cuestión que habrá que resolver, dado el sentido de la Compilación, con un criterio de "favor actionis", es decir, en pro de la continuación, mientras exista vivo un interés que la mantenga.

Esta legitimación excepcional en favor de los descendientes del hijo fallecido significa también que la acción se extingue por el fallecimiento sin posterioridad y que, por ello, tanto en el caso de muerte durante el procedimiento como en el de muerte durante la menor edad, el hijo fallecido debe haber dejado descendencia para que la acción pueda ser continuada.

Tema distinto es si estos "descendientes" del fallecido deben ejercer la acción personalmente o pueden hacerlo a través de sus repre-

(20) Sobre el problema relativo a si hay o no en este caso una verdadera sucesión mortis causa en la acción de filiación, CIVI, *Successioni per causa di morte*, Milano, 1954, págs. 63 y 64.—También LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de sucesiones*, Parte General, Barcelona, 1961, págs. 124 y sigs. En general, la doctrina parece optar por la negativa..



sentantes legales; cuestión que, a nuestro juicio, habrá que resolver en este último sentido, sobre todo teniendo en cuenta la posible urgencia de este ejercicio (21) y teniendo en cuenta además que ello supone dar intervención, aunque indirecta, al cónyuge viudo del titular, lo que siempre debe estimarse conveniente.

*Legitimación pasiva.*—Legitimada pasivamente está en primer lugar la persona respecto de quien se pretende la declaración de paternidad o de maternidad. Si el padre o la madre hubieren fallecido, dice el último párrafo del artículo 4.º, la acción deberá dirigirse contra los herederos.

*Plazo de ejercicio.*—El plazo de ejercicio normal de la acción de filiación, que estamos estudiando, es toda la vida del hijo titular de la misma. La acción, dice el artículo 4.º, corresponderá al hijo “durante su vida”. Se trata, por tanto, de una acción no sometida, en principio, a ninguna causa de prescripción ni de caducidad. El transcurso del tiempo, por sí solo, no la extingue. Cabría únicamente pensar si la acción es viable cuando hayan devenido imposibles las finalidades prácticas que a través de ella se trataron de conseguir. Quiere decirse esto: la acción de filiación es, normalmente, sólo un presupuesto para exigir unas determinadas consecuencias prácticas, v. gr., alimentos, derechos sucesorios, etc. Pues bien, puede ocurrir que, aun durante la vida del hijo, y viva por tanto la acción, aquellos resultados prácticos se hayan hecho imposibles, v. gr., por fallecimiento de los padres o por el fallecimiento unido al plazo de prescripción del derecho de reclamar la porción hereditaria. Aun en estos casos la acción parece viable. El que produzca unas consecuencias mayores o menores (v. gr., acción meramente declarativa; derecho al nombre, etc.) no impide la posibilidad de intentarla.

La acción dura, pues, lo que la vida del hijo titular de la misma. Perdura también, según sabemos, cuando el titular haya fallecido después de entablarla o cuando haya fallecido en la menor edad, siempre que, en uno y otro caso, tenga descendencia. ¿Cuál es, en estas hipótesis, el plazo de perduración de la acción? La Compilación no lo señala y es ésta una de sus más importantes lagunas en la regulación del tema que comentamos. Para integrar esta laguna será menester distinguir cada uno de los supuestos: a) fallecimiento posterior a la demanda; en este caso parece que el descendiente continuador de la acción podrá comparecer en el procedimiento, en tanto que no haya caducado la instancia o se haya, de otra manera, puesto fin al proceso; b) fallecimiento durante la menor edad; en este caso, yo me inclinaría, acaso arbitrariamente, por tratar de aplicar por analogía el artículo 118 del Código civil, dictado para el supuesto de reclamación de la legitimación, según el cual, fallecido el hijo durante la menor edad, el plazo para entablar la acción es de cinco años.

---

(21) V. gr., evitar la caducidad de la instancia, ejercitar derechos sucesorios ya deferidos, etc.

*Presupuestos objetivos de la acción: medios de prueba.*—El ejercicio de la acción establecida en el artículo 4.º de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña se funda exclusivamente en el hecho físico de la paternidad o de la maternidad cuya declaración se pretende. No es necesaria ninguna otra circunstancia que se superponga o se adicione a la anterior. No es precisa, como en el Código civil, la existencia de escrito indubitado de reconocimiento de la paternidad, ni la existencia de una posesión constante del estado de hijo. No son, pues, aplicables en Cataluña los artículos 135, 136, 137, 140 y 141. El hecho físico de la paternidad o de la maternidad es el único fundamento objetivo de la acción, y este hecho constitutivo podrá probarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. Los documentos, escritos o actos del demandado podrán tener valor confesorio y, en tal sentido, deberán ser apreciados por el juzgador. Quiere esto decir que tampoco es aplicable en Cataluña la doctrina jurisprudencial surgida en torno a la interpretación de los artículos del Código ya mencionados.

*Aplicación de las normas generales sobre acciones relativas al estado civil.*—Son, en cambio, aplicables a la acción de filiación establecida en el artículo 4.º de la Compilación catalana las normas generales del ordenamiento jurídico español sobre acciones relativas al estado civil de las personas y, en particular, las de orden procesal (v. gr., artículo 483 L. E. C.), las referentes a su carácter de orden público y a la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 838 L. O. P. J. y artículo 5.º Est. Min. Fiscal), las relativas a la indisponibilidad de la materia sobre la que el pleito recae (art. 1.271 C. c.), a la imposibilidad de transigir sobre ella o de comprometerla en árbitros (artículo 1.814), etc.

*Consecuencias jurídicas de la sentencia.*—La sentencia pone término al juicio y es eficaz contra terceros, aunque no hayan litigado (cfr. art. 1.252 C. c.). La sentencia que estima la demanda declara la paternidad o la maternidad pretendida e impone al demandado las obligaciones que de tal condición derivan (p. ej., todas las consecuencias de la patria potestad respecto de los hijos naturales; el derecho de alimentos de los ilegítimos, etc.).

La acción es concebida en el texto legal como una acción declarativa: “acción para la declaración judicial”, se dice reiteradamente. Sin embargo, en este punto convendría alguna precisión. La acción tiene carácter declarativo respecto del hecho mismo de la paternidad o de la maternidad. Declara este hecho y deja constancia del mismo. Sin embargo, respecto de las consecuencias ulteriores del hecho declarado, la sentencia puede tener carácter constitutivo o ser una sentencia de condena. Cuando de la declaración deriva un estado civil (el estado de filiación natural) y una relación paterno-filial, la sentencia es el título de atribución del estado y el hecho causante de la relación jurídica paterno-filial, por lo cual, en este aspecto, es constitutiva y no debe tener, con carácter general, efecto retroactivo. Cuando de la declaración de

paternidad deriva un derecho de alimentos, la sentencia impondrá la obligación de prestarlos y tendrá, por ello, el carácter de sentencia de condena, sin efecto retroactivo tampoco. Sin embargo, cuando de la declaración de paternidad o de maternidad deriva un derecho sucesorio (cfr. arts. 125 a 127 y 249 de la Comp.), este derecho debe entenderse existente desde el momento de la apertura de la sucesión —aunque la declaración haya sido posterior a dicha apertura— con todas las consecuencias legales que de ello deban derivarse.

## II. LA ACCIÓN PARA IMPUGNAR LA FILIACIÓN

El artículo 5.º de la Compilación establece un régimen jurídico especial para la acción de impugnación de la filiación natural o de cualquier otra ilegítima. Esta acción, dice el artículo 5.º, “corresponde a los que por ella resulten afectados; puede ejercitarse desde que el hijo disfrute de la condición que se impugna, y caduca a los cuatro años”. Queda claro, ya desde el primer momento, que la acción del artículo 5.º tiene por objeto impugnar la “filiación natural o cualquier otra ilegítima” y que, por tanto, el mencionado precepto legal no se aplica a la impugnación de la legitimidad. En materia de impugnación de la legitimidad rigen, pues, en Cataluña los artículos correspondientes del Código civil. Esto sentado, en primer lugar, el problema relativo a cuáles deben ser los supuestos de la filiación que se impugna.

*Supuestos de aplicabilidad de la norma.*—Tratándose de una filiación natural derivada de un reconocimiento solemne ex arts. 129 y 131 C. c., parece que debe entrar en juego el artículo 5.º de la Compilación con el mismo papel que en el Código tiene el artículo 138. Se impugna, según ello, un reconocimiento irregular o defectuoso: v. gr., el reconocido no es verdadero hijo natural, en el reconocimiento no se han observado las solemnidades legales, etc.

Más difícil es aplicar la acción de impugnación del artículo 5.º a los casos en que la filiación derive de una declaración judicial ex artículo 4. La declaración judicial ha producido, según hemos dicho, el efecto de cosa juzgada *erga omnes*: no sólo entre las partes litigantes, sino también frente a terceros, aunque no hubiesen litigado (cfr. artículo 1.252 C. c.). ¿Significa el artículo 5.º de la Compilación una limitación a la eficacia general de cosa juzgada que tiene la sentencia declarativa de la paternidad o de la maternidad? ¿Significa este artículo que durante un plazo de cuatro años se encuentra pendiente de revisión aquella sentencia? La Compilación no es clara en este punto y ambas soluciones —no se da la acción de impugnación contra una filiación judicialmente declarada; la acción de impugnación permite revisar la sentencia declarativa— son en teoría posibles. La solución del conflicto sólo puede encontrarse por la vía de los principios generales, y éstos ordenan, así parece al menos, la eficacia de cosa juzgada de la sentencia, que se produce incluso para aquellos que no

han litigado. La preceptiva intervención del Ministerio Fiscal es para ello una garantía suficiente e impide replantear judicialmente el problema.

Cabe, finalmente, pensar que la acción del artículo 5.º puede configurarse como una acción de declaración negativa, es decir, cuando, sin existir reconocimiento solemne, ni previa declaración judicial de la filiación, el demandado se encuentra en la posesión real del estado de hijo. La acción entonces, más que impugnar un estado, que en realidad no existe, tiende a declarar la inexistencia jurídica de tal estado. Pero una acción de declaración negativa no parece que pueda estar sometida al régimen del artículo 5.º de la Compilación (v. gr., en punto a caducidad o a legitimación activa para interponerla, etc.), sino que debe seguir las reglas generales del ordenamiento español sobre acciones de declaración del estado civil. Dedúcese de todo ello que el único supuesto claro de aplicación del artículo 5.º es el de impugnación del reconocimiento solemne del hijo natural.

*Legitimación.*—La legitimación activa se concede a los que “resulten afectados” por la filiación impugnada, expresión semejante, aunque no idéntica, a la del artículo 138, que legitima a todos “aquellos a quienes perjudique”. Ahora bien, ¿quienes son estas personas que “resultan afectadas” por la filiación? En rigor, por la filiación misma afectados no resultan más que los términos personales de la relación jurídica que la filiación supone, es decir, el padre o la madre y el hijo. Afectadas por las consecuencias de la filiación pueden, sin embargo, resultar otras personas: los legitimarios y los herederos abintestato del padre y los del hijo. Todos ellos podrán, por tanto, interponer la acción.

La legitimación pasiva corresponde siempre al hijo cuya filiación se impugna, bien actúe personalmente o bien lo haga a través de sus representantes legales. Cuando sea el mismo hijo quien ejercite la acción de impugnación, ésta deberá dirigirse contra todos los interesados en la situación impugnada. En todo caso, será parte en el pleito el Ministerio Fiscal.

*Plazo de ejercicio.*—El artículo 5.º de la Compilación preceptúa que la acción de impugnación caduca a los cuatro años. El plazo es, pues, un plazo de caducidad y su duración cuatro años. Para su cómputo se toma como momento inicial aquel en el cual el hijo hubiere comenzado a disfrutar la filiación impugnada. Excepcionalmente, si fuera el mismo hijo el impugnante, el plazo sólo comenzará a contarse desde que alcance la mayoría de edad. En este sentido, en el Proyecto de Compilación se decía que “la declaración judicial de paternidad o de maternidad que afecta a un menor de edad, puede ser impugnada por este durante los cuatro años siguientes a su mayoría de edad”. La supresión del párrafo transcrito en el texto definitivo de la Compilación no parece que deba entenderse como un cambio de sentido en la regulación de esta materia, sino, al contrario, como algo que no era necesario decir expresamente (cfr. art. 133 C. c.).

Transcurrido el plazo de ejercicio, la acción de impugnación se extingue y la filiación adquiere un valor definitivo e invulnerable.

*Causas de impugnación.*—El artículo 5.º de la Compilación se ha limitado a establecer la acción de impugnación, marcando, respecto de ella, los presupuestos de legitimación y de plazo de ejercicio, pero no ha señalado, en cambio, cuáles son las causas de impugnación. Se crea, con ello, una laguna legal que puede ocasionar, en la práctica, algunas dificultades en la interpretación y en la aplicación del texto legal. ¿Cuáles son, o cuáles deben ser, las causas que permiten impugnar una filiación al amparo de este artículo 5.º?

Ante todo, es claro que la filiación puede impugnarse con base en una real inexistencia del vínculo paterno-filial. No ha existido el hecho físico de la paternidad. La paternidad y la filiación son sólo aparentes. Aparecen o se presentan como padre e hijo quienes no lo son en realidad. El problema será, en este caso, exclusivamente un problema de prueba, teniendo en cuenta que es al impugnante a quien corresponde probar que la paternidad es supuesta o falsa y no real, y que si es difícil probar la paternidad, mucho más debe serlo probar la no paternidad. En ausencia de un precepto expreso, esta prueba y su apreciación son enteramente libres.

¿Cabe considerar también como causa de impugnación la falta o el defecto de requisitos o de presupuestos legales en el título de atribución de la filiación impugnada, partiendo o admitiendo la realidad de la filiación? Tal sería el caso de la impugnación de un reconocimiento por defectos de forma o por vicios de voluntad. En principio, una impugnación semejante puede caber (cfr. art. 138 del C. c.), pero sus consecuencias en el Derecho catalán son distintas que en el Código civil. En éste, declarada la invalidez del reconocimiento, se rompe y se borra todo nexo entre el padre y el hijo, pero en aquél siempre queda abierto el camino, a pesar de la invalidez del reconocimiento, para la declaración judicial de una filiación que ha quedado previamente probada o confesada.

Como causa de impugnación puede valer también una falta de correspondencia entre el tipo de filiación aparente y el tipo de filiación real, es decir, entre la filiación efectivamente disfrutada y aquella que en rigor corresponda ostentar. Obsérvese que aquí ya no se trata, como en el caso anterior, de una inexistencia del hecho físico de la paternidad, ni de la invalidez del reconocimiento. La paternidad y la filiación existen, pero no se corresponden con el tipo dentro del cual, en realidad, deben ser encasilladas. Cabe, por ejemplo, que figure inscrito y que sea tratado como hijo natural quien en rigor es un hijo ilegítimo en sentido estricto, v. gr., por desconocerse la persona del otro padre; recuérdese que el artículo 130 del C. c. presume natural al hijo reconocido por uno solo de los padres, si el que lo reconoce tenía la capacidad legal necesaria para contraer matrimonio al tiempo de la concepción, pero que esta "presunción de naturalidad" no tiene carácter absoluto, sino que admite prueba en contrario; lo único que ocurre es

que la destrucción de la presunción exige investigar quién sea la persona del otro padre, para lo cual sólo estará legitimado el mismo hijo (cfr. art. 4.º Comp.) y no, en cambio, cualquier otro impugnante de la filiación. Cabe también la situación inversa: que sea tenido por ilegítimo en sentido estricto quien en rigor es hijo natural, v. gr., por existir un error o un conocimiento equivocado acerca de la aptitud de los padres para contraer matrimonio.

Respecto de la impugnación sostenida por el mismo hijo cabe pensar que puede fundarse —sobre todo si la filiación que ostenta le ha sido atribuida sin su consentimiento— en la simple voluntad contraria a dicha filiación, solución que permiten el Código civil (art. 133, 3) y el Proyecto de Compilación (art. 12, 2).

En cambio, el simple perjuicio o desventaja que para el impugnante pueda suponer la atribución de la filiación impugnada (v. gr., merma de derechos sucesorios o de otro tipo) no podrá alegarse como justa causa de la impugnación.

*Aplicación de las normas generales sobre acciones relativas al estado civil.*—Como señalábramos al hablar de la acción de investigación de la paternidad, también la acción de impugnación del artículo 5.º estará sometida a las normas generales sobre acciones relativas al estado civil de las personas.

*Consecuencias jurídicas de la sentencia.*—La sentencia, que acoge la acción de impugnación, produce eficacia de cosa juzgada frente a terceros. Además declara la inexistencia de una filiación sólo aparente o putativa. Por ello, se extingue y desonorece el vínculo o la relación familiar existente entre el supuesto, presunto o incluso verdadero padre y el hijo. La declaración, sin embargo, no produce sin más efectos retroactivos, ni determina por sí sola la ineficacia de los actos jurídicos realizados de buena fe con base en la confianza suscitada por la filiación aparente. Se entenderán únicamente como no producidas las adquisiciones de derechos (v. gr., derechos sucesorios) que tuvieran en dicha filiación su título o su causa jurídica.

### III. LAS NORMAS DE COLISIÓN

La radical divergencia existente entre el Derecho común y el Derecho catalán, sobre todo en materia de investigación de la paternidad, hace que sea extraordinariamente importante determinar las normas de colisión de ambos ordenamientos, es decir, delimitar cuándo debe aplicarse el Código y cuándo la Compilación. El artículo 14 del Código remite, para resolver el problema, al artículo 9 del mismo Cuerpo legal, que lo deja, en realidad, sin resolver. No se plantea cuestión alguna cuando los interesados —padre e hijo, o demandante y demandado— posean la misma vecindad civil o foral. Queda, en cambio, sin resolver el problema cuando ambos poseen vecindades diferentes. En la doctrina del Derecho internacional privado prepondera la tesis que admite, como criterio para resolver este tipo de colisión, la ley nacio-

nal del padre en todo lo referente a patria potestad y la ley nacional del hijo en todo lo relativo a tutela y guardaduría (22). Pero ninguna de estas soluciones es aplicable a nuestro caso, porque entre el hijo demandante y el padre demandado no hay patria potestad —al menos mientras la filiación no sea declarada, en el supuesto del artículo 4.º, y aunque lo sea, si la filiación es ilegítima en sentido estricto—, ni se trata de un caso de tutela o guardaduría.

¿Debe, pues, atenderse a la vecindad del padre o a la vecindad del hijo para resolver el conflicto? Un criterio de equidad y la consideración, ya apuntada, de que la solución catalana es hoy más conforme con los principios generales del Derecho que la solución del Código civil, nos debería llevar a extender el campo de aplicación de la norma del artículo 4.º de la Compilación, admitiéndola con tal que fuera catalana una de las dos vecindades, la del padre o la del hijo, solución tal vez no rigurosamente lógica, pero sí indudablemente equitativa. El admitirla nos llevaría, a la vez, a otro agudo problema: si podría ser considerado como constitutivo de fraude de ley el hecho de adquirir una vecindad foral catalana con el fin exclusivo de facilitar la acción de filiación, teniendo sobre todo en cuenta que con ello se trata, en nuestra hipótesis, de alcanzar una finalidad esencialmente justa y conforme a los principios generales del Derecho.

---

(22) LASALA, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, págs. 145 y sigs. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, tomo 5.º, vol. 2.º, págs. 384 y sigs.





# La deuda de alimentos en el Derecho especial de Cataluña

JUAN HERNÁNDEZ-CANUT Y ESCRIBA  
Abogado

SUMARIO : 1. Concepto y caracteres de la deuda de alimentos en el Derecho especial de Cataluña.—2. El derecho alimentario del cónyuge viudo.—3. La deuda de alimentos del heredante y del heredero.—4. El derecho a alimentos de los hijos naturales y de sus descendientes legítimos.

## 1. *Concepto y caracteres de la deuda de alimentos en el Derecho especial de Cataluña.*

Con la redacción del cuerpo legal relativo al «Derecho civil especial de Cataluña», realizada por la Ley de 21 de julio de 1960, se intenta recoger en un todo unitario las figuras institucionales que tienen una impronta propia y que cuentan con una larga tradición de uso y de ejercicio en esta región española (1). Así, la «deuda legal de alimentos», es decir, la impuesta por vía del derecho imperativo o necesario, también tiene aquí su reflejo y ordenación.

A diferencia del modo operativo de los legisladores del Código civil de 1889, no contiene este nuevo cuerpo legal un epígrafe específico dedicado a un tratamiento general de la deuda de alimentos. Se ha procedido de una manera casuística y se han recogido, solamente, aquellos supuestos que reclamaban su reconocimiento por razones de justicia y equidad.

Del articulado de este cuerpo especial, se pueden concretar los tres supuestos que hacen referencia a dicha deuda alimenticia :

- A) La que se debe a la viuda durante el año de luto (art. 25).
- B) La que se deben recíprocamente heredante y heredero, respecto de sus consortes e hijos comunes (art. 71)
- C) La que se debe a los hijos naturales, no legitimarios en la sucesión de su padre, o los descendientes de los hijos legítimos

---

(1) Que se trata de un Derecho «vívido» más que «pensado» lo afirma PI SUÑER, *La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña como logro romántico de los abogados catalanes*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 59-4 (1960), 419 ss.

premuertos, mientras no puedan proveer, por sí mismos, a su adecuado sustento (art. 127).

Una nota común que caracteriza esta deuda de alimentos en el nuevo cuerpo legal catalán, es la de ser una consecuencia del Derecho hereditario que se produce como un derecho y una obligación (para quien lo ostenta y para quien lo debe) una vez ocurrida la sucesión en la herencia del *de cuius*, como sucede respecto a la viuda y a los hijos o descendientes (legítimos y naturales).

Tampoco este cuerpo legal ha dado una definición o recogido, con alcance general, la materia de los alimentos. Mientras el Código civil ha dicho lo que entiende por alimentos en su artículo 142, aquí se ha expresado lo que comprenden, como ocurre al tratar el caso concreto del cónyuge viudo. Según el párrafo segundo del artículo 25, «los alimentos comprenderán todas las necesidades comunes a la vida, así en salud como en enfermedad». Por ello, no ha faltado quien, como Urmeneta (2), afirme que, mientras la definición dada por el Código civil es descriptiva, con una enumeración harto discutida y discutible, la ofrecida por el nuevo Derecho catalán aspira a resultar esencial, con amplitud y flexibilidad mucho más dignas de encomio. Sin embargo, otros autores, como Condomines y Faus Esteve (3), creen que no hay inconveniente en admitir que se ajuste a la definición del artículo 142 del Código civil. Ultimamente, Figa (3 bis), da como vigentes para Cataluña, los preceptos del Código civil siguientes: artículos 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152 y 153.

A nuestro juicio, el criterio de Urmeneta resulta un tanto parcial o apasionado, pues no se trata de una diferencia conceptual esencial, sino meramente expresiva; así, para dar un concepto de los alimentos, el Código civil emplea un modo descriptivo o interpretativo, ello no quiere decir que se reduzca a lo allí concretamente expresado de un modo específico. Como ha sucedido, el arbitrio judicial aprecia los límites de su extensión y concreta aquello que debe entenderse por alimentos, tal como hizo a propósito de litigar en concepto de pobre (4), y respecto a los gastos de los pleitos (5).

Además, la expresión que se recoge en el párrafo segundo del artículo 25 del nuevo cuerpo legal catalán no es nueva ni ahora acomodada; su entronque llega hasta la tradición romana que pervivió y mantuvo el Derecho foral hasta nuestros días. En la jurisprudencia romana, el término *alimenta* resulta, a veces, con

(2) URMENETA, *Nuevo Derecho catalán: alimentos*, en «Diario de Barcelona», de 30 de diciembre de 1960, pág. 3.

(3) CONDOMINES Y FAUS ESTEVE, *Derecho civil especial de Cataluña*. Barcelona, 1960, pág. 66.

(3 bis) FIGA, *Manual de Derecho Civil Catalán*. Barcelona, 1961, págs. 384 y ss.

(4) S. 30 de enero de 1897.

(5) SS. 15 de abril de 1896 y 27 de mayo de 1955.

una significación tan restringida que viene a suponer, únicamente, la manutención, adscribiéndose el resto de las obligaciones a la categoría de los *onera liberorum*. Así, en un fragmento de Ulpiano (6), se dice: «*Non tantum alimenta, rerum etiam cetera quoque onera liberorum patrem ab iudice cogi praebere, Rescriptis continetur*». Para las Basílicas (7) estos *cetera onera liberorum* son el vestido, la habitación: pero, el amanuense griego anota que, éste y aquélla, están comprendidos bajo la denominación de alimentos, como «se comprende generalmente todo lo que es necesario a la conservación de la vida y defensa del cuerpo». He ahí la idea que se refleja en la dicción del artículo 25 del nuevo cuerpo legal catalán. Idea que aquí se hace también descriptiva con objeto de asegurar su mejor concreción posible, como sucede también, más adelante, en el artículo 71, cuando a propósito de los alimentos debidos a los menores por el heredero, una vez fallecido el heredante, queda subrogado en su lugar «con igual obligación de *mantener, educar e instruir* a los hijos del heredante que vivan en la casa».

Resulta, pues, que entre el Código civil y el nuevo ordenamiento especial de Cataluña no existe una diferencia conceptual y de contenido del derecho de alimentos, sino más bien expresiones diferentes, ya que tanto uno como otro cuerpos legales responden a la misma tradición romano-canónica. Las diferencias de matiz pueden apreciarse en los preceptos que regulan las tres situaciones que vamos a examinar.

## 2. El derecho alimentario del cónyuge viudo.

El artículo 25 del citado cuerpo legal catalán dispone:

«Durante el año de luto, la viuda que no disfrute del beneficio de tenuta ni sea usufructuaria universal de la herencia del marido tendrá derecho a ser alimentada con cargo al patrimonio de éste en consonancia con su posición social y a la cuantía de dicho patrimonio. Este derecho es independiente de la existencia de dote, de «escreix» o esponsalicio y de su devolución; y añade: «Los alimentos comprenderán todas las necesidades comunes a la vida, así en salud como en enfermedad». Además, dice: «No tendrá este derecho la viuda que, al fallecer su marido, estuviere separada de éste por sentencia que la declare culpable, y lo perderá la que durante el año de luto volviera a casarse, llevare vida deshonesta o abandonare o descuidare gravemente a sus hijos menores comunes.» Por último, este artículo concluye: «En ningún caso vendrá obligada a devolver el importe de los alimentos percibidos.»

(6) ULPIANO, libro II de *Officio Consulis*, Ley 5 & 12.

(7) Basílicas, t. IV, lib. XXI, tít. 6, const. 5.

Condomines y Faus (8), consideran lo dispuesto por el artículo 25 como una norma propia del Derecho sucesorio, según la tradición doctrinal. La idea general, dicen, es la de que la viuda en Cataluña goza de diversos derechos que se hacen efectivos en la herencia de su esposo, entre los cuales figura de modo incondicional el año del «plor» (literalmente «año de llanto»), durante el cual, después del fallecimiento del marido, tienen derecho a alimentos con cargo al patrimonio relicto y con toda la amplitud del concepto.

Dicho artículo 25 recoge la Constitución *Hac nostra* de las Cortes de Perpignan de 1351, que redujo el antiguo usufructo universal de viudedad del Usatge *Vidua*... Incluso, dicen los autores citados, se había discutido en la doctrina si la viuda tenentaria gozaba o no de ese beneficio. Fontanella estimaba que ambos derechos eran compatibles y que podían combinarse mediante una adecuada rendición de cuentas. No obstante, con la opinión dominante en la doctrina catalana, se ha establecido que no tiene este derecho la viuda que disfrute de tenuta, añadiéndose en el Proyecto de las Cortes «o que sea usufructuaria universal de la herencia de su marido», que no figuraba en anteriores redacciones, pero cuya procedencia es obvia.

Esta deuda alimenticia, que debe considerarse como consecuencia de los efectos jurídicos derivados de una situación patrimonial especial, se vino considerando de un modo tradicional en casi todas las legislaciones civiles (9) y, también, se recogió por el Código civil español en su artículo 1.379. En el régimen del Código civil haya o no dote, afirma Piñar (10), la viuda tiene derecho a alimentos mientras no se le entregue su haber, al amparo de los arts. 1.100 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.428 del Código civil. Por lo que, concluye este autor, el derecho alimenticio que consagra el artículo 1.379, se establece no *iure viduitatis*, sino *iure dotis* y queda sujeto a una disciplina puramente obligacional.

Ello no obstante, podría aducirse en favor de la consideración del artículo 1.379 como estableciendo un *ius viduitatis* el aparente paralelismo que se advierte en el Código civil entre dos privilegios de la viuda, el de los vestidos de luto (arts. 1.379, 1.927) de evidente carácter de derecho viudal y el de los alimen-

(8) CONDOMINES Y FAUS, *Op. cit.*, pág. 67.

(9) Cfr. art. 1.570 del *Code Napoléon* y art. 1.415 del *Codice civile* de 1805. Cambia de dirección el artículo 198 del Novísimo Código civil italiano, cfr. CIMRONI, *Studi e questioni di Diritto civile*. III. *Vedova indolata. Diritto agli alimenti*, pág. 486; TEDESCHI, *I rapporti patrimoniale dei coniugii*, en *Tratatto di Diritto civile italiano*, I-3 (Torino, 1937), núms. 157 y 158.

(10) PIÑAR, *La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 4 (1955), 17 de la separata.

tos (arts. 1.379, 1.430). Pero, a pesar de esto y de no ser decisiva la inclusión del artículo 1.379 en la sección de restitución de la dote, parece más probable la solución contraria al *ius viduitatis*. En efecto, el artículo 1.379 establece el derecho a los alimentos en relación a los intereses o frutos de la dote (bienes de la mujer) y en correspondencia al derecho concedido a los herederos del marido de retener durante un año el dinero, etc., que no existan al disolverse la sociedad conyugal (art. 1.370). El artículo 1.430 concede alimentos a la viuda, pero también al viudo, de la masa común de bienes, pero a cargo de los bienes del cónyuge superviviente, porque se le rebajarán de su haber. En fin, el artículo 964 concede alimentos a la mujer que quede encinta, con la aclaración de «aun cuando sea rica». Lo que parece señalar su carácter excepcional respecto a la regla general del Derecho de que no se deben alimentos a la viuda rica. El Código civil seguiría entonces la concepción del antiguo Derecho, que admitía dos supuestos: 1) mujer dotada, alimentos de la dote o bienes propios, mientras dura el año, período de restitución; 2) mujer pobre, la cuarta marital, que se entenderá debida en concepto de alimentos.

Resulta, si lo dicho es cierto, que la Compilación mantiene la antigua diferencia existente aquí entre los Derechos catalán y castellano. El Código civil, siguiendo a éste, no ha recogido de la constitución *Hac nostra*, la figura más generosa para la viuda en razón de que en el Derecho español común (a diferencia del especial catalán) la viuda (como el viudo), tiene condición de legitimario y puede obtener inmediatamente alimentos ejercitando las acciones que le concede el artículo 1.100 L. E. C. (ampliamente interpretado por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo).

Cuando afirmamos como principio que este derecho que tiene la viuda a los alimentos es consecuencia de los efectos jurídicos de una situación patrimonial especial, es porque no se trata de una deuda de alimentos típica, según el Código civil. Se demuestra claramente, porque, para alegar este derecho, no hace falta que concurren los demás requisitos que requiere la deuda alimenticia, como necesidad perentoria de quien los recibe, carencia de bienes, etc. Aquí, simplemente, basta el hecho del fallecimiento del marido para que pueda ejercerse tal facultad o pedir (opcionalmente) los intereses o frutos de la dote o ya los alimentos con cargo al capital que constituya la herencia del marido. Igualmente, para el nuevo Derecho especial catalán, a falta de usufructo universal sobre la herencia del marido o del beneficio de tenuta, surge este derecho de alimentos.

Que se trata de salvaguardar la quiebra del estado económico anterior lo prueban las excepciones y sanciones que se establecen cuando el cónyuge viudo vivía ya separado por su culpa o cuando llevase una vida licenciosa o deshonesta y descuidare gravemente

a sus hijos menores. En estos casos, la pérdida del beneficio queda expresamente sancionada por el artículo 25.

Entre las causas de pérdida de este beneficio, dicen Condomines y Faus Esteve (11) se establecía lo dispuesto en el artículo 40 del Proyecto de la Comisión de Juristas, según el cual «no tendrá este derecho la viuda que vivía separada de su marido por culpa de ella». De este modo, creen, se aceptaba el criterio de Mieres y Ferrer que estimaron que, en este caso, era indispensable la convivencia, salvo cuando ésta se hubiera hecho imposible por culpa del marido, y la convicción de que el año de luto presupone un matrimonio en plena normalidad, pues si los cónyuges se hallan separados, aunque no medie sentencia, la intromisión del año de luto, por su amplitud, puede resultar altamente perturbadora. Sin embargo, no lo entendieron así ni la Comisión de Códigos ni la de las Cortes que desestimaron las enmiendas presentadas al respecto y exigieron que la viuda estuviera separada por sentencia que la declare culpable, al fundarse en que la separación de hecho no puede ser contemplada por el legislador, a pesar de que en otras instituciones (parafernales, cuarta marital) se haya tenido en cuenta.

La pérdida de este privilegio por la vida licenciosa y deshonestata, dicen Condomines y Faus (12), siempre se ha admitido, si bien su alcance ha sido una de las materias más debatidas por nuestros juristas clásicos (13).

### 3. *La deuda de alimentos del heredante y del heredero.*

El artículo 71 del nuevo cuerpo legal catalán preceptúa:

«Los heredamientos a favor de los contrayentes se entenderán otorgados bajo el pacto de unidad económica familiar, por virtud del cual, salvo estipulación en contrario, el heredante, el heredero y sus respectivas esposas e hijos comunes contraen la obligación de aunar sus esfuerzos bajo la dirección y libre administración del primero, y de aportar al acervo común todos sus ingresos y las rentas de sus bienes, para mejor atender a las necesidades de la casa y a las particulares de sus miembros.»

«En virtud de este pacto, el heredante deberá mantener al heredero, a su consorte y a sus hijos comunes, tanto sanos como enfermos, proporcionándoles todo lo necesario a la vida humana,

(11) CONDOMINES Y FAUS ESTEVE, *Op. cit.*, pág. 66.

(12) CONDOMINES Y FAUS ESTEVE, *Op. cit.*, pág. 67.

(13) Contemporáneamente, cfr. PIAT, *La mujer catalana que carece de bienes, cuyo divorcio perpetuo por causa de adulterio se ha deducido en sentencia firme por el Tribunal eclesiástico ¿tiene derecho a pedir alimentos a su marido inocente?*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 5 (1900), 5 y ss.

»y a sufragar los gastos de educación e instrucción de dichos hijos, según el poder de la casa, siempre que guarden la obediencia y consideración debida y trabajen lo que buenamente puedan a la utilidad de la casa y no reclamen ninguno de los derechos que en ella tuvieren.»

«Fallecido el heredante, y en defecto, o por extinción del usufructo universal, el heredero quedará subrogado en su lugar, con igual obligación de mantener, educar e instruir a los hijos del heredante que vivan en la casa, mientras no tomen estado y cumplan las obligaciones antes indicadas. El heredero no quedará relevado de la expresada obligación aunque ofrezca a todos el importe de sus legítimas, a no ser que expresamente se le haya concedido esta facultad.»

Del primer párrafo de este artículo, se advierte cómo en Cataluña tiene vigencia la llamada *compañía* o *sociedad familiar*, constituida bajo un pacto de unidad económica. Al igual que en otras regiones forales españolas, como Galicia, Alto Aragón, etc., se sigue un sistema de presunción que suplente el pacto expreso en defecto del mismo, elevándose a ley, como advierten Condomines y Faus Esteve (14), la costumbre que organiza la familia como unidad económica y con trabajo puesto en común aportando ingresos y rentas a fin de «mejor atender a las necesidades de la casa, y a las particulares de sus miembros».

Esta pervivencia de un ente moral, como es la «casa» o «familia» que en torno a ella se crea, se puede encontrar ya en la sociedad romana con un carácter tácito (15); ha de ser una modalidad instintiva y lógica que perdurará en los medios rurales con más pureza por la necesidad de agrupación de los medios, fuerzas y resultados que implica una explotación agraria. De ahí su importancia para el momento de la transmisión al ocurrir la muerte o pacto de heredamiento en la cabeza del jefe de familia.

Una consecuencia de dicha organización es el deber de mantener a sus miembros «tanto sanos como enfermos, proporcionándoles todo lo necesario a la vida humana, y a sufragar los gastos de educación e instrucción de dichos hijos, según el poder de la casa». No se trata aquí de unas obligaciones pactadas, sino que entraña el reconocimiento legal que hace la norma de unos derechos y exigencias que tienen los miembros de esta comunidad familiar organizada en torno a la explotación única de la casa.

La misma fórmula se vuelve a expresar como modo de entender los alimentos en cuanto deber que se refiere tanto a los «sanos como enfermos, proporcionándoles todo lo necesario a la vida humana,

(14) CONDOMINES y FAUS ESTEVE, *Op. cit.*, págs. 110 y 111.

(15) Cfr. MAROI, *La comunione tacita familiare*. Roma, 1925; MAS-SARI, *In tema di comunione tacita familiare*, en «*Revista Trimestrale di diritto e procedura civile*» (1951), p. 126 ss.; BONET CORREA, *Vigencia y universalidad de la «compañía familiar» practicada en Galicia*, en *Lar (Hospital Gallego)*, Buenos Aires, 296-298 (1958), 8 ss.

según el poder de la casa». La frase y su estilo nos recuerdan aquellas otras de Las Partidas (16), donde se dice «cosas indispensables para la vida», y del Fuero Real (17), al manifestar «según fuere su poder de cada uno», las cuales advierten la genuina naturaleza de la deuda de alimentos: su carácter personal y su contenido real.

El marido pierde los alimentos pactados a su favor (art. 43 de la Compilación), si dejare la casa sin causa de ausencia justificada.

En cuanto a los hijos comunes se comprenden y especifican los «gastos de educación e instrucción de dichos hijos». Se trata de un deber para el heredante y, fallecido éste, el heredero quedará subrogado en su lugar con la misma obligación. Que dicha instrucción venga determinada concretamente hace mérito a una vieja tradición, pues fue muy discutido por los romanistas y autores si los alimentos comprendían este deber. En el Derecho romano aparecen textos que la excluyen, como sucede para el legado de alimentos (Dig. 34, 1, 6), pero Gluck (18) cita otros donde se afirma: «*non solum alimenta pupillo praestari debent sed et in studia et in ceteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum*». (Dig. 37, 10, 6, 5).

#### 4. *El derecho a alimentos de los hijos naturales y sus descendientes legítimos.*

Dentro de la casuística, ya destacada, que se advierte en el nuevo cuerpo legal catalán, existe otra puntualización o matiz en materia de alimentos: la correspondiente a los hijos naturales, no legitimarios en la sucesión de su padre, o los descendientes legítimos de los premuertos, mientras no se puedan proveer por sí mismos a su adecuado sustento (art. 127).

Conviene tener en cuenta que el artículo 127 de la Compilación corresponde al artículo 845 del Código civil, pareciendo que los alimentos según ellos debidos tienen la misma naturaleza, es decir, la de alimentos en sentido estricto y de monto reducido, conforme a los artículos 139 y 143, párrafo segundo.

Se trata de una posición amplia y generosa que está de acuerdo con los sentimientos más íntimos de la paternidad natural y de la indefensión de quien es puesto en el mundo sin tener la culpa del entuerto cometido. Cuando este hijo no entra en la sucesión de su padre como legitimario, tiene éste, derecho a ser alimentado en caso de necesidad. Aunque el texto del artículo 127 habla del

(16) *Código de las Siete Partidas*, Part. IV, tít. XIX; ley II; cfr. *Los Códigos Españoles*, tomo III (Madrid, 1848), 511.

(17) *Fuero Real*, Ley 1.<sup>a</sup>, tít. VIII, Lib. III, glosado por Alfonso Díaz, II (Madrid, 1781), 159, en el supuesto de que el padre o madre vinieren a pobreza en vida de sus hijos.

(18) GLUCK, *Commentario alle Pandette*, trad. italiana de GIANNANTONI y BAVIERA. Libro XXV. Milano, 1907, pág. 144 y ss.



«adecuado sustento», más adelante dice que «tendrán derecho a alimentos», lo que implica, además de dicho sustento (comida, habitación y vestido en salud y enfermedad), lo referente a la educación e instrucción (según reza anteriormente, «todas las necesidades comunes a la vida», del art. 25, párrafo 2.º). El derecho se extiende a los descendientes legítimos de los premuertos hijos naturales, quienes ostentan por representación el derecho de sus padres (19).

La naturaleza de este derecho es la meramente crediticia y, por tanto, la correspondiente a la deuda de alimentos. No se trata de un derecho legitimario que surge como consecuencia de la sucesión *mortis causa*. A este respecto, el texto del nuevo ordenamiento especial catalán es explícito, cuando establece que «este derecho carecerá de carácter legitimario y obligará personalmente a los herederos del padre».

Tampoco se olvida el artículo 127 de determinar la cuantía en que habrán de prestarse dichos alimentos, al concretarlos «en proporción al valor de la herencia». La diferencia de cuantía, con la de las otras posiciones anteriores, se advierte por las diferentes expresiones usadas. Mientras a la viuda se le otorgan conforme a la «posición social y a la cuantía de dicho patrimonio», a los heredantes y herederos, «según el poder de la casa», y, a los hijos naturales, únicamente, «en proporción al valor de la herencia». Se prescinde del estado (anormal) en que viven y sólo se les concede una suma cuantitativa medida en la proporción aritmética del patrimonio.

La diferencia que existe entre los anteriores supuestos y el del hijo no legítimo se aprecia en la nota de estabilidad de una situación familiar que se pretende transmitir, mientras que en la de los hijos naturales se concreta a una porción relativa sin consideración más que a una cifra deducida en proporción al resultado económico de una valoración efectuada en vista a una liquidación de cuotas hereditarias. No cabe duda que la «posición social de la familia» o «el poder de la casa» suponen valores morales, además de económicos, que pueden resultar con respecto al mero valor contable de un patrimonio, de mayor cuantía que el derivado de una mera proporción aritmética del todo. A este respecto, el matiz es justo por la defensa que implica de las situaciones honestas y legítimas.

---

(19) Los heredamientos en favor de los hijos de los contrayentes resuelven el problema de conservar la casa y eludir la sucesión *ab intestato*. Cfr. PORCIOLES, *La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 209 (1960), 413.



# Luces y vistas en la Compilación foral catalana

CARLOS MELON INFANTE  
Colaborador científico del C. S. I. C.

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. Las servidumbres en el Derecho catalán anterior a la Compilación. 2. La reglamentación de las servidumbres en la Compilación: A) Consideración general. B) Luces y vistas. 3. La doble naturaleza de los derechos de luces y vistas.—II. *Relaciones de vecindad en materia de luces y vistas*. 1. Principio general: A) Formulación. B) Fundamento. C. Efectos. D) Exclusión. 2. Terrados o azoteas. 3. Patios, jardines y lugares semejantes.—III. *Servidumbre de luces y vistas*. 1. Especies de servidumbres: A) Derecho anterior a la Compilación. B) Criterio de la Compilación. 2. Adquisición de las servidumbres: A) Consideración general. B) La usucapción y las servidumbres de luces y vistas: a) El principio de la no usucapibilidad. b) Usucapibilidad de la lucerna. c) Plazo de usucapción. 3. Extinción de las servidumbres: A) Consideración general. B) La prescripción extintiva. C) Extinción de la lucerna. 4. Efectos de las servidumbres: A) El derecho de «atans»: su doble restricción. B) Eficacia concreta de la servidumbre.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. *Las servidumbres en el Derecho catalán anterior a la Compilación.*

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación de su Derecho especial (1), y aparte de las normas contenidas en ciertas Leyes de carácter general (2) y de algunas disposiciones del Derecho romano, la materia relativa a las servidumbres y relaciones entre fincas (*servituts de las casas y honors*) estaba reglamentada en Cataluña por normas típica y genuinamente catalanas. Las normas en cuestión se hallaban contenidas, sobre todo, en dos colecciones de costumbres que, dadas en principio para la ciudad de Barcelona, fueron después extendiendo su vigencia a otras regiones del Principado. Las dos colecciones a que nos referimos son el Privilegio conocido con el nombre de «*Recognoverunt Proceres*», debido a las palabras con que comienza, y las famosas «*Ordinaciones de Sanctacilia*», así llamadas por el nombre de su recopilador (3). Los preceptos

(1) Promulgada por Ley de 21 de julio de 1960.

(2) Legislación de aguas, de minas, de montes, etc.

(3) El Privilegio «*Recognoverunt Proceres*» fué otorgado por Don Pedro II en el año 1283. Las «*Ordinaciones*», sancionados por Don Jaime I (no por Don Jaime II, como se creía), se recopilan después, al parecer en el siglo XIV, por un práctico llamado SANCTACILIA. De él to-

de estas dos colecciones eran en gran parte coincidentes, y sobre la base de los mismos, puesto que llegaron a obtener vigencia general o casi general en el territorio catalán, han expuesto siempre los autores la materia referente a las relaciones y servidumbres entre las fincas, tal como se configura y estructura en el Derecho foral de Cataluña (4). Como adición de carácter secundario algunos tratadistas indicaban ciertas particularidades contenidas en determinadas fuentes de naturaleza local (5).

---

man su denominación vulgar, que ha desplazado casi por completo a la originaria: «Consuetuts de la Ciutat de Barcelona sobre servituts de las casas e honors».

(4) Cifnendo las referencias a los derechos de luces y vistas, que son los que constituyen el objeto del presente estudio, las disposiciones a tener en cuenta son fundamentalmente las siguientes: En el «*Recognoverunt*», los capítulos 45, 46, 58, 60, 63. En las «*Ordinaciones*», las ordenanzas 1, 2, 11, 12, 14, 15, 20, 22, 39, 41, 44, 46, 50, 51, 58, 61, 62, 63, 64, 65, 66. No se indica ahora el contenido de estos textos, puesto que se hará al concordarlos con las normas de la Compilación.

(5) Ante todo el Código de las Costumbres de Tortosa, las Costumbres de Gerona, las Ordenanzas de la comarca de Valls y algunas disposiciones y prácticas observadas en el Valle de Arán. El Código de las Costumbres de Tortosa contiene numerosas normas sobre vecindad y servidumbres en las Rúbricas 10 y 11 del Libro III. Especialmente se ofrece una minuciosa reglamentación de la medianería, siendo, por el contrario, escasas las reglas sobre las luces y las vistas: en concreto, las contenidas, en la Rúbrica 11 del libro indicado, en las Costumbres 1 (posibilidad de edificar tapando las «aberturas» o «ventanas» del vecino, si éste no goza de servidumbre adquirida por convenio o última voluntad); 2 (imposibilidad de consolidar por usucapión los huecos, por dilatado que sea el tiempo transcurrido); 4 (destrucción de lo edificado en contravención de una servidumbre de no subir más alto; no habiendo servidumbre se puede construir *«tro al cel sens contrast de nuly hom»*); 8 (no extinción de la servidumbre por no uso, dure éste lo que dure; se trata de una norma general); 17 (prohibición de abrir «ventanas» y «aberturas» en paredes que den a la finca vecina y por las que se pudiese ver o mirar dicha finca) y 20 (estando separadas dos fincas por una calle, libertad de construir tan alto como se quiera, *«ves lo cel* incluso, y de abrir cuantas «ventanas», *finestras*, se deseen; no abrir, en cambio, «aberturas», *forats*). De las Costumbres de Gerona citan algunos autores estas dos normas: posibilidad de adquirir por usucapión de treinta años las lucernas o claraboyas (Rúbrica 38, cap. 1); pérdida de la facultad de llegar a adquirir estos huecos si el que los posee los cerrase sin contar con escritura o antes de haber consumado los treinta años (Rúbrica 38, cap. 2). En las Ordenanzas de Valls, en materia de luces y vistas, se disponía que cualquiera podía abrir ventanas o claraboyas (*finestras* o *spitlleras*) en la pared propia o común hacia su vecino que tuviese su casa, patio o corral más bajo, con tal que no se pudiese sacar la cabeza y mirar por los huecos. El vecino, sin embargo, podía hacer obras o edificar más alto, tapando las aberturas, no obstante cualquier tiempo de posesión, ni siquiera la inmemorial. He aquí una norma muy parecida, en su esencia, al artículo 581 C. c. Por último, en el Valle de Arán se observaban estos dos principios: a) No se puede abrir ventana sobre predio vecino; para hacerlo había que dejar una «*gandrona*» de nueve palmos araneses entre el edificio y el predio vecino. b) Si el predio vecino fuere urbano y en él hubiese ventana, el que quiera edificar ha de alejarse nueve palmos araneses. Ambos principios derivan de costumbre observada en la región ininterrumpidamente.

## 2. La reglamentación de las servidumbres en la Compilación.

Haremos en primer lugar unas observaciones de carácter general, para referirnos después a lo derechos de luces y vistas.

A) *Consideración general.*—Trata la Compilación catalana de las servidumbres en los artículos 283 a 295, con los cuales se forma, en la sistemática del texto legal, el Título III del Libro III, relativo a los «derechos reales». Como ha afirmado PORCOLES, al presentar a las Cortes la Compilación, «son escasas las disposiciones que... recoge en el Libro III. Prácticamente se limita a referirse a ciertas modalidades del usufructo rústico y a reiterar las ordenaciones hasta ahora vigentes en materia de servidumbres» (6). Matizando aún más la idea expuesta podría afirmarse que, en cuanto a las servidumbres se refiere, la Compilación de Cataluña reitera, y reproduce en versión moderna, las ordenaciones que hasta su entrada en vigor se consideraban vigentes (sobre todo las Ordenaciones de Sanctacília). Esto en cuanto al contenido y origen de las normas recopiladas.

En cuanto a su sistema, no se distingue el nuevo texto por su preocupación sistemática en la reglamentación que de las servidumbres nos ofrece. Se entremezclan los principios generales con las disposiciones específicas y se barajan e interpolan las normas concretas relativas a cada servidumbre en particular. Defecto éste no de fondo y de escasa importancia, y que pudo evitarse adoptando simplemente una distribución distinta de los artículos (7).

De todas formas, comparada con los anteriores intentos de articular y codificar el Derecho catalán, la Compilación, en cuanto a las servidumbres hace referencia, es sin duda mucho más perfecta que la parte articulada de la Memoria de DURÁN y BAS (8), que el Proyecto de Apéndice de 1896 (9) y que el Pro-

---

(6) Alude después en su discurso el autor citado a la posición de la Compilación en cuanto a la *enfiteusis* y a la *rabassa morta*, materias asimismo incluídas en el Libro III.

(7) Aunque no mucho, estaba en este aspecto algo más cuidado el texto del Proyecto de Compilación presentado en 1955. Cfr. artículos 170 a 185 del mismo.

(8) En el Proyecto del articulado con que DURÁN y BAS termina su «Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña» (escrita de acuerdo con lo dispuesto en el R. D. de 2 de febrero de 1880), sólo un artículo, el 137, se dedica a las servidumbres. En él se establece una disposición específica sobre los terrados, preceptuando que, si son de distinta altura, el dueño del más alto debe cerrarlo para no tener vistas sobre el otro, a no ser que antes mire sobre terreno propio. Si son de igual altura, ambos dueños deben cerrarse con pared medianera para evitar recíprocamente las vistas y el paso de un terrado a otro. En nota a este artículo 137, e insistiendo en el criterio ya mantenido en la parte expositiva de su Memoria, DURÁN y BAS reiteraba la necesidad de conservar las normas catalanas sobre servidumbres y apuntaba la conveniencia de convertir en Derecho común algunas de las disposiciones conteni-

yecto de Apéndice de 1930 (10). Por tanto, contrastada con estos textos, la reglamentación de las servidumbres contenida en la Compilación merece, a nuestro juicio, una crítica favorable por dos razones fundamentales: 1.<sup>a</sup> Porque, aún conservando el espíritu del Derecho anterior y adoptando la orientación de éste, ofrece, sin embargo, una versión moderna y actual de sus disposiciones. 2.<sup>a</sup> Porque ha simplificado en algunos aspectos la reglamentación antigua, tratando al mismo tiempo de configurar con un sentido más general el minucioso casuismo que dominaba las Ordenaciones; casuismo que, si a veces representaba

---

das en las Ordenaciones de Sanctacilia y en el Código de las Costumbres de Tortosa.

(9) Redactado por la Academia de Derecho de Barcelona para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, el Proyecto de Apéndice de 1896 sigue una orientación del todo distinta. Prácticamente acepta en bloque la reglamentación de las servidumbres contenida en el Código civil, con la única modificación de ampliar a treinta años el plazo de veinte que en el mismo se establece para la usucapación de las servidumbres continuas y aparentes. El artículo 14 del Proyecto decía así: «Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o por la prescripción de treinta años. Queda en este sentido modificado el artículo 537 del Código civil.» Comentando esta disposición en la Exposición del Proyecto se aclaraba: «Un solo artículo, el 537, ha de quedar, implícita o explícitamente, modificado para Cataluña, extendiéndose a treinta años el plazo para adquirir por prescripción las servidumbres continuas y aparentes a que dicho artículo se refiere. Así se armonizará el artículo con el alcance y desarrollo que la institución de la prescripción... recibe en el Proyecto de Apéndice.» En este Proyecto había otra norma que hemos de recordar aquí, no obstante resultar incomprensible: el inciso final del artículo 152. Después de haber sancionado para el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles la usucapación de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe y sin distinción entre presentes y ausentes, concluía el artículo 152 diciendo: «Sólo se exigirá título para la prescripción a que se refiere el artículo 539 del Código civil.» Esta disposición carecía de sentido, puesto que el artículo 539 del Código no se refiere a ninguna prescripción; se refiere al *título* como modo de adquirir las servidumbres, cosa muy distinta del *título* para usucapir. La confusión resulta inexplicable.

(10) El Proyecto de Apéndice de 1930, redactado de acuerdo con el R. D. de 24 de abril de 1899, no es otra cosa que una adaptación y complementación del articulado de la Memoria de DURÁN y BAS. Lo mismo que ésta, dedica a las servidumbres un solo artículo, el 137. Se limita a decir en él que en materia de servidumbres y relaciones de vecindad se consideren incorporadas al contenido del Apéndice las Ordenaciones de Sanctacilia. Mantiene, pues, en bloque y en su versión primitiva, el articulado de dichas Ordenaciones. Colocado dentro del Título relativo a la prescripción, el artículo 371 sancionaba para los derechos reales sobre inmuebles la usucapación de treinta años, y con respecto al cómputo en materia de servidumbres decía: «Las servidumbres positivas aparentes empiezan a prescribirse desde que se ejercitan o se realizan actos necesarios para su ejercicio; y las no aparentes y las negativas desde que se realizan actos opuestos a la libertad del dominio del predio sirviente que revelen la intención de tener servidumbre. Las servidumbres discontinuas pueden adquirirse por prescripción inmemorial». Actualmente cfr. artículos 342 y 343 de la Compilación.

una ventaja, con frecuencia daba lugar a problemas de difícil solución y a dudas interpretativas.

B) *Luces y vistas*.—La orientación y criterio que preside las normas que la *Compilación* dedica a los derechos de luces y vistas, como facultad integrada en el dominio o como constitutivos de un derecho real de servidumbre, son los mismos que acabamos de indicar con respecto a las servidumbres en general: conservación del Derecho anterior y reproducción de éste en una versión moderna y actual de sus disposiciones. Para los derechos de luces y vistas vale, pues, lo que acabamos de decir unas líneas más atrás.

En concreto, las normas que la *Compilación* dedica a los derechos de luces y vistas son, enumeradas por el orden de su articulado, las que seguidamente se indican:

a) No usucapibilidad de las servidumbres de luces y vistas, salvo cuando se trate de huecos que tengan el carácter de «lucernas». Artículo 283: «No podrán constituirse por usucapición, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: ... 2.<sup>a</sup> La de luces mediante agujeros, rendijas, enrejados o aberturas en cualquier pared, excepto cuando se trate de lucerna, o sea del hueco que mida una anchura constante en el paramento externo de doce centímetros y una altura variable entre la mínima de cuarenta y cinco y la máxima de setenta centímetros. 3.<sup>a</sup> La de vistas, sea en pared propia o medianera. 4.<sup>a</sup> La de luces y vistas entre terrados contiguos de igual o distinta altura, que no se hallen cerrados, o lo sean mediante reja.»

b) Extinción de la servidumbre de luces mediante lucerna, según cuál haya sido su modo de adquisición. Refiriéndose de manera conjunta a la servidumbre indicada y a la de desagüe dice así el artículo 284: «La servidumbre de luces consistente en la lucerna a que se refiere el número segundo del artículo anterior y la de «degotis» o desagüe adquiridas por usucapición se extinguirán cuando, por voluntad del dueño de predio dominante, se haga desaparecer el signo exterior, ventana, canal o conducción mediante el cual se ejercía.—De haber sido constituidas dichas servidumbres por título, aunque los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de ellas, podrá restablecerse en cualquier tiempo su disfrute, mientras no se hayan extinguido por no uso de treinta años.»

c) Derecho de aproximación o *alans*, pero respetando las servidumbres. Como estas servidumbres serán normalmente las de luces y vistas, es preciso hacer aquí referencia al artículo 290, según el cual «todo propietario podrá construir una pared aproximándola o adosándola de largo o de través a la pared vecina, sea o no medianera, con obligación de respetar las servidumbres existentes».

d) Principio básico en materia de vecindad: consecuencias del mismo. Artículo 293: «Nadie podrá tener vistas ni luces

sobre predio vecino, si antes no mira sobre el propio, a menos de tener constituida servidumbre a su favor.—No podrá abrirse ventana o construir voladizo, ni aun en pared propia lindante con la del vecino, sin dejar en su terreno propio una «androna» de la anchura fijada por las ordenanzas o por las costumbres locales, o, en su defecto, de un metro en cuadro cuando menos, contado desde la pared o desde la línea más saliente si hubiese voladizo.—Tampoco se podrá abrir ventana en pared contigua a la del vecino o que forme ángulo con ella, si no es a una distancia mínima de sesenta centímetros, contados desde la línea de unión de ambas paredes.»

e) Efectos de la servidumbre. Las consecuencias que en las relaciones entre predios provoca la posible existencia de la servidumbre de luces o vistas se sancionan por el artículo 295 en estos términos: «Si un predio tiene constituida a su favor servidumbre de luces o de vistas, el dueño del terreno vecino que quiera edificar deberá dejar frente a la misma la «androna» a que se refiere el artículo 293, salvo que otra cosa establezca el título de constitución; pero podrá abrir ventanas que reciban luz por dicha androna.—Si la servidumbre es sólo de luces, podrá incluso edificar dentro del espacio de la androna hasta el borde inferior del hueco que da luces.»

f) Usucapión y prescripción. Aunque no situados en el Título relativo a las servidumbres, sino en el referente a la prescripción (11), han de tenerse también en cuenta los artículos 342 y 343 sobre usucapión, y el artículo 344 sobre prescripción extintiva. En el artículo 342 se consagra, siguiendo una tradición hondamente arraigada en el Derecho catalán, la usucapión de treinta años para el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, con inclusión de las servidumbres. El inciso 1.º del artículo mencionado establece en efecto que «la usucapión del dominio y demás derechos reales sobre cosas inmuebles, incluso las servidumbres no comprendidas en el artículo 283 (12), tendrá lugar por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe». El artículo 343, en su párrafo 1.º, señala el momento en que debe comenzar el cómputo del plazo, diciendo que «las servidumbres positivas aparentes se empezarán a usucapir desde que se ejerciten o se realicen actos necesarios para su ejercicio, y las negativas y las no aparentes desde que se realicen actos opuestos a la libertad del dominio del predio sirviente, que revelen la intención de tener servidumbre» (13). Por último, en el artículo 344,

(11) Título II del Libro IV.

(12) El artículo 283 enumera las servidumbres que se consideran no susceptibles de ser adquiridas por medio de la usucapión.

(13) Como puede apreciarse, aunque mejorando la terminología, la norma coincide casi textualmente con el artículo 371, IV, del Proyecto de Apéndice de 1930. Cfr. más atrás la nota 10. Al igual que éste, el artículo



relativo a la prescripción extintiva en general, se declara que «las servidumbres prescriben a los treinta años» (14).

Estas son, expuestas en su versión literal, las normas que la *Compilación* dedica a los derechos de luces y vistas. A estudiar las sistemáticamente y a comentar y analizar su contenido dispositivo están dedicadas estas notas.

### 3. *La doble naturaleza de los derechos de luces y vistas.*

En su consideración genérica, y antes de determinar en cada caso concreto las circunstancias que concurran en su existencia, los derechos de luces y vistas pueden presentarse en la realidad jurídica adoptando una de estas dos configuraciones: *a)* la de meras facultades emanadas del dominio e integradas en el contenido normal de este derecho; *b)* la de derechos reales autónomos que, constituidos a favor de un predio (15), suponen un gravamen sobre otro perteneciente a distinto dueño. En el primer caso estaremos ante una simple manifestación o aspecto concreto del derecho de propiedad, ante una facultad (o ante una prohibición) que la ley vincula de una manera directa a la sola y exclusiva titularidad dominical. No procede en este supuesto hablar para nada de servidumbres, puesto que se está ante una simple relación de vecindad configurada y estructurada por la ley *ex iure proprietatis*. En el segundo caso, en cambio, los derechos de luces y vistas tendrán la naturaleza jurídica de servidumbre, con todas las consecuencias que esta calificación entraña (16).

De acuerdo, pues, con la doble naturaleza jurídica que los derechos de luces y vistas pueden presentar, y de hecho presentan, y aunque se trata de un sistema que, desde el punto de vista formal, no ha sido nunca utilizado por los expositores del *Decreto catalán* (17), vamos a dividir el tratamiento de la materia

343, II, de la *Compilación* sanciona también la «usucapión inmemorial» (sic) para las servidumbres discontinuas.

(14) A diferencia de lo que ocurre con respecto a la usucapión, nada se dice en relación con el cómputo de plazo extintivo. Parece que habrá que estar a lo que dispone, con referencia a la materia, el artículo 546, número 2.º, del C. c., distinguiendo, por tanto, según se trate de servidumbres discontinuas o de servidumbres continuas. Cfr. disposición final 2.ª de la *Compilación*.

(15) En realidad no a favor de un predio, sino a favor de su propietario en su condición de tal. Se trata de un supuesto de derecho subjetivo con titular determinado de forma mediata o indirecta. De uno de esos derechos que, con terminología inadmisiblemente y oscura, se designan a veces como «derechos subjetivamente reales» y cuya denominación exacta, puestos a utilizar terminología de importación, sería la de «derechos subjetivos *ex re*» o «derecho subjetivos *propter rem*». No se trata de derechos reales por el sujeto, sino de derechos subjetivos por la cosa.

(16) Sobre todo y ante todo la posibilidad de extinción por prescripción extintiva.

(17) Lo cual no quiere decir que no partan implícitamente de la distinción que se hace en el texto. Sin embargo, al no establecerla de una

en dos apartados básicos, relativos a las normas de vecindad en cuanto a las luces y las vistas y a las servidumbres de luces y vistas propiamente dichas. Es, creemos, la única forma de poder exponer de manera clara la cuestión. En todo momento, a fin de que resulten mejor apreciados el sentido y el significado de las normas de la Compilación, procuraremos indicar la concordancia con las disposiciones de Derecho anterior y, cuando ello sea posible, con los preceptos del Código civil (18).

Los dos apartados que siguen estarán, pues, dedicados: uno, a las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas; otro, a las servidumbres de luces y vistas. Dentro de cada uno de ellos se harán las concordancias indicadas.

## II. RELACIONES DE VECINDAD EN MATERIA DE LUCES Y VISTAS

### I. Principio general.

A) *Formulación.*—Adopta el Derecho catalán un criterio extraordinariamente restrictivo en cuanto a la apertura y tenencia de huecos o ventanas, por derecho de propiedad. De no existir servidumbre que a ello autorice, es tradicional en Cataluña la prohibición de abrir huecos para luces o ventanas para vistas no sólo en las paredes comunes o medianeras, sino también en las paredes propias cuando el dueño de ellas no lo sea asimismo del suelo y del cielo al que de una manera inmediata «den» las aberturas. La prohibición indicada ha plasmado en un principio fundamental, que admite una doble formulación según se trate de las luces o de las vistas: a) No se puede tomar luz del predio vecino si antes o al mismo tiempo no se toma del propio. b) No se puede mirar al predio del vecino si antes o al mismo tiempo no se mira al propio (19).

El principio en cuestión, que no es sino la expresión clara y abreviada de una norma esencialmente catalana y cuyo origen se ha querido ver en el Derecho romano (20), se sancionaba en la

---

manera expresa, con frecuencia se oscurece el tratamiento de las normas y la apreciación de su verdadero significado.

(18) El estudio de los preceptos del Código civil en materia de luces y vistas constituye en estos momentos el objeto de una ponencia sostenida por el autor en el Seminario de Derecho civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Esperamos publicar el estudio indicado, recogiendo los aspectos fundamentales de la discusión en torno al mismo, en un próximo fascículo de este ANUARIO.

(19) Lo corriente en los autores catalanes era formular el principio prohibitivo diciendo simplemente que nadie puede recibir luz de arriba a través del predio vecino ni mirar al mismo predio a menos que exista una servidumbre que confiera semejante facultad.

(20) Algún autor ha aducido al respecto un texto de PAULO, contenido en el Digesto, VIII, 2, 40: «Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communis nullo iure fenestras immisisse respondit». No habiendo servidumbre de recibir luz no se tiene, pues, derecho alguno.

ordinación 11, en la que se decía que «nadie puede tener vista sobre predio de otro si antes no mira sobre el suyo» (21). Aunque referido sólo de una manera expresa a las vistas, y no a las luces, el pasaje transcrito ha servido para que la doctrina, por regla general, induzca de él un principio de significado más amplio, en el sentido que ya quedó indicado (22).

Confirmando el carácter de norma fundamental de vecindad, en lo que a las luces y a las vistas se refiere, la Compilación reitera el postulado que estudiamos, al decir, en el art. 293, I, que «nadie podrá tener vistas ni luces sobre predio vecino si antes no mira sobre el propio, a menos de tener constituida servidumbre a su favor» (23). La consecuencia de esta norma se extrae por sí sola: en pared contigua a finca ajena no cabe, *ex iure proprietatis*, abrir hueco alguno con destino a luces o a vistas. Sólo puede hacerse esto en virtud de un derecho de servidumbre, que, en cuanto tal, supondría una derogación o alteración al régimen normal de la propiedad, constituido por el artículo 293, I, de la Compilación (24).

B) *Fundamento*.—El fundamento del criterio prohibitivo adoptado tradicionalmente por el Derecho catalán, y confirmado hoy por la Compilación, se ha encontrado a veces en el respeto que merece la casa catalana, considerada como «recinto cerrado a modo poco menos que de arca sagrada a las impertinentes miradas de los vecinos». En otras ocasiones se ha aludido a la tradición del Derecho romano (25).

de abrir ventanas en pared común. El texto, como se ve, se refiere sólo a la *pared común* (*pariete communi*) y por ello no nos parece decisivo como antecedente del principio que estudiamos. Distinto sería si el pasaje hablase no de pared común, sino, como hacen las versiones griegas, de *pared ciega*: *pariete coeco* (pared en la que no se pueden practicar aberturas).

(21) Huelga advertir que cuando aludamos a las Ordenaciones nos referimos siempre a las de Sanctacilia. Coincidiendo casi textualmente con la ordenación 11 el capítulo 63 del «Recognoverunt» afirmaba: «Nadie puede tener vista sobre la posesión de otro si no mira antes sobre la suya». Tal vez obedeciendo a la misma orientación el capítulo 60 había sancionado antes la regla de que «nadie debe hacer ventana ni claraboya (*finestra ni lluerna*) en pared propia o común».

(22) Como aplicación concreta de dicho principio (ord. 11) debe considerarse lo dispuesto en la ordenación 66, que obliga al dueño de un terrado más alto que el contiguo a cerrarse para no tener vistas sobre éste, a menos que antes mire en terreno propio. Aludiremos más adelante a esta ordenación 66 al tratar de los terrados. Cfr., además, ordenaciones 16 a 18 referentes a las torres.

(23) A diferencia de la ordenación 11, que sólo se refería a las *vistas*, el artículo 293, I, alude de forma expresa a las *vistas* y a las *luces*. Para que la redacción del texto hubiera sido más exacta y completa debiera haberse dicho: «... si antes no mira sobre el propio o no toma la luz de éste...». Con el artículo 293, I, de la Compilación coincidía literalmente el artículo 184, I, del Proyecto.

(24) Criterio más severo que el adoptado por el artículo 581 y siguientes del Código civil.

(25) Téngase en cuenta lo que se dijo al respecto en la nota 20.

C) *Efectos*.—¿Qué efectos produce el principio que prohíbe tener luces o vistas sobre predio ajeno si antes no se tienen sobre el propio? En el Derecho anterior a la Compilación la cuestión no aparecía resuelta de una forma expresa y específica en los textos, no obstante el minucioso casuismo con que estaban concebidas y redactadas las Ordenaciones (26). La doctrina, sin embargo, haciendo una aplicación a la vez correlativa y analógica de las disposiciones referentes a los efectos de la servidumbre (27), entendió que para abrir huecos en pared propia contigua a predio vecino era preciso dejar entre éste y la pared en que iban a practicarse las aberturas un espacio vacío (en terreno propio naturalmente), que se conocía con el nombre de «androna» (28). En la práctica esta androna era aproximadamente de un metro en cuadro, si bien su medida exacta se consideraba de cuatro palmos de destre (ord. 2), equivalentes a unos 94 centímetros (29).

Arrancando de la práctica generalmente observada, confirmándola y completándola, la Compilación dedica dos normas a desarrollar las consecuencias del principio que acepta y sanciona en el artículo 293, I. Y así, en los párrafos II y III del propio artículo 293, establece lo que sigue: «No podrá abrirse ventana o construir voladizo, ni aun en pared propia lindante con la del vecino, sin dejar en su terreno propio una androna de la anchura fijada por las ordenanzas o por las costumbres locales, o, en su defecto, de un metro en cuadro cuando menos, contado desde la pared o desde la línea más saliente si hubiese voladizo (párrafo II).— Tampoco se podrá abrir ventana en pared contigua a la del vecino, o que forme ángulo con ella, si no es a una distancia mínima de sesenta centímetros, contados desde la línea de unión de ambas paredes (párrafo III)» (30).

La consideración de los párrafos II y III del artículo 293 de la Compilación suscita en el intérprete las apreciaciones siguientes: 1.ª) No se sanciona en estas normas de una forma expresa la distinción que recoge el artículo 582 del Código civil en tre vistas rectas y oblicuas o de costado. 2.ª) Dicha distinción tiene, sin embargo, cabida en los preceptos indicados, aunque és-

(26) Este silencio dió lugar a que, sin el menor fundamento por cierto, se llegase a plantear el problema de si sería o no aplicable a Cataluña el artículo 581 C. c. Con razón prevaleció la tesis negativa. No hay que olvidar que el precepto indicado difícilmente puede armonizarse con el sistema a que en materia de luces responde el Derecho catalán.

(27) Sobre todo lo ordinación 2, a la que oportunamente se aludirá.

(28) Etimológicamente este término viene a tener el significado de *ambitus*, espacio, sitio. Se observa, pues, una cierta coincidencia con el vocablo castellano «antro».

(29) El palmo de destre es una vieja unidad de medida que equivale a 23,4 centímetros.

(30) El párrafo II del artículo 293 de la Compilación coincide con el artículo 184, II, del Proyecto. El párrafo III del artículo 293 no reproduce, sin embargo, textualmente el artículo 184, II, del Proyecto. La variante será indicada en seguida. Cfr. nota 31.

tos, sobre todo el párrafo III, estén concebidos con un significado más amplio. 3.<sup>a</sup>) Dado el sistema que establece para la computación de la distancia, hablando de «la línea de unión de ambas paredes», parece adecuado entender que el párrafo III del artículo 293 tiene que referirse a las paredes en ángulo (vistas oblicuas propiamente dichas) o a aquéllas que estén una a continuación de la otra de manera inmediata (31). 4.<sup>a</sup>) Por exclusión, el párrafo II del mismo precepto ha de referirse a las vistas rectas o que se consideren como tales; se trata de paredes que *no se tocan* (32). 5.<sup>a</sup>) Aunque en las normas que se comentan se parte de la hipótesis de que el vecino tenga ya pared construída, los preceptos deberán aplicarse lo mismo aun cuando esto no ocurra: el lindero de la finca se consideraría entonces como pared a efectos de aplicación de los párrafos II y III del artículo 293.

D) *Exclusión*.—El principio recogido en el artículo 293, I, y desarrollado en los párrafos II y III del mismo precepto, no tendrá aplicación cuando los predios estén separados por una «vía pública». Esta excluye la entrada en juego del artículo 293. Se estima, pues, aplicable a Cataluña el artículo 584 del Código, debiendo tenerse aquí por reproducidas las cuestiones que los comentaristas de éste han planteado sobre el exacto significado de la expresión «vía pública» (33).

## 2. *Terrados o azoteas.*

Tradicionalmente el Derecho catalán se ha esforzado siempre en impedir que los terrados o azoteas de las casas pudieran servir de atalaya para inspeccionar las fincas vecinas, razón por la cual se entendió que el primero que edificase había de cerrar su terrado con pared de suficiente altura, a menos que prefiriese dejar en su terreno la correspondiente «androna».

Partiendo del supuesto de la relación recíproca entre terrados de distintos dueños, haciendo aplicación a los mismos del principio general de que «no se pueden tener vistas sobre el predio vecino a menos que antes se mire sobre el propio» y adaptando di-

(31) Confirma esta interpretación, además de ser más expresivo, el artículo 184, III, del Proyecto de Compilación, en el que se decía: «Nadie podrá abrir ventana en pared contigua a la del vecino o que *forme recta o ángulo con ella*, si no es a una distancia mínima de sesenta centímetros, contados desde la línea de unión de ambas paredes.»

(32) Según esto, el artículo 293, II, viene a ser el equivalente catalán del artículo 582, I, del Código; pero menos riguroso que éste en cuanto a la distancia: en la Compilación, un metro; en el Código, dos. Por otra parte, la norma catalana es más precisa, en cuanto que habla de un metro «en cuadro». Tiene además un valor subsidiario frente a las Ordenanzas o costumbres locales, que no comparte el artículo 582.

(33) Si antes de la Compilación se estimó aplicable a Cataluña el principio del artículo 584, con más razón debe serlo actualmente en virtud de la disposición final 2.<sup>a</sup> de dicha Compilación. El principio, por otra parte, no era extraño al Derecho catalán. Cfr. Código de las Costumbres de Tortosa. Libro III, Rúbrica II, costumbre 20 (vid. más atrás nota 5).

cho principio a la especial situación que los terrados originan, el Derecho anterior a la Compilación había establecido respecto a los mismos dos reglas fundamentales, según se tratase de terrados de igual o de diferente altura.

a) Terrados de igual altura. Era obligación de los dueños, con carácter recíproco, cerrarse a expensas comunes y con una pared medianera. La norma se sancionaba de manera muy clara en las ordenaciones 12 y 65 (34). Lo indicado no sería obstáculo para que los dueños de terrados contiguos pactasen al respecto lo que estimaren oportuno, dispensándose incluso de la recíproca obligación de cerramiento (35).

b) Terrados de altura distinta. El dueño del más alto estaba obligado a cerrarlo para no tener vistas sobre el terrado más bajo, a no ser que antes mirase sobre terreno o construcción propia. Se trata, pues, de una clarísima aplicación del principio fundamental en materia de vecindad (36). La norma indicada se establecía en la ordenación 66, haciendo una aplicación concreta de la misma la ordenación 58 (37). Para que el terrado más alto no quedara obligado a cerrarse habría de dejar, como es lógico, la androna en su terreno; sólo así miraría antes sobre éste que sobre el del vecino.

En la Compilación no se han reproducido de una forma expresa las normas sobre terrados que acabamos de indicar (38). Sin embargo, y no obstante su formal derogación, el espíritu de las mismas continúa vigente por estas razones: 1.<sup>ª</sup>) Porque su contenido dispositivo encaja perfectamente en el principio general del artículo 203, I, y porque la aplicación de éste a las hipótesis des-

(34) Ordenación 12: «Si dos vecinos tienen sus terrados iguales deben ambos cerrarse en medianería, de tal manera que no haya paso ni vista de uno a otro.» Refiriéndose concretamente a los gastos del cerramiento la ordenación 65 añadía: «Todos los que tengan iguales los terrados deben cerrarse a expensas comunes.»

(35) Esto es lo que ocurría, y sin duda seguirá ocurriendo, en Barcelona, puesto que, al aprovecharse para la edificación el máximo de altura autorizado por las Ordenanzas municipales, prácticamente los dueños se dispensan de la obligación de cierre por un convenio tácito: la pared de cerramiento no puede construirse, porque con ella se superaría la altura permitida por las Ordenanzas de construcción.

(36) Estudiado en el epígrafe anterior. Cfr. ordenación 11 y artículo 203, I, de la Compilación.

(37) Ordenación 66: «Cualquiera que tenga el terrado más alto que su vecino debe cerrarse, y tan alto, que no tenga vista sobre él, a menos que antes mire sobre terreno propio.» Teniendo en cuenta la claridad de esta norma, y su sentido de generalidad, resultaba superflua la contenida en la ordenación 58: «Cuando dos vecinos o más en la ciudad de Barcelona sean iguales en terrados o tejados, el que primero suba edificando haya de cerrarse, de modo que no tenga mirador sobre el otro u otros (que bñador sobre aquell o aquells non haja).»

(38) En el articulado de la Memoria de DURÁN y BAS, el único artículo relativo a las servidumbres, el artículo 137, se refería precisamente a los terrados. En él se reproducían las normas de las Ordenaciones que va conocemos. Cfr. nota 8.

critas con respecto a los terrados conduce a resultados semejantes a los previstos en las Ordenaciones. 2.<sup>a</sup>) Por lo dispuesto en el artículo 1.º, II, de la Compilación, en el que se determina que para interpretar sus preceptos «se tomará en consideración la tradición jurídica catalana encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan». 3.<sup>a</sup>) Porque la única disposición de la Compilación relativa expresamente a los terrados, el artículo 283, número 4.º, presupone la vigencia de la situación anterior. En efecto, si en la norma indicada se decreta la no usucapibilidad de la servidumbre de luces y vistas entre terrados contiguos de igual o distinta altura, que no se hallen cerrados o lo sean mediante reja, es, sin duda, porque las luces o vistas entre ellos se reputan consecuencia de una tolerancia de los dueños (recíproca o unilateral) que, como tal, no puede originar una posesión hábil para la usucapición. Si las luces o vistas son de «mera tolerancia», dicho queda que en cualquier momento puede hacerse valer la obligación de cierre, cuya subsistencia bajo la Compilación parece por todo ello indudable.

### 3. Patios, jardines y lugares semejantes.

No obstante tratarse de cuestiones que más bien afectan al problema general de la medianería, vamos a incluirlas aquí, debido a que la doctrina considera como finalidad esencial del cerramiento de los lugares indicados la recíproca evitación del paso y de las vistas entre los mismos.

De acuerdo con la ordenación 38, en el Derecho catalán anterior a la Compilación, era preciso distinguir entre cierre obligatorio y cierre voluntario. El primero afectaba a los patios y huertos de regadío; el segundo, a las viñas y al campo en general. Decía la ordenación citada que «nadie puede obligar al que sea su vecino en viña o campo a cerrarse con tapias» y añadía que «sólo en las casas o en huerto de regadío podrá obligar a que aquel (el vecino) quede cerrado». La regla transcrita resultaba desarrollada en algunos aspectos de esta forma:

a) Cierre de patios. Se concretaba en las ordenaciones 22 y 44, que preceptuaban el carácter medianero de la pared de cerramiento y su altura, reiterando, además, la obligatoriedad de dicho cerramiento; lo cual, en el ámbito estrictamente civil, suponía que cada uno de los propietarios estaba facultado para exigir del otro el cierre y obligado a colaborar en él cuando el vecino hubiese hecho uso de la mencionada facultad (39). La ordenación 22

(39) Prescindiendo aquí de las posibles obligaciones de carácter administrativo, en el ámbito estricto del Derecho civil no nos parece adecuado considerar, como a veces se ha hecho, la obligación de cerramiento de los patios (albergues) como un deber legal que se superponga a la voluntad de los propietarios. Se trata, por el contrario, de una obligación civil recíproca en el sentido indicado en el texto. Cfr. ord. 43. Lo cual

establecía el siguiente principio: «Cada uno está obligado a cerrarse con su vecino en albergue, hasta la altura de tres tapias, y el suelo de la tierra sea medianero» (40).

b) Cierre de huertos (o de jardines). Añadía a él la ordenación 23, diciendo que «el que quisiere cerrarse en huerto con su vecino debe ayudarle con dos tapias de altura siendo el suelo necesario medianero, y no esté obligado a pagar si no queda cerrado» (41). La obligación de contribuir a los gastos de cerramiento, no la de acceder a él cuando proceda (cfr. ord. 38), se condiciona pues al hecho de que el vecino quede así mismo cerrado (*e ne sic tingut de pagar si doncs no roman tancat*). Criterio que se conserva en la Compilación (42).

Hasta aquí el Derecho anterior a la Compilación. Veamos ahora lo que ocurre en ella en relación con el cerramiento que estudiamos. Nada se dice en la misma sobre si tiene o no carácter obligatorio la construcción de las llamadas «paredes de cierre» o «paredes de cerramiento». El artículo 286 se limita a señalar su naturaleza de medianeras hasta una altura mínima de dos metros, a calificar también de medianero el suelo de la pared y a condicionar la contribución a los gastos de construcción al hecho de edificar o al de quedar efectivamente cerrado. «Será así mismo forzosa, dice el precepto, la medianería en las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares, hasta la altura mínima de dos metros.—El suelo de la pared divisoria será medianero (43); pero el vecino no tendrá obligación de contribuir a la mitad de los gastos de construcción de la pared hasta que por su parte edifique o cerque su finca».

Comparado con la reglamentación anterior el artículo 286 unifica en ciertos aspectos las normas hasta ahora vigentes, pero deja sin resolver la cuestión de si deben o no considerarse obligatorios los cerramientos de que se ocupa, al menos los que lo eran con anterioridad (como era, por ejemplo, el caso de los patios). Ante el silencio de la Compilación el intérprete ha de decidirse por una de estas dos soluciones:

Primera solución: Entender que en cuanto a la obligatoriedad o no del cierre la Compilación presupone y acoge el criterio del

no quiere decir, repetimos, que no pueda imponerse a ambos propietarios el cierre en virtud de consideraciones administrativas.

(40) La ordenación 41 reitera: «En casas, hasta tres tapias de alto, el suelo sea medianero.» Lo mismo «*Recognoverunt*», cap. 62: «En orden a las cercas, cada uno debe contribuir por su parte con el vecino, y han de ser las de las casas de tres tapias, y las de los huertos de dos de alto.» Las tres tapias equivalían a unos 14 ó 15 palmos ordinarios.

(41) La obligación de contribución y la altura se sancionaban asimismo en el capítulo 62 del «*Recognoverunt*». Cfr. nota anterior.

(42) Cfr. artículo 286. II, al que en seguida se hará referencia.

(43) «Medianeras», dice la edición oficial. Entendemos se trata de una errata, que se salva en el texto. Correcto, artículo 177 Proyecto.



Derecho anterior. En apoyo de esta tesis podría aducirse lo dispuesto en el artículo 1, II, relativo, como sabemos, a la forma de interpretar las normas compiladas. Quizá también la remotísima y forzada posibilidad de encajar los supuestos de hecho contemplados por el artículo 286 en el principio básico del artículo 293, I.

Segunda solución: Estimar que la *Compilación* ha prescindido en todo caso de la obligatoriedad del cerramiento de patios, huertos, jardines y solares, limitándose a indicar la naturaleza de la pared cuando el mencionado cerramiento se practique. Aún reconociendo lo discutible de la materia, nos inclinamos por esta segunda solución. Ciertamente, a diferencia de lo que ocurre con los terrados, los supuestos que ahora se estudian son de encaje mucho más dudoso en el artículo 293, I. Para subsumirlos en el principio que éste sanciona sería preciso dar al mismo un alcance desmesurado, tal vez contrario a su espíritu y a su significación precisa (44).

### III. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

#### 1.º *Especies de servidumbres.*

Ante todo es preciso distinguir las servidumbres de luces y las de vistas. El criterio diferenciador de unas y otras viene ya dado por su sola y respectiva denominación. La servidumbre de luces es aquella cuyo contenido radica en autorizar a su titular a tomar luz del predio vecino o a través de él. La servidumbre de vistas, en cambio, además de la expresada facultad (45), tiene por contenido típico el de autorizar al titular de la misma a disfrutar vistas sobre la finca del vecino o a través de ella. Con un criterio, nada técnico si se quiere, pero sí de un extraordinario grafismo, el Derecho romano distinguía las luces de las vistas diciendo que mientras éstas se extienden también a los lugares inferiores, la luz sólo puede tomarse de arriba (46).

(44) Téngase en cuenta que en el Derecho anterior el cerramiento obligatorio sólo se aplicaba a determinadas hipótesis: patios, huertos de regadío. Se dejaban, pues, fuera del principio fundamental de vecindad casos a los que hubiera tenido que aplicarse de haber sido entendido en un sentido muy amplio. Parece por ello que las razones que hacían, según los casos, el cierre obligatorio o voluntario se manifestaban al margen de dicho principio; eran consideraciones de otra índole. No la evitación de las vistas, a pesar de lo que se ha afirmado algunas veces.

(45) Por esto se ha entendido siempre con razón que la servidumbre de vistas comprende la de luces. ¿Cuestión esencial para calificar a la primera de continua! De acuerdo con este doble aspecto de la servidumbre de vistas (luz, vista) la distinción debiera formularse diferenciando la *servidumbre de luces* y la *servidumbre de luces y vistas*.

(46) Digesto, VIII, 2, 16: «Lumen id est, ut caelumn videretur, est interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest.» El texto es de

Partiendo de esta idea fundamental y configurándolas con un contenido positivo (*pati*) o negativo (*non facere*) según los casos, el Derecho romano y la doctrina elaborada sobre el mismo nos hablan, entre otras, de la servidumbre *luminum*, de la *luminis immittendi*; de la *prospectus*, de la *ne luminibus officiat*, de la *ne prospectui officiat*, etc. Prescindimos aquí de cada una de estas especies y de su respectivo significado (47). Han tenido y quizá sigan teniendo cierta importancia en el Derecho catalán. Sin embargo, debido al casuismo con que las fuentes catalanas han tratado siempre la materia de servidumbres, la vigencia supletoria de los textos romanos resultaba, en este punto, en gran medida innecesaria y más teórica que real. Al indicar, pues, en estas notas las distintas especies de servidumbres de luces y vistas en Cataluña vamos a limitarnos a la consideración de los tipos que se recogen y delimitan en los textos genuinamente catalanes. En primer lugar se aludirá al Derecho anterior a la Compilación; después, se expondrá el criterio adoptado por ésta.

A) *Derecho anterior a la Compilación*.—Sin prescindir de la finalidad de los huecos o ventanas, el Derecho catalán no tomaba, sin embargo, dicha finalidad como módulo orientador de la clasificación de las servidumbres. Por el contrario, tanto la ley como la doctrina atendían, para señalar los diversos tipos de servidumbres de luces y vistas, a la clase o especie de ventana o abertura mediante la cual se ejercía o podía en su caso ejercerse el gravamen. Con respecto al exacto significado de algunos tipos de ventana la doctrina, por cierto, no había logrado acuerdo hasta la fecha de la Compilación (48).

En armonía con la orientación indicada se solían distinguir estas especies de servidumbres:

a) Servidumbre de luces mediante *lucerna*. Numerosos textos de las Ordenaciones y algunos del «*Recognoverunt*» se refieren a la ventana lucerna. Ahora, como con respecto a las demás aberturas, sólo hemos de aludir a los que indican sus características. Concretamente la ordenación 50, que señala sus dimensiones. Era la *lucerna*, llamada también *claraboia* o *espitllera*, una abertura o ventana alta de una anchura fija de medio palmo de destre (117 milímetros) y de una altura variable de dos a tres palmos de destre (468 a 702 milímetros). No teniendo estas medidas se declaraba expresamente que no sería lucerna (49). Por

PAULO. Muy gráfica también, y desde luego correcta, la frecuente afirmación de que las aberturas para luces no permiten asomarse e inspeccionar el predio vecino, mientras que las ventanas para vistas permiten sacar la cabeza y mirar a un lado y a otro.

(47) Su respectivo concepto y contenido puede consultarse en diversos pasajes del Digesto, VIII, 2.

(48) Recuérdense las discusiones en torno a lo que era, por ejemplo, la *finestra a cantó* o la ventana *rajalera*. Cfr. más adelante.

(49) Ordenación 50: «Es costumbre que la lluherna debe tener dos palmos hasta tres de largo y debe tener de ancho de la pared por donde

sus dimensiones y forma se comprende en seguida que su finalidad no podía ser otra que la de proporcionar luces (ventana luminar), como sucede, según la doctrina, con las *saeteras* o *espitlleras* a que aluden las Costumbres de Gerona y con las cuales en ellas se confunde (50). La doctrina añadía: no puede pasar por ella un hombre (51) y difícilmente permite inspeccionar el predio del vecino. Es fundamental la calificación o no de lucerna a una abertura determinada por ser la servidumbre mediante ella la única susceptible de ser adquirida por usucapición (52).

b) Servidumbre de luces mediante *croera*. Conocida igualmente con el nombre de *crehuera* la croera es una abertura o ventana de pequeñas dimensiones cruzada por travesaños de hierro en forma de cruz o aspa o por dos ladrillos de la misma manera. Se trata pues de una ventana para luces, que, dadas sus características, no permite asomarse. Lo corriente es que las croeras estén abiertas debajo del alero o voladizo del tejado (53). Alude a las croeras, para excluir su usucapibilidad, la ordinación 15, que habla de las croeras en voladizo de tejado y de las croeras hechas de ladrillo (54). La ventana croera apenas si se usa en Barcelona, conservándose en las demás regiones.

c) Servidumbre mediante ventana *rajalera*. La ordinación 61, después de referirse a la imposibilidad de alegar la posesión (usucapición) de determinados tipos de ventanas, termina diciendo «y no en otras sino en rajalera». El precisar cuál sea el exacto significado de esta expresión ha dado lugar a discusiones doctrinales. Una opinión entiende que la ventana rajalera es cualquier tipo de ventana abierta en pared de ladrillo, basándose en que ladrillo en catalán es *rajola*. Otra, que parece la más correcta, afirma que la ventana rajalera es la abertura que tiene por objeto el paso de la luz (rayo de luz = «raij» o «raig»), siendo pues un hueco para luces o ventana luminar. Entendemos que esta tesis resulta corroborada por la circunstancia de que en la ordinación 61 (55) parece sancionarse la usucapibilidad de la ventana que

---

recibe la luz medio palmo de destre.» El texto termina: «en otro caso no será lluherna» (si no es dita lluherna, dice el texto catalán).

(50) Código de Costumbres de Gerona, Rúbrica 38, capítulos I y II. En él se habla de *lucernis sive spillereys*.

(51) Lo de que pase o no pase un hombre por la abertura es importante, porque es criterio al que a veces se atendía para calificar una ventana de luminar o prospectiva. Cfr., por ejemplo, ord. 61, a la que más adelante se aludirá.

(52) Cfr. en su lugar oportuno.

(53) En ciertos aspectos la ventana *croera* recuerda a los huecos de ordenanza del artículo 581 del C. c. En su respectivo régimen jurídico hay una diferencia fundamental: los huecos de ordenanza se pueden abrir *ex iure proprietatis*; las croeras sólo *ex iure servitutis* o tenerse en precario, sin que nunca puedan consolidarse por la usucapición.

(54) *Croera de raliex de tacement de taulada y croera feta en rajola*, respectivamente. A la ordinación 15 se hará de nuevo alusión al estudiar la adquisición de las servidumbres.

(55) La ordinación 61 se transcribirá más adelante.

nos ocupa, en cuyo caso la expresión *rajalera* no designa un nuevo tipo de abertura, sino que es simplemente una forma de denominar a la *lucerna* atendida su finalidad de paso de los rayos de luz (56).

d) Servidumbre mediante «ventana prospectiva». Las ventanas para vistas se conocen por lo general con el nombre de «ventanas prospectivas» y son las que, debido a sus condiciones, permiten asomarse y facilitan vistas sobre el predio vecino o a través del mismo. Para excluirlas de la usucapión se refiere a las ventanas para vistas la propia ordenación 61, en la que se las caracteriza como agujeros o «aberturas por donde pueda pasar algún hombre» (57).

e) Servidumbre mediante *finestra a cantó*. La ordenación 46 es, sin duda, la que más discusiones ha suscitado acerca de lo que sea la ventana *a cantó* a que en ella se hace referencia. Después de las muchas opiniones en torno al significado de la ventana indicada (58) parece que pueden concretarse estas conclusiones: 1.<sup>ª</sup>) Se trata de una ventana prospectiva. 2.<sup>ª</sup>) Abierta en una pared que linda con la del vecino. 3.<sup>ª</sup>) Siendo indiferente que permita vistas rectas u oblicuas. Teniendo el vecino en su pared una ventana de esta clase, el otro, al abrir otra en la pared suya, había de alejarse seis palmos de destre de la pared vecina y otros tantos de la ventana que en ella hubiera (59) (60).

B) *Criterio de la Compilación.*—En los textos compilados se ha simplificado mucho la reglamentación, ya que, con muy loable acuerdo, se ha prescindido de la mayoría de las distinciones y denominaciones que acabamos de examinar. La única servidumbre que conserva su nombre y características es la servidumbre de luces ejercida mediante *lucerna*, por ser la única que, como en el Derecho anterior, puede adquirirse por usucapión (art. 283, número 2.<sup>º</sup>). Todas las demás han perdido su denominación específica; la conservarán sin duda en la práctica, pero en el texto de la ley ya no existe. En él se habla sin más, y sin ánimo clasificatorio, de «servidumbre de luces mediante agujeros, rendi-

(56) La *lucerna* es la única ventana que puede consolidarse por usucapión. Cfr. más adelante, en el epígrafe relativo a la «adquisición de las servidumbres».

(57) Se ha demostrado que ésta es la correcta significación del pasaje de la ordenación *e samblat forat hont puxa passar null hom*. El adjetivo *null* significaba *alguno* y no *ninguno*, como a veces se ha creído.

(58) He aquí, en síntesis, las teorías sobre la *finestra a cantó*: a) Es una ventana en pared que forma ángulo entrante con la del vecino. b) Es una ventana en pared que forma ángulo saliente. c) Es una ventana con rosetón de piedra calada. d) Es una ventana en pared que toca, en ángulo o no, a la del vecino.

(59) Estos seis palmos son la «androna» a que obliga la servidumbre de vistas del vecino. Cfr. más adelante en «Efectos de las servidumbres».

(60) Ordenación 46: «Nadie puede hacer ventana a cantó en pared cerca de su vecino si éste ya tuviere otra allí, y en este caso deba alejarse de ella y del cantó seis palmos de destre.»

jas, enrejados o aberturas en cualquier pared» (art. 283, número 2.º); de «servidumbres de vistas en pared propia o medianera» (art. 283, núm. 3.º); de «servidumbre de luces y vistas entre terrados contiguos» (art. 283, núm. 4.º).

Debido al distinto régimen jurídico que, conservando el sistema anterior, establece la *Compilación* sobre su mecanismo, la clasificación de las servidumbres, atendiendo a este aspecto, puede sintetizarse así: a) Por una parte, la servidumbre de luces mediante lucerna. b) Por otra, todas las demás de luces o de vistas. Como veremos, tan sólo la primera es usucapible, teniendo además ciertas particularidades en cuanto a su forma de extinguirse (art. 283, núm. 2.º, y art. 284) (61). Si nos atenemos, en lugar de a su mecanismo, a sus efectos, la clasificación será: a) servidumbres de luces. b) Servidumbres de vistas (art. 295).

## 2. *Adquisición de las servidumbres.*

A) *Consideración general.*—En general pueden adquirirse las servidumbres de luces y vistas por los mismos modos de adquisición que reconocen los artículos 537 y siguientes del Código civil. Podrán, por lo tanto, quedar constituidas en virtud de título (contrato, acto unilateral, etc.), usucapición (con las salvedades que se indicarán a continuación), escritura de reconocimiento, sentencia firme (62) y signo aparente por el juego del artículo 541 (63). De

(61) El artículo 283, número 2.º, define de pasada la lucerna diciendo que es «el hueco que mida una anchura constante en el paramento exterior de doce centímetros y una altura variable entre la mínima de cuarenta y cinco y la máxima de setenta centímetros». Se moderniza la forma de expresar las medidas, al abandonar el palmo de destre y acudir al sistema métrico decimal. En el Proyecto de *Compilación* se establecieron dimensiones distintas, no señalando sino las medidas mínimas, con lo cual se desnaturalizaba el Derecho anterior. Decía el artículo 171, número 2.º, del Proyecto que la lucerna era «un hueco que tenga por lo menos veinte centímetros de ancho por setenta de alto». Con semejante sistema la lucerna se hubiese convertido con frecuencia en servidumbre de vistas y no de luces, con las graves y peligrosas consecuencias que ello habría entrañado.

(62) No entramos ahora en el problema del verdadero significado de la escritura de reconocimiento y de la sentencia firme como «modos de adquisición» de las servidumbres.

(63) El artículo 541 se considera aplicable a Cataluña. Existe jurisprudencia reiterada, sobre todo de los tribunales inferiores. La doctrina catalana ha hablado en algún caso de «adquisición automática»: una servidumbre latente deviene efectiva al separarse la titularidad de los predios. En pro de la aplicación del principio del artículo 541 a Cataluña se ha aducido que, en cierto modo, podía fundarse también en la ordenación 59, que obligaba al vendedor de una finca a indemnizar al comprador de la misma por las servidumbres ocultas. No creemos tenga nada que ver la ordenación indicada con el artículo 541. Por esto: a) En la ordenación se hace sin duda referencia a verdaderas servidumbres y no a signos de servidumbre establecidos por el propietario de las dos fincas («servidumbre de propietario»). b) El artículo 541 presupone una apariencia de servidumbre (apariciencia de servidumbre aparente), mientras que en el texto de la

los modos de adquisición enumerados merece ser considerada especialmente, por las particularidades que presenta frente al sistema del Código, la usucapión. A ella se dedica el apartado que sigue.

B) *La usucapión y las servidumbres de luces y vistas.*—Como principio básico y fundamental ha regido y sigue rigiendo en Cataluña el de que las servidumbres de luces y vistas no pueden usucapirse, debido a que no se consideran susceptibles de posesión o, al menos, susceptibles de una posesión hábil para consolidarse a través de la usucapión. Tan sólo puede ser adquirida por este medio la servidumbre de luces mediante ventana lucerna. Por otra parte, en cuanto a ésta, el plazo es distinto del que se señala en el artículo 537 del Código: en lugar de veinte se establecen treinta años, como se verá más adelante.

Frente al sistema del Código civil el Derecho catalán, en el punto que ahora nos interesa, presenta así una doble particularidad: 1.º) En cuanto al ámbito, sólo permite la usucapión de la servidumbre mediante lucerna, mientras que el Derecho común admite ampliamente la usucapibilidad de las servidumbres de luces y vistas en su doble condición de continuas y aparentes (artículos 537 y 539 del Código civil). 2.º) El plazo es distinto del que señala el Código al reglamentar específicamente la usucapión de las servidumbres. De acuerdo, pues, con estas ideas el estudio de la usucapión de las servidumbres de luces y vistas en Cataluña va a quedar así distribuido: a) El principio de la no usucapibilidad. b) La usucapibilidad de la lucerna. c) El plazo.

a) *El principio de la no usucapibilidad.*—Como ya sabemos, es tradicional en el Derecho catalán el postulado de que, salvo la servidumbre de luces mediante lucerna, las servidumbres de luces y vistas no pueden ser usucapidas.

Las Ordenaciones formulaban el principio indicado con cierta insistencia y hacían además en algún caso aplicación concreta del mismo a determinada especie de servidumbre. El postulado de la no usucapibilidad de la servidumbre de luces y vistas, con excepción de las luces por lucerna, se sanciona en la ordenación 14, diciendo que «nadie puede alegar posesión de luz (64) que reciba de parte del cielo o de parte de su vecino si no es por lucerna que haya poseído por treinta años». Teniendo en cuenta el significado que dimos a la expresión «ventana rajalera» (como sinónima de lucerna) el principio se confirma en la ordenación 61, en la que se determina que «nadie puede alegar posesión en parq[ue]

ordenación se hace referencia a servidumbres ocultas o escondidas: *servitut encuberta o amagada*.

(64) En los diversos textos catalanes que se conservan de las Ordenaciones, en unos se habla de «luz» (*llum*) y en otros de «vista». Dado el sistema de las Ordenaciones, el principio hay que referirlo tanto a las luces como a las vistas. Cfr. ord. 61.

propia o común de ventana grande ni pequeña, ni de tal agujero (*forat*) por donde pueda pasar algún hombre y no en otras sino en rajalera» (65). Aunque en realidad resultaba superflua la declaración, en la ordenación 15 se sancionaba de forma expresa la no usucapibilidad de las *croeras*. Finalmente, y con un carácter de principio general, en la ordenación 62 se consideraban abiertas en fraude del vecino las ventanas no usucapibles, a no ser que se tuvieran con escritura de dicho vecino (66).

El principio de la no usucapibilidad de las servidumbres de luces y vistas (con excepción de la lucerna) se recoge en términos muy claros en el texto de la *Compilación*. Entre las servidumbres que no pueden ser adquiridas por usucapición, ni siquiera inmemorial, señala el artículo 283 las de luces y vistas. Según este precepto «no podrán constituirse por usucapición, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: ... 2.<sup>ª</sup> La de luces mediante agujeros, rendijas, enrejados o aberturas en cualquier pared... 3.<sup>ª</sup> La de vistas, sea en pared propia o medianera. 4.<sup>ª</sup> La de luces y vistas entre terrados contiguos de igual o de distinta altura, que no se hallen cerrados, o lo sean mediante reja» (67). Hay que tener en cuenta, asimismo, puesto que pudiera afectar a ciertas especies atípicas de servidumbres de luces y vistas sin pared (vistas sobre todo), que la *Compilación* declara también no usucapibles las servidumbres no aparentes, entendiendo por tales las que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio (art. 283, núm. 8.<sup>º</sup>) (68).

b) *Usucapibilidad de la lucerna*. — En el Derecho anterior, aparte de los textos que excluían de la usucapición a las servidum-

(65) Atenuada en el sentido del principio en cuestión había de entenderse la ordenación 41, en la que se establecía que «en pared propia ni común no se debe hacer ventana ni lucerna (*finestra ni lluherna*) en dirección a pared de su vecino, a menos que con él se hubiera convenido en escritura». La norma no excluía, pues, la posibilidad de usucapición de la lucerna.

(66) He aquí el texto de ambas ordenaciones. Ord. 15: «No se puede alogar posesión de vista (luz) por ventana croera en ningún voladizo de tejado, ni de ventanas croeras hechas con ladrillo». Ord. 62: «El que tendrá ventana y no la puede adquirir por prescripción, si no la tiene con escritura de su vecino, en otra manera se entiende hecha en fraude de la otra parte».

(67) Los textos transcritos se corresponden con los contenidos en el artículo 171, números 2.<sup>º</sup> a 4.<sup>º</sup> del Proyecto. Con ligeras variantes de redacción la *Compilación* ha reproducido las normas del Proyecto. Esta diferencia se aprecia: en el número 3.<sup>º</sup> del artículo 171 del Proyecto se aludía a pared «propia, medianera o común»; en el número 3.<sup>º</sup> del artículo 283 de la *Compilación* se alude a pared «propia o medianera». La variante no supone cambio alguno de sistema. En todo caso, exclusión de la usucapición.

(68) El Proyecto de *Compilación* sancionaba la misma regla general, citando, además, algunos ejemplos de servidumbres no aparentes que se han omitido en el texto vigente. Cfr. artículo 171, número 8.<sup>º</sup>. Cfr. también artículo 532 C. c.

bres de luces y vistas exceptuando la servidumbre mediante lucerna (69), la posibilidad de que ésta fuera adquirida por usucapición se declara de forma terminante en el capítulo 45 del «Recognoverunt», en el que se dice que «es costumbre en cuanto a las lucernas (claraboyas) puestas en pared propia o común, de aquel que por ellas recibe la luz, que si dichas lucernas han existido por treinta años en paz y continuamente (70) no puede cerrarlas la parte contraria». Confirman esta disposición las ordenaciones 1 y 2 (71).

Por considerarse fraudulentas quedaban excluidas de la usucapición las lucernas abiertas en pared «de tapia» (pared de barro). La ordenación 20 era clara: «Nadie puede ganar posesión de lucerna que haya hecho en agujeros de tapias (72) para recibir vista (luz) de parte de su vecino». La ordenación 63 repite el precepto y fundamenta su razón de ser: carácter fraudulento de los huecos (73).

La posibilidad de adquirir por medio de la usucapición la servidumbre de luces por lucerna es establecida asimismo por la Compilación. El artículo 283, número 2.º, comienza decretando la no usucapibilidad de la servidumbre de luces mediante agujeros, rendijas, enrejados o aberturas en cualquier pared, pero inmediatamente añade: «excepto cuando se trate de lucerna o sea del hueco que mida... (74).

Nada se dice en la Compilación sobre las lucernas en «pared de tapia». Nos inclinamos a estimar que se ha querido prescindir de la excepción que las hacía no susceptibles de usucapirse y que, por lo tanto, hoy pueden ser objeto de usucapición. Nos basamos para ello en esta circunstancia: Si la regla general de no usucapición de las servidumbres de luces se formula para huecos «en

(69) Ordenaciones 14 y 61, ya estudiadas.

(70) *In pace et continue*, dice el texto latino; *en pau y continuament*, el catalán.

(71) La ordenación 1, después de sancionar el derecho de *atans* o aproximación a pared del vecino, impone el deber de respetar «la ventana lucerna, poseída allí en sana paz (*en sana pau*) por treinta años y sin contradicción de aquel y de los suyos». La ord. 2 completa la anterior, señalando la medida de la androna que impone la lucerna (cuatro palmos de destre en cuadro) recibida mediante documento o «poseída durante treinta años». En las Costumbres de Gerona se lee en la Rúbrica 38, cap. I: «Item est consuetudo in lucernis sive spillereys, positís in parietes privata vel communi qui lucem acceperint pro ipsas lucernas quod si lucernae ipsae stiterint per triginta annos in pace et continue quod ipsae lucernae non possint claudi a parte adversa».

(72) *En forats de tapias* o *en buyals de tapias* se lee en las versiones catalanas.

(73) Ordenación 63: «La lucerna hecha en agujero de tapias no sea tomada ni obtenida por lucerna, antes se tendrá por hecha en fraude de su vecino, porque no debe gozar de la costumbre».

(74) Las dimensiones ya se estudiaron más atrás. Criterio análogo, aunque con medidas diversas, sancionaba el Proyecto, artículo 171, número 2.º. Vid. lo dicho al examinar las «especies de servidumbres».



cualquier pared», hay que entender que la excepción que permite usucapir las lucernas se refiere asimismo a lucernas «en cualquier pared» (75).

c) *Plazo de usucapión*.—Cuando, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, proceda la usucapión de la servidumbre (lucres mediante lucerna) el plazo era y seguirá siendo de treinta años.

En el Derecho anterior hasta recordar las normas a que ya nos hemos referido. En todas ellas, coincidiendo con el criterio general adoptado por el Usatge «Omnes causae», se establecía el plazo de treinta años. Se hablaba en los textos de la lucerna poseída en paz y continuamente por ese plazo (76).

Bajo la *Compilación* el plazo es también de treinta años; por aplicación de la regla general del artículo 342, inciso 1.º: «La usucapión del dominio y demás derechos reales sobre cosas inmuebles, incluso las servidumbres no comprendidas en el artículo 283, tendrá lugar por la posesión en concepto de dueño (77) por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe» (78).

¿Desde cuándo se cuentan los treinta años? En el Derecho anterior parece indiscutible que desde que la lucerna se abrió. En los textos se hace referencia expresa a la lucerna que haya *existido* treinta años o a la lucerna que se hubiere *poseído* ese tiempo (79). En la *Compilación* no se resuelve de forma específica y expresa el problema. Habrá que resolverlo acudiendo a los principios generales y sobre todo a la regla del artículo 343, I, sobre cómputo del plazo en la usucapión de las servidumbres. Aplicando dichos principios y la regla indicada se puede llegar a la solución del Derecho anterior. Véamoslo.

Principios generales. Aplicación del artículo 1, II, de la *Compilación*.

Regla sobre el cómputo. Dice el artículo 343, I, que «las servidumbres positivas aparentes se empezarán a usucapir desde que se ejerciten o se realicen actos necesarios para su ejercicio, y

(75) La cuestión, sin embargo, no es del todo clara y puede discutirse. Contra el criterio que apuntamos en el texto cabría una objeción sería: la de entender que cuando el artículo 283, número 2.º, habla de «cualquier pared» se refiere a la titularidad de la misma y no a la materia de que está construida. Entonces el problema de la posibilidad o no de usucapir las lucernas «en pared de tapia» habría de resolverse con arreglo al artículo 1, II, de la *Compilación*. Se llegaría a solución contraria a la que se propone en el texto.

(76) Cfr. ordenaciones 1, 2, 11, transcritas oportunamente en los lugares correspondientes. También «*Recognoverunt*», cap. 45.

(77) Aunque la ley no lo diga la posesión en concepto de dueño ha de ser, además, pública, pacífica y no interrumpida. Se trata, creo, de presupuestos institucionales de la usucapión. Cfr. art. 1.041 del Código civil.

(78) Coincidente con el artículo 552, II, del Proyecto.

(79) Cfr. textos citados en la nota 76.

las negativas y las no aparentes (80) desde que se realicen actos opuestos a la libertad del dominio del predio sirviente, que revelen la intención de tener servidumbre» (81). La aplicación de esta norma supone la solución de una cuestión previa, cual es la de determinar la naturaleza de la servidumbre de luces mediante la lucerna. Creemos que, en todo caso (aun en pared propia), es positiva y aparente (82). Los treinta años, pues, se contarán desde que «se ejercitó» o desde que «se realizaron actos necesarios para su ejercicio» (83) (84).

(80) Sin embargo, art. 283, número. 8.º.

(81) Idéntico al artículo 553, 1, del Proyecto. Vid. también artículo 539 C. c. Parecido, pero no igual.

(82) De que es aparente no hay duda. Cfr. artículo 532 C. c. En cuanto a su naturaleza de positiva (cfr. art. 533 C. c.) resulta lo siguiente: Por virtud de la prohibición general del art. 293 de la Compilación no puede abrir lucerna si no dejo la androna. Si lo hago, una de dos: o el hueco es furtivo o lo abro porque el vecino me *deja hacer*. Luego la servidumbre es positiva. Téngase en cuenta que el que el gravamen haya, como es natural, de ejercitarse *sobre* el predio sirviente, no implica que por necesidad haya de ejercerse mediante actos *en* dicho predio.

(83) Dada la forma en que procedía el Derecho anterior y el carácter general de sus disposiciones (lucerna *existente* o *poseída* treinta años) dudamos que en este caso haya lugar a la averiguación de si la abertura y tenencia de la lucerna es o no un acto meramente tolerado que excluya la usucapación (cfr. C. c. arts. 444 y 1.942). Quizá más que de una verdadera usucapación se trate de una simple «consolidación» de una situación fáctica por el transcurso del tiempo. Esta idea, en general, puede ser muy útil para explicar muchas de las especialidades que presenta la «usucapación» (?) de las servidumbres, que tiene muy poco de común con la usucapación de los derechos reales en general.

(84) En la exposición que aquí se ha hecho del problema de la usucapación, en relación con la servidumbre de luces y vistas, el tratamiento ha quedado circunscrito a la que podríamos calificar de «usucapación específica» en materia de servidumbres (vid. nota anterior): aquella que surge como consecuencia de actos que por su sola voluntad lleva a cabo el titular del que sería, de haber servidumbre, predio dominante. Decimos esto porque nos parece muy duro el entender excluida la usucapación, que entonces se gobernaría por los principios generales, cuando el que posee la servidumbre tenga justo título y buena fe. Creo que entonces no deben jugar las disposiciones específicas sobre usucapación de servidumbres, sino el principio general de usucapabilidad de los derechos reales (art. 342). Aunque parezca lo contrario, los textos no se oponen a esta tesis, siempre y cuando que se aprecie correctamente si se trata de textos específicos relativos a la usucapación de las servidumbres (art. 283, art. 343) o de normas estableciendo principios generales que pueden jugar en otros casos (art. 342). En suma, entiendo muy discutible negar, por ejemplo, la usucapación en este supuesto: A se finge dueño de una finca, y por contrato con B constituye a favor de éste una servidumbre de vistas sobre el predio en cuestión. Si A estuviera inscrito como dueño en el Registro jugaría el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. No estándolo, me parece muy defendible la tesis de que B, con buena fe y justo título, puede usucapir la servidumbre. En este caso no deben jugar sino los principios generales. ¡Piénsese que, además, B haya inscrito la servidumbre, gozando a su favor del refuerzo que supone el artículo 35 de la Ley Hipotecaria! La argumentación anterior vale, *mutatis mutandis*, para las servidumbres que en el Código se declaran no usucapibles.

### 3. *Extinción de las servidumbres.*

A) *Consideración general.*—Las servidumbres de luces y vistas se extinguirán, en general, por cualquiera de los modos de extinción que señala el artículo 546 del Código civil. Dejan, pues, de existir por confusión, por no uso durante un tiempo determinado, por imposibilidad de uso debido al estado a que han venido los predios, por transcurso del plazo o cumplimiento de la condición si la servidumbre fuere temporal o condicional, por renuncia del titular y por la redención convenida entre éste y el dueño del predio sirviente (acuerdo de extinción). En su significado general cada uno de los modos de extinción enumerados tiene su sede de estudio en la doctrina general de las servidumbres. Por esto y porque no presentan especialidad alguna al referirse a las servidumbres que nos ocupan, se prescinde aquí de su tratamiento y consideración particular. Sólo la prescripción presenta alguna especialidad en el Derecho catalán.

B) *La prescripción extintiva.*—En general, en materia de servidumbres (y, por lo tanto, también con respecto a las de luces y vistas), la prescripción extintiva presenta ciertas particularidades que la separan de su significado y caracteres típicos y que permiten afirmar que la extinción de la servidumbre se produce, más que por prescripción, en virtud de no uso del derecho o en virtud de *usucapio libertatis* del predio sirviente (85).

Cuando se trata de servidumbres discontinuas, desde el momento mismo en que cesa su ejercicio comienza a gozarse como libre el predio sirviente. La *possessio libertatis* de éste y el no uso del derecho de servidumbre coinciden cronológicamente. En cambio, cuando se trata de servidumbres continuas no se da esta coincidencia o, al menos, es muy difícil de apreciar si se da o no. Por eso, lo decisivo, para iniciar el proceso de extinción, es el comienzo de la *possessio libertatis* del predio sirviente; comienzo que se concreta en el acto contrario a la servidumbre (86). Aquí la usucapión de la libertad del predio se manifiesta todavía de forma más clara que en las servidumbres discontinuas. Es, pues, la usucapión de una situación, de un *status libertatis*, del predio sirviente, más bien que la prescripción de un derecho del dominante, la circunstancia que provoca la extinción de la servidumbre.

---

(85) Por eso, el hablar de prescripción extintiva de las servidumbres es, en cierto modo, una inexactitud terminológica. El término «prescripción» sólo tiene en este caso un valor relativo; se emplea quizá por inercia o por comodidad. Obsérvese que el Código, en el artículo 546, número 2.º, no se refiere a la extinción de las servidumbres por prescripción, sino por *no uso*.

(86) En este orden de ideas se encuentra el fundamento de la regla que, sobre el cómputo del plazo extintivo, establece el artículo 546, número 2.º, del C. c.

Las consideraciones anteriores son perfectamente aplicables a las servidumbres de luces y vistas en su condición de servidumbres continuas.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho común, en el que el plazo extintivo son veinte años, en el Derecho catalán se amplía a treinta. En este sentido queda, pues, modificado para Cataluña el artículo 546, núm. 2.º, del C. c. Con anterioridad a la Compilación el plazo de treinta años derivaba del carácter general del Usatge «*Omnes causae*» (86 bis). La Compilación establece de una forma expresa el plazo extintivo de treinta años para las servidumbres, en el artículo 344, en cuyo inciso 2.º se dice, entre otras cosas, que «las servidumbres prescriben a los treinta años» (87).

En cuanto al comienzo del cómputo, el Derecho anterior, la doctrina especialmente sobre criterios romanos, distinguía entre servidumbres positivas y negativas. En las primeras el plazo extintivo corría desde que dejaban de ejercitarse; en las segundas desde que el dueño del predio sirviente llevaba a cabo un acto contrario a la servidumbre (88). La Compilación silencia el problema. ¿A qué criterio acudiremos? ¿Al del Derecho anterior o al del Código civil? En la mayoría de los casos se llegará a la misma solución con uno y otro criterio, puesto que las servidumbres negativas son continuas. En cambio, cuando la servidumbre de luces o vistas fuere positiva, al ser también continua (89), la solución sería distinta, según se aplicara el Derecho anterior o el Código civil. Nos inclinamos por aplicar la disposición del Código.

C) *Extinción de la lucerna.*—También en orden a su extinción existen algunas normas especiales para la servidumbre de luces mediante lucerna, que modifican y alteran las disposiciones generales o que sirven de complemento a las mismas. Las

---

(86 bis) En Tortosa no se extinguían las servidumbres por no uso, durase lo que durase. Cfr. Código de las Costumbres, Libro III, Rúbrica 11, cost. 8. Vid. nota 5.

(87) En el Proyecto de Compilación no se establecía expresamente la norma; pero al sentar, en el artículo 554, el principio de que la prescripción extintiva se regiría por lo dispuesto en el Código civil, parece que se hubiera llegado a la misma solución por aplicación del artículo 1.963 de dicho Código. De todas formas es mucho más acertado el criterio de la Compilación, puesto que al formularse de manera expresa la prescripción de treinta años se ha evitado el problema que hubiera podido surgir en torno a si la remisión había de llenarse con el artículo 1.963 o con el artículo 546, núm. 2.º del Código civil.

(88) Nos parece más técnico y preferible el criterio del Código de distinguir entre servidumbres discontinuas y servidumbre continuas (art. 546, número 2.º). Institucionalmente el criterio parece más centrado.

(89) La coincidencia y superposición que se da entre servidumbre negativa y servidumbre continua no se da entre servidumbre positiva y servidumbre discontinua. Hay servidumbres positivas continuas.

normas especiales mencionadas se refieren a la extinción de la lucerna adquirida por usucapión y a la extinción de la adquirida en virtud de título.

a) La lucerna adquirida por usucapión, conforme a un principio tradicional, se pierde y no puede volver a abrirse si el titular de la servidumbre hace desaparecer la ventana. Si vuelve a abrirla, aunque sea antes del transcurso de un año, la servidumbre no por eso renace y puede ser competido a cerrarla de nuevo. La conducta del titular de la lucerna implica una renuncia a la misma y es lógico el criterio que se adopta.

El principio indicado se establecía en las ordenaciones 51 y 64 y en el capítulo 46 del «*Recognoverunt*». Las normas estaban concebidas con un matiz muy absoluto. La ordenación 51 decía: «Si alguno hubiese poseído lucerna o lucernas y aquel cuyas son las cerrare o las haga cerrar y después quisiere abrirlas, entiéndese que ha perdido toda servidumbre y posesión y que jamás las podrá volver a abrir» (90). Entendemos que, rectamente interpretada, esta norma no impide volver a abrir la lucerna y usucapirla de nuevo por treinta años. La servidumbre que se tenía se había extinguido, pero podía llegar a nacer otra.

Dando al principio un significado de mayor amplitud dice el artículo 234, I, de la *Compilación* que «la servidumbre de luces consistente en la lucerna a que se refiere el número segundo del artículo anterior y la de «degotis» o «sagüe adquiridas por usucapión se extinguirán cuando por voluntad del dueño del predio dominante se haga desaparecer el signo exterior, ventana, canal o conducción mediante el cual se ejercía». Por lo tanto, para que esta extinción específica de la lucerna (especie de renuncia tácita) se produzca se requieren dos condiciones: 1.<sup>a</sup>) Que la lucerna se haya constituido por usucapión. 2.<sup>a</sup>) Que la abertura se haga desaparecer por voluntad del titular de la servidumbre (91). Lo mismo que dijimos para el Derecho anterior repetimos para

---

(90) Reitera este principio la ordenación 64, en la que se dice que «si alguno tendrá lucerna sobre el predio de su vecino poseída por treinta y más años y voluntariamente la cerrara, y después en algún tiempo querrá abrirla, no puede hacerlo, antes pierde en todos tiempos toda servidumbre que haya tenido, mientras el otro pueda probar que la hubiere cerrado». El capítulo 46 del «*Recognoverunt*», confirma: «Es también costumbre que los que tienen lucernas, sin instrumento alguno para tenerlas allí, ni otra tuición, sino la sola prescripción de treinta años, si las cerraren, obrando en aquel lugar o de otro modo, que otra vez no puedan tenerlas allí. En las Costumbres de Gerona sólo se aplicaba el principio si no se había llegado a consumar la usucapión de treinta años. Decía, en efecto, la Rúbrica 38, capítulo 2: «Item est consuetudo quod si ille qui habet lucernas non habet instrumentum de lucernis nec aliquam tuitionem triginta annorum, quod si cluserit eas operando ibi vel ali modo quod iterum ibi non poterat habere lucernas.»

(91) En sentido análogo se expresaba el artículo 172, I, del Proyecto.

la Compilación: que la servidumbre se extinga no quiere decir que no pueda llegar a nacer otra por usucapión.

b) Para el supuesto de que la lucerna haya sido adquirida en virtud de título, haciendo una aplicación de la regla contenida en el artículo 546, número 3.º, del Código civil, establece la Compilación una norma, en el artículo 284, II, que no se encuentra en el Derecho anterior. Se dice en ella que «de haber sido constituidas dichas servidumbres por título (92), aunque los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de ellas (93), podrá restablecerse en cualquier tiempo su disfrute, mientras no se hayan extinguido por no uso de treinta años» (94). Tres particularidades presenta esta disposición comparada con el artículo 546, número 3.º, del Código civil: 1.º) Tiene un ámbito más reducido, puesto que, mientras la norma del Código se refiere a todas las servidumbres, la de la Compilación sólo hace alusión expresa a dos servidumbres (95). 2.º) La norma de la Compilación queda o parece quedar circunscrita al supuesto de servidumbre adquirida por título, mientras que en el Código nada se especifica en este sentido. No se aprecia razón que justifique el criterio de la restricción indicada (96). 3.º) De acuerdo con el respectivo plazo extintivo, el plazo de restitución del disfrute es distinto en ambas normas: treinta y veinte años. En realidad, el artículo 284, II, de la Compilación podía haberse omitido y todo estaría exactamente igual. Las dudas interpretativas que puede originar no se compensan con su escaso o nulo contenido positivo; nada añade que no estuviera ya implícitamente contenido en la Compilación. Como aclaración del párrafo I del propio artículo 284 es del todo superfluo e inconveniente.

#### 4. Efectos de las servidumbres.

A) *El derecho de «atans»: su doble restricción.*—Es un postulado fundamental en el Derecho de Cataluña, que supone la supresión y desaparición de los antiguos *ambitus* entre las edifica-

(92) Se refiere a la servidumbre mediante lucerna y a la de «degotis» o desagüe.

(93) Incluso la forma de expresión recuerda la dicción empleada por el artículo 546, número 3.º, del Código.

(94) Prácticamente igual que el artículo 172, II, del Proyecto. Retoques de redacción.

(95) Sin embargo, con respecto a las demás se llegará a la misma solución por aplicación del artículo 546, 3.º, del Código (con la modificación de los treinta años) o simplemente por aplicación de la norma que sanciona la extinción por prescripción de treinta años (art. 344, inciso 2.º de la Compilación).

(96) ¿Qué sucederá si la lucerna se había adquirido por usucapión y los predios vienen a tal estado que deviene imposible su uso? Formalmente tal vez no proceda aplicar el artículo 284, II, puesto que sólo se refiere a la servidumbre *ex titulo*. De todas formas se llegaría a igual solución aplicando el artículo 344 (prescripción de treinta años) o el artículo 546, 3.º, del C. c. con la modificación indicada en la nota anterior.

ciones, el de que todo el que quiera edificar tiene en principio la facultad de aproximar su pared a la del vecino, de largo o de través. Esta facultad es el derecho de aproximación o «derecho de *atans*».

El derecho en cuestión se formulaba en la ordenación 39 diciendo que «cualquiera pueda tener aproximación (*atans*) de largo o de través a la pared de su vecino, aunque la haya hecho y la tenga por suya». El mismo principio, permisivo de la aproximación, se establece en las ordenaciones 1 y 2 y en el capítulo 58 del «*Recognoverunt*» (97).

El derecho de *atans* es mantenido y reconocido expresamente por la Compilación, en la que, además, se da un sentido de generalidad a la idea de respeto a las servidumbres (98). Se reconoce, pues, el derecho de aproximación, pero al mismo tiempo se impone a quien hace uso de él el deber de respetar las servidumbres. Dice con la orientación apuntada, el artículo 290 que «todo propietario podrá construir una pared aproximándola o adosándola de largo o de través a la pared vecina, sea o no medianera, con obligación de respetar las servidumbres existentes» (99).

Este derecho de *atans* o derecho de aproximación, cuya naturaleza no parece sino la de una concreta facultad dominical por derecho de vecindad, corresponde en principio a todo dueño de un terreno que se proponga edificar. La facultad de aproximación, no obstante, puede quedar restringida por una de estas dos circunstancias: 1.<sup>a</sup>) Porque el que construye la pared decida abrir en ella ventanas, en cuyo caso, para dar cumplimiento al principio de vecindad recogido en el artículo 293, habrá que dejar la androna o distancia a que se refiere la propia norma. 2.<sup>a</sup>) Porque el vecino ostente una servidumbre de luces o vistas sobre el predio del que construye la pared indicada. Esta segunda hipótesis es la que se ha previsto de forma genérica en el artículo 290, al condicionar al respeto de las servidumbres el ejercicio absoluto del derecho de «*atansarse*». De ella nos vamos a ocupar a continuación al examinar la eficacia concreta de la servidumbre, en la que se manifiesta precisamente el contenido legal del gravamen (100).

(97) Textos en los que, además, se precisa que la facultad de aproximación es sin perjuicio del respeto debido a las posibles servidumbres, criterio que, como ahora mismo veremos, comparte la Compilación. En el «*Recognoverunt*» se decía: «Cualquiera puede acercarse de largo o de través a la pared del vecino como no cause impedimento a las lucernas de éste que estuvieren allí por espacio de treinta años o las tuviere en fuerza de instrumento» (cap. 58). A las ordenaciones 1 y 2, por señalar ya en qué consiste el respeto a la servidumbre, nos referiremos más adelante.

(98) En el Derecho anterior, de una forma expresa, sólo se hablaba del respeto a las lucernas. Vid. nota 97.

(99) Equivalente al artículo 173 del Proyecto.

(100) Cuando concurren las dos circunstancias enumeradas en una misma hipótesis parece claro que la androna que impone la servidumbre del vecino (art. 295) puede desempeñar también la función de androna

B) *Eficacia concreta de la servidumbre*.—Los efectos concretos y el contenido específico de la servidumbre de luces o vistas radican en atenuar el principio, fundamental en materia de vecindad, de que no se pueden tener vistas sobre el fundo vecino ni tomar luz de él, a no ser que antes las vistas se tengan sobre el propio o se tome la luz de éste (art. 293, I). Quebrando el postulado anterior la servidumbre faculta a su titular para tener esas vistas o para tomar esas luces que la norma excluye. En esta facultad plasma en concreto el contenido del gravamen, que pasamos a examinar distinguiendo entre servidumbre de luces y servidumbre de vistas, y separando, como siempre, el Derecho anterior y las normas de la Compilación.

a) Con anterioridad a la Compilación el efecto o contenido de la servidumbre de luces consistía en obligar al titular del predio sirviente, cuando edifica, a dejar una androna de cuatro palmos de destre en cuadro (101). Se referían a la cuestión las ordenaciones 1 y 2. En la ordenación 1 se comenzaba reconociendo el derecho de *atans* y, después de haber dicho que «cualquiera pueda tener aproximación en pared propia o común, en pared cerca de su vecino, a lo largo y al través», se añadía textualmente: «y exceptuada la ventana lucerna poseída allí por treinta años en sana paz y sin contradicción de aquél y de los suyos». El contenido de esta excepción a la facultad de aproximar se indicaba en la ordenación 2, al decir que «si la hubiera poseído durante treinta años, o la hubiese recibido mediante documento, y el vecino quiere tener en ella aproximación edificando (*atans obrant*), que se haya de alejar de la dicha lucerna o lucernas cuatro palmos de destre en cuadro». De esta regla, que la ley aplicaba específicamente a la lucerna, indujo la doctrina un principio general aplicable en todo caso de servidumbre de luces. Existiendo, pues, una servidumbre de este tipo, fuere mediante lucerna o mediante otra clase de ventana (típica o atípica), el efecto de la misma consistía en la obligación del predio sirviente de dejar la indicada androna de los cuatro palmos de destre en cuadro (102).

No se resolvía en el Derecho anterior de una manera com-

---

impuesta por el propio deseo de abrir huecos en la pared que se construye (art. 293). Confirmación: artículo 295, I, al final (posibilidad de abrir ventanas que «den» a la androna derivada de la servidumbre del vecino). Cfr. más adelante.

(101) Lo mismo que si él por su parte hubiese decidido abrir huecos en la pared que construye (cfr. más atrás, II, 1, C). Para apreciar el efecto de la servidumbre basta pensar en la posición jurídica del titular del predio sirviente. De no haber servidumbre ha de dejar la androna si él abre huecos (lo mismo que el vecino habría de dejarla si también los abriese). En cambio, existiendo servidumbre, tiene que dejar la androna tanto si abre como si no abre huecos, ya que entonces la androna tiene su razón de ser en la servidumbre del vecino más que en los huecos que él vaya o no a abrir. Lo cual no quiere decir que, si los abre, no pueda aprovecharse de la misma androna que ya existe (siempre que por su parte resultara cumplida la distancia legal *ex iure vicinitatis*).



pleta el problema del efecto concreto de la servidumbre de vistas. Únicamente se contaba al respecto con la oscura y debatida ordenación 46, relativa a la *finestra a cantó*. Teniendo en cuenta el que parecía ser su verdadero significado (103), se había entendido que en todo caso de servidumbre de vistas, fueran rectas u oblicuas las que la ventana prospectiva proporcionase, había que alejarse de dicha ventana seis palmos de destre. Doctrinalmente parece que ésta era la solución correcta (104). Sin embargo, en la práctica se adoptó otra distinta, distinguiendo las vistas oblicuas de las rectas. En el primer caso se aplicaban los indicados seis palmos de destre; en el segundo, la misma solución que si se tratase de ventana luminar, o sea, los cuatro palmos de destre (105) (106).

b) Al determinar los efectos de la servidumbre la *Compilación* distingue expresamente entre servidumbre de luces y vistas y servidumbre sólo de luces. Partiendo de esta separación dice el artículo 295: «Si un predio tiene constituida a su favor servidumbre de luces o de vistas (107), el dueño del terreno vecino que quiera edificar deberá dejar frente a la misma la androna a que se refiere el artículo 293, salvo que otra cosa establezca el título de constitución; pero podrá abrir ventanas que reciban luz por dicha androna.—Si la servidumbre es sólo de luces podrá incluso edificar dentro del espacio de la androna hasta el borde inferior del hueco que da luces» (108). Unas palabras sobre cada una de las dos servidumbres.

Servidumbre de vistas. El dueño del predio sirviente ha de dejar la oportuna androna que, por la remisión al artículo 293, es de un metro en cuadro, pareciendo indiferente que la servidumbre proporcione las vistas rectas u oblicuas.

¿Desde dónde se computa la androna? Nada dice la norma. En el Derecho anterior se venía aplicando la regla de que el dueño del predio sirviente había de alejarse «de la ventana» la distancia correspondiente (109). No hay razón para no seguir

(102) Los cuatro palmos de destre equivalían aproximadamente a unos 94 centímetros, como ya se indicó. Huelga recordar que cuando no se tratara de lucerna la servidumbre no podría haberse adquirido por usucapión.

(103) Cfr. más atrás.

(104) Entre otras razones, porque la ordenación 46 era la única que de una forma específica se refería a las servidumbres de vistas. Ya dijimos que las *finestras a cantó* eran ventanas prospectivas.

(105) La razón de la mayor distancia en las vistas oblicuas radicaba en que por éstas se estimaba más hacedero el paso de una finca a otra. Ventanas prospectivas equivalen a aberturas «por las que pueda pasar algún hombre». Recuérdese lo dicho en la ordenación 61.

(106) En el valle de Arán la androna era de nueve palmos araneses, que significaban 2,142 metros. Vid. nota 5.

(107) Debe entenderse «luces y vistas». El párrafo II del propio artículo lo demuestra. En realidad, con haber dicho únicamente «vistas» bastaba: las luces van comprendidas en ellas.

(108) Idéntico al artículo 185 del Proyecto.

(109) Tratándose de servidumbre de luces mediante lucerna, en la or-

manteniendo la misma práctica. El obligar al dueño del predio sirviente a contar la androna *ex servitute* desde la línea de separación de las fincas parece excesivo. Lo que sí resulta claro es que si el que construye quiere a su vez tener o abrir ventanas deberá en todo caso quedar cumplida la distancia legal que, como norma de vecindad, establece el artículo 293 (110). Si, aplicando la regla general sobre el cómputo, esa distancia no resultare observada, el dueño del predio sirviente habrá de «adentrarse» más en su terreno, ya que entonces concurren la obligación de alejarse de la ventana *ex servitute* y el deber de adentrarse en su predio *ex vicinitate*.

Servidumbre de luces. Se permite construir dentro del espacio de la androna hasta el borde inferior del hueco por el que se ejerce la servidumbre. Esto, en la práctica, significa que la androna se deja no desde el suelo, sino desde el borde inferior de la ventana: se deja, pues, desde más arriba que en el caso de la servidumbre de vistas. A partir de la altura en cuestión la problemática es ya la misma.

Diremos, para terminar, lo siguiente: Comparado con el artículo 585 del C. c. el artículo 295 de la Compilación es más completo y más preciso. Más completo por referirse a los efectos de la servidumbre de vistas y a los de la de luces. Más preciso por concretar geoméricamente la «distancia»; distancia «en cuadro», mientras que el C. c. sólo habla de «distancia». Finalmente es menos riguroso al señalar una distancia menor en dos metros.

---

«distancia» se hablaba de alejarse «de la dicha lucerna o lucernas» cuatro palmos de destre en cuadro.

(110) Siendo ventanas para luces no parece precisa la observancia de esa distancia, puesto que habiendo androna derivada de la servidumbre se concede en términos generales (art. 295, 1, al final) la facultad de abrir huecos lumináres. De ser preciso guardar la distancia del artículo 293 la norma que comentamos era del todo superflua, al conceder al dueño del predio sirviente un derecho que ya tenía (art. 293).

# VIDA JURIDICA

## NOTICIAS

### Extranjeras

#### Inauguración del año académico 1961-62 en el «Istituto di Diritto Comparato Italo-Ibero-Americano», de Bolonia

La prolucción a los cursos del «Instituto» ha sido leída este año por el eminente Profesor Gino GORLA, Catedrático de Derecho privado comparado de la Universidad de Roma, y, sin duda, uno de los más destacados especialistas mundiales en la materia, bien conocido también en España, especialmente a través de la traducción a nuestra lengua de una de sus obras más importantes.

Nos proponemos reseñar en esta nota informativa, lo más fielmente posible, el contenido de su disertación, que llevaba por título *Studio storico-comparativo della «common law» e scienza del diritto (le forme d'azione)*, que el propio autor calificó de extraño o, por lo menos, curioso, y que arranca de su prolucción al curso desarrollado en la Universidad de Roma sobre Derecho privado comparado.

En aquella prolucción se querían confirmar cosas en cierto sentido ya conocidas: a saber, no solamente que el diálogo *civil law-common law* (como lo ha llamado Ascarellí), constituye el Derecho comparado *par excellence*, sino que, además, todos los países civilizados de nuestro globo, dentro ciertos límites, sean deudores de su civilización jurídica o al Derecho romano, en el sentido lato de la bien conocida evolución romanística (Derecho continental, *civil law*) o al *common law*. Deudores en la «forma» estructuras, conceptos, técnicas), si no siempre en la «sustancia», si es que «forma» y «sustancia» se pueden distinguir. Y en este sentido se puede decir que también los países «socialistas» de la Europa oriental y otros tienen aquella deuda y precisamente la tienen respecto del Derecho romano o romanístico, en cuyo tipo están incluidos: mientras no tienen ninguna deuda respecto al *common law* (lo que en sus razones históricas e ideológicas plantea problemas de gran interés que merecerían un cierto estudio). Hasta el punto que el jurista de un país «capitalista» de Derecho continental, para entendernos, se encuentra más a su aire frente a las leyes o a las «normas» del más importante de los países socialistas, que frente a los textos del *common law* de los países «capitalistas». ¿Cuestión solamente de forma? ¿O de una clase de lengua? ¿Polivalencia de las formas llamadas «derecho» y creadas por el hombre en determinadas condiciones históricas o una determinada civilización y su posibilidad de adaptación a funciones diversas en otras civilizaciones?

Ciertamente, el criterio «Derecho continental» (o romanístico)-*common law* podría parecer más bien formal, un criterio que distingue y enfrenta formas (estructuras, técnicas, y conceptos) más bien que la «sustancia». Y aun prescindiendo de la duda sobre la oposición forma-sustancia, inclu-

so el criterio de la «sustancia» y quizá, de los «países capitalistas y socialistas u otro criterio, puede representar un criterio o interés legítimo de comparación.

Pero se trata de ver si tenemos la madurez suficiente para hacer a este nivel o grado una verdadera ciencia del Derecho comparado, o, si por el contrario, no sea más conveniente sin dejar en olvido aquel nuevo aspecto o interés, limitarnos por ahora al criterio «Derecho continental o romanístico)-*common law*», al menos desde el punto de vista de una ciencia histórica del Derecho; y ello porque aquel criterio representa un hecho histórico, que puede ser objeto de aquella ciencia, mientras que el otro representa «lo que se va haciendo» y puede ser más bien un campo de experiencias y de actividades prácticas, si no incluso de luchas.

Así, pues, si puede considerarse, en aquel sentido limitado, y con las debidas cautelas, que los países civilizados son deudores de su civilización jurídica o al Derecho continental (romanístico) o al *common law*, no parece aventurada la afirmación que el estudio histórico-comparativo de este binomio puede y debe elevarse a la dignidad de uno de los modos de la ciencia del Derecho.

Ciertamente, aquel modo de la ciencia jurídica no es completo, si no se le intriga también con el estudio histórico-comparado de otros Derechos, como el musulmán, el hindú, el chino, el japonés y otros, en aquellos campos en los que estos Derechos son independientes del Derecho continental o del *common law* y de las relativas recepciones.

Pero tal ciencia omnicomprendensiva plantea, sobre todo, un problema de documentación y de organización (de hombres y de materiales). Y de una cierta homogeneidad de los datos (una determinada civilización), debiéndose tener en cuenta las exigencias de limitar el trabajo en relación con la capacidad de realizarlo.

¿Por qué no extender el objeto también en el tiempo, al Derecho de los faraones, al antiguo Derecho hebreo, o, más lejos aún, a los pueblos primitivos? Como toda ciencia, una ciencia histórico-comparada del Derecho continental y del *common law* debe ser consciente de sus límites y no dejarse llevar por la tentación de las generalizaciones.

El problema es, pues, el de hacer del estudio histórico-comparado del *common law* y del Derecho continental, uno de los modos de la ciencia del Derecho. Este problema, que es una hipótesis de trabajo, surge precisamente porque Derecho continental y *common law* representan, al menos, en cuanto a las formas, a las estructuras, a los conceptos, a las técnicas, las dos más grandes familias de ordenamientos jurídicos en el ámbito de una misma civilización o de una misma fase de la historia de la humanidad de la que tenemos mayor conocimiento. En cierto sentido puede decirse que los orígenes de nuestra civilización, en cuanto a lo que llamamos Derecho, se encuentran en la historia de aquellas dos grandes familias. ¿Cuánto de los caracteres que ponemos en lo que llamamos Derecho pertenece a esta historia? Si el conocimiento del Derecho, como hecho humano, es, para usar una expresión de Vico, conversión del hecho en la verdad, es necesario saber cómo se ha formado históricamente este

hecho o institución humana que es el Derecho: casi un hacer hacia atrás el proceso de creación y reconstruirlo, un estudiar las formas, las estructuras, los conceptos en el momento en que se hacen, casi viendo su artífice actuando. En este sentido, y teniendo en cuenta el hecho histórico de que en la fundación del Derecho continental y en la del *common law* están los orígenes de nuestra civilización como Derecho, se puede plantear la hipótesis de trabajo (o problema) que el estudio histórico comparado del Derecho continental y del *common law* sea uno de los modos de la ciencia del Derecho. El estudio debe ser necesariamente histórico-comparado, porque solamente esto nos puede mostrar lo que hay de común y lo que hay de peculiar o particular y cuál es el origen, el valor, la función de estructuras, formas, conceptos, técnicas, ahora comunes.

Los fundamentos de esta ciencia, todavía hipotética, deben buscarse en la organización del Tribunal ciudadano de Roma, en la época de las *legis actiones* y del proceso formulario, y de la Corte Central de Londres en los siglos XII-XVII.

Eran problemas constitucionales o, *lato sensu*, Derecho constitucional, que afrontaron nuestros antiguos padres. Para la Corte Central de Londres se trataba de un problema de organización de la justicia en un poder central o en el llamado «Estado» (moderno), que supera los grupos políticos inferiores, y después un problema de formación de un poder judicial independiente. Conocemos peor cuál fué el problema para el Derecho romano. No sabemos cómo y para cuáles problemas surgió el proceso por *legis actiones* y la correspondiente organización de un Tribunal. En todo caso, en el esfuerzo o *labor*, en la lucha por organizar o reorganizar la Corte de Roma y en la Central de Londres, se vinieron poco a poco creando formas, estructuras, conceptos, técnicas, comprendida en cierto sentido la «regla de Derecho» para el funcionamiento de la Corte; la que, precisamente, para su recto o más eficaz funcionamiento a los fines del orden social, debía imponerse y superar el orden preexistente. En la organización de aquellas Cortes está la primera forja en que vinieron creadas formas, estructuras, conceptos y técnicas del Derecho, que todavía hoy nos dominan o nos influyen, especialmente en el campo del llamado Derecho sustancial. La afirmación de Maitland «nosotros hemos sepultado las *forms of action*, pero éstas nos gobiernan todavía desde su tumba», que es también exacta para el Derecho continental, respecto de las *actiones* del proceso romano, debe extenderse a un más amplio significado, comprensivo de todo lo que representa la historia de los Tribunales de justicia en Roma y en Londres.

La historia de la organización de estos Tribunales, si quiere ser comprensiva y hacernos comprender los momentos de la organización de cada uno de aquellos Tribunales, en todos los aspectos de su historia, no debe limitarse a ciertos sectores de la organización de la Justicia. Obsérvese, además, que la organización del Tribunal no parte de la nada, sino que viene edificada sobre un orden preexistente, en combinaciones particulares o síntesis entre lo nuevo y lo viejo.

Así, en los Tribunales de Roma y de Londres se vinieron creando las

estructuras, base de los dos grandes tipos de ordenamientos jurídicos, el Derecho continental y del *common law*, estructuras que todavía hoy dominan o influyen, por un lado, el Derecho continental, y, por el otro, el *common law*; sin que, sin embargo, se puedan considerar riberas separadas de un océano, porque las estructuras del Derecho romano, o lo que de éstas permanecía en la tradición y en los textos justinianos, no carecieron de influencia en la formación del *common law*. Debe notarse que algunas de aquellas estructuras respondían exclusivamente a problemas de aquel momento, mientras que las demás habían penetrado de tal forma en las mentes de los descendientes, que era más fácil la tentación de abstraer, generalizar, racionalizar, sistematizar.

Estos dos modos o cursos de la racionalización posterior son quizá la fase más accesible (en cuanto a documentación) de la historia del Derecho continental.

La fase correspondiente del *common law* que ocupa *grosso modo* parte del siglo XVII, XVIII y XIX, en los viejos institutos, creados en la organización de los Tribunales de Londres, vienen adaptados a nuevas funciones (pero poco racionalizados), es también muy compleja.

La historia de la organización de un Tribunal en la ciudad de Roma y la historia de la organización en Londres de un Tribunal Central para el reino de Inglaterra, son dos historias diversas, o mejor, dos historias de un espíritu común que, en circunstancias históricas diversas, ha dado productos también diversos en muchas ocasiones. Son diversas, a pesar de ciertas aparentes semejanzas entre edicto pretorio y *Registrum brevium* inglés, entre *actiones* romanas y *writs* y *forms of action*. Estos dos modos han dejado una impronta que todavía no ha desaparecido sobre los ordenamientos jurídicos de formación romanística y sobre los de *common law*.

El proceso romano, en los períodos que conocemos, *per legis actiones* y *per formulas*, es una peculiaridad del Derecho romano y de la historia del Derecho constitucional de la ciudad de Roma. Hecho histórico, preñado de futuras lejanas influencias sobre el Derecho continental, de él nacieron las *actiones* del proceso formulario, cada una de las cuales representa un típica pretensión de Derecho «sustancial», o la correspondiente situación de injusticia o de «violación», definitiva en la cláusula del pretorio y reproducida en la fórmula junto a la cláusula, mientras que la fórmula viene después reproducida o adaptada en el momento de la *litis contestatio*.

El proceso *per formulas* y el correspondiente edicto impusieron a los jurisconsultos romanos «un análisis preciso y delicado de los fenómenos jurídicos», esto es, un método, un orden de clasificación de ciertos hechos y situaciones en esquemas o tipos mediante *nomina*: actividad para la que, como para la misma construcción de los *concepta verba* de las fórmulas, los juristas romanos demostraron un genio peculiar. Así se formaron en Roma los conceptos, los esquemas de las situaciones particulares que exigían una *actio* o un remedio y que, obteniendo este remedio se convertían en iurídicas.

En cambio, las clases o conceptos generales de pretensiones o de remedios se van formando en la reflexión de los juristas, antes que en la lucha para la organización o reorganización del Tribunal de la ciudad: así sucede para las acciones (y obligaciones) *ex contractu* y *ex delicto* y, en cierto sentido, para las acciones *in rem in personam*, referidas al período del proceso formulario.

La obra de los jurisconsultos romanos será la base de cuanto se haga en los Tribunales imperiales, especialmente después de la caída del proceso formulario. Pero será también la base de las escuelas, primero bizantinas y después de Derecho continental, comprendidas las *ius naturalistas*, que florecieron sobre el *humus* de una cultura romanista.

La historia del Tribunal Central de Londres va por otro camino. En un primer período, desde fines del siglo XI a todo el siglo XIII, el problema del rey de Inglaterra es el de centrar la justicia en las Cortes locales, ofreciendo una justicia más eficaz, esto es, remedios más eficaces. El modo de resolver este problema es el de los *writs* reales, emitidos en nombre del rey por su consejero. Las formas o «fórmulas» de estos *writs* o «breves», aunque encuentren precedentes próximos y lejanos y aunque algunos tiempos presenten algunas semejanzas con las fórmulas de los interdictos pretorios, son en su esencia y en su función algo diverso y particular, un nuevo hecho histórico. También tienen, a su modo, su *nomina* y su *concepta verba*.

Los *writs* se refieren preferentemente a la tierra y al derecho feudal, pero también otros *wrongs* o desórdenes que turban la paz del rey. Sobre medios que se van poco a poco tipificando, sobre situaciones particulares que requieren un remedio. Son numerosos, casi sesenta, y presentan alguna analogía con las numerosas acciones o remedios pretorios por la violación de la propiedad o de la posesión. Junto a estos *writs*, o remedios particulares, están algunos *writs* de contenido más genérico o abstracto: *writs of debt, detinue, account* y *convenant*. Otras categorías, todavía más generales y abstractas, pueden verse implícitas en las tres formas de *writs* apuntadas. El *writ of right* y el *praecipe quod reddat* parecen contener, *grosso modo*, la categoría del deber restituir la cosa ajena; mientras el *writ of trespass* parece contener la categoría del deber reparar un daño, en sentido lato, causado a otros. La primera es la más importante en la primera fase de desarrollo de las Cortes de Londres y de su *common law*; la segunda, será la más importante y casi absorberá a la primera en el desarrollo sucesivo del *common law*.

Sobre esta masa, más bien desordenada de *writs*, se vienen creando algunas estructuras o conceptos, que dejarán una impronta en el *common law*, a pesar de que nacieron para resolver el problema de centralización de la justicia, apuntado, y no para formar categorías o conceptos ordenados de remedio, *wrongs* o *rights*.

En un segundo período, que va desde el siglo XIV al XVI (o a la mitad del siglo XVII), el problema constitucional es el de la fundación de un poder judicial independiente y al mismo tiempo el de su ampliación a jurisdicción ordinaria y reformar el procedimiento, abandonando el viejo y pesado orden de *writs* reales.

El hecho que caracteriza este período, que parece reflejarse en el *Statute of Westminster* de 1285 (sino ya, bajo ciertos aspectos, en la *Provisions of Oxford* de 1258), es el que podría llamarse bloqueo de los *writs*: el Parlamento se reserva el poder de formar y de crear *writs* nuevos, para nuevas categorías de acciones. No ha sido explicado el papel que hayan desempeñado los Tribunales de Londres, porque hacia fin del siglo XIII parece ya imperar el principio de que los mismos Tribunales se reservan el poder de anular (*toquash*) un *writ* no incluido en las categorías consolidadas. En un primer período el Parlamento puede haber sido el fautor de la ampliación de la jurisdicción de los Tribunales, pero a partir del siglo XIV los Tribunales procuran independizarse, tanto para la emisión del *writs*, para el caso concreto, como para investirse de poder de jurisdicción sobre nuevos casos o categorías de casos. Para ello, los Tribunales de *common law* construyeron desde el 1300 al 1600, mediante expedientes y ficciones, algunas *forms of action* de carácter general y potencialmente omnicomprensivo del trabajo que a los mismos Tribunales interesaba realizar. La construyen sobre la base de un solo *writs*, el *writs of trespass*, y de su filiación: la *action of trespass up the case*. Las principales *forms of action* se llaman *trespass, case, assumpsit, indebitatus assumpsit, trespass*. Con estas dos categorías y una enorme floración de ficciones y expedientes se ha desarrollado una gran parte del *common law* sobre el tronco envejecido de los antiguos *writs*. Estas ficciones son extremadamente significativas porque en ellas está gran parte del secreto y de las peculiaridades de ciertas estructuras y categorías de la *common law*. En cierto sentido la *common law* por cuanto concierne tales categorías es *trespass*, como categoría base.

También aquí se debe ir con mucho cuidado en señalar analogías con las *actiones ficticiae* y con las ficciones del Derecho romano, de las que no es posible saber exactamente qué problemas resolvían. A los ojos de un jurista continental son una selva virgen, y solamente la historia puede justificarlas y explicarlas.

Pero aquí es importante observar que las categorías generales de acciones se vinieron formando en la lucha para la organización de los Tribunales y del poder judicial y, por tanto, en sentido lato, en el proceso: esto es, no son, a diferencia de las categorías generales de las acciones romanas, el producto de la reflexión de los juriconsultos, y por esto aquellas categorías generales no podían ser racionales. Y se verifica, en cierto sentido, lo contrario de lo que sucedió en el Derecho romano, en el que las particulares *figuras iuris* estaban representadas por las *actiones* y las correspondientes fórmulas. Hasta tal punto, que en la *common law*, por una misma unitaria *common law relationship* o por un mismo unitario «contractus» (en el sentido romano), pueden, y a veces deben, utilizarse varias y diversas *forms of action*, esto es, varias categorías generales de acciones.

Respecto de la *equity* conviene ir con mucho cuidado para no caer en la tentación de establecer analogías entre *equity* y *ius honorarium*. Los problemas constitucionales o de Derecho constitucional que determinaron el nacimiento, respectivamente, del *ius honorarium* y de la *equity* son di-



versos, y esta diversidad probablemente ha determinado estructuras y medios y poderes diversos en el Derecho romano (y después en nuestro Derecho continental) y en el Derecho angloamericano (incluso moderno).

El tercer período de la evolución del *common law* va desde la segunda mitad del siglo XVII a la mitad del XIX, en el que las *forms of action* (derivadas del *trespass*) cambian su función, hasta que, juntamente con los viejos *writs*, fueron gradualmente abolidos en Inglaterra, entre 1832 y 1875, después de una evolución a lo largo de siete siglos, la misma aproximadamente que la del proceso romano por *legis actiones* y por *formulas*.

Se han señalado algunos aspectos o momentos de las diversas historias de la organización del Tribunal de Roma y del Tribunal de Londres, que, en cierto sentido, son resumidos y casi son simbolizados por las *actiones* y por las *forms of action*. Debería verse cómo y por qué en ambos Tribunales fueron formadas las categorías y estructuras, unas veces diversas y otras comunes, así cómo y por qué se han formado bajo las manos del artífice las categorías especiales de las varias acciones y las correspondientes figuras de «Derecho sustancial», como, por ejemplo, en el campo del Derecho continental: arrendamiento, depósito, comodato, mandato y muchísimas otras, que no siempre encuentran correspondencia en la otra orilla (de la Mancha o del Océano), donde encontramos *land lord and tenant, bailment, agency, master and servant, trust* u otras *common law relationships*. Me atrevería a decir que todas las categorías, generales o especiales de una y otra orilla deben ser reexaminadas, estudiadas de nuevo, una por una, en su conjunto, a la luz de la perspectiva histórico-crítica, en el momento del «hacer» y no en el momento de lo ya hecho. Y desde este punto de vista la preeminencia corresponde al estudio del *common law*, respecto al mismo Derecho romano y a nuestro Derecho común, porque nos ofrece una historia completa y documentada de su formación con documentos de primera mano, que ningún otro ordenamiento jurídico nos puede ofrecer. Además, la historia documentada del *common law* nos podría sugerir cautamente la hipótesis o problemas quizá más plausibles de los hasta ahora planteados por los estudiosos de la historia del Derecho romano o con el fin de colmar lagunas bien conocidas.

Solamente por este camino, por más duro que sea, del estudio de las categorías jurídicas en el momento de su formación, se podrá verdaderamente ver qué hay de particular y qué hay de común en los dos grandes sistemas que constituyen nuestra civilización o nuestro Derecho. Los fundamentos de este modo de la ciencia del Derecho están en la organización de los Tribunales de justicia en Roma y en Londres, aquella organización, en el sentido lato a que nos hemos referido y que se refleja en las formas de acción. No todo puede explicarse, ciertamente, con la historia de esta organización, porque hay otros hechos o modos que actúan fuera o junto a las formas de acción o de la organización de los Tribunales. Así, se deben tener en cuenta el Derecho «preexistente» y ciertas estruc-

turas y conceptos del Derecho germánico, que no operan u operan menos en el Derecho continental.

Por cuanto respecta al Derecho continental, la historia es incompleta y debe ser proseguida, teniendo en cuenta lo que se hizo en la misma Roma, en Bizancio, para ser proseguida cuando empieza la historia del Tribunal de Londres, comparándola con ésta hasta la formación de los Estados modernos en el continente, con los correspondientes problemas constitucionales. En este examen debe ser tenida en cuenta la posición, que puede calificarse de paraconstitucional, de nuestras Universidades y de nuestra «doctrina», en su función de formación y de unificación, sobre la base romanista (y jusnaturalista) de un Derecho común europeo (continental), casi por una federación en el campo del Derecho, y de las correspondientes formas y estructuras, que superase la ley escrita (o la costumbre) como Derecho local. Ambas funciones fueron realizadas por las Universidades con menores poderes y apoyos de los que gozaba el Tribunal de Londres. Desde este punto de vista, tiene gran importancia el Decreto del rey Eduardo I, de 1222, por el que la formación de los juristas de *common law* fué asignada, no a las Universidades, sino a los Tribunales reales de Londres con el correspondiente *Ins of Court*.

Deberá recordarse la relación entre todos aquellos hechos históricos y la acentuación por parte de nuestros juristas del método analítico-clasificador y sistemático (que se podría llamar también lógico o dogmático), respecto al llamado «empirismo» de los juristas de *common law*. Muchos problemas se suscitan aquí y a cuya solución va destinado el estudio histórico-comparado del Derecho continental y del *common law*, que debe ser considerado como uno de los modos de la ciencia del Derecho.

Si queremos señalar algunos de los fines a que serviría, quizás indirectamente, este nuevo modo de la ciencia del Derecho (además del fin inmediato de una ciencia histórica *par excellence* de nuestra civilización jurídica), apuntemos los siguientes:

a) Esta ciencia será el medio para la comprensión del *common law* por nuestra parte, porque nosotros no podemos conocerla de verdad sin servirnos de aquel método histórico. Recuérdese que éste es el camino obligado, por lo menos de hecho, seguido para la enseñanza del *common law* en las escuelas de leyes profesionales americanas.

b) La comprensión del Derecho continental o *civil law*, por parte de los juristas de *common law*, debe seguir el mismo camino, que empieza con la organización del Tribunal de justicia de Roma y las correspondientes *actiones*.

c) El camino señalado es, sin duda, el mejor para la más exacta comprensión, por parte de los juristas de cada sistema de sus propias características.

d) Las propuestas de recepción de ciertas instituciones de uno y otro sistema que exigen un control de su posibilidad a través del conocimiento histórico de los presupuestos de aquellas instituciones.

e) El nuevo modo de la ciencia del Derecho, de que se ha hablado, favorecerá el renacimiento de los estudios del Derecho romano y de

nuestro Derecho común, verificándolos con nuevos problemas e intereses.

f) Sólo así se llegará a un verdadero diálogo entre el Derecho continental y la *common law*, a constituir un *solid bridge of understanding* entre estos dos grandes sistemas; aquel diálogo o aquel *bridging* que, en las perspectivas de la integración de los varios países en comunidades siempre más amplias, comprendida la europea, es necesaria, si no para los fines de una unificación del Derecho, para la investigación de los principios fundamentales comunes detrás de la fachada de la diversidad de categorías, formas, estructuras y técnicas y a pesar de las peculiaridades de cada sistema. Y esto es una finalidad práctica de gran actualidad. Pero para llegar a ello es necesario pasar a través del conocimiento histórico en la forma expuesta.

Si es cierto, como ha escrito Rudolf Schlesinger, que las diferencias entre *civil law* y *common law* tienen sus raíces en las condiciones políticas y sociales de épocas pasadas. Si es cierto, como escribe, que ningún sistema actual separa los presupuestos sociales, religiosos, morales y políticos del *common law* y del *civil law*. Si es cierto que detrás de la fachada de diferencias de nombres, categorías y estructuras, se descubren semejanzas fundamentales en el efectivo planteamiento de los problemas del siglo xx. Si todo ello es cierto, debe, sin embargo, observarse que el *solid bridge of understanding* podrá ser construido solamente sobre las bases de aquella ciencia histórica de la que hemos hablado, porque sólo ésta podrá liberarnos de la *dead hand of the past*, demostrándonos cómo y por qué fueron formados conceptos, categorías, estructuras, unas veces peculiares y otras comunes, y cuáles son peculiares y cuáles otros son comunes.

En el programa didáctico del presente curso están previstas las siguientes conferencias y cursillos de lecciones: «Caratteri e sviluppi del sistema dei contratti nel diritto dell'Europa Continentale e nella common law» (Prof. Guido Astuti); «Introduzione allo studio del Diritto comparato» (Prof. Giorgio Bernini); «Metodologia della ricerca giuridica» (Prof. Pietro Rescigno); «Terminologia giuridica italo-spagnola» (Prof. Evelio Verdera); «Termonologia giuridica italo-inglese» (Prof. A. P. Sereni); «Tecnica del sindacato sulle leggi e diritto comparato» (Prof. A. La Pergola); «El movimiento de reforma del Derecho concursal español» (Prof. Manuel Olivencia); «Orientamenti legislativi e giurisprudenziali sul diritto morale di autore nei vari paesi d'Europa e d'America» (Prof. Paolo Greco); «Ix paesi del terzo mondo» (Prof. Giorgio Bo); «I problemi economici della Comunità Europea all'inizio della seconda tappa» (Prof. Gaetano Stammati); «Problemi metodologici nello studio del Diritto processuale comparato» (Prof. Alessandro Giuliani); «La participación social en la Sociedad de responsabilidad limitada» (Prof. Rodrigo Uria); «Los comerciantes e industriales, clase social y fuerza política» (Prof. A. Vicente y Gella); «Problema de la responsabilidad extracontractual en el Derecho comparado» (Prof. José Melich Orsini); «Cláusulas y medidas de valor en la contratación» (Prof. Luis Martí-Ballester); «La prestazioni accessorie nelle società di capitali» (Profs. Gerardo San-

tini y Evelio Verdera); «Responsabilità degli amministratori di società di capitali» (Profs. Evelio Verdera y Piero Verrucoli). Otras conferencias y seminarios correrán a cargo de los Profs. E. Allorio, E. Bassanelli, F. Carresi, T. Carnacini, W. Bigiavi, G. Micheli, E. Redenti y L. Scavo Lombardo.

Con el fin de facilitar la participación de estudiantes extranjeros, los cursos del Instituto tienen lugar desde mediados de febrero hasta el mes de junio.

E. VERDERA.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**AGUILAR NAVARRO:** "Derecho Civil Internacional". Sección de Publicaciones e Intercambio. Facultad de Derecho. Madrid, 1960, 491 páginas.

La obra del profesor Aguilar Navarro sólo puede ser exactamente comprendida y "localizada" en función de tres datos: su "Derecho Internacional Privado. Parte General", 1955; su propia interpretación, expuesta en el Epílogo de la obra que presento; por último, su intención.

Comencemos por esta última: es una obra esencialmente dirigida a los estudiantes de Licenciatura, de quinto curso. Obra pedagógica, por tanto, múltiples detalles resultan explicados en virtud de este dato: ausencia de notas bibliográficas, referencia general de orientación bibliográfica al final de cada capítulo, etc. Sin embargo, la referencia pedagógica del Derecho Civil Internacional del profesor Aguilar es todo menos una fácil "coartada" que legitime toda simplificación: el estudio de la obra no siempre resulta fácil, en parte porque se trata de dar en cada problema una referencia de la orientación doctrinal del momento presente y, con la misma intensidad e importancia, una interpretación de la evolución histórica de la doctrina y el Derecho positivo. Un ejemplo concreto confirma esta interpretación: la problemática del estatuto personal, en orden a la persona natural. El plan de exposición es el siguiente: acepciones posibles de la noción de estatuto personal y problema terminológico; referencia doctrinal; el estatuto personal en su evolución histórica (estatutaria y autores clásicos del siglo XIX); problemática actual del estatuto personal.

El contenido de la exposición confirma por sí sólo el sentido problemático a que antes aludía; pero acaso esto sea anecdótico incluso, porque la complejidad vendrá dada esencialmente por la consideración de los intereses en presencia. El mismo ejemplo citado nos confirma esta afirmación: la doble orientación de protección y permanencia que late en el estatuto personal, en el fondo de casi todas las discusiones que tienen lugar en materia de estatuto personal, y naturalmente en el problema siempre abierto de la conexión aplicable. El estatuto personal persigue la protección del "yo civil e irreductible del Hombre", y ello no resulta posible sin unidad y permanencia, porque el estatuto personal reclama firmeza y extraterritorialidad. Y es que la idea de protección por sí sola no basta: antes de proteger la condición del hombre, hay que proceder a constituir esta condición, y acaso sea la distinción de este doble plano

la que permite decir a los defensores del domicilio que se trata de una solución mixta, de una concordia entre personalidad y territorialidad: territorialidad que proporciona la protección, personalidad que simboliza la "configuración de la persona".

Sólo desde esta plataforma resulta comprensible la crítica radical a que Aguilar somete el proceso de falseamiento del derecho de la persona, su posición en el problema de la conexión: necesidad de contemplar el problema con perspectiva histórica, y dar entrada en la misma a la estimación auténticamente jurídica, pero sin descuidar en modo alguno los datos políticos y sociológicos.

Datos históricos y sociológicos presentes, por ejemplo, en su planteamiento del reenvío interno y su especial referencia a la situación del Derecho positivo español, al dato de la vecindad foral; otro tanto en su abierta comprensión de la conexión domiciliaria (¿tendencia incluso a dicha conexión, que aproximaría el plano de la competencia legislativa al de la competencia jurisdiccional?); igualmente en su planteamiento del problema del interés nacional, cuyo fundamento prefiere encontrar en la protección del tráfico e intereses de terceros, en el enriquecimiento injusto, sin causa (¿extrayendo el problema del estatuto personal y llevándolo al de la validez de los actos jurídicos, acaso incluso al de las obligaciones extracontractuales?).

Intención pedagógica del libro, pero rigurosa complejidad intelectual en el enfoque de los problemas: a veces, tras la referencia al Derecho positivo y a las orientaciones doctrinales, la solución parece quedar indecisa. Acaso ello sea un mérito más del libro: incita a pensar, a reflexionar sobre los problemas, eludiendo la "pseudorresponsabilidad" de que el texto lo resuelva todo, aunque para ello la solución tenga que ser abstracta, esquemática, estereotipada, "escolástica"—en su acepción deformadora.

Segundo índice de referencia para la comprensión del Derecho Civil Internacional del profesor Aguilar Navarro, su Epílogo: una explicación del "medio social", una descripción de la génesis y futuro del libro. Una Parte Especial que respondiera al compromiso adquirido con la publicación, 1955, de la Parte General; una Parte especial, más concretamente un Derecho civil internacional que estuviese en función de las exigencias sociológicas, funcionales y técnicas en las que tanto insistiera en su obra de 1955. Ello implicaba una serie de exigencias: a título de ejemplos, la debida consideración de los intereses en presencia en cada institución del Derecho civil internacional; el empleo del método comparado; la construcción doctrinal apoyada sobre los datos de la jurisprudencia.

Acaso sea este último dato el más "criticable" de la obra presentada: ausencia de una referencia jurisprudencial continua, en la que la jurisprudencia no sea un "añadido" incoherente y falso, sino la auténtica base de la teoría. La "crítica" podría resultar imprudente: rellenar unas líneas con una jurisprudencia no seleccionada, o basada exclusivamente en la del Tribunal Supremo español, podría resultar, paradójicamente,

en una falta de verdadero espíritu científico o en un anacronismo, en una inconsecuencia con la perspectiva europea (lo aglosajón se toma siempre como contrapunto) en la que el profesor Aguilar ha querido situar, localizar su Derecho civil internacional. Sin embargo, la exigencia pervive como compromiso y el profesor Aguilar no vacila en asumirlo resueltamente en su Epílogo.

Referencia jurisprudencial y, junto a ella, método comparado y valoración de los intereses en presencia. Con ello entramos ya plenamente en el tercer factor de valoración de la obra presentada: el concepto mismo de Derecho internacional privado del que se parte.

La Parte General del profesor Aguilar se apoyaba en una serie de afirmaciones fundamentales, de las que quiero resaltar tres: dos referentes al concepto de Derecho internacional, otra al problema del método. Las primeras afectan esencialmente a la noción de que parte y a la posición doctrinal desde la que se llega a dicha noción, a dicho concepto sobre la naturaleza del Derecho internacional privado. La afirmación metodológica está íntimamente trabada con las anteriores.

El Derecho internacional privado como especial regulación histórica del tráfico jurídico externo como realidad sociológica supranacional, específicamente distinta de la internacional y de lo cosmopolita; concepción que se apoyaba fundamentalmente en la supresión de la antítesis internacionalismo-nacionalismo, en una visión supranacional del Derecho internacional privado, en una justa comprensión de los intereses en presencia en su regulación. Sobre estas bases, la referencia al método comparado—aun reconociendo expresamente sus limitaciones, que ya indicara Kahn— resultaba obvia.

Todo ello encuentra su expresión adecuada en el Derecho civil internacional: el método comparado, tanto en el plano de los textos positivos, como en la doble referencia doctrinal al Derecho privado material y a la doctrina de Derecho internacional privado (valoración funcional por tanto del método comparado); el análisis de los intereses en presencia (que viene a colocar la obra del profesor Aguilar en la misma línea metodológica de la “tercera Escuela” alemana, en idéntica valoración—acaso incluso más matizada— de los intereses característica de Lerebours-Pigeonnière o Kegel) es algo continuo en el Derecho civil internacional: filiación, forma de los actos, las cosas y el “estatuto real”, obligaciones, etc.

El examen de las formas de los actos, alcance de la regla “locus”, sentido de las formas en Derecho internacional privado, etc., constituye un excelente “test” del método y del concepto de Derecho internacional privado que se propugna: en efecto, el recurso a la regla “locus regit actum” se ha hecho desde plataformas tan distintas (métodos, fuentes, etcétera), que no puede comprenderse el problema de las formas en Derecho internacional privado sin una referencia al concepto del mismo: Aguilar se inclina por una interpretación funcional y realista del problema (Töttermann, Quadri). “En una interpretación funcional, que es

la que yo postulo —escribe—, el examen de los intereses en juego resulta de extraordinaria importancia...” Hay el interés de la sociedad que se preocupa por dar seguridades y certidumbre al tráfico jurídico; existe el interés de los terceros; está el interés de los participantes en el acto, no sólo en que el acto sea válido —tesis de Batiffol— sino en que responda a los deseos propios y pueda ser fácilmente probado. Pese a la relevancia del interés de los particulares, el Estado no puede ser indiferente, y el interés estatal ha de cifrarse en proteger a los particulares: las formas solemnes han de apoyarse por tanto en razones de fondo; a falta de ellas, al Estado no le afecta una determinada formalidad, por lo que difícilmente puede sostenerse que las reglas sobre las formas sean de orden público.

Otro tanto ocurre con el planteamiento del problema de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: la tesis del “proper law of a tort” (Morris) recibe innegable acogida, aunque la preferencia del profesor Aguilar se incline por la sostenida en la doctrina alemana por Binder: es necesario proceder a una exacta localización de la relación jurídica en cuestión, pero no de modo abstracto sino en función del medio social en que aquella relación se encuentra arraigada. El ejemplo es importante para mostrar la dimensión neosavigniana de Aguilar, su tesis básica de que la relación debe ser localizada, ubicada, en el ordenamiento donde naturalmente encuentra su “sede”, que mejor responde a su naturaleza intrínseca.

En conclusión, una obra fundamental que ha venido a transformar el planteamiento tradicional de los Manuales españoles de Derecho internacional privado, del enfoque que en ellos se da al Derecho civil internacional.

Por otra parte, insisto en que la obra del profesor Aguilar responde a una coyuntura de transición, de perfeccionamiento: la reedición y puesta al día de su Parte General, deberá verse acompañada forzosamente de una nueva edición de este Derecho civil internacional; la “laguna” (acaso sean los más formalistas los que más placer sientan en recoger esta ausencia y señalarla como “grave defecto”) en orden al apoyo jurisprudencial deberá verse resuelta en el sentido por él propuesto: jurisprudencia europea y como contrapunto la anglosajona. Acaso incluso un aspecto más de revisión en curso, el planteamiento de los problemas de la parte especial en función de un doble plano: conflicto de leyes, competencia legislativa y conflicto de jurisdicciones, competencia judicial. Batiffol ha mostrado recientemente la afinidad —y la distinción— existente entre ambas perspectivas. Pero acaso sea éste el punto donde el pensamiento jurídico continental más tenga que recibir del anglosajón.

Aguilar ha aclarado en su Epílogo que se veía forzado ante el compromiso que significaba su Parte General; incluso una razón que él calificaba de “burocrática”: titular de la Cátedra de Derecho internacional privado de Madrid, sin la penosa dualidad y el penoso desgarré —en él sólo aparentemente— de otros internacionalistas forzados a cultivar las



dos ramas del Derecho internacional, siempre distintas y siempre en relación de afinidad. Creo que el compromiso empieza ahora, y dentro de poco tiempo esta obra deberá sufrir el mismo proceso de reelaboración que la Parte General. En todo caso, y la idea la daba él mismo al enjuiciar la obra de Savigny, la obra presentada sólo puede ser criticada, válidamente criticada, en cuanto a los detalles: su orientación, finalidad y método son totalmente firmes.

CARRILLO SALCEDO

**“Arrendamientos Urbanos”, 2.<sup>a</sup> edición. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1962, 739 páginas, 175 pesetas.**

Conocida es la actividad editorial de la Casa Aranzadi en materia legislativa y jurisprudencial; para los profesionales del Foro, el “Aranzadi” ha venido a representar lo que el “Alcubilla” hace medio siglo.

El presente volumen es una segunda edición de “toda la legislación” en materia de arrendamientos urbanos. Al decir “toda la legislación” no incurrimos en exageración, pues se ha incluido, con un orden puramente cronológico de clasificación, cuantas disposiciones vigentes se refieren a los arrendamientos urbanos, desde artículos de la ley de Enjuiciamiento civil sobre desahucios, retractos, etc., hasta la Orden de 24 de noviembre de 1961 sobre casa-habitación de los maestros. Se trata de una recopilación de normas de toda clase (civil—y dentro de ellas, comunes, especiales y specialísimas—, procesal, administrativa, fiscal, internacional) en cuanto guardan relación con el contrato de arrendamiento urbano. Se incluye también la jurisprudencia civil recaída en la materia, tanto conforme a la Ley de 1946 como a la vigente; una Tabla de correlación permite un rápido examen comparativo de ambas leyes y de la jurisprudencia que todavía conserva vigencia. El uso de diferentes tipos de letras ha hecho posible la inserción, en forma de notas, de buen número de disposiciones legales de interés secundario. La obra se concluye con una Tabla de plazos, un índice cronológico y otro de materias por orden alfabético. La puesta al día se asegura mediante hojas-supletorias.

Lo manejable del volumen y su buena presentación permiten augurar a la presente edición una gran difusión entre los profesionales del Derecho.

Personalmente hubiéramos preferido que se aligerase un tanto el contexto, pues, por ejemplo, las normas del Código civil o de la Ley de Enjuiciamiento figuran en cualquier edición que maneja necesariamente el jurista. Mirando al contenido, ¿no sería conveniente pensar en una exposición más sistemática de la compleja legislación especial arrendaticia urbana?

GABRIEL GARCÍA CANTERO

PIERRE BOUREL: "Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles". París. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Pichon et Durand-Auzias, 1961, VII, 299. Prefacio de Lousouarn.

Es sabido que en Derecho internacional privado el régimen jurídico de las obligaciones no convencionales, extracontractuales, es bastante problemático, especialmente respecto de su sistemática y contenido: por ejemplo, alguno de sus miembros, como el cuasicontrato, carece de sustantividad propia, por tratarse de una noción abstracta que, a veces, es rechazada por la doctrina, que prefiere inclinarse por otras figuras jurídicas: enriquecimiento injusto, gestión de negocios, pago de lo indebido, enriquecimiento sin causa, etc.

Una primera ventaja de la obra de Bourel es la claridad de su sistemática y la coherencia y rigor lógico de su plan: determinación de la ley aplicable; aplicación de la ley local a las diferentes fuentes de obligaciones extracontractuales (delitos y cuasidelitos; cuasicontratos y, dentro de este título, el enriquecimiento sin causa, pago de lo indebido y gestión de negocios); por último, ámbito de la ley local en el doble plano de los conflictos de leyes respecto de los elementos constitutivos de la obligación extracontractual y conflictos de leyes relativos a la sanación de la obligación extracontractual.

La idea básica de la obra de Bourel es que si bien existe un acuerdo casi unánime en favor de la conexión territorial de los delitos y cuasicontratos, por el contrario, existe una gran incertidumbre acerca del sentido y significado de dicha conexión territorial. De ahí que los dos problemas más importantes afecten a la determinación de la ley aplicable (¿qué se entiende por "ley local?") y la precisión del sentido de la solución territorialista, en cuanto que el territorialismo es susceptible de aspectos muy diferentes, según el sentido que se atribuya a la localización de la relación jurídica en cuestión.

En relación con este último problema, si dejamos a un lado el territorialismo rígido de la competencia general de la "lex fori" (aunque la doctrina, incluso francesa, discute que la competencia general del Derecho del foro lleve necesariamente a una solución de rígido territorialismo: Bisschof, Ehrenzweig, etc.), Bourel estima que existen dos grandes tipos de territorialismo: uno de carácter subjetivo, que localiza la relación jurídica en función de la voluntad, expresa o tácita de las partes, y otro puramente objetivo en el que se atribuye una función primordial al elemento material de la localización (situaciones reales).

La territorialidad del Derecho de la responsabilidad civil y de los cuasicontratos ocupa una posición intermedia entre las dos señaladas: de una parte se apoya en la "materialidad" de los elementos de la obligación extracontractual y retiene—como factor o punto de conexión—el hecho material de comisión del delito o cuasicontrato; de otra, tiene igualmente en consideración el medio social o económico que sirve de

contexto a ese hecho material y, de este modo, atenúa el carácter formal y abstracto de la localización objetiva.

De este modo, la precisión de la solución territorialista contra el problema del conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales en la determinación de la ley aplicable y, más concretamente, en la precisión exacta de qué se entiende por ley local.

El problema de la ley aplicable no se resuelve de modo unívoco en la doctrina y, en líneas generales, es válido el esquema de soluciones que presenta Schmitthoff: "lex fori", "lex loci", "proper law of tort" y acumulación de leyes ("loci y fori"). Incluso cabe pensar en la aplicación de la ley personal, y en cierto modo Bourel presenta algunos ejemplos de ello, así en problemas de responsabilidad en accidentes de tráfico automovilístico; en todo caso, no puede olvidarse que Frankenstein se ha pronunciado abiertamente en favor de la ley personal de la víctima.

Sin embargo, acaso sea la teoría del "proper law of tort" la que más ha contribuido a precisar el sentido y alcance de la ley local, como ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. El mismo Bourel lo ponía ya de relieve, en una nota de jurisprudencia, indicando que la tesis del "proper law", al señalar el carácter arbitrario o accidental de una localización puramente objetiva, en función de los elementos externos por los que se manifiesta una relación delictual, tiene el gran interés de proponer un método de conexión que tiene en cuenta al mismo tiempo las *relaciones jurídicas preexistentes* y el *medio social* en que se encuentra arraigado el hecho delictivo. Tesis formulada por Morris, replanteada por Binder, ha encontrado acogida en Caleb y, en la doctrina española, en Aguilar Navarro, para quien "la misma justificación de los puntos de conexión en el sentido de que el elemento territorial opera en cuanto refleja una conexión característica y esencial, unido al hecho cierto de la distinta finalidad y justificación de la sanción y la pluralidad de supuestos, aconseja a ver con atención esta última tesis, sobre la cual yo pienso que hay que actuar".

Lo expuesto justifica, exige incluso un replanteamiento de la pretendida solución tradicional: aplicación de la ley local. Bourel ha llevado a cabo esta tarea de revisión en un doble plano. En primer lugar, recogiendo las críticas, las reacciones recientes—doctrinales y jurisprudenciales—contra el principio de la ley local (tesis de Balaster, Niederer, Zweigert, Binder, Kuratowski, Wengler, Morris, etc.), y, en segundo lugar, procediendo a una mejor justificación de la regla tradicional, basada en el análisis técnico de la noción de obligación extracontractual, en razones de orden histórico, de orden práctico y de orden jurídico; por último, en virtud de una exacta localización de la relación jurídica extracontractual, en la que Bourel recoge en gran parte el replanteamiento que Binder llevara a cabo en la doctrina alemana: sustituir la noción rígida y abstracta del lugar de comisión del delito, por la de "medio social en la que el hecho se encuentra arraigado" ("soziale Umwelt in der die Tat eingebettet ist").

Ciertamente la tesis de Binder está pensada respecto de los delitos y las obligaciones que de él derivan; pero Bourel estima que es perfectamente aplicable al campo de los cuasicontratos, donde presenta tal número de ventajas que le hacen preferible a la solución tradicional: supera el formalismo inherente a la solución clásica, y la ley local deja de presentarse como una fórmula estereotipada y abstracta: al juez se le ofrecen una pluralidad de elementos de localización, lo que permite una mejor comprensión y una mayor flexibilidad en la conexión espacial de las obligaciones extracontractuales.

Pudiera pensarse, así Batiffol, que esta solución arruina la facilidad y la previsibilidad que caracteriza la localización de los delitos o cuasicontratos en el lugar de comisión de los mismos. Sin embargo, parece que tal crítica es exacta con relación a las tesis modernas que preconizan la aplicación de la "lex causae" o el "proper law of a tort", y no respecto de la tesis de Binder en la que el elemento objetivo no desaparece, sino que se hace más flexible, más comprensivo y más cierto también.

¿Podrá criticarse entonces a la solución propuesta que introduce un elemento de incertidumbre, en cuanto se confiere al juez una competencia discrecional en la localización de la relación jurídica en cuestión? Bourel aborda directamente tal crítica e insiste que resulta preferible este elemento de discrecionalidad a la ciega sumisión de la obligación extracontractual a una ley local rígida y abstractamente entendida. ¿Función creadora del juez?: innegable; no ya en la elaboración de la norma de conflicto (Wengler, Vischer, Moya Valgañón, etc.), sino en la precisión de las conexiones, en la localización de la relación jurídica.

C. S.

**COTORRUELO: "La política económica de la vivienda en España". Madrid, 1960. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. "Instituto Sancho de Moncada". Un volumen de 183 págs.**

Estábamos necesitados de trabajos como el presente que se recensionan para poder estudiar con rigor científico y sobre bases objetivas los problemas que plantea una política económica y jurídica sobre la vivienda. Se puede decir que hasta ahora son muy pocos los estudios realizados sobre bases bien fundadas que no sirvan a uno u otro interés o ya de mero arbitramiento. Ahora, por el contrario, estamos ante un trabajo que no ha regateado el tiempo y el análisis de una labor preparatoria que reúne datos estadísticos, sociológicos, económicos y jurídicos necesarios para tratar de dar las soluciones oportunas, científicamente hablando. Con un bagaje como éste, la empresa acometida debía lograr su éxito; así fué, pues esta obra reúne un conjunto de valiosos datos y de no menos interesantes conclusiones y sugerencias. Sobre todo la crítica constructiva y real puede hacer meditar sobre la serie de errores que en este ámbito aún padecemos y tan necesario de una reforma en este sentido.

El estudio sobre la política económica de la vivienda, que hace el autor, llega hasta el momento inicial en que se crea el "Ministerio de la Vivienda" y, por tanto, su crítica y posturas corresponden a una etapa ya superada políticamente, pero que no por ello da un menor valor de actualidad al trabajo realizado que, por su altura de miras, manejo de métodos y conjunto de conclusiones, tiene un valor irrefutable.

Por su contenido, se advierte el interés de esta obra. En primer lugar, se aborda la evolución de la política de la vivienda en España; esta parte es un resumen histórico magistralmente realizado por la nitidez y aportación de datos que el autor reúne y presenta. A ella hay que añadir la segunda parte sobre la política económica de la vivienda en su marco legal vigente, donde el sentido realista, de análisis jurídico y de interpretación que hace el autor, es francamente óptima.

Además, se trata la cuestión de la planificación económica de la vivienda y, por último, el plan nacional de la misma, cerrándose su estudio con una visión clara, y apretada en conclusiones, que hacen de la obra un estudio imprescindible como punto de partida para posteriores análisis en esta materia.

JOSÉ BONET CORREA

**COTTIER, Jean Pierre Henry:** "Le testament olographe en Droit suisse", Thèse Lausanne, 1960; Imprimerie Vaudoise, Lausanne, 1960; 164 páginas.

Considera el autor esta forma testamentaria como la de mayor fuerza expansiva, pues una vez implantada en un país no puede desarraigarse, y más bien suplanta a las otras; es el más simple de todos, asegurando el secreto de su contenido y, sobre todo, su propia existencia. En Suiza era conocido el testamento ológrafo en la mayoría de los Cantones, de suerte que el artículo 505 del C. c. ha venido a unificarlo. Observa Cottier que existe una tendencia a la simplificación de formalidades en diversas legislaciones (en Alemania, por virtud de la *Testamentengesetz* de 1938; en Italia, por el art. 602 del C. c. de 1942; en Francia, por la jurisprudencia); y con base en estos precedentes se propone en la presente tesis impulsar a Suiza por idéntico camino.

La obra se divide en introducción y nueve capítulos: éstos tratan de la historia del testamento ológrafo (antecedentes romanos y medievales, legislaciones francesa, austríaca, alemana, italiana y suiza), de la forma en general, de la forma del testamento ológrafo, de la escritura, de la fecha (capítulo muy extenso en que se analizan diversos problemas con ella relacionados: sentido de este requisito, contenido, exactitud, etcétera), de la firma, del soporte físico del testamento ológrafo (en particular se ocupa de la carta), de las modificaciones y del depósito del testamento ológrafo.

En trámite de conclusiones, estima Cottier que tal como es conce-

bida por los Tribunales suizos la exigencia de la fecha, desborda la finalidad que razonablemente puede asignarse a este requisito; propugna que sea suprimido como tal, y que si el testamento la contiene, se presume exacta *iuris tantum*. Estima igualmente que la indicación del lugar carece de trascendencia. En cuanto a la firma, propone que se admita la que figure en el sobre que contiene el testamento ológrafo, siempre que contenga alguna indicación por la que se refiera al testamento.

Se trata de una tesis bien trabajada, aunque, acaso, las conclusiones no respondan al esfuerzo realizado. Si el autor hubiera estudiado la legislación española y la jurisprudencia sobre la materia, con seguridad que hubiera encontrado interesantes puntos de vista complementarios. Para el lector español la obra ofrece el aliciente de un sugestivo panorama de Derecho comparado sobre el testamento ológrafo.

G. G. C.

**ESPIN, Diego: "Manual de Derecho civil español. III. Obligaciones y contratos". 2.<sup>a</sup> edición. Madrid, 1961. Editorial Revista de Derecho Privado. Un volumen de XXXIII + 684 págs.**

El manual del profesor Espín es conocido en los medios universitarios por su pedagógico carácter y por la abundante información que brinda en sus páginas a través de una escogida y bien seleccionada literatura monográfica del Derecho civil, tanto nacional como extranjera.

Ahora se une un mérito más a su obra, concretamente por lo que respecta a este volumen tercero, remozado y puesto al día tanto desde el aspecto legal, como jurisprudencial y doctrinalmente, al haberle sido concedido el premio "Jerónimo González, 1957".

La necesidad de una nueva edición en la parte correspondiente a las obligaciones y contratos era comprensible; actualmente es uno de los sectores más evolucionados del Derecho civil, donde con mayor rapidez de asimilación y de transformación se operan los cambios como consecuencia de este nuevo sentido social del Derecho que ha traído como conquista el siglo XX. Hasta el mismo concepto de obligación ha repercutido la nueva valoración del deber personal que tiene un individuo frente al otro, ya no sólo en cuanto se liga formalmente, sino también cuando actúa en el medio social como responsable frente a los demás. El nuevo sentido de tal responsabilidad se hace patente con el uso de fuerzas peligrosas (industrias, automóviles, aviación, etc.) donde se llega a una teoría tan progresiva y objetiva como es la de la responsabilidad sin culpa.

En el mismo campo de las obligaciones pecuniarias se ha quebrado el principio nominalista del dinero para dar paso a un sentido económico-social y adoptarse por los tribunales un principio valorista más real, equitativo y justo hasta concluirse por admitir legal y jurisprudencialmente las cláusulas estabilizadoras.

En el ámbito de los contratos las transformaciones se acusan igualmente tanto por lo que atañe a su estructura general como a sus figuras concretas. A las cláusulas generales derivadas de situaciones de abuso de poder individual y de grupos de presión económica, de los contratos tipo y de los de adhesión, se opone una revisión judicial de los mismos, llegándose a un correccionismo estatal de conformación dirigida mediante potestades delegadas de la Administración central que requiere, para una puntual ejecución de los mismos, una "autorización".

La obra del profesor Espín ha sido fiel a estas nuevas conquistas y refleja los nuevos pasos que el Derecho de obligaciones y contratos va dando en pro de la defensa de los valores personales que tiene confiados en el mundo patrimonial.

Conservándose la estructura de exposición y desarrollo de la obra como en su primera edición (1954), se pueden destacar ahora materias como la correspondiente al concepto de obligación; la novedad que trajo consigo la reforma al Reglamento Hipotecario mediante la admisión de las cláusulas de estabilización en el préstamo hipotecario, o ya, a propósito del cuasi-contrato, la ampliación que se hace sobre el enriquecimiento injusto.

Por la utilidad e información que presenta esta nueva edición hemos de felicitar muy efusivamente a su autor.

J. B. C.

**ESTAL, Gabriel de: "La Orestíada y su genio jurídico".** Biblioteca "La Ciudad de Dios", El Escorial, 1961. Un vol. de 511 págs.

El Teatro constituye, como es bien sabido, una valiosa cantera—insuficientemente explotada hasta ahora— de materiales para el estudio del Derecho de los pueblos. El Teatro griego, en concreto, con su trascendental aportación a la Literatura universal, ofrece sin duda al jurista gran número de temas sugestivos. Uno de éstos es, ciertamente, el de la significación jurídica de la *Orestíada*. El P. Gabriel del Estal, O. S. A., ha acometido valientemente la empresa, no sencilla, de investigar esa significación. Fruto de su noble empeño es este libro, que constituye a la vez una aportación notable a la historia de la Literatura y a la historia del Derecho.

La tesis de la obra podríamos tal vez resumirla en que el argumento de la *Orestíada* representa la humanización del Derecho, con el tránsito del talión a la ley y de la naturaleza a la ciudad. Esa tesis es, en efecto, como una idea central que se va desarrollando y reafirmando a través de las páginas —acaso excesivas— de este volumen, sobre la base siempre de los textos de Esquilo, que el P. Estal sitúa en el mundo helénico y relaciona con las ideas jurídicas de la época.

En el comienzo del libro, el autor, después de aludir al origen y a la estructura de la *Orestíada*, expone —con objeto, sin duda, de que todo-

lector pueda, refrescando sus recuerdos, *entrar* perfectamente en la materia— el argumento de las tres tragedias que integran la obra estudiada. Comenta luego el P. Estal el valor literario de la trilogía, relacionándola con el mundo griego de los días de Esquilo. Los dioses y los héroes de la *Orestíada* —observa— son los mismos que inspiraron a Homero y a Hesíodo, pero ahora un poco más cerca del hombre y de su mundo; Esquilo toma un argumento que trasciende mucho más arriba del siglo V y cuya transmisión mítica ha seguido dos versiones: la leyenda aquea y la dórica; al fundir ambas líneas, Esquilo dota al mito de matices más nuevos y más trágicos.

Destaca después el P. Estal el valor político de la *Orestíada* en cuanto testamento de Esquilo, legado al joven Pericles como esquema espiritual de la *polis* ática, en su fase alboral de magisterio y poderío. Sobre el argumento —afirma— flota un mensaje dirigido a la ciudad de Atenas; pero Atenas es el mundo y, así, el mensaje de Esquilo, universal, cósmico, desborda los límites estrechos de la política y adquiere expresión de plenitud en un molde mucho más amplio: la Humanidad. El magisterio espiritual de Esquilo es el de la Grecia misma, a través del genio de la tragedia.

Sentadas esas bases, el P. Estal comienza a estudiar más directamente los aspectos jurídicos de la *Orestíada*, señalando el juego del Destino y el de la ley de la sangre en esa trilogía. Recuerda la inseparable unión de grupo, talión y venganza en las sociedades primitivas, describiendo la venganza de la sangre como ley universal de los pueblos hasta que se produce, a medida que el instinto va siendo vencido por la razón, el tránsito del fuero colectivo al individual. La ley del talión era el módulo de justicia anterior a Esquilo, gobernado por la ley de retribución, sin otras investigaciones sobre la culpa.

En la *Orestíada*, según el P. Estal, se oponen dos Derechos frente a frente. De un lado, el Derecho antiguo, custodiado por las Furias (encarnación de viejos poderes telúricos), que descansa en la idea de familia; frente a él, otro Derecho más alto, custodiado por Apolo, que descansa en la idea de ciudad y que exige castigo para todo crimen, haya sido o no perpetrado dentro de los lazos de sangre. La ley de la sangre va a ser proscrita por Apolo, de quien Orestes, sin saberlo, es instrumento; el dios le insta al matricidio, a la sombra de la ley bárbara, justamente para suprimirla, y Orestes hunde el hierro en la carne de su madre. En Clitemnestra no muere una madre solamente, sino un orden jurídico y un estilo legal. Los crímenes serán juzgados, en lo sucesivo, por un tribunal humano, de acuerdo con la ley culta de la razón antes que con la salvaje de la venganza. Y la ley de la razón es el derecho de la ciudad, interpretado por la sabiduría de sus jueces. Se constituye el Areópago, que pronuncia veredicto de perdón a favor de Orestes; con la espada de éste y el epinicio judicial de su hazaña, la ciudad vence a la selva y la lógica al instinto.

En sucesivos capítulos estudia el P. Estal el pecado, el castigo y las



normas de procedimiento en la *Orestíada*. Relaciona seguidamente el proceso de humanización del Derecho con la aparición de la cultura urbana ("la ciudad, entendida no como edificio, sino como orden y estilo de vida, comienza con propiedad a existir cuando la ley sustituye a la venganza y la razón al instinto") y presenta la *Orestíada* como una constante universal, aplicando algunos de sus aspectos a la hora actual del mundo.

Una amplia bibliografía, finalmente, nos ofrece, aparte de las ediciones críticas de la *Orestíada*, un alto número de materiales de literatura comparada, Derecho, política, religión, historia y filosofía que tienen algún enlace con el tema, así como algunas obras puramente bibliográficas que pueden servir de guía a otros investigadores. El libro se cierra con una serie de cuidados índices: analítico, onomástico, lexicográfico, esquileo y bíblico.

El autor de esta obra se revela como jurista y humanista de seria preparación, que dispone, felizmente, de la serenidad de vida y de los fondos bibliográficos necesarios para estos trabajos de investigación e interpreta además agudamente los materiales reunidos. El libro podría, acaso, haberse podado y reducido un tanto en atención a los lectores que, leyéndolo por puro placer, no disponen de mucho tiempo libre. En todo caso, hay que advertir que la obra (de la que Camón Aznar ha afirmado en el Prólogo de la misma, que "es una de las más ricas aportaciones de nuestro momento a la cultura griega") está bellamente escrita y su lectura será grata para todos aquellos profesionales del Derecho que tienen alguna inclinación a las Letras; es decir, para la mayoría de los juristas.

JOSÉ M.<sup>U</sup> CASTÁN VÁZQUEZ

**FROSSARD: "Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en Droit suisse", Thèse Lausanne, 1960; Imprimerie du Grand Pont, Lausanne, 1960; 103 págs.**

Una tesis doctoral sobre un tema que podemos llamar clásico, aunque enfocada bajo un sugestivo punto de vista. La obra se divide en tres partes bien delimitadas. Trata la primera de la noción de la obligación natural con referencia al Derecho romano, al Derecho francés, al italiano y al suizo. En la segunda se ocupa de los supuestos de obligaciones naturales en el Derecho suizo, estudiando las deudas de juego y apuesta, la surgida del corretaje matrimonial, la deuda prescrita, las prestaciones realizadas con vista de lograr un fin ilícito o inmoral, la parte de deuda extinguida por la quita y el deber moral. Por último, en la tercera parte se refiere a los medios de garantizar la ejecución de una obligación natural (el reconocimiento de deuda, emisión de un título-valor, novación, compensación, cláusula de "porte-fort", fianza, cláusula penal).

De sus conclusiones interesa destacar su noción de obligación natu-

ral: "La obligación natural es una relación contractual de orden patrimonial entre dos personas, de las cuales el *acreedor* no está autorizado a exigir el cumplimiento de la prestación prevista, ni el *deudor* a reclamar la prestación ejecutada voluntariamente o por error" (p. 40). Se trata de un concepto, a su juicio, plenamente admisible en el Derecho suizo. La obligación natural no es un *aliud*, sino un *minus* respecto a la obligación civil; pero el deber moral no es un caso de obligación natural, sino un supuesto *sui generis* de adquisición válida al que se aplica por analogía la regla *nec petitio nec repetitio*. Hay dos tipos de obligaciones naturales: aquellas cuya ejecución enriquece al acreedor (juego, apuesta), y aquellas otras cuyo cumplimiento elimina un anterior empobrecimiento del acreedor (deuda prescrita); en estas últimas cabe la confirmación y la novación, mientras que considera aplicables a todas la promesa de "porte-fort" y la fianza. La obra se resiente, en ocasiones, de cierta elementalidad.

G. G. C.

LACRUZ, José Luis: "Derecho de sucesiones. Parte general", t. V, vol. I.º del "Tratado teórico-práctico de Derecho civil", de Lacruz y Albaladejo. Barcelona, Librería Bosch, 1961 (622 págs.).

Cuando desde las páginas del "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra" hice años atrás la recensión del "Derecho de sucesiones" de Julius Binder, con anotaciones de Derecho español por José Luis Lacruz, tuve la oportunidad de afirmar que, de hecho, tales anotaciones contenían en apretada síntesis un verdadero y autónomo tratado de la sucesión *mortis causa*. Y, en efecto, aquel trabajo concienzudo y humilde de Lacruz como anotador fué el germen que ahora ha fructificado en más de seiscientas páginas bien repletas de una obra magnífica, comprensiva de la teoría general del fenómeno jurídico sucesorio. El segundo volumen de este tomo, ya en preparación muy adelantada, abarcará la parte especial de las sucesiones a causa de muerte.

Resulta difícil, en el breve espacio reservado a una recensión, dar cuenta de todo el rico contenido de esta obra, que, en verdad, es teórico-práctica. Recuerdo que apenas llegado el libro de Lacruz a mis manos, con las tintas aún frescas, me sirvió para resolver adecuadamente un caso difícil que se me presentó en mi vida profesional como abogado. Y, desde el punto de vista teórico o práctico, no pocas dudas he disipado después leyendo parágrafos como "Unidad patrimonial de la herencia", "Herencia y usufructo", "Sucesión universal e institución de heredero" (con la última defensa de la teoría subjetiva, tras de la reciente oposición de Castán *senior*), "Apertura, vocación y delación", "La separación de patrimonios", "Enajenación de la herencia", "La colación", "La acción de petición de herencia", etc.

Digno de destacarse es el capítulo XV sobre la partición de heren-

cia, obra de Sancho Rebullida, fiel colaborador de Lacruz. El discípulo iguala al maestro. Nadie advertiría la colaboración si no se dijera expresamente en la contraportada: tal es la comunidad de espíritu existente. Así, de un modo ejemplar, se demuestra la posibilidad de trabajar en equipo entre españoles: Lacruz-Albaladejo-Sancho Rebullida son un símbolo frente a nuestro rabioso y proverbial individualismo. Sucesores los tendremos, queramos o no queramos; socios, sólo si queremos. Es cuestión de querer, que poder, se puede. No es la primera vez que se experimenta con fruto la asociación científica entre nosotros.

Si se me pidiera una valoración de conjunto de este gran libro, yo diría que, más que erudito o informativo, es creador y formativo. En una ocasión dijo Azorín: "Padecemos una época de erudición, y es más importante la creación. Hay libros en que se aprecia la influencia del dato sobre el dato: carecen de presencia personal, de interpretación propia, de íntima afirmación independiente. Vale más que pongamos en los libros lo que nosotros pensamos que lo que pensaron los demás." No es que en la obra recensionada no haya datos. En Derecho civil es imposible prescindir de lo ya "dado" por una paciente elaboración multi-secular. Pero sí cabe repensar los datos, construir un sistema de ideas propias, en el sentido de una auténtica "re-creación". El civilista que pretende una originalidad innovadora cae en la pedantería al tratar de huir de la perniciosa costumbre de la erudición, que todos hemos padecido. Pues bien, la originalidad de Lacruz es renovadora, "re-creativa". Sus libros—las "Lecciones de Derecho inmobiliario registral" y este que nos ocupa—son, por tanto, formativos, sin dejar de ser informativos en muy prudente medida: el aparato bibliográfico queda reseñado —y seleccionado— al comienzo de cada párrafo. No hay más citas.

Estamos, pues, ante un excelente y ejemplar libro de consulta y de estudio a fondo del complejo Derecho sucesorio: "Tratado", que no "Manual". Pero "Tratado teórico-práctico", lleno de vida por la savia jurisprudencial que lo traspassa, a lo Planiol-Ripert. Con esto queda ya dicho todo.

Sin embargo, acaso alguien piense que en un tratado teórico-práctico parece algo excesivo dedicar más de seiscientas páginas a la "parte general" del Derecho de sucesiones, hoy que entre los civilistas está en franca crisis la tendencia hacia la abstracción y se proscriben el abuso de tantas partes generales precediendo a los tratados especiales, no sólo de obligaciones y contratos, sino también de derechos reales, de familia y de sucesiones, además de la tradicional "Parte general del Derecho civil". Pero el título de "Parte general" no debe engañar. La obra del profesor Castro, con su monumental "Derecho de la persona", es decisiva para el estudio profundo del Derecho de familia. Y todos, juristas y profesores, acudimos a ella para resolver problemas teóricos y prácticos del Derecho familiar. Lo mismo se diga respecto del ancho campo del *ius civile*. Una parte general así concebida es, por tanto, teórica y práctica al mismo tiempo. Sirve para "descargar" la parte especial. Es, en realidad, una parte especial con altura y hondura.

Un libro, sí, para profesores, pero también para alumnos, jueces, notarios, registradores, abogados, opositores. En fin, un libro en el que todos—y cada uno—encontrarán lo que buscan, convenientemente dosificado, en "letra grande", en "letra pequeña" o en la "letra menuda" de las sabrosas notas, repletas las letras pequeña y menuda de carga jurisprudencial bien elegida.

Un libro, en suma, "distinto, pero como siempre", porque es de Derecho civil, el Derecho de la tradición jurídica (esto es, de la *renovación*; no conservación ni innovación).

JUAN B. JORDANO BAREA  
Catedrático de Derecho civil  
en la Universidad de Sevilla.

LOPEZ JACOISTE, José Javier: "La mejora en cosa determinada". Madrid. E. Revista de Derecho Privado, 1961 (304 págs.).

La mejora, institución genuinamente española, ha merecido siempre una especial atención de nuestra doctrina civilista: Morell, Alpañez, Villares Picó, Uriarte, Romero Vieitez, Fuenmayor, González Palomino, Vallet de Goytisolo, García Granero, Seco, etc., han escrito sendos estudios sobre ella, aparte del todavía fundamental de Lacoste, escrito desde fuera. Pero la institución de la mejora en cosa cierta, con toda su rica problemática y casuística, estaba aún sin estudiar a fondo. Esto lo ha realizado, con indudable acierto, López Jacoiste en el libro que comentamos. Hace tiempo que el problema venía preocupando al autor. La obra, por tanto, ha ido madurando reposadamente. Sabedor de ello, esperaba yo con avidez esta publicación. Leí la obra casi de seguido: tanto me interesó el tema y la manera, sugestiva y elegante, de tratarlo.

El libro se abre con una Introducción panorámica. En el capítulo primero López Jacoiste describe los rasgos más salientes de la mejora en cosa determinada, así como sus variedades más usuales, que él conoce a la perfección como Notario en Galicia hasta no hace muchos años. Seguidamente, en el capítulo II, se ocupa el autor de la historia de la institución, diestramente captada, siguiendo de cerca las fuentes y manejando de primera mano a nuestros clásicos.

El problema de la naturaleza jurídica de la mejora en cosa cierta es abordado por el autor en el tercer capítulo, uno de los más importantes del libro. La tesis de López Jacoiste es que la mejora en cosa determinada constituye un legado, tesis que encuentra confirmada desde el punto de vista histórico, aduciendo para ello claros testimonios de Castillo de Sotomayor, Juan Gutiérrez, Alvarez Posadilla y Molina. Desde el punto de vista del Derecho actual, se base López Jacoiste en lo dispuesto en el artículo 768 del Código civil.

A su modo de ver, en los supuestos de mejora en cosa determinada, otorgados por el testador sin utilizar la designación de heredero, ni la de legatario, sino expresando simplemente su voluntad de mejorar, la figura

merece, sin posible duda, la calificación de legado (pág. 54). Y —ocurre preguntar— ¿cuando conste inequívocamente la voluntad del causante de instituir heredero al mejorado en cosa determinada (*institutio ex certa re*, con carácter de mejora), *quid iuris?* Entonces la equiparación de la mejora en cosa cierta al legado quiebra, si admitimos, como hacen Lacruz y Vallet de Goytisolo, entre otros, que el artículo 768 C. c. es una norma de *ius dispositivum* o interpretativa, establecedora de una fuerte presunción *iuris tantum*, destruible como tal por la prueba de una concreta y clara *voluntas testatoris* en contrario, según el criterio subjetivo de distinción entre heredero y legatario. Claro que si se entiende, como hace Castán senior, que tal norma es de *ius imperativum* y funda una presunción *iuris et de iure* de legatario para el instituido en cosa cierta, la equiparación de López Jacoiste no conocerá fisura alguna. En todo caso, lo normal será que el mejorado en cosa determinada sea legatario, pues muy rara vez se dará en la práctica su llamamiento como heredero *ex re certa*; ordinariamente, o no se emplea ninguna designación o se recurre por los testadores *apertis verbis* a la figura del legado.

Particular interés ofrece el estudio que hace el autor sobre la relación entre la cosa y el tercio de mejora: la cosa no es concreción particional de una cuota en la figura pura y típica de mejora en cosa determinada; ni tampoco la cosa es materialización del tercio de mejora. Para captar bien el alcance de la mejora en cosa cierta se hace preciso estimar, con el aspecto cuantitativo, el cualitativo de las cosas. Estas consideradas, no en su solo valor, sino, además, en su entidad concreta (“mismidad”).

El capítulo, central en el libro, concluye con unas interesantes observaciones acerca de la naturaleza jurídica de la mejora en general: la mejora en su aspecto dispositivo y como pieza del sistema legitimario; sentido de las asignaciones de cuota; y, por último, tipicidad de la mejora.

En el capítulo IV se estudian los elementos personales, reales y formales de la mejora en cosa determinada. En el V, el contenido general del artículo 829 del Código civil, para ceñir el VI al análisis de los problemas de imputación y el VII al examen de los problemas de reducción que aquel precepto plantea.

La posibilidad de imputar al tercio libre el exceso de valor de la cosa respecto al *quantum* de la mejora, es demostrada cumplidamente por López Jacoiste con gran lujo de argumentos históricos, lógicos y sistemáticos, que en su conjunto convencen. Sin embargo, el argumento extraído del artículo 821 C. c. fallaría si, excepcionalmente, el mejorado en cosa cierta tuviera la cualidad de heredero como tal mejorado, conforme al criterio subjetivo (cfr. arts. 660, 668 y 675 C. c., entre sí relacionados). La prelación entre los tercios primero y tercero está justamente resuelta: la imputación a la legítima es un recurso postrero. Como colofón del capítulo VI es examinada la posición de la jurisprudencia, que en sustancia viene a confirmar los puntos de vista sostenidos por el autor.

Muy agudas son las observaciones de López Jacoiste a propósito de la reducción ex artículo 829 C. c., especialmente aquellas dirigidas a deter-

minar quiénes son los "demás interesados" a que alude el precepto (mejorados en cuota eventualmente concurrentes, posibles legatarios y legitimarios) y a puntualizar el grado de afección de la cosa al abono de la diferencia en dinero, abono que muy depurada y técnicamente califica de *obligatio propter rem*.

El denso libro tiene todavía dos capítulos más: el VIII sobre la aplicación de la cosa a la mejora, y el IX, lleno de subido interés vital, acerca de la mejora en cosa determinada y las necesidades de la agricultura. Estudia López Jacoiste la mejora en cosa cierta como institución de Derecho agrario, hacia cuya especialidad jurídica había ya el autor mostrado sus simpatías, pero se cuida muy bien de aclarar que la mejora *in re certa* no se limita a las finalidades agrarias, pues también en los medios urbanos e industriales es frecuente.

A la vista del contenido de esta bien lograda monografía, cabe decir que los interesantes problemas teóricos y prácticos que suscita la mejora en cosa cierta justifican plenamente una investigación como la llevada a cabo por López Jacoiste, con penetración y sentido jurídicos nada comunes. Y ello unido a una *elegantia iuris* encomiable.

J. B. J. B.

**ALFRED VON OVERBECK: "L'Unification des Règles de conflit de lois en matière de forme de testaments". Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1961, págs. XVIII, 139.**

La obra del Dr. von Overbeck, miembro de la Secretaría permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, fue presentada como tesis doctoral en la Facultad de Derecho de Friburgo. Aparte de la información doctrinal, su principal base documental había sido el Anteproyecto de convenio, 15 mayo 1959, elaborado por la Comisión especial de la Conferencia de La Haya. Al ser adoptado, sustancialmente, dicho anteproyecto por la IX.<sup>a</sup> Sesión de la Conferencia (octubre 1960), se imponía un trabajo de revisión, de puesta al día de su tesis doctoral, que es lo que el Dr. von Overbeck ha llevado a cabo en la obra que reensiono.

No se recoge el problema histórico de la norma de conflicto aplicable a la forma de los testamentos, que en parte coincide esencialmente con la evolución de la regla "locus regit actum", ya que la preocupación fundamental en esta materia será la fijación de las conexiones posibles. Sobre esta base, el plan de la obra es rigurosamente lógico: el análisis del Derecho positivo, para mostrar la evolución de los sistemas que consagran una pluralidad de conexiones, y una visión general de los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, constituyen la primera parte; luego, ya en la problemática concreta de la codificación internacional, analiza los siguientes problemas: principios inspiradores y objetivos a lograr mediante la codificación internacional, conexiones a

tener en cuenta y ámbito de la codificación (designación de una ley material interna; límites de la forma; por último, actos de última voluntad que se pretende regular); finalmente, un capítulo en el que se examinan las hipótesis en que la competencia de las normas convencionales no depende de la ley que regula la sucesión o de la ley nacional (independencia de las normas convencionales respecto de la "lex causae", y solución dada por el proyecto de convenio de La Haya al problema de las normas que limitan o prohíben, respecto de la forma de las disposiciones testamentarias, el empleo de la "lex loci actus" por nacionales en el extranjero).

El análisis exhaustivo del proyecto de convenio adoptado por la IX Sesión de la Conferencia de La Haya sobre conflictos de leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias (denominación con la que, indudablemente, ha querido eludirse el problema de calificaciones), por sí solo justifica el interés de la obra del Dr. von Overbeck. Basta pensar que España es miembro de la Conferencia, y que las soluciones adoptadas afectan a problemas tan esenciales como las revocaciones, testamentos mancomunados, testamento ológrafo en el extranjero, pluralidad de conexiones, etc., para percatarse del interés que el proyecto de convenio ofrece al Derecho positivo español: dos ejemplos concretos de nuestro Código Civil confirman esta importancia (artículos 669 y 688, 1).

Sin embargo, para mí la mejor aportación de la obra del Dr. von Overbeck radica en su examen de los principios orientadores y objetivos de una unificación internacional de normas de conflicto, en materia de ley aplicable a la forma de disposiciones testamentarias; en él está presente toda la problemática de las fuentes internacionales convencionales del Derecho internacional privado.

Podría pensarse, sugiere von Overbeck, que toda unificación internacional de una norma de conflicto es un bien en sí, puesto que la norma convencionalmente establecida sustituye, en su ámbito, la anarquía por un orden internacional. Y, sin embargo, ello no basta para justificar los trabajos de codificación internacional: es preciso que éstos versen sobre una materia susceptible de plantear, con cierta frecuencia, conflictos de leyes y que no exista una norma de conflicto generalmente admitida. Concurriendo ambos requisitos en el problema que la IX Sesión de la Conferencia ha intentado resolver, ¿cuáles son los objetivos esenciales?

Esencialmente dos: el "favor testamenti" y el establecimiento de un régimen uniforme de la sucesión.

El principio del "favor testamenti", que Tötterman ha basado en la máxima "ut res magis valeat quam pereat", es extraordinariamente útil en una codificación internacional y con relación a la forma de las disposiciones testamentarias, porque facilita en grado sumo los trabajos de codificación: en lugar de tener que escoger entre principios contradictorios, o tratar de reducir su posición mediante compromisos, cabe solucionar el problema a través del establecimiento de una pluralidad de conexiones; es importante observar que la solución no se busca en la

adopción de la "ley más favorable", que presenta graves inconvenientes: como recientemente ha puesto de manifiesto Kisch, sino en un catálogo de conexiones: en este sentido, y en la terminología de Kisch, la Conferencia ha preferido seguir el principio del "favor negotii" y no el del "favor personae". La solución queda recogida en el artículo 1 del proyecto de convenio adoptado por la Conferencia, al establecer que una disposición testamentaria es válida respecto de la forma si ésta es conforme a la *ley interna del lugar en que el testador ha dispuesto; la ley nacional, domiciliaria o de la residencia habitual del testador* (todas estas conexiones con un doble momento posible: disposición u otorgamiento del testamento o muerte); por último, y respecto de bienes inmuebles, la *ley de su situación*.

El principio del trato uniforme o régimen jurídico uniforme de la sucesión, responde a una doble preocupación: asegurar decisiones uniformes, al menos en cuanto a la ley aplicable, cualquiera sea el juez que entienda del litigio ("Entscheidungsseinklang", uno de los principios generales del Derecho internacional privado: Kahn, Wolff, Wengler), y el trato uniforme de la sucesión por un mismo juez, impidiendo la escisión de una misma sucesión que sería en parte testada y en parte legítima, lo que desde luego constituye un absurdo jurídico, de lamentables consecuencias (Savatier).

Principio del "favor testamenti" y principio de régimen unitario de la sucesión (respecto de la validez formal de la disposición testamentaria), son, por consiguiente, los dos objetivos básicos de la codificación internacional en esta materia: el primero reclama el respeto de la voluntad del testador, al menos parcialmente, si no es posible en su totalidad; el segundo, por el contrario, reclama "todo o nada": validez del testamento para toda la sucesión y en todos los países o nulidad. Caso de que entren en conflicto, se tenderá naturalmente hacia el todo, pero será preferible la nulidad a soluciones de compromiso (del tipo de las del proyecto de La Haya de 1928 o del artículo 6, 2.º, del Código Frankenstein), que pueden deformar completamente la voluntad del testador.

La importancia del segundo principio es, por consiguiente, fundamental e innegable; sin embargo, es preciso reconocer que el proyecto de convenio adoptado por la IX Sesión de la Conferencia responde esencialmente a la obsesión por el "favor testamenti", especial aplicación de la tesis de Batiffol sobre la naturaleza y función de las formas: las reglas de forma, como tales, no afectan a los intereses de las partes, que se debaten en el fondo del acto, en el orden de los efectos; "el único interés de las partes en materia de formas es concluir un contrato válido; poco les importa prácticamente las formalidades a las que habrá que plegarse para conseguir ese resultado". Todo ello implica un "liberalismo" jurídico, perceptible igualmente en von Overbeck, que contrasta con una interpretación funcional y realista del problema de la forma de los actos en Derecho internacional privado.

Este es el punto en que la obra presentada me parece más criticable;



pero ello afecta esencialmente a un tema más general: el de la forma de los actos. Aguilar en la doctrina española y Quadri en la italiana, lo han señalado expresamente: hay que evitar un menosprecio de los requisitos formales, una estimación voluntaria y subjetiva que equivalga a dejar a los interesados la determinación de la ley aplicable (lo que equivale a una profunda transformación del sentido y función de la forma), es preciso poner de relieve que el principio del "favor negotii" no puede significar contentarse con la formalidad establecida por cualquier ley invocada, etc.

Ahora bien, acaso convenga no extralimitar la crítica inventando previamente la posición criticada; que en la obra del Dr. von Overbeck late un "liberalismo jurídico" respecto del problema de la forma de las disposiciones testamentarias, y que es perceptible una cierta afinidad con el planteamiento de Batiffol, no significa que von Overbeck carezca totalmente de una perspectiva realista del problema: el principio del "favor testamenti" le lleva a preferir como solución más idónea la pluralidad de conexiones; pero un análisis riguroso de cuáles sean estas conexiones posiblemente aplicables, como de aquellas otras que deben rechazarse ("lex causae"; "lex fori"; "les magistratus"; aplicación del principio de autonomía de la voluntad; norma ya aplicada a un testamento en un Estado contratante), lo que en definitiva coloca a von Overbeck en una posición doctrinal distinta de la del "formalismo", "liberalismo jurídico" en materia de formas.

En resumen, una obra sumamente interesante por lo que encierra de reflexión, y de experiencia, sobre la problemática de la codificación internacional de normas de conflicto; técnicamente bien elaborada, exhaustiva en la información doctrinal, y, sobre todo, de gran valor documental en cuanto está construída fundamentalmente sobre los datos del Derecho internacional privado positivo.

C. S.

**PASCUAL NIETO, Gregorio: "Legislación de Arrendamientos Rústicos".**  
Colección de Leyes Usuales. Editorial Aguilar. Madrid, 1961. 317 páginas.

El recensor de un texto legislativo editado por particulares apenas si puede hacer otra cosa que referirse a las características formales de la edición. Algo, sin embargo, podría decirse de la técnica legislativa utilizada por el Decreto de 29 de abril de 1959, por el que se aprobó el Reglamento de Arrendamientos Rústicos, discutible en más de un punto; sin embargo, nadie negará que ha venido a cumplir una función práctica al disponerse, de hecho, en un solo texto de la legislación vigente en la materia. Por esta razón me parece acertado el método seguido por Pascual Nieto en este volumen de la colección "Leyes Usuales" de Aguilar, al centrar la exposición de la legislación arrendaticia rústica en torno a los preceptos del referido Decreto, analizando en cada uno de

ellos su origen o fuente y destacando, si era necesario, las posibles divergencias con el texto primitivo; también se incluye la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se recoge hasta 1959 inclusive.

Al texto del Decreto se añade la legislación general de los arrendamientos rústicos y un apéndice con el texto de las leyes especiales y de las normas de inferior rango dejadas en vigor por el Decreto. Se sigue el criterio de incluir también lo procesal directamente aplicable—y ello parece justificado dado el estado actual de la legislación en la materia—, y también lo fiscal y hasta las normas sobre Tasas Judiciales, que puede parecerlo menos; oportuna es la transcripción de algunos artículos de las leyes de Permutas forzosas y de Concentración Parcelaria.

Hay que destacar la excelente presentación del volumen, muy manejable por su tamaño (11,5 × 11 cms.), con buena impresión y adecuado papel.

G. G. C.

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de Carlos MELÓN INFANTE  
y José María DESANTES GUANTER.

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general.

BELTRÁN DE HEREDIA, Pablo: *Reflexiones en torno al método jurídico*. RDP, septiembre 1961; págs. 695-706.

Delimitación del campo metodológico en el sentido de «adquisición del Derecho». Aprovechamiento de los presupuestos metodológicos de las distintas doctrinas. Derecho construido y no dado. No elaboración arbitraria del Derecho. Aprovechamiento de presupuestos anteriores y «prudencia jurídica».

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Influencia de la Legislación Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica en nuestra patria*. RCDI, número 392-393, enero-febrero 1961; págs. 1-6.

Se consideran como frutos o consecuencias de la influencia de la Ley Hipotecaria en el estudio científico del Derecho civil y en su aplicación práctica la creación de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la creación del Centro de Estudios Hipotecarios y la fundación de la Revista Crítica. Asimismo la creación *ex novo* de una nueva rama jurídica: el Derecho inmobiliario.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Humanismo y Derecho*. RGLJ, tomo 211, octubre 1961, páginas 419-470; noviembre 1961, págs. 547-594.

Destínase la primera parte del estudio a la consideración del Humanismo en la Historia de las ideas; esencia del humanismo, origen y manifestaciones históricas, los humanismos de nuestro tiempo. En la segunda parte se toma ya en consideración el humanismo jurídico: concepto y características; su significado frente al Derecho natural, al subjetivismo, al individualismo y al personalismo; humanismo y democracia; postulados del humanismo jurídico; el fenómeno de «humanización» del Derecho. No sin apuntar lo equívoco y peligroso del término debido a múltiple aplicación a concepciones dispares, se atribuye al humanismo, como a la democracia, la defensa de los valores humanos.

CEREZO MIR, José: *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*. RGLJ, tomo 211, julio-agosto 1961; págs. 72-100.

Se produce un nuevo renacimiento del Derecho natural, si bien la atención de los juristas no se centra ya en la posibilidad de deducir de la naturaleza del hombre el deber ser del Derecho. Se concede más atención a la posibilidad de deducir de la *naturaleza de las cosas*, es decir, de la naturaleza de la materia de regulación jurídica, el contenido de la regulación justa. Examina el trabajo la cuestión de si, y cómo, cabe deducir de la naturaleza de las cosas y de modo inmediato el contenido de la regulación jurídica. El estudio está orientado especialmente hacia el Derecho penal.

FORCHIELLI, Paolo: *Panorama de jurisprudencia y de doctrina civil italiana* (1959). RDN, núm. 29-30, julio-diciembre 1960; págs. 343-351.

Reseña informativa relativa al período correspondiente al año 1959 en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia civil italiana.

GUASP, Jaime: *La organización del Derecho privado*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; págs. 143-162.

Pese a lo que afirma un concepto del Derecho muy extendido, la idea de la organización no forma parte indefectible de la noción del Derecho, entendida esta noción en el sentido más amplio y comprensivo. En el mundo general de lo jurídico hay ciertamente entes organizados, pero hay también figuras que no lo están. Por ello la nota de organización no es idónea para contribuir a la definición del Derecho. La indicada nota debe recogerse en un momento avanzado de la investigación lógica del Derecho para separar dentro del mismo las dos ramas básicas que lo integran: Derecho público y Derecho privado. Del primero sí puede predicarse la nota organizadora; no del segundo.

IGLESIAS, Juan: *Perspectivas romanísticas*. RDP, marzo 1961; págs. 193-200.

El método historicista impone a los romanistas la reconstrucción del Derecho romano situándolo en su época. En este ámbito y con esta orientación, que hoy predomina, puede proporcionar ayuda inestimable el conocimiento del Derecho vulgar.

LA REVISTA: *In memoriam: Don Nicolás Pérez Serrano*. RDP, febrero 1961; página 93.

Nota necrológica y semblanza del ilustre profesor y letrado.

LA REVISTA: *Recensión-guía de jurisprudencia de la Sala de lo civil de 1960*. RDP, julio-agosto 1961; págs. 637-676.

Guía sistemática de jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo durante el año 1960. La materia se sintetiza en estas secciones. I. Derecho civil. II. Derecho procesal civil. III. Derecho especial de arrendamientos urbanos. IV. Derecho mercantil.

MARÍN PÉREZ, Pascual: *Ludovico Barassi ha muerto*. RGLJ, tomo 211, julio-agosto 1961; págs. 143-146.

Nota sobre la significación del profesor Barassi, destacando ante todo su preocupación por la *socialización* del Derecho.

MENÉNDEZ PIDAL, Juan: *La renuncia y el desistimiento en lo social*. RDP, julio-agosto 1961; págs. 549-560.

Después de unas consideraciones generales sobre la renuncia y sobre el básico principio de la irrenunciabilidad en el Derecho laboral, se indican las normas en que dicho principio se fundamenta. Se analizan elementos de la renuncia, sus efectos, en base a los derechos que se renuncian, al momento y a la persona. Interpretación del acto de renuncia. Proyección procesal de la misma.

SIMÓ SANCIOJA, Vicente-Luis: *Derecho intranacional e interregional. Sistema español y principios de reforma*. RDN, núms. 29-30, julio-diciembre 1960, págs. 143-212; núm. 32, abril-junio 1961; págs. 161-340.

Ofrécese en este extenso trabajo un estudio sobre el Derecho interregional español en su formulación actual y sus perspectivas futuras; Datos históricos y actuales. Naturaleza jurídica del Derecho internacional. Técnica del Derecho internacional privado y los conflictos intranacionales. Derecho intranacional español.

SUBIAS FELIÚ, Gabriel: *La Compilación del Derecho civil especial de Baleares*. RGLJ, tomo 210, mayo 1961; págs. 619-645.

Indicando previamente las vicisitudes del Derecho foral balear, hasta llegar a la Compilación vigente, se ofrece un comentario conjunto de sus disposiciones en sus más salientes aspectos. Se sigue el orden del texto legal.

VELASCO ALONSO, A.: *Lo jurídico y lo fiscal en materia de prórroga*. RDP, diciembre 1960; págs. 955-964.

Estudio del fenómeno jurídico de la prórroga, como tal y en cuanto acto imposible en el aspecto fiscal. La prórroga susceptible de producir efectos tributarios es la que se refiere a términos de eficacia y no a términos de ejercicio. Ambitos fiscales diversos: impuesto del timbre, de Derechos reales, de emisión de valores mobiliarios.

XIFRA HERAS, Jorge: *El proceso legislativo*. RGLJ, tomo 211, julio-agosto 1961; págs. 7-71.

La legislación es el objeto del proceso legislativo. Determinación de sus sujetos o de los actos que la integran. Fases del proceso legislativo: distingue el autor la fase prelegislativa, la iniciativa, la perfección y la obligatoriedad de la Ley. Finaliza el estudio con una referencia a los procesos legislativos especiales. Trátase de un estudio comparativo con constantes referencias a los diversos ordenamientos jurídicos.

## **2. Derecho de la persona.**

BONET CORREA, José: *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio del Código civil*. RGLJ, tomo 211, septiembre 1961; págs. 241-296.

El Código presenta unos supuestos de renuncia, junto a otros de abandono, con fines exonerativos y liberatorio. Tratando inductivamente la cuestión se estudian separadamente los casos de renuncia (copropiedad, servidumbre, medianería) y los de abandono (predio sirviente, abandono en los censos). El autor llega a la conclusión de que se abandonan las cosas, mientras que se renuncian los derechos. La renuncia es un abandono caracterizado porque su objeto es un derecho. El abandono es un acto material de dejación o desposesión de la titularidad de dominio sobre una cosa. La renuncia, la voluntaria abdicación de un derecho.

CÓRDOBA GRACIA, Diego: *El abuso del derecho según la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo*. RDJ, núm. 2, abril-junio 1960; páginas 231-242.

Tras una breve y somera indicación del régimen normativo del abuso del Derecho, se examina la influencia de la jurisprudencia en la formación y desarrollo del concepto, tomando como base la sentencia de 14 de febrero de 1944.

DE MIGUEL ZARAGOZA, JUAN: *Introducción al estudio de los derechos de la persona*. RDJ, núm. 6, abril-junio 1961; págs. 69-85.

Conveniencia de dar entrada formal en el texto del Código civil a los derechos de la personalidad. Arraigo español de los mismos, que sólo pueden surgir como tales cuando la doctrina afirmó la unidad e igualdad esencial del género humano. Textos constitucionales comparados.

GARCÍA MANZANO, Pablo: *Las litis expensas*. RDJ, núm. 4, octubre-diciembre 1960; págs. 76-110.

Materia que ha merecido escaso tratamiento no obstante su abundante problemática. Estudio general al respecto: origen, terminología, concepto, naturaleza, fundamento, requisitos subjetivos, objetivos y de tramitación procesal. Es necesaria una pronta reglamentación de esta materia, no casuística pero sí en sus principios informadores mediante su estampación en el Código civil.

MADRUGA MÉNDEZ, Joaquín: *Fundaciones benéfico-particulares y docentes*. RGLJ, tomo 210, enero 1961; págs. 159-202.

Situación en España de la beneficencia particular en sus diversos aspectos, esencialmente prácticos. Concepto de fundación, antecedentes y legislación vigente. Clases de fundaciones, constitución, transformación y extinción. Capacidad jurídica y de obrar, representación, nacionalidad y domicilio. Gobierno de las fundaciones: patronatos, protectorado y Juntas provinciales de beneficencia. Expedientes de clasificación e investigación. Aspectos económicos. Se propugna una reforma de la legalidad vigente y sobre todo su unificación.

NERSON, Roger: *La protección de la personalidad en el Derecho privado francés*. RGLJ, tomo 210, enero 1961; págs. 7-46.

Se delimita el sentido en que va a emplearse el término «personalidad», como conjunto de atributos de la persona humana. Distingue el autor entre situaciones jurídicas patrimoniales con un valor humano y situaciones jurídicas no patrimoniales (integridad física, vida afectiva y moral). El balance de las técnicas utilizadas en el Derecho positivo francés para la protección de la personalidad sugiere dos observaciones: 1.ª) La legislación ha previsto el ejercicio de prerrogativas definidas, pero ha sido la jurisprudencia la que ha creado la protección que ha juzgado necesaria. 2.ª) La jurisprudencia ha utilizado en su labor los procedimientos técnicos ofrecidos por el Derecho positivo.

PÉREZ ORDOYO, Luis: *Problemas civiles de la agrupación o disgregación de cosas materiales*. RDN, núm. 31, enero-marzo 1961; págs. 345-350.

Aspectos jurídico-privados que surgen de la agrupación o segregación (partición) de cosas, que realice el mismo propietario. Precede una descripción de los posibles actos de agregación o segregación, y su posible naturaleza según los casos.

REPETTO Y REY, Germán: *La incautación del cadáver humano con fines terapéuticos ante la ética y el derecho*. RGLJ, tomo 209, diciembre de 1960; págs. 741-756.

Desenvolviendo su idea en unas consideraciones morales, religiosas y jurídicas, se muestra el autor radicalmente contrario a la posible incautación de cadáveres con fines médicos o de investigación.

### 3. Derecho de cosas.

BAS Y RIVAS: *El usufructo, uso y habitación en el impuesto de derechos reales*. RDP, febrero 1961; págs. 94-117.

Aspectos fiscales de los derechos de usufructo, uso y habitación en el impuesto de derechos reales, partiendo previamente de su valoración en la fase de desmembración del dominio y reintegración del mismo. Adquisición de los derechos, reintegración al dominio, transmisión, usufructos legales y usufructos especiales.

BAIESTA MONTERO-RÍOS, José: *La propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960*. RGLJ, tomo 209, diciembre 1960; págs. 703-740.

Estudio de conjunto de la nueva Ley española de propiedad horizontal, de 21 de julio de 1960, que no pretende sentar principios dogmáticos, sino reglamentar esa especial forma de propiedad «siguiendo la realidad de los hechos». Adopta el autor este esquema: Ambito de aplicación, carácter imperativo de sus normas, cuestiones que plantea el nacimiento de la propiedad horizontal, desenvolvimiento de la misma (propiedad, copropiedad), extinción y disposiciones transitorias.

DE LOS MOZOS, José Luis: *El urbanismo desde la perspectiva del Derecho privado*. RDP, abril 1961; págs. 284-301.

Influencia de la legislación urbanística en la transformación dogmática del Derecho civil inmobiliario, considerando previamente el urbanismo en sí como actividad social. Orientaciones de la Ley del suelo y su influjo en



La transformación del Derecho inmobiliario: propiedad y función social, limitaciones, nuevas formas de propiedad y derechos reales.

**DOCADO, Manuel:** *Legislación sobre viviendas y urbanismos*. RGLJ, tomo 211. septiembre 1961; págs. 297-311.

Como legislación relacionada con la vivienda se alude a las Leyes de arrendamientos, a la Legislación de solares y a la Ley del suelo. Con referencia a esta toma en cuenta el autor: 1.º) El planteamiento urbanístico. 2.º) La ejecución de los planes. 3.º) Coste de las urbanizaciones. 4.º) Recursos económicos para construir.

**FAIREN MARTÍNEZ, Manuel:** *Derechos reales y de crédito*. RDN, núm. 31, enero-marzo 1961; págs. 171-341.

Termina el autor su extensísimo trabajo sobre la distinción de los derechos reales y de crédito afirmando que dicha distinción no resiste una crítica sincera. Ha sido desbordada por la realidad, en la que aparecen de continuo nuevas figuras que no encajan en la dicotomía clásica.

**GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo:** *Dictamen sobre oposición de un particular a la ocupación por otro de la calle con que linda un edificio del primero*. RDN, núm. 31, enero-marzo 1961; págs. 383-411.

Dictamen en torno a la ocupación por un particular de un trozo de una calle proyectada, con lo que se impide el paso de camiones de la industria de otra persona. Calle urbanizada en parte.

**MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo:** *Comunidad de bienes de origen comunal*. RCDI, núm. 398-399, julio-agosto 1961; págs. 732-769.

Estudio de las comunidades de duración indefinida (carácter sustancial de indivisión) formadas en las zonas rurales para la explotación y uso de los pastos, y surgidas al desarrollarse la legislación desamortizadora, para evitar los estragos que ésta hubiese producido en la economía agraria. Llama el autor a estas comunidades «de origen vecinal o comunales». Consideración de su estructuración y esencia e indicación de la necesidad de una reglamentación específica. No valen las normas sobre la comunidad en general.

**POVEDA MARTÍN, Fernando:** *Interpretación y cumplimiento del artículo 2.º de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*. RCDI, núm. 400-401, septiembre-octubre 1961; págs. 937-945.

Comentarios en torno al artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, que prohíbe la constitución de hipoteca mobiliaria o prenda sin despla-

miento sobre bienes ya hipotecados, pignorados o embargados. Introduce este precepto una notable excepción en los principios generales que gobiernan la hipoteca. Integración del precepto en el sistema de la ley. Consideración gramatical, lógica y sistemática.

REVIRIEGO GUZMÁN, Felipe: *Propiedad y expropiación*. RGLJ, tomo 210, abril 1961; págs. 542-557.

Considerada la expropiación, a la vez que como una limitación del poder de disposición, como un acusado instrumento de socialización, se destacan algunos de los aspectos de la Ley vigente, en relación con la propiedad rústica, que han de provocar la desaparición del tradicional recelo hacia la figura.

ROCA SASTRE, Ramón María: *Ensayo sobre el derecho de superficie*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; págs. 7-66.

Estudio de conjunto del derecho de superficie, considerado por el autor como uno de los medios posibilitadores de la propiedad separada y manifestación típica de la propiedad horizontal. Vicisitudes históricas, ventajas, caracteres del derecho (especial referencia a la dualidad derecho de superficie-propiedad superficiaria). Analizanse luego los requisitos de constitución (elementos del derecho) y los derechos del dueño del suelo y del superficiario. Extinción del derecho de superficie: enumeración de las causas, causas dudosas, efectos de la extinción respecto a los derechos reales impuestos sobre el de superficie. Referencias continuas a la Ley del Suelo.

SALVADOR CASA, Miguel: *Una reglamentación parcial de la Ley de Aguas (El Decreto de 14 de noviembre de 1958)*. RGLJ, tomo 210, enero 1961; páginas 203-238.

Vicisitudes de la Legislación española en materia de aguas, hasta la Ley de 1879. Estudio del Reglamento de 14 de noviembre de 1958, siguiendo sus capítulos y comentando sus disposiciones y aspectos más importantes. El Reglamento no es el esperado de la Ley de Aguas, sino una reglamentación parcial de la misma: una más. Por cierto que con disposiciones heterogéneas, inconexas e incompletas.

VARÓN COBOS, Ricardo: *Impugnación civil en materia de propiedad industrial*. RDJ, núm. 6, abril-junio 1961; págs. 209-225.

Los actos relativos a la propiedad industrial susceptibles de impugnación en la vía civil ordinaria pueden clasificarse en dos grupos: a) actos determinados por la voluntad del sujeto, relativos a la creación o invención

de signos distintivos de productos o de inventos relacionados con la industria; b) actos producidos, ya por la voluntad del sujeto, ya por la propia Administración, que vulneren los requisitos de derecho preestablecidos para el otorgamiento de las concesiones. Examen de ambas clases de actos con referencia a las dos clases de propiedad industrial: modalidades que amparan creaciones del ingenio humano y concesiones que amparan el patrimonio comercial e industrial, protegiendo sus signos distintivos.

#### 4. Obligaciones y contratos.

BARRILERO TUREL, Fernando: *La renuncia a las indemnizaciones civiles procedentes de delito*. RDJ, núm. 2, abril-junio 1960; págs. 78-97.

Muestra el autor su recelo y desconfianza ante las renunciaciones indicadas. Se trata, además, de figuras complejas que no admiten un tratamiento jurídico unitario. Distinción de posibles supuestos, indicando su naturaleza respectiva según la forma de manifestarse. Se estima conveniente sustraer al ámbito de la libertad negocial las indemnizaciones procedentes de delito. Proposición de soluciones.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar: *Aspectos jurídicos del salario mínimo*. RDP, diciembre 1960; págs. 940-954.

Comienza el autor aludiendo al salario mínimo en su aspecto de problema social y de problema jurídico, para referirse después a la influencia del mismo en la estructura del contrato de trabajo y en su calificación jurídica como tal contrato de trabajo. Se distinguen después los salarios mínimos reglamentarios, los convencionales y los nacionales. Significación jurídica futura del salario mínimo.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar: *El concepto de dependencia en el Derecho del trabajo ¿comienza una evolución de la jurisprudencia?* RDP, junio 1961; páginas 451-467.

El autor se ha mostrado siempre contrario a la idea de que el principio de la dependencia dominaba en el contrato de trabajo y en su calificación. La jurisprudencia parece iniciar su orientación en este sentido. Significado del principio de la dependencia, origen y desarrollo. Adhesión de la doctrina y de la jurisprudencia. Cambio de la jurisprudencia y valor actual del principio de la dependencia.

BONET CORREA, José: *Los préstamos hipotecarios con cláusula de estabilización*. RDN, núm. 29-30, julio-diciembre 1960; págs. 43-79.

Antes de examinar las cláusulas de estabilización en los préstamos hipotecarios introducidas por la reforma del Reglamento alude el autor a los

presupuestos económico-jurídicos del problema y al régimen legal y a las posiciones doctrinales con anterioridad a la reforma. Esta tiene un alcance muy limitado; se imponían más eficaces remedios en la lucha contra la inflación.

BORRAJO DACRUZ, Efrén: *La capacidad para contratar la prestación de servicios*. RDN. núm. 29-30, julio-diciembre 1960; págs. 81-141.

Comienza el estudio con unas consideraciones generales sobre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar con especial referencia al Derecho del trabajo. Seguidamente se analizan los supuestos de capacidad contractual plena y de capacidad limitada. Son asimismo objeto de estudio las situaciones especiales y las prohibiciones concretas para trabajar.

BREMÓN Y LLANOS, Antonio: *Aspectos jurídico, social y económico de la relación arrendaticia*. RGLJ, tomo 211, julio-agosto 1961; págs. 101-142.

Las vicisitudes de nuestro Derecho histórico demuestran que «lo normal» ha sido, en materia arrendaticia urbana, el intervencionismo (salvo de 1842 a 1820). No ha sido la socialización del contrato de arrendamiento la causa de la crisis de construcción: demostración convincente. Indicación de los verdaderos obstáculos a la cuestión de la vivienda. Aspectos fundamentales de la relación arrendaticia y defensa de su socialización. Termina el autor propugnando el censo arrendaticio o arrendamiento enfiteutico: la enfiteutización del arrendamiento.

CÓRDOBA GRACIA, Diego: *La promesa de contrato según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. RDJ. núm. 4, octubre-diciembre 1960, pág. 159. número 5, enero-marzo 1961; págs. 223-244.

La deficiente reglamentación legal del precontrato contrasta con la abundante jurisprudencia en torno al mismo, que el presente estudio expone en sus distintos aspectos: existencia, delimitación, caracteres, contenido, incumplimiento, ámbito, requisitos y efectos.

DÍAZ Y VALCÁRCCEL, Luis María: *Responsabilidad civil derivada del delito*. RDJ, núm. 4, octubre-diciembre 1960, págs. 13-47, núm. 5, enero-marzo 1961; págs. 17-74.

Comienza el estudio con una referencia al concepto, naturaleza y fuentes legales de esta responsabilidad. Datos de Derecho comparado. A continuación se estructura y desarrolla este plan: Elementos de la responsabilidad (daño, delito, relación de causalidad), objeto de la misma (la in-

demnización). Finalmente se estudia la acción civil en sus diversos aspectos: independencia o no de la penal, el perjudicado, el responsable civil, extinción.

ENTENZA ESCOBAR, Pedro: *Concepción normativa de la obligación y del contrato*. RGLJ, tomo 211, octubre 1961; págs. 471-483.

Después de unas consideraciones generales en torno a la obligación y el contrato se considera éste como una norma contractual como consecuencia de la delegación de las normas generales, y dentro del ámbito de la autonomía privada.

GOMA SALCEDO, José Enrique: *Principales problemas del contrato de renta vitalicia*. RDN, núm. 29-30, julio-diciembre 1960; págs. 309-339.

Formulario sobre el contrato de venta vitalicia precedido de un breve estudio de los aspectos fundamentales de su problemática jurídica.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El ámbito de la novación objetiva modificativa*. RDP, octubre 1961; págs. 797-807.

Después de unas breves consideraciones sobre la novación extintiva y modificativa, se analiza el artículo 1.244, que aparece sólo referido a la primera (requisitos). Analogías y diferencias entre ambas novaciones. En el sentir de la jurisprudencia la modificativa sólo puede referirse a modificaciones accidentales, mientras que la doctrina tiende también a considerar mera novación modificativa los cambios en el objeto y condiciones principales. El autor se inclina a esta postura, entendiendo no tiene justificación la tesis de la jurisprudencia, tanto desde el punto de vista normativo como práctico.

LÓPEZ ALARCÓN, Manuel: *Naturaleza posesoria del derecho de retorno*. RDN, núm. 7, julio-septiembre 1961; págs. 57-85.

Supuestos diversos de derecho de retorno a favor del arrendatario y presupuestos del mismo. Naturaleza jurídica. Nacimiento y constitución del derecho de retorno. Ejercicio y extinción y supuestos de exclusión. Proyección registral del derecho de retorno.

MARTÍN RETORILLO, Cirilo: *La resolución de arrendamiento urbano por declaración de ruina según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. RDP, enero 1961; págs. 16-29.

Consideración de reciente jurisprudencia sobre diversos aspectos de la «ruina» como causa de resolución de la relación arrendataria urbana: con-

cepto de la ruina legal, competencia de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa, ruina por no realización de obras ordenadas por sentencia anterior revocadora de otra declaratoria de ruina, improcedencia de reserva de local, disposiciones de las ordenanzas municipales, improcedencia de la declaración de ruina, estado de abandono.

MARTÍNEZ DE LA CUEVA, Pedro: *La cláusula de estabilización de valor en la hipoteca*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; págs. 273-315.

Uno de los puntos básicos en la reforma del Reglamento Hipotecario es la introducción en el artículo 219 de las cláusulas de estabilización de valor en los préstamos hipotecarios. Precedido de unas consideraciones generales en relación con la estabilización económica en general y su proyección en el Derecho privado, se abordan después después los diversos aspectos de las cláusulas estabilizadoras en la hipoteca: naturaleza de la hipoteca, hipoteca en moneda extranjera, requisitos de las cláusulas de estabilización, módulo estabilizador. Termina el estudio aludiendo a la ejecución hipotecaria y a las hipotecas de amortización.

MELON INFANTE, Fernando: *El contrato de permuta en el Código civil*. RDP, septiembre 1961; págs. 707-719.

Estudio de la permuta en el Derecho español, tal como se configura en el Código civil: concepto, permuta de cosa ajena, evicción en la permuta, aplicación e inaplicación de las normas de la compraventa. Minuciosa exégesis de los artículos 1.539 y 1.540 del Código civil.

MENÉNDEZ PIDAL, Juan: *La lealtad en el contrato de trabajo*. RGLJ, tomo 210, mayo 1961; págs. 646-663.

En el contrato de trabajo, aparte de su contenido puramente económico y patrimonial, existe un importante aspecto ético y moral en el que la lealtad se manifiesta en toda su amplitud. Antecedentes de este principio. Aspecto legislativo y jurisprudencial.

NÚÑEZ LÁGOS, R.: *Causa de la traditio y causa de la obligatio*. RCDI, número 396-397, mayo-junio 1961; págs. 573-641.

A tres razones obedece el confusionismo reinante en materia de causa: a la no delimitación de la causa próxima (de la *tradiatio*) con la remota (de la *obligatio*); a la presión de la causa ilícita, con la recepción en bloque de la causa subjetiva o final; a la no clara distinción entre inexpressión e inexistencia de la causa. Previa a la aclaración anterior se analiza la causa ob-

jeiva en general y en su manifestación de causa próxima (causa en la *traditio* y en los derechos reales) y causa remota (causa de las obligaciones). Amplio desarrollo y consideración de cada una.

PUIG BRUTAU, JOSÉ: *La relación fiduciaria*, RDP, diciembre 1961; págs. 1009-1020.

Uno de los conceptos no asimilado aún por nuestro sistema jurídico es el de relación fiduciaria. La asimilación no debe hacerse a base de criterios puramente lógicos, sino de política jurídica. Tal es el criterio seguido por la jurisprudencia alemana, que en el caso de propiedad fiduciaria concede, habiendo consurso de fiduciario, un derecho de separación al fiduciante. Posibles aspectos de la relación fiduciaria, tratando siempre de obtener su significado a través de una valoración de los intereses en juego. Combinación de elementos reales y obligaciones. Referencia al concepto «acreedor de dominio».

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Seguros y responsabilidades civiles delictuales*, RDP, enero 1961; págs. 3-16.

Demuestra el autor con claros ejemplos la autonomía, frente a las civiles, de las normas sobre responsabilidad *ex delicto* y su «funcionamiento penal autónomo». El principio es a veces minimizado o francamente vulnerado cuando las Compañías de seguros, que han realizado pagos en virtud del seguro, se arrogan y obtienen la cualidad de «merceros» perjudicados, logrando en la vía criminal la indemnización abonada previamente al asegurado inmediatamente perjudicado. Tampoco es correcto considerar al asegurador responsable civil subsidiario. Exégesis del artículo 104 Código penal. Consideración de los seguros de responsabilidad civil.

REYES MONTEIGREAL, JOSÉ MARÍA: *Resolución y rescisión en arrendamientos rústicos*. RGLJ, tomo 210, abril 1961; págs. 441-541.

Precisión en el ámbito arrendaticio rústico de los términos resolución, rescisión y desahucio. Estudio de las causas de «resolución» del contrato de arrendamiento, independientemente de la calificación que las dé el vigente Reglamento que maneja incorrectamente los conceptos, resolución, rescisión y desahucio. Como causas de resolución estudia el autor las del artículo 26 del Reglamento y las que en otros preceptos se llamaron «rescisión». Además se analiza la resolución del vínculo por condicionalidad de su creación y por causas que determinan el desahucio. En conclusión: las diferentes causas por las que se extinguen los contratos de arrendamientos rústicos en general son causas de resolución en sentido amplio.

RODRÍGUEZ DEL BARCO, José: *El pago de lo indebido por error*. RDP, octubre 1961; págs. 803-824.

Distribución de la materia: I. Doctrina general. II. Derecho español. Concepto, naturaleza, requisitos y efectos del pago de lo indebido por error. Estudio doctrinal de estos extremos desde el punto de vista doctrinal y del Derecho positivo español.

SABATER TOMÁS, Antonio: *Casos particulares del pacto comisorio*. RDJ, número 2, abril-junio 1960; págs. 45-55.

Análizanse estos supuestos: pacto comisorio sobre el valor de rescate de una póliza de vida, el pacto marciano, el pacto comisorio con el fiador y el pacto comisorio de sobre cosa no sujeta a garantía.

SABATER TOMÁS, Antonio: *El pacto comisorio*. RDJ, núm. 7, julio-septiembre 1961; págs. 86-116.

Estudio del pacto comisorio en general en sus distintas formas de manifestación. Naturaleza, peculiaridades y delimitación frente a figuras análogas. Nulidad del pacto y sus razones y efectos. Referencia específica al pacto comisorio en la prenda, en la hipoteca y en la anticresis.

SALVADOR, Antonio: *El concepto de justa causa en el artículo 62, 3.º, de la Ley de arrendamientos urbanos*. RDP, julio-agosto 1961; págs. 560-568.

El artículo 62, 3.º, de la Ley de Arrendamientos urbanos considera como causa de excepción a la prórroga legal la desocupación, durante seis meses en el curso de un año, de la vivienda o local, a menos que obedezca a justa causa. Significado y valoración de la *justa causa*. Determinación previa y objetiva del concepto y significación de las circunstancias del caso concreto.

SOTO NIETO, Francisco: *Resolución del contrato arrendaticio urbano por efectación de obras*. RDJ, núm. 6, abril-junio 1961; págs. 229-270.

Estudio, a través de la jurisprudencia, de la causa resolutoria contenida en el número 7.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Delimitación de los diversos tipos de obras como cuestión previa al estudio de la norma. Exégesis de la misma elaborada a base de declaraciones jurisprudenciales.



SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando: *Concepto técnico-judicial del despido*. RDP, febrero 1961; págs. 117-136.

Se pretende concretar y delimitar con rigor el concepto del despido en el ámbito laboral reconduciéndolo a la categoría de resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. Su diferencia con el desistimiento y el incumplimiento del empresario. No puede configurarse el despido como sanción disciplinaria ni manifestación del poder disciplinario del empresario. Referencia al Decreto de 5 de enero de 1939, que no destruye la tesis que se mantiene.

##### 5. Derecho de familia.

DÍEZ PICAZO, Luis: *La situación jurídica del matrimonio separado*. RDN, núm. 31, enero-marzo 1961; págs. 7-125.

Siguiendo la orientación de nuestro Derecho positivo, estudia el autor la posición jurídica del matrimonio separado, en sus efectos concretos, distinguiendo tres fases: fase preliminar de la separación, separación durante el procedimiento y situación de separación declarada. Sistemática y ordenada exposición de problemas específicos. Termina el estudio contemplando la extinción de la situación de separación en el supuesto de reconciliación.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *En torno al artículo 1.413 del Código civil*. RDJ, núm. 5, enero-marzo 1961, págs. 75-120; núm. 6, abril-junio 1961; págs. 17-53.

Estudio amplio y general del nuevo artículo 1.413 del Código civil, en el que el autor, en contra de la opinión general, se muestra defensor del criterio adoptado por el precepto sobre la disposición de los bienes gananciales. Consideración de los diversos aspectos de la norma en una minuciosa exégesis.

HERNÁNDEZ GIL, Félix: *Sobre la figura del defensor judicial de menores*. RDP, marzo 1961; págs. 201-225.

Estudio de la figura del defensor judicial en sus aspectos dudosos, una más de las que quiebran en nuestro Derecho el aparente principio de la unidad de guarda. Antecedentes, delimitación de la figura, facultades. El requisito de la oposición de intereses. Dudas sobre personas llamadas al cargo (madre, menor emancipado). Posibilidad de nombrar defensor al concebido y al menor emancipado. Aplicación del artículo 104 al defensor.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Posibilidad de pactar en Aragón la separación de bienes con efecto retroactivo al momento de la celebración del matrimonio*. RCDI, núm. 402-403, noviembre-diciembre 1961; págs. 1037-1048.

Examen de un caso no frecuente, pero posible: cónyuges aragoneses que casados sin otorgar capítulos y, por lo tanto, bajo el régimen de comunidad de muebles y ganancias llegan después al convencimiento de que el sistema que mejor se adapta a su matrimonio es el de absoluta separación de bienes. Pacto de ese nuevo régimen, pero con eficacia retroactiva. Silencio de la Ley respecto a la posibilidad o no del indicado pacto. El autor fundamenta y defiende su posibilidad.

OGAYAR AXILÓN, TOMÁS: *La nueva regulación de la adopción*. RDJ, número 2, abril-junio 1960; págs. 13-44.

Era necesaria la reforma y nueva reglamentación de la adopción en el Derecho español, pero la reforma dista de ser acertada. La legislación española queda bastante rezagada respecto al movimiento universal de equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos. Después de esta aclaración preliminar examina el autor las normas generales sobre la institución y as especiales sobre la plena y menos plena.

PELAYO HORE, SANTIAGO: *La presunción muciana*. RGLJ, tomo 210, junio 1961; págs. 793-834.

Manifiesta el autor que nunca ha conseguido explicarse satisfactoriamente la pervivencia de la presunción muciana en el Derecho catalán. Expone sus preocupaciones sobre la materia. Debido a la íntima vinculación existente entre ambas cuestiones se refiere antes al problema de las donaciones entre cónyuges en el Derecho catalán. A continuación ofrece unas sugerencias sobre el origen y fundamento de la presunción, indicando que mientras los juristas luchan por conservarla, la práctica consuetudinaria se esfuerza en eliminarla.

## 6. Derecho de sucesiones.

CASASÚS HOMET, EMILIO: *La representación respecto a los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la herencia del adoptante*. RDN, núm. 29-30, julio-diciembre 1960; págs. 213-224.

Con respecto a la adopción menos plena se pronuncia el autor en contra de la admisión del derecho de representación en los derechos hereditarios del adoptado, basándose en la irrevocabilidad del pacto sucesorio. La misma solución propugna aun en el caso de haberse dispuesto expresamente

en la escritura de adopción; los descendientes del adoptado nunca adquirirán derechos hereditarios de los adoptantes si el adoptado premuere a éstos. Adopción plena: aplicación del derecho de representación en la sucesión intestada y forzosa; inaplicabilidad en la contractual.

FONT BOIX, Vicente: *La mejora de tercio por acto inter vivos*. RDN, número 31, enero-marzo 1961; pág. 351.

Precedido de un estudio previo sobre la mejora de tercio por acto entre vivos y sus diversos supuestos se ofrecen numerosos formularios sobre la institución.

HERNÁNDEZ GIL, Félix: *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*. RDP, junio 1961; págs. 468-492.

Se comienza delimitando la indignidad sucesoria frente a la desheredación y a la incapacidad relativa. En cuanto a su naturaleza, estima el autor: 1) Que la indignidad supone la delación a favor del indigno. 2) Que funciona como causa de exclusión y no como incapacidad (el indigno hereda en tanto no se le excluya de la herencia). Como requisitos de la indignidad se señalan su declaración judicial y el ejercicio de la acción. Efectos de la indignidad: A) Relaciones entre el indigno y los llamados en su lugar. B) Relaciones entre el indigno (heredero forzoso) y sus herederos.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *La responsabilidad del heredero en el Código civil*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; págs. 191-228.

Suprimida la bibliografía se trata del capítulo del libro del autor sobre «Derecho de sucesiones». Desarrolla este esquema: I. Responsabilidad del heredero que acepta pura y simplemente. II. Prelación entre acreedores y legatarios en la aceptación pura. El beneficio de separación de patrimonios. III. Naturaleza y eficacia del beneficio de inventario. IV. Administración y liquidación de la herencia beneficiaria.

LATOUR BROTONS, José: *Del usufructo a la sustitución fideicomisaria*. RCDI, núms. 390-391, noviembre-diciembre 1960; págs. 747-829.

Continuación del trabajo amplísimo del autor iniciado anteriormente. En el presente número de la Revista se refiere a los derechos de representación y de acrecer en el usufructo vincular: los dos momentos sucesorios, revisión de la problemática sucesoria en relación con el usufructo, instituciones fideicomisarias a favor de *nasciturus*, el derecho de representación entre los fideicomisos, llamamientos fideicomisarios *post mortem* a

favor de los hijos de una persona, llamamientos sustitutorios a favor de los descendientes del testador, derechos de representación y de acrecer en los llamamientos sustitutorios a favor de hermanos y sus descendientes, límites del usufructo vincular, purificación del usufructo, efectos basculantes de la condición. Consideración casuista de la jurisprudencia en todos los enunciados.

SANTAMARÍA ANSA, Juan: *Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de actos jurídicos de su causante*. RDP, abril 1961; páginas 271-283.

En el tema de la posible impugnación por el sucesor hereditario de los actos jurídicos de su causante juegan, como conceptos fundamentales: la sucesión hereditaria, la cualidad de heredero, los motivos de la impugnación y el principio de respeto a los actos propios. Posición de la jurisprudencia. Ambito de la impugnación: supuestos.

VALLE DE GOYTISOLO, Juan: *Hipótesis y tesis del artículo 811 del Código civil*. RDP, diciembre 1961; págs. 1020-1046.

Fragmento de un trabajo ya iniciado en anterior número de la misma Revista. En éste alude el autor a la posición jurídica del reservista y del reservatario en el artículo 811. Examen casuista en extremo.

## II. DERECHO HIPOTECARIO

ARAUZ DE ROBLES, Carlos: *Teoría de la publicidad*. RCDI, núm. 398-399, julio-agosto 1961; págs. 770-796.

Aspectos originarios de la publicidad, frecuentemente ensombrecidos por la excesiva elaboración de la materia y teniendo en cuenta la auténtica finalidad de la Ley de 1861, que nunca se propuso la construcción de un sistema de publicidad inmobiliaria. Su ámbito quedó circunscrito a las necesidades del crédito territorial.

BATALLA, Manuel: *La Ley sobre propiedad horizontal y el Registro*. RCDI, número 396-397, mayo-junio 1961; págs. 651-670.

Tratamiento de la propiedad horizontal, título constitutivo, normas de Derecho necesario, reforma de la Ley Hipotecaria, problemas de Derecho transitorio.

BAILLE VÁZQUEZ, Manuel: *Las casas divididas por pisos y el Registro de la propiedad*. RCDI, núm. 394-395, marzo-abril 1961; págs. 413-424.

Rápido esbozo de las vicisitudes por las que ha pasado en España la proyección registral de la propiedad horizontal desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 (con sus dudas y vacilaciones) hasta las reformas introducidas en la Ley vigente por la de 21 de julio de 1960. Aspectos de la situación actual. Cuestiones concretas que suscita la nueva reglamentación.

CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés: *El pensamiento de Ramón María Roca Sastre sobre la Reforma del Reglamento Hipotecario*. RCDI, núms. 390-391, noviembre-diciembre 1960; págs. 721-746.

Reseña comentada sobre el Apéndice al Derecho hipotecario de Roca, que recoge la Reforma del Reglamento. Referencias al derecho de superficie, a la inscripción de adquisiciones onerosas de cónyuges sometidos al régimen de gananciales, caducidad de anotaciones preventivas, otros aspectos: hipotecas con cláusula de estabilización.

CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés: *La jurisprudencia del Supremo y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; págs. 393-400.

Posición del registrador ante supuestos de dualidad de criterio entre el Supremo y la Dirección. El problema se resolvería convirtiendo en Sala de aquél la Sección de recurso de ésta.

CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés: *Las reservas y el Registro de la Propiedad*. RCDI, número 398-399, julio-agosto 1961; págs. 855-874.

Sobre la base de los estudios de Vallet de Goytisolo sobre las reservas, el autor recrea el aspecto registral de su problemática.

CERVERA JIMÉNEZ ALFARO, Francisco: *La década 1851-1861*. RCDI, número 392-393, enero-febrero 1961; págs. 67-127.

Circunstancias históricas de la primera Ley Hipotecaria de 1861. Boceto del escenario, de los personajes y de los sucesos entre los que se desarrolló el Proyecto y apareció la Ley Hipotecaria de 1861. El Madrid de la década 1851-1861: transición literaria; la Reina, su séquito y sus ministros; panorama político europeo y nacional; efemérides políticas; anverso y reverso de la Unión liberal; el Parlamento largo; visperas gloriosas; Gobierno, comisión y redactores de la Ley.

CERVERA JIMÉNEZ ALFARO, FRANCISCO: *Sesión conmemorativa del centenario de la Ley Hipotecaria*. RCDI, núm. 394-395, marzo-abril 1961; páginas 425-431.

Breve, intervención del autor en la sesión que se indica: gratitud a la Universidad, visión retrospectiva del 8 de febrero de 1861, visión actual y futura.

CHINCHILLA RUEDA, RAFAEL: *El Catastro y el Registro*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; págs. 243-271.

Historia y fines de la constitución del Catastro. Su importancia y relación con el Registro de la Propiedad. Legislación vigente en materia catastral. Necesaria coordinación entre el Catastro y el Registro.

ESTEPA, JOSÉ: *Sobre una supuesta dificultad en la inscripción de caseríos provenientes de segregación*. RCDI, núms. 402-403, noviembre-diciembre 1961; págs. 1103-1119.

Indicándose en la inscripción de un finca rústica normal que contiene un caserío se ha entendido que segregado éste no puede inscribirse la segregación, porque dicha edificación estaba sólo mencionada, y el artículo 8 de la Ley obliga a inscribir bajo un número «todo edificio», y el artículo 29 priva de efectos a las menciones. El autor rebate esta concepción.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Economía y sociedad en la génesis de la Ley Hipotecaria*. RCDI, núm. 396-397, mayo-junio 1961; págs. 642-650.

La aparición de la Ley Hipotecaria de 1861 fué una exigencia del estado de la economía y de la sociedad de la época, que ya «no podían funcionar» con la legislación anterior. Aspectos y problemática.

LÓPEZ MEDEL, JESÚS: *Seguridad nacional y seguridad jurídico-inmobiliaria*. RCDI, núm. 394-395, marzo-abril 1961; págs. 504-539.

El subtítulo encuadra claramente el contenido del trabajo: Estudio de la Ley de 12 de mayo de 1960 sobre inscripción «necesaria» de adquisiciones de inmuebles a favor de extranjeros en determinadas zonas. Se alude previamente a los posibles fines extrarregistrales del Registro, indicando después los antecedentes de la Ley (Ley de 1935 y Decretos de 1958). Exégesis de la Ley. Principios y efectos de la inscripción necesaria en la Ley de 1960.

NAVARRO AZPÉTTIA, Fausto: *Un sistema registral español*. RCDI, número 392-393, enero-febrero 1961; págs. 401-409.

El Registro de la Propiedad español, sin estar exento de los defectos inherentes a toda obra humana, constituye hoy un órgano útil, ágil, seguro y protector, muy de acuerdo con nuestro temperamento, con nuestras necesidades jurídicas y con el servicio público que le está encomendado.

RAMOS FOLQUES, Rafael: *El Registro de la Propiedad egipcio según la literatura papiroológica registral egipcia*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; págs. 317-392.

Se distinguen dos fases: el Egipto pretolomaico y los Derechos egipcios en las épocas griega y romana. Se alude a los documentos y a la función notarial; a los negocios jurídicos y a su objeto (tierra y esclavos); al impuesto, a la hipoteca y a las subastas. Finalmente se estudian los registros de transferencias de propiedad: actos inscribibles, voluntariedad de la inscripción, valor y circunstancias del asiento.

RICA Y ARENAL, Ramón de la: *Meditaciones hipotecarias. Pervivencia del sistema registral*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; págs. 127-141.

Aspectos fundamentales de cien años de vida registral española: difusión del crédito con garantía inmobiliaria, seguridad del dominio, ritmo de la inmatriculación, moderna concepción de la propiedad y Registro, expansión del sistema de publicidad registral. El progreso de nuestro sistema registral hace necesario arbitrar medios legales que hagan progresivamente constitutiva la inscripción respecto a ciertas categorías de inmuebles, empezando por los ya acogidos al sistema. Coordinación Registro-Catastro.

RICA Y ARENAL, Ramón de la: *Una Legislación genuinamente española*. RCDI, núm. 394-395, marzo-abril 1961; págs. 432-446.

Consideración fría y objetiva del tesoro jurídico que supone la Ley Hipotecaria de 1861. Situación encontrada por sus redactores, finalidades perseguidas, consideración funcional de la Ley. Leves consideraciones críticas.

SANZ JARQUE, Juan José: *Problemas registrales que se plantean con motivo de la concentración parcelaria*. RCDI, núm. 400-401, septiemb.-octubre 1961; págs. 893-909.

Divide el autor la consideración registral de la concentración parcelaria en tres fases: problemas registrales de la misma antes del procedi-

miento de concentración, durante el mismo y después de él. Se propugna la creación de unos libros registrales nuevos y especiales para la propiedad agraria concentrada.

SERRELLA CONTRERAS, Pedro Luis: *La certificación administrativa de dominio y la reanudación del tracto sucesivo interrumpido*. RCDI, núm. 402-403, noviembre-diciembre 1961; págs. 1081-1102.

Las certificaciones de dominio se reconocen como medio inmatriculador, propugnándose por el autor su eficacia asimismo como medios de reanudación del tracto interrumpido. Retoques necesarios en la legislación hipotecaria. Lo que el trabajo defiende no es sino un aspecto concreto de la necesidad de que la legislación administrativa se adecúe a las directrices de la hipotecaria cuando incide en su terreno.

VALLET DE GOYLLISOLO, Juan: *Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; páginas 163-190.

Se muestra el autor escéptico respecto al significado y valor absoluto de la distinción dogmática entre derechos reales y derechos de crédito. La delimitación resulta con frecuencia oscura y casi imposible. La realidad entremezcla aspectos reales y obligaciones en las relaciones jurídicas. Por otra parte, resulta insuficiente para captar la realidad jurídica en su totalidad el concepto del derecho subjetivo. En función de mayor o menor eficacia con respecto a terceros se propone una posible división de las «situaciones» para determinar su acceso o no al Registro, basando su valoración en la «naturaleza de las cosas».

VILLACAÑAS GONZALEZ, Pedro: *Un siglo después*. RCDI, núm. 392-393, enero-febrero 1961; págs. 229-241.

Perspectivas y horizontes de los cien años de vida de la Ley Hipotecaria. Significado jurídico de la misma e influencia en la vida jurídica española.

VILLARES PICO, Manuel: *Recordemos en este Centenario del régimen hipotecario al verdadero fundador del mismo*. RCDI, núm. 400-401, septiembre-octubre 1961; págs. 910-936.

Principal fundador de nuestro régimen hipotecario fué don Claudio Antón de Luzuriaga, al que se dedican unas líneas de apología. Defendió ardientemente la inscripción constitutiva y entiende el autor sería oportuno



uno reconsiderar esta cuestión y redactar un anteproyecto en ese sentido, al menos con respecto a los bienes ya inscritos. Vicisitudes del problema desde 1843 a 1861.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### 1. Parte general.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *La nueva regulación del Registro mercantil*. RCDI, núm. 390-391, noviembre-diciembre 1960, págs. 830-855; número 394-395, marzo-abril 1961, págs. 446-503; núm. 398-399, julio-agosto 1961, págs. 797-854; núms. 400-401, septiembre-octubre 1961, págs. 946-997; núm. 402-403, noviembre-diciembre 1961; págs. 1120-1149.

Continuación de los comentarios del autor al nuevo Reglamento del Registro Mercantil. Se refiere en los número indicados a las sociedades y a los buques (capítulos VI a X, ambos inclusive).

#### 3. Cosas mercantiles.

GUIMERA PERAZA, Marcos: *Alrededor del protesto de la letra de cambio*. RDN, núm. 28-30, julio-diciembre 1960; págs. 7-41.

Considerado el protesto como un acta notarial acreditativa de la falta de aceptación o pago de una cambial, tiene como finalidad esencial hacer constar de modo fehaciente el hecho de la inaceptación o del impago de la letra. Validez y eficacia de la cláusula sin gastos; tiempo del protesto; la letra a la vista; domicilio del protesto; supuestos diversos; el protesto y el avalista; posición jurídica de éste y del tenedor de la letra; la notificación del protesto.

#### 5. Derecho marítimo y aeronáutico.

SALVADOR, Antonio: *La nueva Ley de navegación aérea*. RGLJ, tomo 210, enero 1961; págs. 47-60.

Vicisitudes de la Legislación española en materia de navegación aérea hasta llegar a la Ley de 21 de julio de 1960. Ambito de aplicación de ésta en función del carácter (civil o militar) de la navegación y de su naturaleza nacional o internacional. Relación con otras disposiciones aplicables (Tratados y Convenios, Derecho subsidiario).

## 6. Derecho de quiebras.

CARRETERO, Adolfo: *La ocupación en la quiebra de la Barcelona Traction*. RDJ, núm. 7, julio-septiembre 1961; págs. 257-273.

Al ser la *Barcelona Traction* dueña y poseedora de las acciones de sus sociedades filiales y decretarse la quiebra de aquélla, por encontrarse en Canadá las acciones indicadas su ocupación ordenada judicialmente lo fué mediante «posesión civilísima». Examen del problema en sus distintos aspectos procesales y materiales para llegar a la fundamentación de la ocupación en la forma de mera posesión mediata.

MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael: *Terminación sin convenio de la junta de acreedores en la suspensión de pagos*. RDJ, núm. 5, enero-febrero 1961; páginas 121-128.

La solución normal de la suspensión de pagos es el convenio. No siempre se logra. El respeto al principio de celeridad, informador del procedimiento de suspensión de pagos y la voluntad de los acreedores hacen a veces que la propuesta de convenio no se logre. Examen de los casos en que esto ocurre en base a la Ley de 26 de julio de 1922.

## IV. DERECHO NOTARIAL

ARAUZ DE ROBLES, Carlos: *Ecos, en el Notariado latino, de la reforma del Notariado francés*. RGLJ, tomo 211, octubre 1961; págs. 484-493.

Es inminente la reforma del notariado francés: formación del notario, habilitación para el cargo, distribución de las notarías. Comentarios y posible significado y repercusión de la reforma. La reglamentación data de Napoleón y requiere urgente modificación.

BELTRÁN FUSTERO, Luis: *El notario ante la reputación ajena*. RDN, número 29-30, julio-diciembre 1960; págs. 287-306.

Reitera el autor su criterio, ya anteriormente expuesto, respecto a la admisión en las notarías de sobres cerrados con documentos cuyo contenido ignora el notario.

CONDE PUMPIDO, Cándido: *La trascendencia jurídica de la falsedad del requirente en las actas de notoriedad*. RDN, núm. 31, enero-febrero 1961; páginas 127-169.

Ejemplo típico de norma no penal que sanciona una conducta y remite a la Ley penal en cuanto a la pena es el delito de falsedad que

el legislador notarial y registral han previsto en el artículo 209, 1.º, del Reglamento Notarial en el artículo 203, 3.º (R. H. 70, 2.º), imponiendo al requirente en las actas de notoriedad la obligación de aseverar con juramento la certeza del hecho mismo bajo pena de falsedad en documento público. Estudio civil-penal del precepto.

## V. DERECHO PROCESAL

### 1. Introducción.

LA REDACCIÓN: *Excmo. Sr. Don Manuel de la Plaza Navarro* RDP, diciembre 1960; pág. 939.

Nota necrológica de este ilustre procesalista recientemente fallecido. Significación e importancia de su obra. Perfiles de su personalidad como jurista y como magistrado.

### 2. Parte general.

AZPARREN GAZTAMBIDE, Agustín: *Ideas en torno a la reforma orgánica*. RDJ, número 7, julio-septiembre 1961; págs. 175-217.

Consideración de algunos aspectos concretos en torno a la proyectada reforma de la Ley Orgánica del poder judicial: denominación de los organismos, tribunales centrales, demarcación, especialización, retribución, fusión de cuerpos similares, magistrados suplentes, excedencias, tiempo de la reforma en relación con la necesaria del procedimiento.

CONDE PUMPIDO, Cándido: *Justicia-poder*. RDJ, núm. 4, octubre-diciembre 1960; págs. 137-156.

Comenzando con una escueta alusión al problema de la sustitución y a su independencia, se examina después su posición en los diversos países para, tras considerar el problema en España, proponer oportunas reformas ante el estudio de la nueva Ley orgánica en proyecto.

DE LA VEDA BENAYAS, Carlos: *Moral, estilo y función judicial*. RDJ, núm. 5, enero-marzo 1961, págs. 131-176; núm. 6, abril-junio 1961; págs. 89-135.

Consideraciones en torno a la profesión judicial, estimando al juez en sí mismo y en su función. Se desarrolla este esquema: el aspirante a juez y la vocación judicial; el juez novato y su soledad; el juez y la soledad; el juez y la literatura; desconfianza hacia la humana justicia;

nota genérica y específica de la función judicial; el juez y la cultura jurídica; el estilo judicial en sí y en su posible aspecto literario.

GABALDÓN LÓPEZ, José: *Reflexiones sobre la reforma de la Ley orgánica*. RDJ, núm. 6, abril-junio 1961; págs. 136-180.

Entiéndese conveniente que la reforma de la Ley orgánica fuera acompañada de la revisión total del ordenamiento procesal. Aspectos de la amplia temática de aquélla en el ámbito orgánico y social, funcional y profesional.

LIZCANO CENJOR, José: *Independencia judicial*. RDJ, núm. 7, julio-septiembre 1961; págs. 125-174.

Significado y evolución de la independencia judicial en España. Sistema vigente. El principio IX de los Fundamentales del Movimiento: sus consecuencias.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *La organización judicial en Alemania*. DJR, núm. 2, abril-junio 1960; págs. 185-210.

Segunda parte del trabajo del autor. Se refiere en ella a los *Landgerichte*, a los tribunales de jurados; a las cámaras mercantiles, a los *Oberlandsgerichte*, al *Bundesgerichtshof*, al Tribunal constitucional federal y a los Tribunales para jóvenes.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *Los jueces en la República Democrática Alemana*. RDJ, núm. 7, julio-septiembre 1961; págs. 241-247.

Aspectos de la organización judicial en Alemania oriental. Fases legislativas y orientación «democrática» de la justicia. El camino hacia la judicatura. Deberes, control y cesación de los jueces. Escribanos, fiscales y abogados.

MARTÍNEZ CARRERA, Antonio: *Organización de Tribunales en Inglaterra y Gales*. RDJ, núm. 4, octubre-diciembre 1960; págs. 179-203.

Descripción minuciosa del sistema judicial inglés en sus diversos grados y jurisdicciones. En primer lugar se ofrece una somera referencia al Derecho inglés y a los jueces, así como a la evolución histórica. Se describe después el sistema judicial: jurisdicción ordinaria, jurisdicción excepcional, jurisdicciones especiales, abogados y procuradores.

MOSQUERA SÁNCHEZ, Luis: *Tendencias actuales en Derecho comparado sobre selección y formación de jueces*. RDJ, núm. 6, abril-junio 1961; página 181.

Contraste del sistema español con los extranjeros en torno a la selección y formación del personal judicial en su aspecto jurídico-político, en el jurídico-administrativo y en el funcional.

MUÑOZ ROJAS, Tomás: *Parte y justa parte en el proceso civil*. RDJ, núm. 4, octubre-diciembre 1960; págs. 48-75.

Esbozo, en líneas generales, del concepto y especies de la legitimación en el campo del proceso, aludiendo brevemente al concepto de parte y de justa parte. Entiende el autor que la legitimación propia (*ad causam*), o por sustitución, es una condición de la pretensión y no un presupuesto del proceso, ya que pueden existir procesos válidamente constituidos entre partes no legitimadas.

RUIZ VADILLO, Enrique: *Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal*. RDJ, núm. 2, abril-junio 1960; págs. 111-131.

Delimitación y naturaleza de la figura del Ministerio Fiscal en su consideración de órgano jurídico, órgano constitucional, político y judicial. Funciones en su posición actual. Futuro del Ministerio Fiscal.

RULL VILLAR, Baltasar: *Necesidad y urgencia de una reforma judicial*. RDJ, número 2, abril-junio 1960; págs. 101-110.

Continuación de las consideraciones del autor sobre la actual organización judicial española. Se ataca la plaga de jurisdicciones especiales sin orden ni conexión alguna y se postula una plena reorganización de la Justicia municipal en los diversos ámbitos.

### 3. Procesos especiales.

GARCÍA LAVERNIA, Joaquín: *¿Es posible entre comuneros el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria?* RDJ, núm. 7, julio-septiembre 1961; páginas 117-121.

No se contesta de forma unitaria la cuestión planteada, sino que se distinguen dos supuestos: 1) Cuando de los asientos del Registro no pueda inferirse el contenido del derecho de cada comunero no cabe que uno ejercite contra los otros el procedimiento del artículo 41 L. H. 2) Si de los asientos se infiere el contenido indicado y hay base para apreciar si

hay o no título inscrito que legitime la perturbación de un comunero a los otros es procedente, en su caso, el ejercicio del artículo 41 entre comuneros.

LATOUR BROTONS, Juan: *El desahucio por precario*. RDJ, núm. 4, octubre-diciembre 1960; págs. 111-133.

Trabajo destinado a la práctica judicial, en el que se exponen, después de una referencia a la acción por precario, los aspectos diversos del proceso de desahucio por esa causa: naturaleza y ámbito, actos previos, órgano jurisdiccional, legitimación, postulación y gastos del proceso.

MOLINA PASCUAL, Enrique: *Consideraciones en torno a la consignación de rentas arrendaticias*. RDJ, núm. 2, abril-junio 1960; págs. 56-77.

Examen de conjunto de las diversas normas que en nuestra legislación hacen referencia a la consignación de rentas arrendaticias. Consideración de la jurisprudencia. Debiera entenderse procedente la consignación en algunos casos distintos a los previstos por la legislación, no obstante el sentido contrario de la jurisprudencia.

TRUJILLO PEÑA, José: *Los principios iura novit curia e inquisitivo en la Ley jurisdiccional de lo contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956*. RDJ, núm. 6, abril-junio 1961; págs. 55-57.

Indicada la forma de determinación de la norma en el proceso civil se aprecia después la especialidad de la jurisdicción contenciosa que impone fallar en base a sus normas indicadas por las partes en base a las que la Sala estime oportunas, si bien haciéndolas saber a dichas partes para las oportunas alegaciones. Manifestaciones de los principios indicados en la Ley de lo contencioso.

#### 1. Jurisdicción voluntaria.

FOYR BOIX, Vicente: *La función notarial y la jurisdicción voluntaria*. RDN, número 29-30, julio-diciembre 1960; págs. 225-233.

La llamada jurisdicción voluntaria, lo mismo que la función notarial, se separa de la jurisdicción y de la Administración. En el campo de la jurisdicción voluntaria debe quedar incluida la función notarial, atribuyendo a ésta todos aquellos actos de la jurisdicción voluntaria en los que concurren las notas definitorias del acto notarial y que por razones de oportunidad histórica se atribuyeron a los jueces.

## CLAVE DE ABRREVIATURAS 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 = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).  
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.  
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.  
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.  
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen 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 (ICI.Q) = 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).  
 JP = Jornal do Foro (Lisboa).  
 L = La Ley (Buenos Aires).  
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
 MLR = The Modern Law Review (Londres).  
 NC = The North Carolina Law Review.  
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).  
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).  
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).

- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.  
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).  
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).  
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).  
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).  
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).  
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).  
 RDF = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generali delle Obbligazioni (Milán).  
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).  
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).  
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).  
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).  
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).  
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).  
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).  
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).  
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.  
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).  
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).  
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
 RFDSP = Revista 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 (Bruxelles, La Haya).  
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).  
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).  
 RIDCP = Revue International de Droit Comparé (Paris).  
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).  
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).  
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).  
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.  
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.  
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).  
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.  
 RI = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).  
 RIJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).  
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).  
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
 RS = Rivista delle Società (Milán).  
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).  
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).  
 RTDF = 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 HIPOTECARIO

### 1. CONSTITUYE UNA MENCION SUSCEPTIBLE DE SER CANCELADA COMO TAL LA EXPRESION CONTENIDA EN UNA INSCRIPCION DE FINCA RELATIVA A UNA SERVIDUMBRE DE AGUAS

a) Considerando que el asiento discutido fué practicado al inmatricular la finca con arreglo al Real Decreto de 6 de noviembre de 1865, de la que procede la actual, que tanto el artículo 13 de la Ley Hipotecaria de 1961 como la de 1909, exigían que las servidumbres se hicieran constar en la inscripción de dominio de los predios sirviente y dominante y en el artículo 30 se declaraban nulas aquellas que no figurasen en la inscripción de la finca gravada, supuesto que se da en el asiento discutido en el que además no consta la naturaleza, extensión y título del derecho controvertido, por lo que únicamente podría estimarse como un dato o referencia que según la legalidad a la sazón vigente podría surtir efectos contra tercero desde la fecha de presentación del título respectivo en el Registro.

b) Una de las finalidades pretendidas por la Ley de 8 de febrero de 1946 fué precisamente la de eliminar del Registro todos aquellos asientos que por su prolijo contenido perturban el sistema y contribuyan a perpetuar cargas y derechos extinguidos en los libros hipotecarios con detrimento de su claridad y de la contratación inmobiliaria, y por esto el artículo 98 de la Ley estableció que las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada no tendrán la consideración de gravámenes ni gozarán el beneficio de la fe pública, y deberán ser canceladas por el Registrador a instancia de parte interesada.

c) Al establecer la disposición transitoria primera de la misma Ley. apartado A), que caducarán y no producirán efecto alguno las menciones que en 1 de julio tuvieran quince o más años de fecha, procede la cancelación de la que ha sido objeto de este expediente, que no fué inscrita especial y separadamente, todo ello sin perjuicio de que las partes puedan acudir a los Tribunales para contender entre sí acerca de la existencia o validez de su derecho (Res. de 30 de mayo de 1961. B. O. de 7 de junio de 1961).

Con similares antecedentes e igual doctrina que la anterior, las Resoluciones de 15, 26 de junio y 2 de agosto de 1961.

2. ADQUIRIDA UNA FINCA CON PRECIO APLAZADO Y CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA, Y CONSTITUIDA HIPOTECA POSTERIOR POR EL COMPRADOR, ES NECESARIO PARA PODER CANCELAR LA REFERIDA HIPOTECA, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE PAGO POR EL COMPRADOR, EL HACER LA CONSIGNACION QUE ESTABLECE LA REGLA 6.ª DEL ARTICULO 175 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. PARA CANCELAR EMBARGOS PRACTICADOS SOBRE DICHA FINCA NQ ES NECESARIO MANDAMIENTO JUDICIAL

a) El pacto comisorio, con precedentes en el Derecho romano, en donde nació con la finalidad de que el vendedor no permaneciera indefinidamente ligado al vínculo contractual y recuperase su libertad si el comprador incumplía la obligación de pagar el precio, logró extenderse después a toda clase de contratos sinalagmáticos, y amparado por el derecho intermedio, acabó, merced al derecho consuetudinario, por estimarse siempre sobrentendido, si bien la resolución no podía tener lugar sin pronunciamiento judicial, régimen que pasó al Código francés y el artículo 1.124 del Código civil español.

b) Junto a este llamado pacto comisorio tácito, las partes pueden convenir una cláusula resolutoria expresa, al amparo de los artículos 1.255, 1.504 y 1.505 del Código civil, de evidente utilidad al permitir la resolución de pleno derecho sin necesidad de la intervención del Juez mediante la mera declaración de voluntad de aquel de los contratantes que hubiese cumplido sus compromisos, cuyo funcionamiento radica, según la doctrina, en el hecho de que la tutela jurídica no ha de limitarse a exigir la equivalencia de las prestaciones en el momento de la formación del contrato, sino también en la fase de ejecución.

c) Siempre que no se haya estipulado expresamente como cláusula penal un derecho del vendedor para retener y hacer suyas las cantidades que como precio o parte de él se le hubiesen entregado por el ejercicio de la facultad resolutoria, surge para las partes, según el artículo 1.123 del Código civil, la obligación de restituirse lo que hubiesen recibido, y, en su consecuencia, en la compraventa, el comprador deberá restituir la cosa y el vendedor el precio, y además, según el artículo 1.124, se extinguirán los derechos adquiridos por terceros, con posterioridad a la celebración del contrato, salvo lo establecido en la Ley Hipotecaria.

d) El artículo 11 de la Ley Hipotecaria vigente regula dos supuestos, de simple expresión de aplazamiento del pago —condición resolutoria tácita— que no surtirán efecto respecto de terceros, y —pacto comisorio expreso— susceptible de producirlos si se hallase inscrito, y en este último caso, por exigencia del artículo 1.504 del Código civil, es necesario para llevar a cabo la nueva inscripción a favor del vendedor que éste presente su título, y que se haga constar, según establece el artículo 59

del Reglamento, la notificación judicial o notarial hecha al comprador, y además, para poder cancelar las cargas y gravámenes constituídos por éste, se deberá cumplir lo requerido por el artículo 175-6.º del Reglamento, o sea consignar el importe de los bienes en un Establecimiento bancario o Caja Oficial, siempre que proceda el reintegro del precio.

e) Cuando las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial quedasen extinguidas por circunstancias que consten en el mismo Registro, como ocurre en el presente caso, en el que se practicaron dos anotaciones de embargo sobre finca sujeta a condición resolutoria, la providencia ejecutoria que para la cancelación impone como regla general el artículo 83 de la Ley, es innecesaria, dado el contenido especial del citado artículo 175-6.º del Reglamento, sin duda fundado en que su obtención sería superflua y dilatoria. (Res. de 3 de junio de 1961. "B. O." del 8 de julio.)

### 3. NO PUEDE CANCELARSE UNA ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA DE INCAPACIDAD POR PRODIGALIDAD MEDIANTE EL INFORME DEL JUEZ EN EL EXPEDIENTE GUBERNATIVO QUE ACREDITA HABERSE DICTADO SENTENCIA FIRME POR LA QUE SE DESESTIMO LA PRETENSION DEDUCIDA

a) La extinción del derecho inscrito o anotado engendra una discordancia entre el Registro y la realidad jurídica, que debe rectificarse conforme establece el artículo 40. b), de la ley Hipotecaria mediante la cancelación del asiento inexacto por el procedimiento establecido en el título IV de la misma Ley, sin que el Registrador pueda proceder de oficio fundado en informaciones más o menos personales, ni a instancia de parte interesada cuando no aporte los títulos necesarios, ya que sólo se deben tener en cuenta para la calificación los documentos presentados en tiempo y forma al hacer la petición del asiento correspondiente.

b) El artículo 83 de la Ley Hipotecaria establece que la cancelación de las anotaciones preventivas se llevará a cabo en virtud de una providencia ejecutoria, que ni ha sido presentada en el Registro ni puede sustituirse por un informe judicial en el expediente gubernativo, puesto que sólo deberán tener acceso al Registro, según el artículo tercero de la misma Ley, las escrituras públicas, ejecutorias y documentos auténticos.

c) La recurrente aparece legitimada, según el artículo sexto de la Ley Hipotecaria, para pedir la inscripción de su título de compraventa si bien existe el obstáculo que supone la vigencia de un asiento que impide la inscripción mientras no se canceló bien por su caducidad, si procediere conforme a los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 del Reglamento para su ejecución, bien mediante la presentación del testimonio de la sentencia recaída, que la causahabiente del vendedor pudiera obtener del Juzgado correspondiente. (Res. de 27 de Julio de 1961. "Boletín Oficial" del 16 de agosto.)

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### De nuevo sobre reclamación de la filiación natural

(Tres sentencias del Tribunal Supremo)

Por LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON

Al estudiar y comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1958 hablábamos (1) de una cierta dosis de inseguridad y de un cierto movimiento pendular en nuestra jurisprudencia sobre reclamación de la filiación natural o, en otras palabras, de una gran falta de fijeza en la interpretación del artículo 135 C. c.

Tres nuevas sentencias del mismo Tribunal—3 de diciembre de 1960, 4 y 7 de noviembre de 1961—, sin constituir probablemente una postura más flexible, parecen acentuar todavía más esta inseguridad de la interpretación del art. 135 C. c. Convendría, en cambio, dejar esta materia asentada sobre unas bases que fueran, al mismo tiempo, firmes y justas. En pocas materias como en ésta queda tan patente el valor humano del Derecho; en pocas materias como en ésta la labor de la jurisprudencia puede llegar a ser verdaderamente eficaz y constructiva con relación al orden social. Se justifica así la vuelta—mejor, la insistencia—sobre un tema ya tratado.

#### I. LA SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1960

1. *El pleito y sus antecedentes.*—Doña R. formuló el 15 de mayo de 1953 demanda solicitando que se la declarara hija natural del fallecido don I. En la demanda, que se dirigía contra los hermanos y herederos de don I., se alegaba que la demandante, nacida el 16 de diciembre de 1915, había sido inscrita en el Registro Civil, en virtud de una expresa declaración de su madre, que la había reconocido como hija natural. Fallecida la madre en marzo de 1916, en estado de soltera, la demandante había vivido con su tía materna doña J. y con el marido de ésta don J. y, más tarde, al morir doña J., con su tío don P., hasta que contrajo matrimonio en 1944. Sin embargo don I., hasta su fallecimiento, ocurrido el día 22 de enero de 1953, había tenido siempre a la actora como hija suya, revelándose esta actitud, no sólo en el seno de sus relaciones íntimas, sino también con pública trascendencia a través de múltiples actos. Como documento fundamental de su demanda aportaba la actora una carta escrita

(1) En este ANUARIO, XII, 4, 1959, pág. 1.415 y sigs.

por don I. el día 7 de noviembre de 1930 y a ella dirigida, cuyo tenor literal —acaso pintoresco gramaticalmente, pero profundamente expresivo— es el siguiente:

“S., siete de noviembre de 1930.—Señorita R. G.—Querida Hija: Deseo te halles bien del catarro, yo por aquí sin novedad.—Quiero saber si lo que dijo el viejo es cosa tuya o de él. El me dijo que te reconociera y te trajera conmigo, que no me cobraba nada por haberte criado. Yo si al morir la vieja te trajera, demasiado sabía que te tenía que reconocer, pero si muere el viejo primero tú no abandonas a tu tía porque aunque tú quisieras no quiero yo porque es inhumano creo que tú no lo arías tampoco.—Esto lo que parece que tú le estorbas para sus maquinaciones pues no me esplico ese interés en que tú abandones a la vieja aunque el mediga que es por el contajio.—*El reconocerte hoy me es un trastorno, porque sería enemistarme de mis hermanos, y hoy no corre prisa todavía, cuando se mueran los viejos entonces lo hago aunque se peleen conmigo para siempre.*—A ti lo que te combiene que la vieja te haga papel a ti de la parte de ella tú me abisas, y yo voy a esa y sin que él se entere se hace el testamento.—Tu padre, I. G.—Rubricado.”

La carta fue escrita en un momento en que la demandante estaba viviendo en caso de sus tíos don J. y doña M. J., que son los “viejos” a quienes en la carta se alude. Al parecer don J. trataba de que su esposa hiciera testamento a su favor, para lo cual quería que la pequeña —posible rival en el favor testamentario de doña J.— fuera a vivir con su padre, a quien no cobraría nada por la crianza. En cambio, don I. pretendía que doña M. J. testara en favor de su hija (“a ti lo que te combiene que la vieja te haga papel a ti de la parte de ella”). Y esta lucha familiar es la que la carta refleja elocuentemente. Pero en la carta existe un párrafo —el que hemos puesto en diferente tipo de letra— donde el padre ha expresado su voluntad de reconocer a su hija natural.

La carta, escrita en 1930 y dirigida a la demandante, se presenta al pleito veintitrés años después de su fecha y cinco meses después de morir su autor. Con objeto de acogerse a lo dispuesto en el artículo 137 del C. c., la demandante alegó que esta carta nunca había llegado a su poder, porque había sido interceptada por su referida tía; y que sólo después del fallecimiento de su padre, al conocer la situación en que ella quedaba, le había revelado la existencia de dicho documento una persona de confianza de doña M. J.

La demanda fué estimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados.

2. *La sentencia del Tribunal Supremo.*—El Tribunal Supremo establece como fundamento de la desestimación del recurso interpuesto por los demandados los siguientes considerandos:

1.º Inspirada la legislación civil de nuestro derecho patrio en el principio prohibitivo de la investigación de la paternidad, principio al

que había de acomodarse el Gobierno y la Comisión de Códigos, para la redacción del texto sustantivo civil, como se dijo en la Base quinta de la Ley de 11 de mayo de 1888 y admitido tiene este Tribunal, entre otras, en sus sentencias de 23 de febrero de 1927, 16 de enero de 1928 y 25 de junio de 1946, declarando que el Código en su artículo 135 no establece los derechos de los hijos naturales sobre la base de la investigación y prueba de aquella cualidad, sino tan sólo sobre el reconocimiento que, bien de forma expresa o ya en forma tácita, se derive; o de la voluntad indubitada del padre para reconocer por suyo al hijo, manifestada debidamente, con certeza indiscutible, de haber habido y de tener como tal al hijo de que se trata; o de hechos que sirvan para deducir, por la posesión continua de dicho estado, respecto del padre, tal condición, justificada por actos directos y repetidos del mismo o de su familia, que demuestren con evidencia, como se dice en la sentencia de 24 de enero de 1920, "los derechos y prerrogativas de orden afectivo, ético, jurídico y social inherente a la filiación y al ejercicio por parte del padre de la autoridad y funciones propias de la paternidad".

2.º El ejercicio de las acciones para este reconocimiento de los hijos naturales, ha de realizarse en vida de los presuntos padres; pero podrá, además, efectuarse, según dispone el artículo 137, fallecidos éstos, en dos casos: uno, cuando la muerte ocurra durante la menor edad del hijo, supuesto en el que éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años desde su mayoría de edad; y otro, cuando, después del óbito de aquéllos, aparezca algún documento de que antes no se hubiere tenido noticia, en el cual se reconoce expresamente al hijo, debiéndose en este caso promover la acción de reconocimiento dentro de los seis meses siguientes a su hallazgo.

3.º Los indicados requisitos, comprendidos en los preceptos legales expresados, se han dado y concurren en el caso que se examina, por cuanto aparece que el juzgador, acertada y de modo debido y correcto, los ha aplicado, al enjuiciar y resolver: primero, sobre el principio general y las excepciones contenidas en el artículo 137—materia del 5.º considerando—al darse en el juicio la aparición de la carta de la que se deriva el reconocimiento instado, aparición no impugnada eficazmente, en cuya carta se reconoce a la hija, entablándose la acción dentro del plazo señalado; después, respecto a la fecha en que ha sido conocida la carta dirigida a la hija por su padre, objeto y base del reconocimiento solicitado—extremo estudiado en el considerando 6.º—, por cuanto de ella no había tenido anterior noticia, sin que figure acreditado que en su fecha hubiera de la misma tenido conocimiento; más tarde, aquellas condiciones extrínsecas e intrínsecas que para surtir efecto reviste la carta motivadora de la declaración judicial impugnada—tema del considerando 7.º—, carta en la que, con certeza indiscutible, toda por el padre escrita y autenticada pericialmente, se expresa su declaración de voluntad, firme y deliberada, de reconocer a la hija; y últimamente, el término legal en que la demanda ha sido deducida—extremo a que se

contrae el 8.º considerando—, por cuanto resulta presentada antes de los seis meses de encontrada, fundamentos todos que aparecen apoyados en el citado artículo 137, así como en el 135, ambos del C. c., y que sirven a la Sala sentenciadora para llegar a la conclusión que obtiene y, al mismo tiempo, a este Tribunal, para desestimar el primero y cuarto motivo, amparado aquél en el número 1.º del artículo 1.962, y éste en el 7.º del mismo artículo de la Ley de Enjuiciamiento, en los que se aducen, de modo respectivo, la infracción por el concepto de indebida aplicación de los dichos preceptos y de la doctrina legal contenida en las sentencias que se mencionan, y el error de hecho que se atribuye al juzgador y que el recurrente deduce, primero, de la carta que es fundamento del reconocimiento acordado, que, por ser base del mismo, no puede servir para corroborar o enervar su propio texto, y después, de la certificación expedida por el secretario del Ayuntamiento donde tenía su vecindad el señor G. M. y de las otras cartas, igualmente aportadas, que no pueden contrariar, como pretende, el criterio del Tribunal a quo, y que debe prevalecer sobre el menos autorizado de los recurrentes.

4.º El segundo motivo, acogido procesalmente también al número 1 del mismo artículo, el 1.962, en el que se denuncia la infracción legal de los artículos 1.281 y 1.282 del C. c., artículos referidos a la interpretación de los contratos, negocios jurídicos o documentos, es igualmente desestimable, por cuanto el tenor de la carta de 7 de noviembre de 1930, dirigida por el padre de la actora y recurrida, es, a juicio del Tribunal sentenciador, sumamente significativo, para entender que envuelve, ya se mire el espíritu e intención que informá la carta o ya se considere el texto y redacción que la misma contiene, como un reconocimiento expreso de la hija, el que deja su formalización para más adelante, para el momento en que no origine un trastorno, incluido la demora, por motivos de orden económico, tanto personalísimos—ya porque “el viejo” no le cobra nada por la crianza o resulte debido a que pudiera ella ser heredera de “la vieja”—, como por razones de tipo moral o social, al no estimar conveniente su presencia en la casa, sin su previo reconocimiento, consideración ésta que lleva a manifestar: “yo si al morir la vieja te trajera, demasiado sabía que te tenía que reconocer”, demostrando con estas palabras, además del firme propósito de efectuarlo, que no considera conveniente la convivencia de ambos en la misma casa, sin esa confesión (actos anteriores a la carta), propósito que en él perdura, pero que suspende ante la posible mejora económica de ella para que a su favor teste la persona que la tiene recogida y la instituya como heredera (actos coetáneos), y que continúan por las visitas que la hace, su asistencia a la boda, la despedida cariñosa que tienen al embarcar para la Península y la reiterada correspondencia que mantienen, llamándole él siempre “hija” y terminando con la antefirma de “padre” (actos posteriores), actos estos últimos que, por otra parte, representan un reconocimiento tácito; sin ser necesario, por otra parte, que se acredite en forma ostensible y pública, cual se indica en las sentencias de



26 de junio de 1903 y 24 de marzo de 1927, en atención a las relaciones de carácter social que puedan existir para oponerse al reconocimiento por él querido—en este caso, la protesta manifiesta de sus hermanos—.

## II. LA SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1961

1. **El pleito y sus antecedentes.**—Demandaba doña C. que se la declarara hija natural de don F. La demanda la interpone doña C., cuando cuenta ya treinta y dos años de edad y, fallecido don F., la acción se dirige contra los sobrinos y herederos de éste. La demanda se funda en las relaciones amorosas que habían existido entre los padres de la demandante, en el nacimiento de ésta en 1921 como consecuencia de dichas relaciones, en una serie de cartas y de documentos en que, a juicio de la actora, don F. reconocía no sólo las relaciones amorosas, sino también su paternidad. Entre estos documentos había alguno en que don F. había mostrado su propósito de dar sus apellidos a doña C. y unas participaciones de lotería en que nombraba a doña C. dándole su propio apellido.

El momento en que la demanda se interpone, trata de justificarle la demandante alegando su anterior ignorancia de todo lo relativo a su origen y nacimiento, que su madre le había ocultado. Sólo después de la muerte de don F. le había revelado su madre aquellos hechos y la existencia de los documentos que habían sido entonces entregados a un Notario.

Una parte importante de los demandantes se allanó a la demanda y reconoció de una manera expresa los documentos.

Se opuso a la demanda el resto de los demandados y el Ministerio Fiscal. La oposición se fundaba principalmente en la caducidad de la acción ejercitada, por no haberse ajustado a lo preceptuado en lo dispuesto en el artículo 137. No es cierto, decían los demandados, el hallazgo de documentos desconocidos. Por lo demás, aunque no llegaron a negar la realidad de la filiación, negaron que los documentos aportados supusieran un auténtico reconocimiento o un deliberado propósito de tener a la demandante como hija.

La demanda fué desestimada en las dos instancias.

2. **La sentencia del Tribunal Supremo.**—El T. S. declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por doña C.

Dice así el T. S.:

1.º En el motivo primero de los formulados en el presente recurso, amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, acusa el recurrente a la Sala de instancia de haber infringido el artículo 1.814 del C. c., por aplicación indebida e interpretación errónea, motivo que debe ser desestimado, sirviendo para esta decisión tener en cuenta que, si bien es cierto que en la sentencia del Juzgado, cuyos razonamientos son aceptados por la Audiencia, se trae a colación la materia que aquel precepto contiene, siendo ello debido a que los deman-

dados consignaron dicho artículo en el fundamento de derecho sexto del escrito de contestación a la demanda, es igualmente exacto que se hizo únicamente para declarar que “sus alegaciones relativas al móvil que pudieran tener los herederos allanados a la interpelación judicial de que fueron objeto, tal allanamiento carece de eficacia en orden a la determinación del estado civil de una persona por estar esto al margen del poder dispositivo de los litigantes”; razón por la que, al estimar la Sala sentenciadora que esta cuestión es ajena al debate y ser doctrina constantemente repetida por este Tribunal, contenida en sentencias reiteradas, que el recurso de casación sólo procede contra los fallos y, por extensión, contra los considerandos, cuando éstos sean premisas o antecedentes del mismo, es evidente que al no constituir el artículo invocado ni fundamento de la resolución impugnada ni ser parte integradora del fallo que se recurre, no puede constituir materia infractora del motivo alegado ni de otro alguno.

2.º En el segundo motivo, protegido por igual número y artículo de la Ley procesal, referido ya al tema objeto de la discusión entablada, se denuncia en forma amplia, como infringidos los artículos 135 y 137, por el concepto de interpretación errónea, en su relación con el 60, 119, 129, 134, 939 y 661, éstos por inaplicación, volviendo a la cita del 1.814, por aplicación indebida, preceptos todos del C. c., desarrollando, en su exposición, una diferencia doctrinal en cuanto al “reconocimiento-confesión” y “reconocimiento-admisión”, para deducir, después del examen de la jurisprudencia, que analiza, que antes de 1931 estaba orientada por la llamada “declaración de voluntad” y desde esa fecha, por lo que titula “confesión de paternidad”, disquisición doctrinal innecesaria para la resolución que se interesa.

3.º La improcedencia del expresado segundo motivo se impone, si se tiene en cuenta, como ya se dijo por este Tribunal, en sus sentencias de 3 y 9 de diciembre último, que el ejercicio de las acciones para el reconocimiento de los hijos naturales, ha de ser realizado en vida de los presuntos padres, lo que no impide que, fallecidos éstos, se efectúe también, sujetándose entonces a las normas que dispone el artículo 137, ya cuando la muerte ocurra durante la menor edad del hijo, supuesto que no es el que se enjuicia, o bien cuando, después del óbito de aquéllos, aparezca algún documento del que antes no se hubiera tenido noticia, en el cual se reconozca *expresamente* al hijo, debiéndose promover, en este caso, la acción de reconocimiento dentro de los seis meses siguientes a su hallazgo; mas debido: a) a que la Sala sentenciadora estima con acierto, que resulta anómalo, que la hoy recurrente, que en el momento de deducir la acción de reconocimiento que pide, tenía ya treinta y dos años, figuraba casada, y constaba ya el fallecimiento del que entiende es su padre, que nada supiera sobre el origen de su nacimiento, cuando en su niñez afirma que frecuentaba la casa de éste; y b) que se quiera arrancar la fecha de caducidad desde un día incierto, como es el fijado por ellos, con la entrega, ante Notario, de unas cartas

y unos recibos, que guardaba la recurrente, suscritos por aquél, de los años 1920 a 1925, no adverbado su contenido en el acta notarial levantada el 15 de julio de 1953, lo que sirve, por esa falta de fijeza de la época en que tuvo lugar la aparición o hallazgo de tales documentos, que no pueda ser concedida exactitud a un problema de singular relieve, por el carácter público que las relaciones familiares envuelven, y que sirven, como se dice en la sentencia de 7 de abril de 1924, "para definir y crear a perpetuidad un estado civil en la persona"; improcedencia que hace perecer también el motivo tercero, formulado "ad cautelam", por si se estimara que debía ser protegido por el número séptimo; citándose como infringidas las normas contenidas en los artículos 1.225, 1.228, 1.218 y 1.232 del C. c., como el motivo cuarto, por ser su examen innecesario, al entenderse caducado el derecho de la actora para instar su reconocimiento.

4.º Siendo doctrina conocida la declarada por este Tribunal de que la sentencia absolutoria resuelve todas las pretensiones, tanto de los escritos de demanda como los de contestación de los demandados, procede rechazar igualmente el motivo quinto, y con él, el recurso en su totalidad, motivo autorizado por el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con cita del artículo 359 del mismo texto, en el que se aduce el defecto de incongruencia, al no haber el juzgador hecho pronunciamiento sobre la nulidad del allanamiento de uno de los demandados, pedido en reconvencción por un grupo de ellos, que se opusieron a la petición de la actora, reconvencción que carece de eficacia e interés, pues a nada conduce ni las declaraciones de aquéllos vertidas en acta notarial, primero, en acto de conciliación, después, y en el juicio propiamente dicho, más tarde, ya que sus manifestaciones eran y son inoperantes, a los efectos del reconocimiento de paternidad solicitado.

### III. -LA SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1961

1. **El pleito y sus antecedentes.**—Formula la demanda doña R., como madre y representante legal de la menor M. E., contra los herederos del fallecido don M., que son su madre y su esposa. La demanda se funda en que desde 1949 sostenían relaciones amorosas doña R. y don M., siendo ella viuda y él soltero. En 1951 nació de estas relaciones la niña M. E. El nacimiento se produjo en M., adonde se habían trasladado desde la localidad de su residencia don M. y doña R., quienes en M. y en diversos lugares se hicieron pasar por matrimonio. La niña fué inscrita en el Registro Civil como hija legítima de ambos padres, en virtud de instrucciones expresas de don M. El propio don M. entregó a doña R. una declaración, escrita a máquina y firmada por él, en la cual reconocía como hija natural suya a la niña, haciendo constar que había sido inscrita como hija legítima por orden suya. Posteriormente la había tenido públicamente como verdadera hija suya, y la había tratado como tal.

Sin embargo, gravemente enfermo, el día 1.º de junio de 1955 con-

trajo matrimonio con doña J., antigua amante suya; el siguiente día 6 otorgó testamento en favor de su hermana doña D., sin perjuicio de la cuota usufructuaria de su viuda.

En la demanda se pedía la declaración del estado de hija natural de la pequeña M. E. y la nulidad del testamento por preterición.

Se opuso a la demanda doña D., negando la veracidad de los hechos y la autenticidad de los documentos. Formuló, además, reconvección para que se rectificara la inscripción del Registro Civil y se suprimiera el primer apellido de la niña.

Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda y acogieron la reconvección.

2. **La sentencia del Tribunal Supremo.**—El T. S. desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante.

He aquí las razones:

1.º El artículo 135 del C. c. exige que el reconocimiento extraprocesal del hijo natural (reconocimiento-admisión), fuera de los casos de violación, estupro y raptó sometidos a la jurisdicción represiva, esté patentizado bien por escrito suyo indubitado del titulado padre en que expresamente confiese su paternidad, ora por la posesión constante de estado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia; y para que en el primer supuesto pueda hacerse una declaración judicial homologadora de la anterior extrajudicial es preciso, según acorde jurisprudencia de esta Sala, que el documento sea autógrafo íntegramente, no bastando, por tanto, el escrito a máquina, aunque esté firmado por el pretendido padre, y en el segundo de los supuestos, se necesita la prueba del hecho o serie y cadena de hechos que revelen el estado posesorio de hijo natural en forma continua, que en la doctrina científica se concreta con la expresión de “nomen, tractatus, fama”, sometida, como tal problema fáctico, al razonado criterio del Tribunal de instancia.

2.º Este estimó, con acierto, que el documento de 17 de julio de 1951, acompañado a la demanda, por hallarse escrito a máquina, no reúne el requisito expresado en el anterior fundamento (autografía total), y que tampoco por el conjunto de las pruebas practicadas se acredita la posesión de estado; impugnándose ahora el fallo, en el primero de los motivos, amparado en el número inicial del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, por infracción de ley al violarse el artículo 135 del C. c., antes mencionado; motivo que debe desestimarse en méritos a lo ya expuesto, y habida cuenta, además, que la posesión del estado de hijo natural es cuestión de hecho, que no puede combatirse en casación por la vía aquí utilizada.

3.º Por la del número séptimo del referido artículo 1.692, se atribuye a la sentencia tal error de hecho en la apreciación de las pruebas (motivo segundo); mas igualmente decae este motivo, pues se señala como indubitado a los efectos de casación el propio documento de 16 de julio de 1951, ya examinado por el Tribunal *a quo* que, cual se deja dicho, no

es totalmente autógrafo del sujeto acusado de padre en el proceso, aunque la autenticidad de su firma haya ido averada por el dictamen de la Escuela de Medicina Legal de esta capital de Madrid, acordado para mejor proveer, autenticidad que la Sala no admite.

4.º El tercero y último motivo, incardinado en el apartado primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, fatalmente parece al ser rechazados los dos anteriores, puesto que no es posible sostener la preterición de un hijo natural por el testamento de su padre, con violación del artículo 814 del C. c., si la relación parental no existe o no se declara formalmente.

## C O M E N T A R I O

I. LA REGLA PROHIBITIVA DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD NATURAL.—1. Su valor como principio general de nuestro Derecho. Revisión de este problema.—2. Los antecedentes históricos y el derecho comparado.—3. El fundamento de la regla prohibitiva y su crítica.—4. El "favor liberorum" y la indiscriminación como principios del derecho moderno: Su reflejo en el ordenamiento español.

II. LAS CUESTIONES SUSCITADAS EN TORNO A LA PATERNIDAD NATURAL. 1. Necesidad de su diversificación.—2. Los conflictos típicos en materia de filiación.—3. Los diversos sujetos de los posibles conflictos de intereses.

III. LA ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN NATURAL.—1. El título de atribución de la filiación natural.—2. La acción de reclamación de la filiación natural.—3. El escrito indubitado.—4. El "escrito" del art. 135 y el del art. 137.—5. La autografía como requisito del escrito indubitado.—6.—La interpretación del escrito indubitado.—7. Plazo del ejercicio de la acción: El hallazgo del documento desconocido. La carga de la prueba.—8. La posesión de estado. Su consideración como tema de hecho en casación.—9. El allanamiento parcial.

## IV. CONCLUSIONES.

### I. LA REGLA PROHIBITIVA DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD NATURAL

1. *Su valor como principio general de nuestro Derecho. Revisión de este problema.*—Es un "leit motiv", una constante en nuestra doctrina jurisprudencial la afirmación según la cual existe en el Derecho español un principio general que veda la investigación de la paternidad natural (2). De esta afirmación se extrae, inmediatamente, una consecuencia extraordinariamente importante y grave: que la norma contenida en el artículo 135 del C. c. debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en

(2) Ya en las sentencias de 21 de mayo y 7 de noviembre de 1896. Posteriormente en las sentencias de 23 de febrero y 17 de junio de 1927 y 16 de enero de 1928.—Vid. también MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 6.ª edic., por CHAMORRO, Madrid, 1943, vol. 1.º, págs. 637 y sigs.

cuanto supone una excepción al principio general prohibitivo. La atribución por vía judicial, se concluye, de un estado de filiación natural debe ser restringida, dadas las graves consecuencias sociales, familiares y económicas que lleva aparejadas (3).

La sentencia de 3 de diciembre de 1960 insiste todavía en esta tesis y en estas afirmaciones: "inspirada —dice— la legislación civil en nuestro derecho patrio en el principio prohibitivo de la investigación de la paternidad, principio al que había de acomodarse el Gobierno y la Comisión de Códigos, para la redacción del texto sustantivo civil, como se dijo en la base quinta de la Ley de 11 de mayo de 1888".

La doctrina es, como hemos dicho constante, reiterada, casi abrumadora. Y, sin embargo, conviene desapasionadamente revisarla y preguntarse dos cosas: primero, hasta qué punto existe en el Código civil una regla prohibitiva de la investigación de la paternidad natural; segundo, hasta qué punto esta regla, de existir, puede ser considerada como un auténtico principio general del Derecho.

La idea del "principio prohibitivo" tiene un apoyo muy fuerte en la Ley de Bases. Esto es innegable. La base quinta decía textualmente que "no se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado". Ha sido reiteradamente señalada la poca fidelidad del Código respecto de esta base quinta (4). Ante todo, es sorprendente que la idea central y básica de la norma ("no se admitirá la investigación de la paternidad") no haya sido trasladada al Código (5). La cosa es tanto más extraña cuanto que esta idea en los mismos o en parecidos términos había cristalizado en los precedentes más conocidos de nuestro Código civil. "La recherche de la paternité est

(3) «Que los pleitos sobre reconocimiento han de ajustarse a estos estrechos moldes» (S. T. S. 21 de mayo de 1896; también S. T. S. 31 de diciembre de 1902).

(4) Sobre esta diversidad, vid. el comentario cit., en A. D. C., 1959, pág. 1419, y allí bibl. Las diferencias entre la base y el artículo, decíamos allí, son notorias y muy importantes. En la base se habla de una «voluntad indubitada de reconocer», mientras que en el Código se habla de un «escrito indubitado en el que se reconozca», cosas completamente distintas, pues mientras en el primer caso lo indubitado ha de ser la voluntad, en el segundo caso lo indubitado es el escrito. Por otra parte, en el Código ha desaparecido la exigencia de que la voluntad haya sido «deliberadamente expresada con ese fin». Y aún podríamos llegar más lejos, pues lo cierto es que en el Código no existe ninguna referencia al elemento de voluntad.

(5) Sólo aparece la idea —y esto es otro dato de suma importancia para la tesis que estamos sosteniendo— en el artículo 141: «Fuera de los casos expresados en los números 1.º y 2.º del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales». Y surge la pregunta: si el Código cuando ha querido prohibir la investigación de la paternidad (caso del art. 141) lo ha hecho expresamente, ¿por qué inducimos que la prohibición se extiende a los supuestos en que el Código no la consigna? (Caso del art. 135.)

interdite”, había dicho el art. 340 del Cód. civil francés. “Se prohíbe en todo caso —decía el art. 127 del Proyecto de 1851— la investigación de la paternidad o de la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio” (6). Y el Cód. civil italiano de 1865 seguía la misma línea (7).

En vano buscaremos en nuestro Código civil una frase semejante. Para mí este solo hecho—que no existe en el Código una frase análoga a las recordadas—es por sí solo sobremanera significativo. Pero es que hay más todavía. La doctrina usual entiende que los tres casos del artículo 135 —escrito indubitado, posesión del estado, delito— son los únicos casos en que se admite una acción de filiación dirigida contra el padre. Pues bien: el Código se limita a decir que “el padre está obligado a reconocer al hijo natural” en esos casos, pero lo que no dice es que *únicamente* en esos casos lo esté, ni mucho menos que, fuera de esos casos, aunque no exista “obligación de reconocer”, quede impedida toda acción.

Por otra parte el Código no ha cerrado los caminos para que las cuestiones de paternidad y filiación se discutan en los tribunales o dicho de otro modo, para que se investigue la paternidad. Se permite una investigación de la paternidad y se discute judicialmente quién es el padre —o, a la inversa, quién no lo es—, en los siguientes casos: 1.º, en el caso de impugnación de la legitimidad (arts. 112 y 113); 2.º, en el caso de ejercicio del derecho del hijo nacido después de la disolución o de la separación del matrimonio para “justificar la paternidad” (cfr. art. 111); 3.º, en el caso de reclamación de la legitimidad (art. 118) y en todos aquellos en que se admite la prueba de la filiación (art. 115, y sigs.), 4.º, en el caso de impugnación de la legitimación (arts. 128); etc.

En estos términos cabe por lo menos poner en duda que exista una rigurosa regla prohibitiva de la investigación de la paternidad. Pero, aun admitiéndolo, lo que no puede decirse es que esta regla tenga el carácter de principio del Derecho. No es un principio de Derecho natural, ni es tampoco un principio tradicional del Derecho español. Sobre esto no cabe duda. Creo que puede afirmarse también que no es un principio político o político-social de la actual organización de la familia española (8).

Pues bien, privada esta regla prohibitiva de todo valor como principio general del Derecho, aparece un poco como una regla extraña, cuyo significado requiere alguna explicación. Para encontrarla me parece necesario que nos preguntemos, que averigüemos cuáles son las auténticas ideas rectoras de la ordenación jurídica de esta materia. Y para ello — para tratar de determinar cuáles son estas ideas rectoras— convendrá

(6) Vid. GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios sobre el Código civil*, Madrid, 1852.

(7) Decía el art. 180: «Le indagini sulla paternità non sono ammesse fuorché del caso di ratto o di stupro violento, quand il tempo di essi risponde quello del concepimento».

(8) Sobre el significado y la función de los principios generales del Derecho, vid., CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, I, págs. 405 y sigs.

que previamente dirijamos una breve ojeada a los antecedentes históricos del problema y a las soluciones que ofrece el dercho comparado.

2. *Los antecedentes históricos y el derecho comparado.*—En el Derecho Romano (9) se llamaban "spurii" o "vulgo quaesiti" los hijos nacidos fuera de matrimonio. La calificación de "naturales" tiene entonces un doble significado: por una parte indica a los hijos que han sido realmente procreados por contraposición, sobre todo, a aquellos respecto de los que se crea una filiación puramente artificial, como es v. gr., la nacida de la adopción; por otra parte designa a los hijos nacidos fuera de matrimonio y de una manera especial a los nacidos de concubinato.

La filiación natural sólo comenzó a tomarse en consideración en una época muy avanzada de la evolución del Derecho Romano por influjo, sobre todo, del cristianismo. Se atribuyó entonces al hijo natural un derecho de alimentos (10) y un derecho a una cuota en la sucesión legítima del padre (11), excepto si se trataba de hijo nacido de una unión incestuosa o prohibida. No existía, sin embargo, una verdadera relación jurídica paternofilial como consecuencia de la filiación natural. La patria potestad sólo derivaba como consecuencia de la legitimación (*per subsequens matrimonium, per rescriptum*).

La doctrina romanista se conserva, entre nosotros, en las Leyes de Partidas. El calificativo de "natural" se reserva para los hijos nacidos de barragana o de concubina (12) que se distinguen nítidamente de los demás hijos ilegítimos (fornecinos, mánceres, espurios, notos, etc.). Sobre el hijo natural el padre no tiene potestad; no existe relación paternofilial hasta la legitimación, que en el Derecho de Partidas aparece extraordinariamente facilitada (por testamento, por carta, etc.) (13). El padre tiene siempre obligación de alimentar al hijo natural (14). Los derechos sucesorios del hijo natural, que en las Partidas no se hallaban claramente establecidos, fueron objeto de una especial regulación en las Leyes de Toro (leyes 9 y 10). Con este fin, es decir, con el de precisar la titularidad de este derecho sucesorio del hijo natural, la ley 11 dio una nueva definición de los hijos naturales, disponiendo que "entonces se digan ser los hijos naturales quando al tiempo que nascieren, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación; con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger, de quien lo hubo, en su casa, ni sea una sola: concurriendo en el hijo las cualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural." La interpretación de la ley transcrita ocasionó graves dificultades y dudas (15), pero parece que prevaleció la que distinguía dos

(9) Vid. BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1950, pág. 587.

(10) Nov. 89, 12, 6.

(11) Nov. 18, 5.

(12) P., 4, 15, 1.

(13) P., 4, 15, 5 y sigs.

(14) P., 4, 19, 5.

(15) Vid. GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1862, vol. 1.º, pág. 585 y sigs.



fuentes que proporcionaban la condición de hijo natural, sobre todo a efectos sucesorios: a) el concubinato de los padres ("que el padre le procrea de amiga que tenga en casa conocidamente por suya"); b) el reconocimiento para los hijos no nacidos de concubinato (16).

Para el reconocimiento no se exige ninguna forma especial (17).

En el derecho comparado cabe encontrar posiciones profundamente diferentes. Examinaremos tan sólo las soluciones adoptadas en el Derecho francés, en el italiano y en el alemán, por ser las que tradicionalmente han ejercido en nosotros una influencia mayor.

a) El Derecho francés, tal como quedó cristalizado en el Code Napoléon, no reconoció más forma de legitimación que el subsiguiente matrimonio de los padres (art. 331). Los derechos de los hijos naturales tenían su fundamento en el reconocimiento solemne de la filiación hecho por el padre natural. El hijo natural reconocido se encuentra bajo la potestad del padre (art. 383) y tiene unos determinados derechos sucesorios (art. 756 y sgs.). Fuera del reconocimiento solemne no hay filiación natural. El art. 340 establecía, en este sentido, que la "investigación de la paternidad está prohibida". Únicamente en "el caso de raptó cuando su época coincida con la de la concepción, el raptor puede ser, a demanda de parte interesada, declarado padre del niño". Este sistema ha sido, sin embargo, profundamente modificado en las sucesivas revisiones del Código civil, sobre todo en las introducidas por las leyes de 16 de noviembre de 1912 y 15 de julio de 1955. Se ha suprimido la antigua formulación según la cual "la recherche de la paternité est interdite". El actual art. 340 dice así:

La paternidad fuera del matrimonio puede ser judicialmente declarada:

- 1.º En el caso de raptó o de violación, cuando su fecha coincida con la de la concepción.
- 2.º En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o esponsales.
- 3.º En el caso de que existan cartas o cualesquiera otros escritos privados emanados del pretendido padre, de los cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad.
- 4.º En el caso de que el pretendido padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción.
- 5.º En el caso de que el pretendido padre haya atendido o partici-

(16) No se exige un reconocimiento expreso, sino que basta que sea presunto; el reconocimiento se considera (*confessio rei est regina probationum*) medio de prueba de la paternidad. Vid. GUTIÉRREZ, *Op. y loc. cit.*, pág. 571 y sgs.

(17) Aquí termina realmente nuestro Derecho histórico. El Proyecto de 1851, citado *supra* en nota 6, no pertenece al Derecho histórico español. Fue en este punto fiel seguidor del modelo francés. En cuanto al Código, hemos señalado ya, en A. D. C., 1959, pág. 1418, como siguió al Proyecto de 1882. Y éste, a su vez, al Cod. Civil portugués.—También ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, pág. 275.

pado en los gastos de mantenimiento y educación del hijo en calidad de padre.

El art. 340 establece además que la acción no es admisible:

1.º Si se demuestra que, durante el período legal de la concepción, la madre llevaba mala vida notoria o había cohabitado con otra persona.

2.º Si el pretendido padre durante el mismo período se encontraba, por ausencia o por algún accidente, en imposibilidad física para ser el padre de la criatura.

La Ley de 15 de julio de 1955 ha incluido todavía una tercera excepción en el caso de que el demandado demuestre por un examen de grupos sanguíneos que no puede ser el padre de la criatura (18).

b) Una evolución muy parecida a la del Derecho francés ha experimentado el Derecho italiano. Mientras el Código de 1865 seguía de cerca al Código francés (19), el de 1942 ha establecido dos modos distintos para atribuir la filiación natural, que son el reconocimiento (art. 250 y sigs.) y la declaración judicial de la paternidad natural. Respecto a esta última, el art. 269 dispone que "la paternidad natural no puede ser judicialmente declarada más que en los casos siguientes:

1.º Cuando la madre y el presunto padre han convivido maritalmente de una manera notoria en la época de la concepción.

2.º Cuando la paternidad resulta indirectamente de una sentencia civil o penal o bien de una inequívoca declaración escrita de aquel a cual se atribuye la paternidad."

3.º Cuando ha existido rapto o violación en el tiempo de la concepción.

4.º Cuando existe posesión del estado de hijo natural.

Desarrollando esta última idea, el art. 270 dice que la posesión del estado de hijo natural resulta de hechos que en conjunto constituyan grave indicio de la relación de filiación entre una persona y aquella a la cual se atribuye la paternidad.

En todo caso deben concurrir los siguientes hechos:

1.º Que la persona haya sido tratada como hijo por aquel a quien ésta reclama como padre natural y que éste haya, como tal, provisto al mantenimiento, a la educación o a la colocación de aquélla.

2.º Que haya sido constantemente considerada como tal en las relaciones sociales (20).

c) En el Derecho alemán el parágrafo 1.717 del Código civil establece que "como padre del hijo ilegítimo vale quien haya cohabitado con la madre dentro del tiempo de la concepción, a no ser que también

(18) Vid. especialmente CARBONNIER, *Derecho civil*, trad. esp., Barcelona, 1961, I, 2.º, págs. 299 y sigs.; MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil*, París, 1956, I, págs. 896 y sigs.

(19) Vid. especialmente CRET, *La filiación*, trad. esp., Madrid, 1930, págs. 211 y sigs.

(20) Vid. TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1958, página 483; FERRARA (Luigi), *Diritto Privato attuale*, Torino, 1948, págs. 565 y sigs.

otro haya cohabitado con ella." "No se toma en consideración —continúa diciendo el precepto citado— una cohabitación si, según las circunstancias, resulta notoriamente imposible que la madre haya concebido al hijo como consecuencia de esa cohabitación. Quien reconoce su paternidad en un documento público después del nacimiento del hijo, no puede alegar la circunstancia de que otro ha cohabitado con la mujer dentro del tiempo de la concepción."

Ahora bien, conviene tener en cuenta que el Código civil alemán sólo reconoce en favor de los hijos ilegítimos una pretensión de alimentos. Una relación familiar completa entre el padre y el hijo ilegítimo sólo surge como consecuencia de la legitimación (21).

De todo este examen, muy ligero, que hemos realizado pueden obtenerse algunas conclusiones que merece tener en cuenta:

1.<sup>a</sup> Que los hijos nacidos de una unión marital de hecho o de un concubinato notorio, han poseído siempre la condición legal de hijos naturales, de tal suerte que los demás medios probatorios funcionan sólo cuando no ha existido la situación anteriormente indicada.

2.<sup>a</sup> Que la patria potestad y la existencia de una relación familiar completa suelen derivar de un acto de voluntad del padre, como es la legitimación, y no, en cambio, de la mera filiación natural, que genera únicamente una pretensión de alimentos y un derecho sucesorio.

3.<sup>a</sup> Que para ejercitar estos últimos derechos, es menester únicamente la prueba de la paternidad del demandado o del causante de la herencia y que, por tanto, los supuestos legales de la acción valoran la adveración de unos hechos y no una declaración de voluntad de la persona sobre unas consecuencias jurídicas.

3. *El fundamento de la regla prohibitiva y su crítica.*—La regla prohibitiva de la investigación de la paternidad natural, tal como cristalizó en la codificación napoleónica y en las que tomaron a ésta como modelo, tiene un fundamento sobremanera parcial. Se funda casi exclusivamente en el temor a las falsas imputaciones de paternidad y en el deseo de reprimir y de evitar que se produjera o que se repitiera un tipo de proceso escandaloso que había sido frecuente en la Francia anterior a la Codificación (22). Pero este fundamento es totalmente insu-

(21) Cfr. LEHMANN, *Deutsches Familienrecht*, Berlín, 1900, pág. 199.

(22) No es éste el momento de recordar los viejos discursos y las viejas polémicas. Sobre ello MANRESA, *Op. cit.*; y también MUCIUS SCARVOLTA, *Código Civil comentado*, tomo III, Madrid, 1942, pág. 391 y sigs. Son clásicas las palabras de DUBOYRIER: «Esos pleitos eran la vergüenza de la justicia y la desolación de la sociedad. Las presunciones, los indicios erigidos en prueba y la arbitrariedad en principio. El más vergonzoso tráfico calculado sobre los más dulces sentimientos, todas las clases, todas las familias entregadas al oprobio o al temor. Al lado de una desgraciada que pedía auxilios en nombre y a expensas del honor, mil prostitutas especulaban con la publicidad de sus desórdenes y sacaban a subasta la paternidad de que disponían. Buscábase padre para un hijo que podía ser reclamado por veinte y de ordinario se prefería al más virtuoso, al más honrado, al más rico para tasar el premio del silencio en proporción al escándalo» (Vid. la cita en GUTIÉRREZ: *Op. y loc. cit.*, pág. 588).

ficiente. Para evitar las falsas imputaciones de paternidad el mejor camino será sancionarlas de manera especial, pero nunca yugular las verdaderas. El temor al escándalo, por otra parte, no pasa de ser un pretexto fundado en una moral hipócrita y burguesa. Hay escándalos que son o pueden ser en ocasiones sanos y convenientes. El temor al escándalo puede, además, actuar como sana medida preventiva.

El fundamento de la pretendida regla prohibitiva de la investigación de la paternidad se revela claramente insuficiente. Y la regla, en cuanto haya podido ser recogida en nuestra legislación civil vigente, constituye un caso muy claro de Derecho excepcional.

4. *El "favor liberorum" y la indiscriminación como principios del Derecho moderno.—Su reflejo en el ordenamiento español.*—¿Cuáles son entonces los principios que deben orientar el Derecho moderno en esta materia? A mi juicio hay uno claro y primario: el favor de los hijos. El defecto de origen no puede tomarse como causa de una diversidad de trato jurídico. Y, sobre todo, el pecado de origen no puede servir de excusa al padre para eximirse de cumplir los deberes que la paternidad impone. Todo el ordenamiento jurídico tiene que ser interpretado y aplicado con el fin de procurar el cumplimiento de estos deberes primarios y la realización de la función social que la paternidad y la familia deben desempeñar.

Por otra parte, hay en el Derecho moderno una idea rectora de igualdad e indiscriminación. No sólo en el trato que hayan de recibir los hijos, sino en el trato que han de recibir los padres. No es justa la desigualdad entre el trato que recibe el padre y el que recibe la madre. Ambos deben ser iguales en sus deberes para con el hijo.

Dos objeciones caben únicamente: una que favoreciendo la filiación natural se socavan los fundamentos de la familia legítima; y otra que imponer la paternidad es algo que sólo sobre la base de indicios o presunciones puede establecerse, porque está—la frase es clásica—siempre rodeada por el velo del más impenetrable misterio. Ninguna de estas objeciones es decisiva: privando de derechos a los hijos naturales no se protege la familia legítima, sino que se sanciona a un inocente a cambio de eximir al culpable; por otra parte, la dificultad de determinar la paternidad natural no puede ser un obstáculo para que los Tribunales, ponderando y valorando todos los elementos de juicio de que disponen y todas las circunstancias del caso concreto, la establezcan en su fallo. Ninguna otra garantía hay mejor que la que ofrece la intervención de los Tribunales de justicia.

Pienso que estos principios cardinales—el "favor liberorum", la igualdad y la indiscriminación—han encontrado su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico. Cuando el artículo 23 del Fuero de los Españoles impone a los padres el deber—deber fundamental en la vida jurídica española—de alimentar, educar e instruir a los hijos, no está haciendo distinciones entre clases de padres o clases de hijos. Y una norma ge-

neral prohibitiva de toda clase de distinciones se contiene también en el artículo 3.º del mismo Fuero.

Por su parte, la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 ha acentuado, si bien no con todo el vigor que hubiera sido de desear, este mismo camino.

Finalmente, convendrá recordar una norma del Derecho civil español—el artículo 4.º de la Compilación del Derecho especial de Cataluña—, conforme a la cual “los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán promover las acciones conducentes a la investigación, prueba y declaración de su filiación y exigir de sus padres el cumplimiento de las obligaciones que tal condición les impone. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad corresponderá únicamente al hijo durante su vida. Excepcionalmente podrá ejercitarla cualquier descendiente cuando aquél hubiera fallecido después de entablar judicialmente la acción o si siendo menor de edad no se hubiere promovido. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, si el padre o la madre hubieran fallecido, podrá dirigirse contra sus herederos”.

Es cierto que no se trata de una norma de aplicación general, pero con toda razón se ha podido decir que en esta ocasión los principios generales del Derecho, de nuestro Derecho, no se encuentran formulados en el primer Cuerpo legal civil, sino dentro de un cuerpo de Derecho Foral (23). La regla, sin embargo, está ahí y es, ¿qué duda cabe?, una regla española y digna de imitación.

## II. LAS CUESTIONES SUSCITADAS EN TORNO A LA PATERNIDAD NATURAL

1. *Necesidad de su diversificación.*—Uno de los puntos que me parece necesario poner de relieve en un recto ordenamiento del régimen jurídico de la reclamación de la filiación natural, es la necesidad de diversificar las cuestiones que en torno de ella pueden suscitarse. El conflicto de intereses, que subyace en el fondo de toda cuestión de filiación natural, no es siempre el mismo, ni tiene por qué serlo. La consecuencia de ello acaso debiera ser que la solución del conflicto, es decir, su tratamiento jurídico, tampoco tiene que ser necesariamente el mismo, sino que debe ponerse en función de las circunstancias de cada caso. Una labor de sumo interés, en este sentido, podría ser la de ir tipificando, con base en los casos decididos por la jurisprudencia, las posibles formas o modalidades de este conflicto. En los tres casos comentados, el pleito versa fundamentalmente acerca de derechos sucesorios. El problema de la filiación natural no tiene en ellos otro valor que el de un simple presupuesto para la defensa y para el ejercicio de unos derechos sucesorios. Pues bien, parece claro que un pleito así planteado presenta un cariz completamente distinto de aquel en que se discuta únicamente el derecho de uso de un apellido o el derecho a exigir unos alimentos. Ha-

(23) CASTRO: *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1957, pág. 58.

bría que acometer esta tipificación de los conflictos para deducir quizá de cada uno de ellos consecuencias distintas. No es éste el momento para llevar a cabo una labor semejante. Sin embargo, pueden, de una manera superficial, esbozarse algunos de estos posibles conflictos.

2. *Los conflictos típicos en materia de filiación.*—De una manera superficial y acaso ligera cabe entresacar los siguientes:

1.º Hay, en primer lugar, una serie de litigios, que quizá sean estadísticamente los más numerosos, en que lo que se pone en juego es sustancialmente un derecho sucesorio. La finalidad real del litigio es la obtención por el demandante de una participación o de una cuota en la herencia del padre natural. Son litigios que se promueven ya fallecido el padre y dirigidos, por tanto, contra quienes *prima facie* se presentan como sus herederos. Los litigios de este tipo son esencialmente sucesorios, y sólo desde esta perspectiva pueden ser rectamente enjuiciados o comprendidos.

2.º Hay, en segundo lugar, litigios en los cuales la única pretensión sostenida o formulada por el hijo natural es una pretensión de alimentos. Se trata, entonces, únicamente de fundar en la filiación natural la acción dirigida a obtener aquello que es necesario para la subsistencia de la persona. El panorama cambia aquí por completo y debe cambiar también el tratamiento jurídico. Este cambio del tratamiento jurídico encuentra, además, su base claramente en nuestro propio C. c. Basta leer atentamente y confrontar, para darse cuenta de ello, los artículos 135 y 140.

3.º De distinto signo son los pleitos en los cuales el tema de la filiación tiene como finalidad obtener un nombre, una consideración social o una situación familiar. Aquí podría hablarse, en rigor, de una acción de modificación del estado civil o, incluso, de modificación en la relación jurídica familiar.

3. *Los diversos sujetos de los posibles conflictos de intereses.*—Un criterio, muy importante también, de diversificación de las cuestiones suscitadas en torno a la paternidad natural, consiste en atender no tanto a la sustancia económica del asunto como a las personas entre quienes se plantea. En este orden de ideas habría que distinguir:

1.º Los conflictos que se plantean entre el padre y la madre, actuando esta última como representante legal del hijo.

2.º Los conflictos que se plantean directamente entre el padre y el hijo.

3.º Los conflictos que se plantean con los herederos del padre, una vez fallecido éste. Todavía aquí se podría subdistinguir: a) el conflicto entre hijos legítimos e hijos naturales; b) el conflicto del hijo natural con los ascendientes, con el cónyuge viudo, con los hermanos o con los sobrinos del padre.

También en cada uno de estos casos el fondo humano y el panorama vital del conflicto parece que es profundamente diverso y que de esta diversidad conviene extraer alguna consecuencia jurídica. Los funda-

mentos, las motivaciones, etc., de algunas reglas jurídicas (p. ej., el temor a una falsa imputación de paternidad) se presentan en algunos de estos conflictos que hemos destacado, pero no, en cambio, en otros. El problema, como casi todos los problemas jurídicos, es un problema de valoración.

### III. LA ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN NATURAL

Después de todo lo que llevamos dicho, acaso quepa sentar una serie de ideas, que pueden contribuir a dejar claramente planteado el tema. Una de las causas más notables de la oscuridad en que éste, pese a todo, continúa moviéndose, es la confusión terminológica y conceptual. Se habla de reconocimiento voluntario y forzoso, expreso y tácito, solemne y no solemne, legal y de hecho, del simple propósito de reconocer, de la voluntad indubitada de reconocer, de la obligación de reconocer, etcétera, y todo ello, involucrado con el tema de la investigación de la paternidad, da lugar a una mezcla difícilmente comprensible. Por esto se hace, como digo, necesario situar debidamente el tema.

1. *El título de atribución de la filiación natural.*—Ante todo, convendría dejar bien sentado que cuando se habla de filiación natural ocurre—éste en Derecho es, por desgracia, muy frecuente—un equívoco. La expresión filiación natural se utiliza para designar: a) un puro hecho, como es el nacimiento fuera de matrimonio, cuando los padres al tiempo de la concepción pudieron casarse (art. 119, ap. 2.º); b) un determinado tipo de relación jurídica familiar, y, en consecuencia, una determinada situación, estado o condición de la persona (arts. 134 y 154).

En realidad, ambas ideas se están moviendo en órbitas distintas, pues: a) del puro hecho de nacer fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción podían casarse, pueden derivar relaciones jurídicas diversas y diversas situaciones o estados, como son la de legitimación por subsiguiente matrimonio, legitimación por concesión real o bien quedar el hijo sin nexo jurídico alguno con su padre (v. gr.: "padre desconocido"; cfr. art. 17, ap. 4.º); b) la relación jurídica familiar de filiación natural y la situación o estado que de ella deriva, pueden producirse aunque no se dé el supuesto del artículo 119 (por ejemplo, en el caso del art. 130).

Para comprender el problema que aquí estamos tratando de resolver debemos abandonar el primero de los sentidos que se da a la expresión y fijarnos, sobre todo, en el segundo, esto es, contemplar la relación jurídica familiar que debe ligar al padre y al hijo y la situación o estado en que, de este modo, el hijo se coloca dentro de la comunidad. Vistas así las cosas, lo que hay que preguntarse es cuál es el título de atribución de la filiación natural (24), esto es, el hecho o los hechos que dan origen, que constituyen esta relación jurídica y este estado de la

(24) Cfr. CICC, *Op. y loc cit.*, pág. 211. Sobre la idea de «título de atribución del estado civil», CASTRO, *Op. cit.*, pág. 154.

persona. Y en seguida nos daremos cuenta de que no ocurre aquí como en la filiación legítima: la constitución de la relación paternofamiliar y el estado civil no son automáticos, ni se producen por el hecho mismo del nacimiento de la persona. A un hijo extramatrimonial por el simple hecho de nacer no se le atribuye ningún vínculo jurídico. Es preciso un nuevo acontecimiento que venga a añadirse a ello.

El título de atribución de la filiación natural es: a) un negocio jurídico de Derecho de familia realizado solemnemente y con los requisitos prescritos por la Ley (arts. 131 y 133 C. c. y 49 L. R. C.); b) una sentencia o una resolución judicial que atribuya al hijo el estado de filiación natural.

Prescindiendo ahora del primero de los títulos de atribución, vamos a fijarnos en el segundo. Hay una sentencia judicial que constituye la relación jurídica familiar y que atribuye al hijo un determinado estado. Por esto es inexacto hablar de "declaración judicial del estado de hijo natural", como hizo la sentencia de 3 de julio de 1941. La decisión judicial no es aquí declarativa, sino constitutiva. Que la sentencia tiene carácter constitutivo y no declarativo, creo que no puede ser puesto en duda. Una sentencia declarativa se limitaría a dejar constancia de una situación ya existente, que habría producido ya sus propios efectos jurídicos. Y es claro que los efectos jurídicos de la relación paternofamiliar (apellidos, alimentos, patria potestad) se producen aquí como consecuencia de la sentencia y no antes de ella. Un solo punto dudoso se plantea: cuando la sentencia se dicta después de la muerte del padre y confiere al hijo un derecho hereditario que, al parecer, tenía que existir desde el momento de la apertura de la sucesión. Aun en este caso, la sentencia no es declarativa, sino constitutiva: no crea la relación paternofamiliar—imposible ya por la muerte del padre—, pero atribuye al hijo un estado y, como consecuencia de él, un derecho hereditario. Si este derecho hereditario se retrotrae o no al momento de la apertura de la sucesión es un tema que no interesa tratar ahora.

Es inexacto, pues, hablar de "reconocimiento forzoso", pues no se trata de forzar al padre a que reconozca, sino de imponerle una relación jurídica. Por esto, más que un "reconocimiento forzoso" lo que hay es una "constitución forzosa de la relación jurídica familiar".

Pero esta sentencia constitutiva tiene que dictarse en virtud de una acción. Penetra ya en este punto el llamado "principio" prohibitivo de la investigación de la paternidad, en el sentido de que la relación paternofamiliar no nace y el estado de hijo natural no se atribuye, ni de oficio, ni a instancia de personas que no posean la legitimación necesaria, sino en virtud del ejercicio de un poder especialmente conferido a determinadas personas por el ordenamiento jurídico: la acción de reclamación de la filiación natural.

2. *La acción de reclamación de la filiación natural.*—Esta acción es una facultad o un poder jurídico que la ley atribuye al hijo y que le permite demandar un pronunciamiento judicial que constituya la rela-



ción paternofamiliar y que atribuya al demandante un determinado estado familiar. Por su naturaleza, esta acción se encuentra dentro del marco general de las facultades y acciones de estado con todas sus consecuencias (por ejemplo, indisponibilidad, irrenunciabilidad, orden público, etcetera) (25). El fundamento de esta acción es la existencia de un hecho físico de paternidad. Para impedir una grave perturbación social, sin embargo, la ley ha limitado los supuestos de ejercicio de la acción. Penetra aquí, por segunda vez, la regla prohibitiva de una libre investigación de la paternidad. La acción de reclamación de la filiación natural sólo puede ser ejercitada cuando exista un documento indubitado del padre reconociendo la paternidad o cuando exista una posesión continua del estado de hijo natural. Cabe, en este punto, preguntarse si el escrito indubitado y la posesión de estado son, por decirlo así, el fundamento de la acción o si son simplemente medios de prueba, es decir, si la acción de reclamación de la filiación natural sólo puede entenderse nacida cuando al hecho físico de la paternidad ha venido a añadirse un segundo elemento constitutivo—el escrito, la posesión del estado—, o si éstos son simplemente un medio de prueba, el único medio de prueba—prueba, por tanto, tasada—del hecho constitutivo de la acción que es únicamente la paternidad. En su origen ha sido probablemente este último el sentido de la norma. Se trata de impedir que las personas se vean atacadas por infundadas acciones, las más de las veces ejercitadas con fines ilícitos o de mala fe. Para ello se exige que, *in limine*, exista un principio de prueba. Pero lentamente el sentido ha ido cambiando y lo que en principio fué probablemente una prueba tasada de paternidad se ha ido convirtiendo en un elemento constitutivo de la acción. Cambia así también el valor del “escrito indubitado” que de confesión de paternidad pasa a ser una declaración de voluntad de reconocer. Pero sobre este punto será necesario detenerse un momento.

3. *El escrito indubitado del padre.*—Conocemos ya la contraposición de puntos de vista que en la interpretación del párrafo primero del artículo 135 existe. Para unos, es requisito de la viabilidad de la acción de reclamación de la filiación natural una previa declaración de voluntad del padre, expresada por escrito, de reconocer al hijo como suyo. Para otros, en cambio, el único requisito de la acción es una previa confesión por escrito de la paternidad. Hemos dicho también que esta última es, a nuestro juicio, la postura exacta, pero que nuestra jurisprudencia ha seguido casi siempre, de manera invariable y constante, la línea voluntarista. Dentro de la línea voluntarista caben, sin embargo, muchos matices, que no siempre han sido perfectamente definidos. Tiene que existir una previa declaración de voluntad del padre, pero esta voluntad, ¿a qué ha de estar referida? Aquí domina ya la inseguridad más absoluta. En algún comentario anterior (26), al tratar de fijar el

(25) Sobre las facultades y acciones de estado, vid. también CASTRO en la obra y lugar citados.

(26) En ANUARIO DE DERECHO CIVIL cit., pág. 1422.

punto de referencia de esta voluntad, pusimos de manifiesto cómo podría ser múltiple y cómo cabría entresacar: a) la voluntad de proporcionar al hijo la situación jurídica de hijo natural o lo que podría denominarse "voluntad negocial"; b) la voluntad de asumir prácticamente la paternidad, que sería una voluntad de un resultado empírico; c) la voluntad de dar publicidad al hecho de la paternidad, y d) la voluntad de manifestarlo o voluntad simplemente confesoria. El primero de estos puntos de vista (voluntad negocial) ha sido el casi constante en nuestra jurisprudencia, que ha considerado necesaria la existencia de una "voluntad indubitada" del padre de reconocer por suyo al hijo o, como en otras ocasiones se dice, de una "declaración de voluntad firme y deliberada de reconocer". La segunda, en cambio (voluntad del resultado empírico, tener al hijo como propio) fué apuntada como una suavización de la primera por la sentencia de 29 de noviembre de 1958, cuando dijo que era necesario "que ese escrito indubitado exteriorice su voluntad de tenerlo como tal hijo propio, aun cuando no llegue a expresarse su decidido propósito de reconocerlo legalmente".

La sentencia de 3 de noviembre de 1960, aun dentro todavía de la dirección voluntarista, barrena todavía más esta misma línea. Ratifica la anterior sentencia por lo que hace referencia a que no es necesario que en el escrito indubitado llegue a expresarse un propósito decidido de reconocer al hijo legalmente. Basta que el escrito "envuelva un reconocimiento cuyo formalización se deje para más adelante". No importa que el propósito manifestado se deje de momento "en suspenso". No es, pues, necesaria una voluntad negocial, pero tampoco es precisa una "voluntad actual". Una simple "voluntad de futuro", una intención cuyo cumplimiento se difiere es ahora suficiente.

4. *El "escrito" del artículo 135 y el "documento" del artículo 137.*— Las sentencias, que comentamos, plantean además otro problema, pocas veces examinado con rigor y con atención, pero sin embargo de un gran interés para el tema que estamos estudiando: la confrontación entre el artículo 135 y el 137 del Código civil. El artículo 135 exige, para que pueda dirigirse contra el padre la acción de reclamación de la filiación natural, que "exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad". El artículo 137, en cambio, para que la demanda pueda ser dirigida contra los herederos del padre fallecido, se limita a exigir "algún documento en el que reconozca expresamente al hijo." La cuestión se suscita en seguida. El escrito del art. 135 y el documento del artículo 137, ¿son la misma cosa o, por el contrario, cabe encontrar fundadamente alguna diferencia entre ellos? ¿Son aplicables al "documento" del art. 137 los requisitos del "escrito" del 135? Las sentencias que comentamos son importantes en este punto y parecen resolver el problema decididamente en favor de la equiparación entre ambos fenómenos.

Pero esta solución puede suscitar alguna duda. Ante todo parece que conviene tener presente la diversa naturaleza del litigio que uno y otro

contemplan —litigio con el padre o con los herederos—, que quizá nos deba llevar, como antes decíamos, a un diferente tratamiento jurídico.

Examinando atentamente la letra de la ley pueden encontrarse notables diferencias: a) el "escrito" del art. 135 es el fundamento de una imposición de paternidad, por lo que, supuesta la prohibición de su investigación, cabe entenderlo con el T. S. de un modo restrictivo como expresión de una indubitada voluntad de tener al hijo como propio; el "documento" del art. 137, en cambio, se refiere indistintamente a la paternidad y a la maternidad, aplicando un único e idéntico régimen jurídico, por lo que no prohibida la investigación de la maternidad, la interpretación restrictiva pierde sentido. En la misma dirección y en apoyo de esta tesis cabe acudir al párrafo segundo del artículo 140, donde se habla de un "documento indubitado *del padre o de la madre* en que expresamente se reconozca la filiación"; b) una segunda diferencia, ésta de matiz, cabe encontrar entre el art. 135 y el art. 137: en el primero de los preceptos citados se habla de un "escrito", mientras que en el segundo se utiliza la fórmula más genérica de "documento" y sabido es que es posible encontrar "documentos" que no sean escritos o que no sean, por lo menos, "escritos suyos" en el sentido del artículo 135.

Con todo este razonamiento tal vez pudiéramos llegar a la conclusión de que si bien nuestro Código civil ha sido riguroso y exigente para que la acción pueda dirigirse contra el padre, ha suavizado, sin embargo, este rigor y esta exigencia cuando la acción se dirige contra los herederos.

5. *La autografía como requisito del escrito indubitado.*—En la sentencia de 7 de noviembre de 1961 la "ratio decidendi" de la desestimación de la demanda ha sido la carencia de validez del documento, en que se fundó la acción, por estar escrito a máquina, aunque aparecía firmado por el padre natural y esta firma había sido verificada pericialmente. El escrito indubitado de reconocimiento de la paternidad, dice esta sentencia, con arreglo a reiterada jurisprudencia, no puede estar escrito a máquina, sino que tiene que ser de puño y letra del padre. El recurrente, gran civilista y gran abogado, trató de impugnar de una manera frontal esta tesis, pero no tuvo el éxito que merecía. Con mayor o menor fundamento el T. S. insiste en ella.

¿Qué sentido posee este requisito jurisprudencial de la autografía del escrito indubitado? A mi juicio hay que acudir, como en muchas otras ocasiones, a las raíces históricas del tema en nuestra jurisprudencia. Nuestro T. S. suele proceder fundando en abstracciones generalizadoras la exclusión o la desestimación de determinados supuestos. Ocurre a veces que la abstracción generalizadora, formulada como razón de la exclusión de un caso concreto, poseía en sí misma una amplitud mayor. Se había dado para el caso, pero, olvidado el caso, queda sola, aislada, la fórmula abstracta y ésta, en un nuevo caso, desconectada de aquel en que nació, lleva muchas veces a consecuencias que no dejan de ser sorprendentes.

La exigencia de que el escrito indubitado se encuentre todo él escrito

de "puño y letra" del padre, aparece, por primera vez, en la sentencia de 13 de febrero de 1907. En dicha sentencia la exigencia del carácter manuscrito del documento indubitado del padre se inserta con el fin exclusivo de negar valor a un documento que se decía dictado por el padre, ya moribundo y medio ciego, a otra persona, redactado por ésta y firmado únicamente por los testigos de la declaración.

La exigencia se repitió en la sentencia de 25 de febrero de 1914. Se había seguido un procedimiento penal por estupro, que terminó con sentencia absolutoria. En ella se había admitido, como hecho probado, la existencia de relaciones amorosas entre la querellante y el querellado, pero se negó que pudieran calificarse los hechos como delito por falta del elemento tipificador del engaño. La madre fundó en estas afirmaciones —hechos probados— de la sentencia penal absolutoria su demanda de reclamación de la filiación natural para el hijo. La demanda fue desestimada. De hecho el supuesto no encajaba en ninguno de los casos del artículo 135. No cabe, dice el T. S., aducir la sentencia penal como escrito. Este tiene que proceder del padre demandado, tiene que ser "de su puño y letra".

Una única observación: para exigir que el documento proceda del padre y excluir aquellos de los que éste no sea autor, se ha llegado más lejos y se ha establecido un requisito nuevo, como es la autografía o, mejor dicho, el carácter manuscrito del documento, y ocurre, sin embargo, que, mientras lo primero —que el documento proceda directamente del padre; que éste sea su autor— puede tener su base en la letra de la ley —"escrito *sujo*" dice el artículo 135—, lo segundo, en cambio, es enteramente nuevo. Y ocurre, además que establecido ya por la jurisprudencia, por las razones indicadas, que el documento sea de "puño y letra" del padre, esta doctrina se tomará de más tarde para privar de validez a los documentos mecanografiados. Así se hizo ya en la sentencia de 27 de febrero de 1923 y se reitera ahora en la de 7 de noviembre de 1961 como razón decisiva, como única razón decisiva de la desestimación del recurso.

Esta doctrina se encuentra tan carente de toda justificación que su crítica es innecesaria. En una época en que el uso de las máquinas de escribir se encuentra extendidísimo, en que incluso las escrituras matrices que forman los protocolos notariales pueden ser obtenidas a través de ellas, no puede seriamente decirse que un documento pierde valor por no ser manuscrito. Cabría dudar de la autenticidad del documento —por ejemplo, pensando que se ha abusado de una firma en blanco—, pero entonces la privación del valor del documento no radicaría en la mecanografía, sino en la valoración total del resultado probatorio. Es legítimo que el Tribunal diga soberanamente que, según el resultado de la prueba, no le merece confianza el documento. Lo que no es legítimo es decir simplemente que no vale por estar escrito a máquina.

6. *La interpretación del escrito indubitado.*—Hemos visto ya como, según nuestra jurisprudencia, el escrito indubitado para poder ser con-

vertido en fundamento de una acción de reclamación de la filiación, debe ser cauce y expresión de una voluntad del padre de reconocer al hijo.

Esta exigencia de un contenido volitivo, del tipo que sea, en el escrito indubitado del padre, lleva ineludiblemente a una operación interpretativa. Es necesario someter el documento a interpretación, interpretarlo, con el fin de determinar el propósito que presidió su redacción, la intención que lo guió y, en definitiva, el sentido y el significado que posee. Configurado el documento como confesión de paternidad, su valoración estaría sometida simplemente a las reglas de apreciación de la prueba; la confesión, por si sola, hace prueba plena en contra de su autor, lo que no excluye sin embargo la posibilidad de demostrar la inexactitud del hecho confesado. Pero si el documento contiene una declaración de voluntad es necesario someterlo a interpretación. Esta interpretación parece que debe llevarse a cabo de conformidad con las reglas e interpretación de los negocios jurídicos.

En el pleito, que decide la sentencia de 3 de noviembre de 1940, el recurrente alegó, entre otras cosas, la infracción de los artículos 1.281 y siguientes del C. c. El Tribunal Supremo entiende que no han sido infringidos, pero parece creer que podrían ser aplicables al caso. Más aún: hace una cierta aplicación de ellos cuando trata de descifrar el sentido de la carta por medio de los actos anteriores, simultáneos y posteriores de su autor (cfr. art. 1.282).

No obstante, esta conclusión no deja de producir alguna perplejidad. ¿Se han de aplicar las reglas de interpretación de los negocios jurídicos a algo que, como hemos dicho, no es un negocio jurídico? ¿Se aplican las reglas de interpretación de los contratos a algo, que, caso de ser un negocio, sería un negocio jurídico unilateral? Toda esta problemática es una consecuencia de la valoración de un contenido volitivo en el documento. Pero si esto fuera cierto, tan sólo autorizaría una aplicación posiblemente analógica de las normas que establecen la llamada interpretación subjetiva del negocio (búsqueda de la voluntad real), con completa exclusión en cambio de las normas que ordenan una interpretación objetiva (sentido objetivo de la declaración). El problema desaparecería si se considerara el documento como confesión, pues, en tal caso, quedaría sometido, como hemos dicho, no a las normas generales de interpretación de los negocios, sino a las normas generales sobre apreciación de la prueba.

7. *Plazo de ejercicio de la acción: el hallazgo del documento desconocido. La carga de la prueba.*—En dos de las sentencias comentadas —en la de 3 de noviembre de 1960 y en la de 4 de noviembre de 1961— se planteaba como fundamental el problema de la aplicación del número segundo del artículo 137. Conforme a este artículo la acción de reclamación de la filiación natural puede ejercitarse después del fallecimiento de los presuntos padres, si aparece algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que se reconozca expresamente al hijo; pero, en este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes

tes al hallazgo del documento. La jurisprudencia había afirmado ya que "aparición o hallazgo tanto vale como llegar a tener conocimiento de lo que antes era ignorado o desconocido" (27), es decir, que para que la demanda prospere con fundamento en el artículo 137 del C. c. deberán concurrir estos dos requisitos: a) que el documento fuera antes ignorado o desconocido para el demandante; b) que entre el hallazgo o aparición del documento y la presentación de la demanda no transcurran más de seis meses, lo cual exige, a su vez, una clara fijación del momento del hallazgo como término inicial del cómputo de este plazo de caducidad. ¿Cómo juegan o cómo deben jugar estos requisitos en el pleito? El T. S. no ha sentado en estas sentencias una doctrina clara, y así mientras se admitían las alegaciones de doña R. sobre este particular, se rechazaron las de doña C. ¿Por qué esta diferencia? El T. S. no lo dice claramente y es menester inducirlo de sus sentencias por vía de interpretación. El problema me parece, ante todo, un problema de prueba y, más que nada, de carga de la prueba. Podría formularse así: ¿pesa sobre el demandante —como hecho constitutivo de la demanda— la de probar que el documento era anteriormente desconocido y la carga de probar la fecha exacta del hallazgo, o, por el contrario, pesa sobre el demandado —como hecho obstativo de la demanda— la carga de probar que el documento era ya conocido y la inexactitud del momento del hallazgo? A primera vista parece que hay aquí un "onus probandi" del actor y ésta parece también que es la idea del T. S. La solución contraria, en cambio, también puede encontrar un fundamento serio. No se trata de un hecho constitutivo: el hecho constitutivo es únicamente la existencia del documento. Se trata de un hecho obstativo: la caducidad de la acción intentada. Y la carga del hecho obstativo es del demandado. Lo que en cualquier caso parece claro es que el tribunal aprecia libremente la prueba practicada sobre estos extremos —conocimiento anterior; fecha del hallazgo— y que tiene que guiarse la mayor parte de las veces, como de hecho se guió en los casos comentados, por indicios o por presunciones.

8. *La posesión de estado. Su consideración como tema de hecho en casación.*—En los pleitos ha jugado la idea de la posesión del estado de hijo natural (cfr. art. 135, núm. 2) sobre la cual no vamos a insistir ahora. Destacamos sólo una idea del T. S.: que esta cuestión —si existió o no existió posesión de estado— es un tema de hecho, de la libre apreciación del tribunal de instancia, sólo impugnabile en casación por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También aquí el T. S. —que viene acentuando últimamente de manera excesiva el rigorismo formal de la casación— introduce una nota de inseguridad gravemente peligrosa. También aquí sería deseable una claridad mayor y una mayor fijeza de la doctrina. En puridad, son "quaestiones facti" los hechos sobre los que intente montarse la idea de posesión del estado, v. g. si el padre tenía al hijo consigo, si lo alimen-

(27) Vid. S. T. S. de 30 de diciembre de 1932.

taba, si atendía a su educación, si sufragaba sus gastos, etc., pero la valoración y la calificación jurídica de estos hechos no es ya una pura "quaestio facti". La consideración jurídica de los hechos, el determinar si pueden ser o no calificados como constitutivos de posesión de estado, es ya una "quaestio juris" y su cauce procesal en casación debe ser el del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil,

9. *El allanamiento parcial.*—De la sentencia de 4 de noviembre de 1961 se deduce la irrelevancia del allanamiento de parte de los demandados a la demanda de reclamación de la filiación natural. Coincide en ello con la anterior sentencia de 29 de noviembre de 1958 y es doctrina correcta. Se trata de una cuestión de estado civil excluida del ámbito de actuación de la autonomía privada. Cabría pensar, sin embargo, que aun no siendo posible conceder a este allanamiento todos sus efectos jurídicos, es un elemento de juicio de extraordinaria importancia a la hora de valorar y decidir el caso planteado y que, en tal sentido, el Tribunal puede y debe tenerlo en cuenta.

#### IV. CONCLUSIONES

De todo cuanto llevamos dicho cabe sacar una primera conclusión: nuestra jurisprudencia, en el tema que examinamos, se encuentra en un claro desacuerdo con la tradición jurídica patria, con las directrices del Derecho moderno y con las exigencias ineludibles de la vida social. Es necesario un cambio de esta jurisprudencia o, en otro caso, una reforma de los textos legales. Las conclusiones de este comentario pueden así desdoblarse según que contemplemos el problema desde un punto de "lege lata" o de "lege ferenda".

a) Desde un punto de vista de "lege lata" creo que nuestra jurisprudencia podría, sin dificultad, llegar a la conclusión de que, mientras para crear forzosamente una relación familiar plena entre padre e hijo es necesaria una declaración de voluntad de aquél (tesis del reconocimiento-admisión) para permitir al hijo el ejercicio de sus derechos primarios, como son el derecho de alimentos y los derechos sucesorios, debe bastar la prueba de la paternidad (tesis del reconocimiento-confesión). Para este último caso—ejercicio de derechos—es conveniente también que una jurisprudencia progresiva amplíe el concepto de "posesión de estado", dando cabida en el mismo a los hijos nacidos de un notorio concubinato o unión marital de hecho, que tradicionalmente han gozado de la cualidad de hijos naturales.

b) Desde un punto de vista de "lege ferenda" tal vez podrían ser ideas rectoras de una ordenación de esta materia las siguientes:

1.<sup>a</sup> La creación de una relación jurídica familiar plena entre el padre y el hijo y, consiguientemente, la atribución de la patria potestad, deben derivar del acto jurídico de legitimación.

2.<sup>a</sup> Los requisitos y el procedimiento de la legitimación deben ser suavizados y simplificados (v. gr.: legitimación por expediente judicial, etcétera).

3.<sup>a</sup> El hijo natural no legitimado debe estar autorizado para hacer valer, por lo menos, un derecho de alimentos y un derecho sucesorio, previa declaración judicial de su condición de hijo natural. La declaración judicial no es necesaria cuando exista un reconocimiento de la filiación realizado por el padre en documento público.

4.<sup>a</sup> La declaración judicial de la condición de hijo natural debe poder hacerse sobre la base de un concubinato notorio de los padres en la época presunta de la concepción, una inequívoca confesión de paternidad cualquiera que sea el fin con que haya sido realizada, una posesión del estado de hijo natural o un hecho delictivo de violación, estupro o rapto en la época de la concepción.

5.<sup>a</sup> Una falsa imputación de paternidad natural debe ser tipificada como delito contra el honor de la persona.

6.<sup>a</sup> La pretensión sucesoria del hijo natural no legitimado debe poder ser ejercitada dentro de un plazo razonable contado a partir del momento de la apertura de la sucesión.



## II. SENTENCIAS

A cargo de J. GÓMEZ YSABEL, Antonio y José Luis MORO, Carlos PALAO, José PERÉ y Ricardo RUIZ SERRAMALERA, con la dirección de Antonio PIENS y Manuel PEÑA

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general.

**COSA JUZGADA: IDENTIDAD DE LA CAUSA:** *El error del demandante al calificar la acción no tiene trascendencia, ya que lo que determina la resolución del contrato de arrendamiento es la sustitución del arrendatario por un tercero en el goce de la cosa arrendada, sin dar cumplimiento a los requisitos que la ley previene para ello, sin que sea necesario precisar si tal sustitución constituye una cesión, traspaso o subarriendo, ya que la demostración de los elementos de cada una de estas formas contractuales no sería posible, en la mayor parte de los casos, para el arrendador ajeno a la transmisión e interesados. [S. 4 de octubre de 1961; no ha lugar.]*

#### II. Derechos reales.

**TRADICIÓN FINGIDA:** *Admite la prueba en contrario, y puede ser destruída cuando de la misma escritura se desprende claramente.*

**POSESIÓN POR EL ARRENDATARIO:** *Esta posesión no contradice la mediatía que, a título de dueño, ostenta el propietario de la finca.*

**ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE TERCERO:** *Tiene el carácter de contrato a favor de tercero aquel que, celebrado válidamente entre dos personas, es dirigido, sin embargo, a atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna directa ni indirectamente en su conclusión y que, a pesar de ello, logra eficazmente atribuírselo en su propia persona, sin que pueda estimarse tal derecho como propio del que estipuló el contrato y cedido luego al tercero, o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél.*

**PERFECCIÓN DE ESTA ESTIPULACIÓN:** *Tiene lugar cuando el tercero declare querer aprovecharlo, tratándose, por tanto, no de una aceptación, sino de una adhesión, que actúa como "condictio juris".*

**PACTO DE RETRO: VENTA JUDICIAL:** *Aunque, según la jurisprudencia, sólo tiene encaje al momento de perfección de la compraventa, cuando*

se trata de una venta judicial, que se realiza coactivamente por el Juzgado, nada impide a las partes, que al margen pero paralelamente al proceso de ejecución, convenir la readquisición por el vendedor y ejecutado de las fincas objeto de la transmisión, para el caso de resultar adjudicatario de las mismas la otra parte, a cuya condición queda supeditada la efectividad del convenio. [S. 28 de junio de 1961; no ha lugar.]

### III. Obligaciones.

1. COMPRAVENTA: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: PRUEBA: ACTA NOTARIAL: Pretende el recurrente la resolución del contrato por incumplimiento de las condiciones pactadas, ya que—afirma—los vendedores no pusieron a su disposición la finca libre de gravámenes, pero el acta notarial que invoca como demostrativa del error no es documento auténtico más que en lo que se refiere a la fecha de su otorgamiento y al hecho que lo motiva, por lo que en lo demás no pasa de ser la declaración irregular de un solo testigo, hecha fuera del período procesal oportuno, sin citación de la parte contraria y fuera de la presencia judicial.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: La simple anotación preventiva de una demanda en la que se pretendía la declaración de existencia de una servidumbre de paso, que, además, no prosperó, en definitiva, tampoco implica la existencia de carga o gravamen en la finca vendida. [S. 21 de octubre de 1961; desestimatoria.]

2. OPCIÓN DE COMPRA: La determinación del objeto y precio constituye un requisito necesario de la opción de compra, y al no concurrir sólo existe una oferta de tanteo o reserva a favor del optante durante el plazo estipulado, pero no una opción de compra. [S. 17 octubre 1961; no ha lugar.]

En el contrato suscrito se determinó de manera concreta la opción a favor de una Sociedad respecto del llamado lote primero. La discusión surgió en relación con la cláusula tercera, en la que, respecto de un lote segundo no se fijó la extensión del terreno, que había primero que deslindar, ni tampoco el precio.

3. RETRÁCTO DE COMUNEROS: CARÁCTER DE COMUNERO: Lo tiene el cónyuge viudo de uno de los tres copropietarios, ya que ostenta la calidad de heredero forzoso según los artículos 807, 814 y 855 del C. c., y por eso no es persona extraña en el caso de que compre una tercera parte indivisa de la finca, y de ahí que no quepa el retracto ejercitado por el restante comunero. [S. 16 de junio de 1961; no ha lugar.]

4. RETRÁCTO DE COLINDANTES: CONOCIMIENTO EXACTO DE LA VENTA: Es doctrina reiterada la que declara que corresponde al Tribunal a

quo» la apreciación de si, quien pretende retraer había tenido conocimiento o no de la venta, así como la suficiencia de este conocimiento sin que baste la simple noticia de la enajenación con ignorancia de sus pactos y condiciones. [S. 4 de mayo de 1961; no ha lugar.]

5. **RETRACTO TRONCAL DE VIZCAYA:** *Es una consecuencia del principio de troncalidad que rige en su tierra llana o infanzona, y es expresión del carácter familiar que los bienes hereditarios revisten, y que tienen por objeto impedir que el favor concedido a los parientes y herederos más próximos sea burlado por personas extrañas.*

*La omisión de las formalidades establecidas provocan la nulidad que dispone el Fuero, con el derecho derivado de sacar tal bien por el precio de hombres buenos, sin que tal derecho pueda quedar enervado a priori por maquinaciones fraudulentas.* [S. 14 de octubre de 1960; ha lugar.]

#### IV. Arrendamientos de cosas.

1. **ARRENDAMIENTO URBANO: NATURALEZA DEL CONTRATO:** *El arrendamiento y el subarriendo son contratos consensuales que se perfeccionan por el mero consentimiento, es decir, que para su perfección no exige la ley la tradición de la cosa arrendada o subarrendada.* [S. 7 de octubre de 1961; no ha lugar.]

2. **ARRENDAMIENTO DE SOLAR: FACULTAD DE LA ALCALDÍA PARA DESALOJAR:** *El párrafo segundo del art. 47 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Ordenación de Solares, se la atribuye en términos no dudosos, norma que debe asimismo aplicarse al dueño de los solares cuando pretenda edificar, y no sólo a terceros adquirentes por venta forzosa, dado que aquél no puede recibir peor trato jurídico que éstos ante la necesidad, común a todos, de construir con la descada urgencia exigida por las circunstancias sociales, y con más razón si la finca y el arrendamiento concluido sobre ella no quedaban, de ningún modo, por su condición de solar, protegidos por la legislación excepcional de arrendamientos urbanos, con sus prórrogas y demás derechos a favor del locatario.* [S. 23 de marzo de 1961; desestimatoria.]

3. **ARRIENDO DE INDUSTRIA Y ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO:** *Si no resultan con nitidez los extremos de unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser puesta en marcha por el que recibe la industria ya creada, el arrendamiento debe ser calificado como de local de negocio y no de industria.*

**JUICIO DE DESAHUCIO: CUESTIÓN SUPUESTAMENTE COMPLEJA:** *Según reiterada jurisprudencia, en el juicio de desahucio no cabe plantear ni decidir cuestiones complejas, ambiguas u oscuras, pero no supone com-*

plejidad la cuestión de dilucidar si lo arrendado es una industria o un local de negocio, pues es problema inherente a la acción de desahucio. Lo delicado y dificultoso del tema a resolver no justifica la abstención de entrar en el fondo del asunto. [S. 30 de noviembre de 1961; ha lugar.]

4. CALIFICACIÓN DE ARRENDAMIENTO: LOCAL DE NEGOCIO: TERRAZA: *La Audiencia Territorial ha estimado, con acierto, que la terraza o terreno cedido en arrendamiento es un local de negocio por el uso a que está destinado —industria de bar y pista de baile al aire libre— con consentimiento de ambas partes.*

RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS: *La interpretación de los negocios jurídicos es facultad privativa de la Sala de instancia y el criterio de ésta debe ser respetado en casación, mientras no resulte desorbitado o arbitrario.*

COSTAS: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *Declarada la incompetencia de jurisdicción respecto a una demanda de desahucio por falta de pago promovida ante el Juzgado de 1.ª Instancia, no cabe imponer las costas al actor sin apreciar temeridad, mala fe o culpa en el mismo.* [S. 25 de noviembre de 1961; ha lugar.]

NOTA: No se ha abordado en la sentencia de casación el tema de la habitabilidad del local. Respecto a la decisión sobre costas nótese que la sentencia da por supuesta la aplicabilidad del art. 1.582 al desahucio ante Juzgado de 1.ª Instancia, aunque entiende que en el supuesto de declaración de incompetencia no se produce propiamente vencimiento, por lo que es de aplicación el criterio de temeridad. (J. P. R.)

5. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO PARA DETERMINADA FINALIDAD: OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR: *Pactado el arriendo de un local para el ejercicio de una determinada industria habrá de reunir las condiciones precisas para que tal finalidad se cumpla, incluso las que pueda imponer la Autoridad competente encargada de velar por la salubridad pública. La obligación que la LAU impone al arrendador de realizar las reparaciones ordenadas por la Autoridad competente, comprende, no sólo las reparaciones «stricto sensu» sino las obras necesarias para enmendar, corregir o remediar necesidades surgidas por órdenes de Autoridades competentes.*

ABUSO DE DERECHO: CONCEPTO: *El abuso del derecho supone el ejercicio inmoral, falta de equidad o innecesariamente dañoso, de un derecho.* [S. 15 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

NOTA: Impuesta por la autoridad competente la obligación de que los locales destinados a la industria de panadería revistieran determinadas condiciones higiénicas de impermeabilización de suelos y paredes, la progresiva sentencia anotada, afirma la obligación del arrendador de costear las correspondientes obras de acomodación del local, sin perjuicio de su derecho a percibir el incremento previsto en el art. 108 de la LAU. Se

dice en la sentencia que el hecho de que el arrendador se halle expuesto a la obligación de realizar obras del tipo de las indicadas no da carácter aleatorio al arrendamiento, ya que en un Estado de derecho hay que contar con la necesaria colaboración de los ciudadanos al progreso en el campo de la salud pública. (J. P. R.)

6. SUBARRIENDO Y CESIÓN: NATURALEZA: EFECTOS: *La cesión y el subarriendo no pueden confundirse por ser distintos en su naturaleza y efectos, ya que la cesión supone la desvinculación del titular arrendatario y su sustitución por otra persona, mientras que el subarriendo supone la subsistencia del arrendatario con un tercero, sin desvinculación de aquél, siendo el traspaso una forma de cesión que únicamente obliga al arrendador cuando concurren los requisitos que la Ley exige para su validez.* [S. 3 de abril de 1961; desestimatoria.]

7. SUBARRIENDO Y CESIÓN: ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN: *No cabe simultaneidad temporal, en el hecho de producirse las dos causas resolutorias siguientes de los contratos de arrendamiento: traspaso ilegal y subarriendo in consentido, concurriendo en ambas, los mismos elementos personales. No existe en cambio, imposibilidad física o jurídica alguna, para que se produzcan sucesivamente en dos momentos distintos, sin que ninguna de ellas pierda su eficacia en orden a la resolución, como causa de sanción del acto civilmente ilícito.* [S. 30 de junio de 1961; no ha lugar.]

8. CONSENTIMIENTO TÁCITO: PRESUNCIONES: *La cesión de una vivienda arrendada, entre dos hermanos, habiendo mediado el plazo legal mínimo de convivencia, es un acto válido aun sin el consentimiento del arrendador, y no es causa de resolución del contrato, ya que la presunción judicial de que aquella cesión fue conocida y consentida por el arrendador es de todo punto inatacable, al partir de un hecho cierto como es la ausencia del arrendatario, y la permanencia de su hermano en el local durante doce largos años.* [S. 28 de octubre de 1960; no ha lugar.]

9. TRASPASO: REQUISITOS DE FORMA: *El no haber precisado el domicilio del adquirente, ni si contrajo este la obligación de ejercer un negocio de la misma clase que el que ejercía el arrendatario, en la notificación de la escritura de traspaso, supone el haber incurrido en un defecto esencial, sin que pueda prevalecer la tesis del Juzgador de Instancia, de quedar subsanados estos datos por haberse hecho constancia de ellos en la notificación a fines del tanteo, pues se trata de oportunidades distintas que aunque orientadas al mismo fin, tienen trascendencia y cauces diferentes, exigiendo también formalidades distintas.* [S. 27 de septiembre de 1960; ha lugar.]

10. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: TANTEO DEL ARRENDADOR: *Para el ejercicio eficaz del derecho de tanteo que el art. 47 de la LAU de 1946 reconocía al arrendador, no basta con que se manifieste al arrendatario*

*la voluntad de utilizarlo dentro del plazo fijado, sino que es necesario también pagar al precio ofrecido.* [S. 31 de mayo de 1961; no ha lugar.]

11. **RETRACTO ARRENDATICIO: ARRENDATARIO DE PARTE DE FINCA:** *No cabe el ejercicio del retracto, cuando se prueba que en la villa vendida existían dos arrendatarios.* [S. 20 de marzo de 1961; no ha lugar.]

12. **IMPUGNACIÓN VENTA POR PRECIO EXCESIVO: CARGAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD:** *Según el art. 53 de la LAU, procede la impugnación de la transmisión efectuada, cuando el precio, incluido el importe de las cargas, excede de la capitalización establecida.*

La promesa hecha por el vendedor en la escritura de compra de que cancelará las hipotecas que gravan el piso, no afecta a los terceros interesados, máxime cuando transcurrido un lapso de tiempo, continúan vigentes en el Registro de la Propiedad y por ello puede impugnar el inquilino como excesivo el precio, al sumarle, junto al que aparece en la escritura, el importe de los dos préstamos garantizados con las hipotecas vigentes.

**NULLIDAD POR PRECIO EXCESIVO:** *La LAU vigente no establece la posibilidad de que el inquilino anule el contrato de transmisión, sino que la única consecuencia de la acción impugnatoria, es el efecto de no poder el adquirente, negar la prórroga del contrato al inquilino impugnante, fundándose en la causa primera del art. 62.*

**SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO:** *Antes de la LAU de 31 de diciembre de 1946 no estaba reglamentada la subrogación en los pisos por fallecimiento del titular arrendaticio, por lo que muy bien, podía sustituir a éste una hermana, viviese o no con él.* [Ss. de 10 y 17 de junio de 1961; han lugar.]

13. **ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN:** *La nueva LAU —art. 53, 3.º— sólo faculta para la impugnación con la consecuencia, caso de prosperar la acción, que el nuevo dueño no podrá negar al inquilino la prórroga del contrato fundado en la necesidad.*

**PRINCIPIO "JUSTA ALEGATA ET PROBATA":** *la relación jurídico-procesal se constituye en el período expositivo del juicio donde queda centrado el tema litigioso conforme a los términos expuestos, sin que tengan virtualidad las alegaciones posteriores porque a ello se opone el principio "justa alegata et probata" y el art. 524 en relación con el 359 de la Ley de procedimiento civil, conforme a los cuales en la demanda se fijará con claridad y precisión lo que pide y la sentencia ha de atenerse a las cuestiones oportunamente planteadas, de donde se infiere que ni a las partes les es dable alterar la esencia del suplico, ni al juzgador apartarse de lo que integra el contenido u objeto del debate.* [S. 3 de julio de 1961]

14. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN: PRECIO EXCESIVO: LIMITACIONES DEL DECRETO-LEY DE 30 DE AGOSTO DE 1947: *Al ser el precio el valor económico asignado a la cosa, únicamente puede alterar la cuantía fijada, las responsabilidades que recaigan sobre ella como las contribuciones e impuestos fiscales y las establecidas en garantía de un crédito. No puede entenderse como carga con estas repercusiones las limitaciones de disponer del dominio impuestas por razones de interés social.* [S. 21 de junio de 1961; no ha lugar.]

15. IMPUGNACIÓN DE VENTA DE PISO POR PRECIO EXCESIVO: CAPITALIZACIÓN DE RENTA: INCREMENTO MUNICIPAL DE ALCANTARILLADO: *En la renta base de la capitalización hay que incluir todos los incrementos que perciba el arrendador, salvo los correspondientes a servicios y suministros. Deben computarse todas las exacciones que, suponiendo aumento de los tipos contributivos, graviten sobre la propiedad urbana y sean repercutibles sobre los inquilinos, entre ellos el arbitrio de alcantarillado y el de solares.* [S. 19 de octubre de 1961; ha lugar.]

NOTA: En realidad hay que excluir, además de los aumentos por servicios y suministros —y por idéntica razón que éstos— los derivados de obras de reparación que, por expresa disposición del art. 108 de la LAU, no tienen el concepto de renta, sino el de asimilados a renta.

16. PRESUPUESTOS DE LA TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Si el arrendatario cesó, varios años antes de su muerte, en el ejercicio de su actividad mercantil en el local arrendado, por haberlo subarrendado a un tercero, los herederos de aquél no pueden advenir arrendatarios por subrogación «mortis causa», por faltar la razón legal del derecho a suceder, imponiéndose por ello la resolución del arriendo por fallecimiento del arrendatario.* [S. 6 de diciembre de 1961; no ha lugar.]

NOTA: En abono de tan discutible doctrina se cita una sentencia de 24 de julio de 1954; es cierto que pueden invocarse algunos argumentos de tipo teleológico en abono de la misma, pero no lo es menos que falta en absoluto, en la Ley, toda norma que establezca un presupuesto de la subrogación, del tipo que se expresa en la sentencia anotada. Cuando la Ley ha querido erigir a la explotación efectiva del local por el arrendatario en presupuesto de eficacia para la subrogación, como ocurre en el artículo 32 LAU referente al traspaso, lo ha hecho de modo expreso; el silencio del art. 60 no autoriza, en modo alguno, una proyección analógica del presupuesto en cuestión. (J. P. R.)

17. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: ASOCIACIÓN DE LA VIUDA E HIJOS: VARIACIONES: CESIÓN: *La variación involuntaria de individualidades, no ha de reputarse transmisión a efectos de resolución mientras subsista la asociación exclusivamente integrada por los hijos —y cónyuge— del arrendatario, es decir, mientras no salga el dominio del negocio de los hijos y cónyuge. Para la existencia de todo acto de transmisión «inter vivos» precisa la dualidad*

de sujetos, «tradens» y «accipiens», dualidad que no existe si desde el fallecimiento del arrendatario subsiste el mismo ente colectivo: la comunidad de hijos.

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ALEGACIÓN DE INCONGRUENCIA: *La incongruencia debe combatirse como error de derecho —ya que el art. 395 LEC es de Derecho material— y no como quebrantamiento de formalidades.* [S. 3 de enero de 1962; no ha lugar.]

NOTA: Se dice en la Sentencia que no puede darse valor decisivo contra el aserto relativo a la continuidad de la comunidad familiar en la explotación del negocio a hechos singulares y equívocos, en cuanto a la real titularidad, de dicho negocio, tales como el haber notificado la viuda, no propietaria única sino comunera, aunque la más autorizada por su jefatura familiar, su subrogación personal en la relación arrendaticia y el haber puesto el hijo —que como técnico dirigía el negocio— a su personal nombre la deuda fiscal.

18. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *El fundamento de la excepción a la prórroga de los arrendamientos, por necesidad del propietario, radica en que cuando se trata de establecer una escala de valores en la función social de la propiedad, es lógico que se coloque en primer lugar la necesidad del propietario mismo.*

CASO DE NECESIDAD: *El propietario de un local arrendado, que tiene establecida una industria en local ajeno, puede oponerse a la prórroga del arrendamiento, tanto si ocupa el local ajeno a título de arrendatario como de precarista, ya que en ambos casos carece de la estabilidad pretendida.* [S. 21 de abril de 1961; no ha lugar.]

19. RESOLUCIÓN: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *Cuando a un arrendatario se le compete a desalojar el local arrendado, por necesitarlo para sí el propietario, es incuestionable que puede ejercitar la acción negatoria de la prórroga del contrato del local del que, a su vez, es arrendador, bastando a tal fin que demuestre que el requerimiento que se le hizo era tan fundado que legalmente no tenía términos hábiles para oponerse a él, sin que exista precepto alguno que le obligue a dejar transcurrir el plazo de preaviso para ejercitar su acción, ni esperar a que se le demande o decrete judicialmente su lanzamiento, a menos de exponerle a sufrir perjuicios irreparables.*

NECESIDAD DEL PROPIETARIO: MODO DE ACREDITARLA: *Ningún precepto legal exige que la necesidad de ocupar la vivienda se acredite únicamente por sentencia contra la cual se hayan utilizado todos los recursos legales.*

NECESIDAD DEL PROPIETARIO: ELECCIÓN DE FINCA: *El orden que establece el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos urbanos sólo puede seguirse cuando se trata de finca arrendada por pisos, pero no cuando toda ella se halle arrendada a un solo inquilino, ya que en tal caso existe*



*la imposibilidad de seguir orden alguno en la selección de la vivienda, como el indicado precepto exige. [S. 14 de abril de 1961; desestimatoria.]*

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: MERA CONVENIENCIA: *En el local de figón, sin variación demostrada en su naturaleza y circunstancia, desde su instalación, podía servirse el mismo número de comidas que en la actualidad, y la pretensión de atender a mayor número de clientes es un mero deseo de ampliar el negocio, que no justifica, según el artículo 92 de la Ley de Arrendamientos Urbanos anterior y 71 de la vigente, la denegación de la prórroga por necesidad del arrendador. [S. 22 de marzo de 1961; desestimatoria.]*

La sentencia de 3 de mayo de 1961 considera también un caso de ampliación de negocio como de mera conveniencia, y no de necesidad para el propietario.

21. NECESIDAD DEL PROPIETARIO: MERA CONVENIENCIA: *La no prórroga constituye la excepción, por lo que, estando perfectamente destinados en la Ley los términos de necesidad y conveniencia, cuando se trate, no de establecer, sino de ampliar un negocio, como en el presente caso ocurre, ha de aplicarse el artículo 71 de la Ley, que previene que el mero deseo o la conveniencia para el arrendador de ampliar su negocio no será causa bastante para denegar la prórroga del arriendo. [S. 3 de mayo de 1961; estimatoria.]*

Se trataba de un Colegio, establecido con la autorización de la Inspección de Enseñanza Primaria, y autorizado después por Orden ministerial su funcionamiento con carácter definitivo. Por ello dice el Tribunal Supremo (considerando 2.º): "Si los organismos competentes para apreciar las condiciones que el expresado centro de enseñanza habría de reunir para su legal funcionamiento, entre cuyas condiciones estaban la capacidad material de los locales en relación con la matrícula máxima de alumnos, estimaron la suficiencia de aquéllos en los que el Colegio se desenvolvía con toda normalidad, no habiéndose operado cambio alguno que haya determinado la reducción de tales locales, no es posible admitir la insuficiencia de los mismos para atender a la finalidad a que vienen siendo destinados y el hecho de que se hayan admitido en el Colegio seis alumnos más de los que la matrícula consentía, quebrantando con ello los términos de la concesión, no puede justificar la necesidad que se invocó por la parte recurrida para la instalación del Colegio en cuestión en el local arrendado..."

22. PRÓRROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *La determinación de la existencia de necesidad del propietario en grado suficiente, para dar lugar a la denegación de la prórroga de un contrato de arrendamiento, es materia de interpretación restrictiva, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

CASO DE NECESIDAD: *El hecho de tener el arrendador amontonadas sus mercancías por falta de espacio, disminuyendo su capacidad de ven-*

ta e implicando, por tanto, un perjuicio de sus intereses comerciales, es causa suficiente para considerar tal situación como de verdadera necesidad del propietario. [S. 4 de noviembre de 1960; ha lugar.]

23. CLÍNICA DE ODONTÓLOGO: *En ella, como en la de otro médico, o en el despacho de cualquier otro profesional dedicado a una profesión liberal, no se ejerce ninguna actividad mercantil, industrial ni de enseñanza con fin lucrativo, por lo que no puede calificarse de local de negocio, ni por disposición legal alguna se encuentra asimilado a ellos.*

NECESIDAD DEL PROPIETARIO: ORDEN DE PRELACIÓN: FUNCIONARIOS PÚBLICOS: *El orden de prelación para la excepción a la prórroga del arrendamiento, tratándose de funcionarios públicos, lo refiere la Ley a la vivienda propiamente dicha, al hogar familiar del funcionario.* [S. 21 de abril de 1961; desestimatoria.]

Se trataba del local donde pasaba consulta un médico del Servicio Obligatorio de Enfermedad, pero que no lo habitaba. La sentencia aplica implícitamente la distinción entre vivienda, como hogar familiar, y vivienda por asimilación legal.

24. LOCAL PROVISIONAL: *Es local provisional, a efectos de la L. A. U., un edificio de dos plantas sito en calle principal y zona residencial de Madrid, que no guarda la alineación reglamentaria, ni llega a la altura mínima exigida por las Ordenanzas Municipales, características que lo hacen estimar como provisional, aunque su estructura y configuración no lo sean íntegramente.* [S. 11 de octubre de 1961; no ha lugar.]

25. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR NO USO: OCUPACIÓN PARCIAL: *La desocupación, para que integre causa de denegación de prórroga, debe ser total y no meramente parcial.* [S. 27 de noviembre de 1961; ha lugar.]

En un solo contrato se habían arrendado dos pisos, uno para Oficina de Correos y otro para vivienda del encargado de aquélla; la sentencia desestima la acción resolutoria fundada en la no ocupación de vivienda, sentando la anterior doctrina e indicando que la parte del objeto arrendado destinado a vivienda revestía carácter *accesorio* dentro del complejo contractual, consideración que sin duda debió pesar decisivamente como fundamento del pronunciamiento resolutorio.

26. CIERRE O TRANSFORMACIÓN DE LOCAL: *Un acta notarial acreditativa de que en el local arrendado está el mostrador empapelado, vacías las estanterías, un aparato eléctrico sin bombilla y una silla y caja de las que se emplean para embalaje, no contradice, sino que confirma, la inactividad del local y su cierre, sin que, de ninguna manera, ponga de manifiesto su utilización y destino a guarda de efectos, que es lo que diferencia al local de negocios del almacén.* [S. 5 de junio de 1961; no ha lugar.]

27. **DESOCUPACIÓN O CIERRE:** *No es igual desocupación y cierre. Existe propiamente cierre en los locales arrendados para el servicio directo del público, cuando éste servicio se interrumpe incumpliendo con ello una triple finalidad: la del destino pactado, la del interés social de servicio al público y la del propio interés patrimonial del arrendador por dar origen a la pérdida de clientela.* [S. 5 de abril de 1961; ha lugar.]

28. **CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO:** *Una certificación del consumo de fluido eléctrico registrado por los contadores del local arrendado, se referirá en puridad a la cantidad de fluido consumido en el local, pero nunca a la situación del negocio, en cada momento. Por ello, el hecho de que en el detalle de alguno de los meses no se haga constar consumo alguno, sino que aparecía la palabra cerrado, no tiene virtualidad probatoria suficiente del cierre efectivo de un local.* [S. 14 de abril de 1961; no ha lugar.]

29. **CIERRE POR MÁS DE SEIS MESES: CARGA DE LA PRUEBA:** *La prueba de los hechos alegados como causa del cierre, y de si estos hechos justifican el mismo, corresponde al demandado.* [S. 16 de junio de 1961; desestimatoria.]

30. **ACCIÓN RESOLUTORIA: LEGITIMACIÓN:** *Un comunero carece de legitimación «ad causam» para pedir en nombre propio la resolución de un contrato de arrendamiento celebrado por la comunidad a que pertenece.* [S. 3 de abril de 1961; no ha lugar.]

31. **RESOLUCIÓN: CAUSAS:** *El artículo 1.124 del C. c. consagrando para las obligaciones recíprocas la facultad de la resolución unilateral tácita, para el caso de incumplimiento por una de las partes, no es de aplicación, cuando de resolución de contratos de arrendamiento urbano se trate, porque las causas de resolución de éstos vienen taxativamente comprendidas en la ley con carácter de «numerus clausus».* [S. 10 de junio de 1961; no ha lugar.]

32. **SUBARRIENDO: CONVIVENCIA DE HIJA Y YERNO:** *La circunstancia de que la hija y yerno, sin el consentimiento del arrendador, convivan con el arrendatario en el local de negocios arrendado, no justifica la presunción de subarriendo elaborada por el juez de Instancia, pues el hecho del uso del teléfono y la domiciliación de una deuda tributaria por el ejercicio de una pequeña industria por un hijo político no ofrecen base suficiente para la inducción del subarriendo.* [S. 15 de octubre de 1960; ha lugar.]

33. **INTRODUCCIÓN DE TERCERA PERSONA: PAGO DEL ALQUILER:** *La introducción de un tercero en el local arrendado, sin título legal que lo autorice o sin el consentimiento del arrendador, da lugar a la resolución del contrato. El pago de la renta hecho en ciertas ocasiones, no por la arrendataria, sino por alguno de sus hermanos, no supone que*

*el arrendador prestare su asentimiento a la sustitución de la persona del arrendatario, ya que el pago puede hacerse por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, ya lo ignore el deudor, sin otra consecuencia que la extinción de la obligación.*

**CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR:** *No se desprende el consentimiento de los términos de la carta dirigida por el arrendador a la arrendataria, en la que se refiere a "la tienda y sótano que habitan ustedes", ya que no es concluyente que revele la voluntad del arrendador en consentir la sustitución de la persona de la arrendataria por la asociación o comunidad familiar constituida por ella y sus hermanos. [S. 14 de abril de 1961; desestimatoria.]*

**34. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PACTO DE INSTALACIÓN DE TODO NEGOCIO LÍCITO:** *Al afirmar que se ha realizado un subarriendo parcial no se va contra la cláusula del contrato en la que se pacta la instalación en el local arrendado de todo negocio lícito, sino que se niega que lo llevado a cabo sea un arrendamiento de servicios, desconociendo, consiguientemente, la instalación de un negocio por cuenta de la arrendataria. [S. 6 de marzo de 1961; desestimatoria.]*

**35. TRASPASO INCONSENTIDO:** *El hecho de introducir en un local arrendado, por una persona distinta del arrendatario, mobiliario de su propiedad, instalando en él la Oficina de una Compañía de Seguros, e incluso domiciliándola en el referido local, sin autorización del arrendador, constituye un supuesto de traspaso inconsentido que da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento. [S. 7 de diciembre de 1960; no ha lugar.]*

**36. RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO: USO DE LA COSA ARRENDADA POR TERCERO:** *Es causa de resolución el que un no arrendatario use en provecho propio total o parcialmente, de modo excluyente o compartido, el local arrendado sin autorización expresa y escrita del arrendador, en tanto el arrendatario no pruebe que tal transmisión no se ha producido, porque el ocupante es un mero representante suyo o que se halla legitimado por la autorización expresa y escrita del arrendador o por un traspaso autorizado por la Ley. [S. 2 de diciembre de 1961; no ha lugar.]*

**NOTA:** Vid. "Sobre el requisito de autorización expresa y escrita", ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1961, pág. 570.

**37. RESOLUCIÓN POR SUPUESTA CESIÓN O SUBARRIENDO:** *Según doctrina legal, elaborada por constante y numerosa jurisprudencia, el uso, por persona no arrendataria, de la cosa arrendada, que proclama una transmisión voluntaria de la misma por el arrendatario, es causa de resolución de la relación arrendaticia, en tanto el demandado no acredite que el acto transmisorio es legítimo. [S. 28 de octubre de 1961; ha lugar.]*

La Audiencia había declarado que en el piso arrendado a un Agente comercial y usado por éste, tan sólo, para despacho profesional —tras instalar su hogar en otro piso— vivía una hermana del arrendatario que no ejercía en el mismo profesión alguna; con base en tales hechos desestimó la demanda, a la que el Tribunal Supremo ha dado lugar, en cambio, con fundamento en los mismos hechos.

38. RESOLUCIÓN: INTRODUCCIÓN DE TERCERA PERSONA: *La sustitución del arrendatario por un tercero en el goce o uso de la cosa arrendada, sin cumplir los requisitos que la Ley previene para su validez, determina la resolución del contrato de arrendamiento, sin que sea necesario precisar si tal sustitución constituye una cesión, traspaso o subarriendo, ya que la demostración de los elementos que constituyen cada una de tales formas contractuales no sería posible, en la mayor parte de los casos, para el arrendador, ajeno a la transmisión, estando interesados, como se hallan los que la celebran, en ocultarla.* [S. 27 de octubre de 1961; desestimatoria.]

39. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: ELEMENTOS DE PRUEBA QUE DESVIRTÚAN LA CESIÓN: ERROR DE HECHO: *Las certificaciones de Hacienda y municipales en que consta que el negocio instalado en el local tributa a nombre del arrendatario, los documentos que prueban que van a su nombre la cuota de Auxilio Social y los suministros de agua y luz y los recibos de operaciones mercantiles en que se atribuye al arrendatario la titularidad del negocio, acreditan que el único dueño de éste es el arrendatario y, por tanto, la inexistencia de la cesión, erróneamente afirmada por el «órgano a quo».* [S. 22 de noviembre de 1961; ha lugar.]

40. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE SUBARRENDATARIO: MODIFICACIONES DE LOS SOCIOS DE UNA SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA: *La modificación de la persona subarrendataria consistente en la salida de uno de los socios de la Compañía regular colectiva que ostentaba aquella cualidad, supone un cambio de subarrendatario del local. Tratándose de una sociedad personalista, como la colectiva, en la que no es transmisible la calidad de socio, sin consentimiento de los demás, la salida de uno de los socios determina la sustitución de la sociedad por otra, que anula, por absorción, a la anterior.* [S. 23 de noviembre de 1961; ha lugar.]

NOTA: Tanto el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia como la Audiencia Territorial desestimaron la acción resolutoria deducida con base en la pretendida sustitución del subarrendatario; al hacerlo, se situaron en la línea de nuestro Código de Comercio y de la más autorizada doctrina mercantil —véase, por ejemplo, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 1.<sup>a</sup> ed., tomo I, pág. 316— que no erigen la separación de un socio, en causa de extinción de la Compañía regular colectiva. Por el contrario, el Tribunal Supremo, manteniéndose en la línea de interferencia de las nociones de personalidad y responsabilidad ha visto en lo que es una mera alteración de la responsabilidad del ente social, un supuesto de cambio de personalidad, y una dualidad de personas jurídicas en lo que en realidad era una sola con diferente denominación. Cierto es que la separación de un socio puede determinar, según la forma en que la misma se realice, la extin-

ción y no la simple modificación del ente social, pero no lo es menos que con base en el simple hecho de la salida de un socio no cabe afirmar, contra el criterio del órgano de instancia, que se haya producido el efecto extintivo. (J. P. R.)

41. CAMBIO DE CLASE DE SUBARRIENDO: *La transformación de subarriendo parcial en total, no supone la creación de una nueva relación jurídica a efecto de determinar la legislación aplicable; ésta seguirá siendo la misma que cuando se inició el subarriendo.*

RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: *Realiza un cambio de configuración del local, el arrendatario que, además de colocar un mueble que tapa todo el hueco de una puerta —lo que por su carácter de mueble indica su no afectación permanente— cubre con obra de tabique el hueco que queda entre el mueble y el techo e instala un lavabo y abidets que convierte la pieza en cuarto de aseo.* [S. 20 de diciembre de 1961; ha lugar.]

42. OBRAS (ANUNCIO LUMINOSO): CONSENTIMIENTO: PRUEBA: *Es válida la autorización concedida por un copropietario, que es, además, administrador de la finca, para que el arrendatario de una tienda pueda instalar un anuncio en su establecimiento.* [S. 18 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

43. MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: OBRAS CONSENTIDAS: *El consentimiento no es necesario que sea dado por escrito.* [S. 21 junio 1961; no ha lugar.]

44. OBRAS: AUTORIZACIÓN TÁCITA: *Las obras realizadas con el consentimiento del arrendador propietario, para la instalación en un local arrendado de un negocio, aunque posteriormente se demuestre que con ellas se puede ocasionar un incendio, no puede dar lugar a la resolución de la relación arrendaticia por esta causa. Si las obras se hubieran realizado con defectos, el arrendador no tiene más derecho que el de instar su subsanación.* [S. 30 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

45. DESTINO DEL LOCAL INDICADO EN EL CONTRATO: RESOLUCIÓN: *Si bien en el mismo contrato constaba que su finalidad era destinar el local a taller de fabricación y reparación de maquinaria, sin más limitación que la de prohibir se colgasen en las vigas motores, aparatos y cualquier otro peso, ello no es obstáculo para que puedan actuar las causas legales de resolución de los contratos, una de las cuales es la incomodidad, por trepidación y polvo, establecida en el número octavo del artículo 114.* [S. 25 de mayo de 1961; desestimatoria.]

46. DECLARACIÓN DE RUINA: CALIFICACIÓN JUDICIAL: *No sólo no está prohibido, sino que se impone a la autoridad judicial declarar si la resolución administrativa firme, recaída en expediente contradictorio, al que han sido citados al tiempo de su iniciación todos los inquilinos y*

arrendatarios, contiene la declaración de ruina, presupuesto de la causa resolutoria, décima del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, o, por el contrario, no la contiene, sin que ello signifique suplantarse la jurisdicción administrativa. [S. 14 de noviembre de 1961; desestimatoria.]

47. RESOLUCIÓN POR RUINA: *Celebrado conjuntamente el arriendo de dos naves, una vez declarada la ruina de una de ellas por la Autoridad Municipal, con carácter firme, se hace necesario acceder a la cesación del arriendo, cualquiera que sea el grado de ruina, aunque sólo sea incipiente, puesto que la Ley no distingue; no procediendo la continuación de la relación arrendaticia sobre una cosa de la que parte no podría usarse por su pérdida o destrucción.* [S. 7 de octubre de 1961; no ha lugar.]

## DERECHO PROCESAL

1. EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA: *Procede estimar la excepción de litispendencia opuesta, en proceso resolutorio arrendaticio por causa de ruina, con base en la pendencia de un juicio en que el arrendatario pretende se condene al arrendador a la realización de obras de reparación para evitar la situación de ruina; se da en tal caso identidad de personas, de cosa—el local arrendado—y de causa de pedir—que en ambos juicios se refiere al estado físico del edificio—. [S. 22 de diciembre de 1961; ha lugar.]*

2. PRINCIPIO DISPOSITIVO: POSICIÓN DE LOS LITIGANTES: ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA RECURRIDA: *Coincidiendo demandante y demandados en la determinación de sus respectivas calidades y en aceptar su posición como litigantes y la consecuencia de las mismas, lo que pertenece al poder dispositivo de las partes en nuestro sistema procesal, debe entenderse aclarada, en dichos términos, la equivocación de la sentencia recurrida.* [S. 20 de noviembre de 1961; ha lugar.]

3. ARRENDAMIENTO URBANO: CONSIGNACIÓN DE RENTA PARA INTERPONER RECURSO: MOMENTO: *Siendo el término que emplea la Ley el de "interponer", y teniendo dos fases el recurso de injusticia notoria, la preparación ante la Audiencia sentenciadora y la formalización que tiene lugar ante la Sala del Tribunal Supremo, es evidente que la interposición del recurso, a los fines de consignación de rentas, es equivalente a la fase de formalización, ya que es a este Tribunal y no a la Sala sentenciadora a quien incumbe apreciar si el referido requisito fue debidamente cumplido.* [S. 2 de junio de 1961; desestimatoria.]

4. CASACIÓN: REQUISITOS DEL RECURSO: *Pueden sintetizarse diciendo que en el escrito ha de consignarse: el motivo que ampare la posición*

del recurrente; la fijación acuciosa de la Ley o doctrina infringida; determinación exacta y precisa del concepto de la infracción y separación sistemática de los fundamentos y motivos del recurso, cuando sean varios.

**PRESUNCIONES:** *El recurrente, amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la L. E. C., denuncia la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del C. c., referentes a la prueba de presunciones, la que pretende establecer el recurrente fijando unos hechos distintos de los estimados por el Tribunal a quo, lo que no es lícito, dado que los hechos sólo pueden impugnarse al amparo del número séptimo.*

**CASACIÓN: INADMISIBILIDAD Y DESESTIMACIÓN:** *Las causas de inadmisión del recurso lo son también de desestimación. [S. 17 de noviembre de 1961; desestimatoria.]*

5. **CASACIÓN: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA NO ES VIOLACIÓN:** *La infracción puede cometerse, según el artículo 1.692, primero, de la L. E. C., o por violación de la norma—no eligiéndola debidamente—o por interpretación errónea, o por aplicación indebida de ella: de donde se infiere que no puede construirse un recurso de casación, al amparo del número primero, atribuyendo a una sentencia “violación por interpretación errónea”, ya que si hay interpretación errónea de un precepto, no hay violación de él, en el sentido restringido que el legislador da a esta palabra al regular la casación. [S. 17 de junio de 1961; desestimatoria.]*

**TRADICIÓN: POSESIÓN: COBRO DE RENTAS COMO ADMINISTRADOR O ENCARGADO:** *La sentencia recurrida no estima justificada la posesión por la sola entrega de las listas de colonos que hizo la vendedora, sino que la deriva de una multitud de hechos, entre los cuales hay que destacar que el demandado estaba encargado de la cobranza de las rentas, lo cual le impedía poseer en concepto de dueño.*

**CASACIÓN: CUESTIÓN DE HECHO Y DE DERECHO:** *Si bien al amparo del número primero del artículo 1.692 puede denunciarse la infracción del artículo 609 del C. c., ello tendrá que ser partiendo de la base de que la sentencia hubiese proclamado la realidad de unos hechos que no implicasen la tradición en las sucesivas transmisiones de la finca litigiosa, en cuyo supuesto lo que se atacaría serían las consecuencias jurídicas deducidas de tales hechos—lo cual es lícito realizar al amparo del número primero—, pero no es admisible ese ataque al amparo de tal número, cuando la sentencia contempla y estima probados unos hechos que revelan que, efectivamente, tuvo lugar la tradición, ya que lo que habría que atacar en esta hipótesis sería la realidad de tales hechos, demostrando el error de la Sala a través de la vía adecuada del número séptimo.*



6. RECURSO DE REVISIÓN: SUPUESTOS QUE LO AUTORIZAN: INTERPRETACIÓN: *La interpretación de los supuestos que autorizan el recurso de revisión, por su naturaleza extraordinaria y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, ha de realizarse con absoluta rigidez y con criterio restrictivo, a fin de no quebrantar el principio de seguridad de la cosa juzgada.*

REVISIÓN: HALLAZGO DE DOCUMENTOS: DESCUIDO O NEGLIGENCIA: *No procede la revisión cuando la busca de los documentos en cuyo hallazgo se fundamenta el recurso, no estuvo interferida nunca por imposibilidad alguna de orden material ni moral, debiéndose únicamente su falta de disponibilidad anterior a simple descuido o negligencia de la propia parte o de su causante en el arrendamiento, al no reclamar en su tiempo y conservar ordenadamente aquéllos, siendo ajena su falta a toda causa de fuerza mayor, o a obra de la parte en cuyo favor se dictó la sentencia cuya revisión se pretende. [S. 3 de mayo de 1961; desestimatoria.]*

### III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

#### 1. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TREZNADO RUIZ

##### I. Derecho civil

1. SUBROGACIÓN: ERROR EN LA NOTIFICACIÓN: SUS EFECTOS: *Del error en la notificación al arrendador no pueden derivarse efectos resolutorios, porque además de no tener éstos apoyo en la Ley, no coordinan con la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico.*

CESIÓN DE VIVIENDA OCUPADA POR LA MUJER POR MEDIDAS PROVISIONALES DE SEPARACIÓN: NECESIDAD DE LA AUTORIZACIÓN MARITAL PARA SU VALIDEZ: *No es correcto admitir, que el mencionado requisito de la licencia marital no sea imprescindible, máxime, cuando de la cesión se le podría irrogar un perjuicio evidente en su calidad de jefe del hogar, por cuanto que en cualquier momento, no obstante correr a su cargo el pago de las rentas, podía verse obligado a tener que abandonarlo.* (Sentencia de 26 de mayo de 1961: ha lugar.)

2. SUBARRIENDO: RESOLUCIÓN: NECESIDAD DE OCUPACIÓN POR MATRIMONIO DE DESCENDIENTES: *Probado el matrimonio de la hija de la subarrendadora, hay que declarar ineludiblemente demostrada la necesidad de ocupar la habitación que reclama ocupada por la subarrendataria* (Sentencia de 30 de mayo de 1961; no ha lugar).

3. POSIBILIDAD DE ALEGAR LA PRESUNCIÓN DE NECESIDAD: *Para que fluya la presunción juris de necesidad por desalojo forzoso del propietario, es condición primaria, que este desalojo se produzca por causas «absolutamente ajenas» a la voluntad de la persona para la que se solicita la recuperación de la vivienda alquilada, y en el presente caso el desalojo del demandante del piso que ocupa en la finca de su propiedad, es consecuencia inmediata y directa de su voluntad, que fué la que generó la inclusión del inmueble en el Registro Público de Solares.* (Sentencia de 3 de junio de 1961: ha lugar.)

4. PRESUNCIÓN DE NECESIDAD: *Cabe una interpretación amplia y liberal, estimando insito el deber de residir en el mero hecho de venir residiendo en el lugar en que esté enclavada la vivienda que se reclame, sin necesidad de acreditar el ejercicio de ninguna actividad.* (Sentencia de 7 de junio de 1961: no ha lugar.)

5. SUBROGACIÓN: FUNCIÓN: DE LA NOTIFICACIÓN: *Tal notificación fehaciente no tiende a establecer el conocimiento notorio del fallecimiento*

como hecho generador de la subrogación, sino a quedar firme e indubitada la decisión de voluntad del que pretenda subrogarse en el arrendamiento esgrimiendo el hecho del fallecimiento y amparándose en la facultad que el número 1.º del artículo 58 de la L. A. U. le concede, y el conocimiento por parte del arrendador de la realidad de aquella decisión.

**SUBROGACIÓN: ABUSO DE DERECHO:** *No se estima el recurso por abuso de derecho, porque este trámite, esencialmente revisorio, requiere que los Tribunales lo hayan aplicado con error, bien de oficio o a instancia de parte, o por lo menos que habiéndose alegado en forma, haciéndolo objeto de petición concreta, se haya omitido su decisión mediante el adecuado pronunciamiento.* (Sentencia de 8 de junio de 1961; no ha lugar.)

6. **SELECCIÓN DE VIVIENDA: NÚMERO DE OCUPANTES DEL PISO:** *Aunque el marido no viviera en el piso, por hallarse de hecho separado el matrimonio, debe ser considerado como ocupante al hacerse el cómputo de personas habitantes del mismo.* (Sentencia de 5 de junio de 1961; ha lugar.)

7. **SELECCIÓN DE VIVIENDA: FORMA DE NOTIFICARLA:** *No es suficiente, el que según el criterio del actor no haya otra habitación en las mismas condiciones, pues habiendo optado por las habitaciones exteriores y siendo tres las de esta clase, debió manifestar las causas por las que no dirigía la acción contra las otras dos a fin de que el demandado con conocimiento de todos los detalles pudiera contestar.* (Sentencia de 8 de junio de 1961; no ha lugar.)

8. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD:** *La actora ha justificado la necesidad de cambiar de clima por enfermedad, y natural es que eligiera para su curación, el lugar en que tiene una finca de su propiedad.* (Sentencia de 9 de junio de 1961; no ha lugar.)

9. **ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA:** *El ejercicio de un derecho reconocido por la Ley para hacer valer un interés legítimo no puede constituir abuso de derecho, máxime cuando el éxito de la pretensión no deriva de hechos propios sino del abandono hecho por la contraparte de los medios que la Ley le obliga a emplear para la defensa de los derechos que le confiere.* (Sentencia de 19 de junio de 1961; no ha lugar.)

10. **REQUISITOS DEL PREAVISO:** *Al no estar cumplido en el preaviso llevado a efecto por el propietario, el requisito de señalar el precio y condiciones de venta se ha incurrido en un defecto o vicio esencial de fondo que impide la viabilidad de la resolución del arrendamiento, por tratarse conforme a reiterada jurisprudencia, de un presupuesto necesario para la denegación de su prórroga y que afecta a la propia existencia de la acción que por el actor se ha ejercitado.* (Sentencia de 20 de junio de 1961; no ha lugar.)

11. **ARRENDAMIENTO DE EDIFICACIONES NO HABITABLES O TERRENOS SIN EDIFICAR A ASOCIACIONES SÍN LUCRO:** *El artículo 4.º de la L.A.U. no determina que en estos casos estemos ante arrendamientos de viviendas.* (Sentencia de 5 de julio de 1961; nulidad de actuaciones.)

12. INEXISTENCIA DE OCUPACIÓN SIMULTÁNEA: *No existe ocupación simultánea cuando el arrendamiento de una de las viviendas está sometido a la legislación especial y el otro no.* (Sentencia de 8 de julio de 1961; no ha lugar.)

## II. Derecho procesal

1. NULIDAD DE PROCEDIMIENTO: *Se declara de oficio, ya que, conforme a la L.A.U. se trata de un arrendamiento no sujeto a esta legislación especial.* (Sentencia de 5 de julio de 1961.)

Considerando que la vigente Ley especial de Arrendamientos Urbanos configura, en su artículo 132, el recurso llamado de «suplicación» como un remedio procesal para que las partes puedan denunciar la infracción de ley o doctrina legal que hayan podido cometerse en las sentencias de instancia y al análisis de las que motiven el recurso interpuesto, ha de ceñirse, primordialmente, la labor del Tribunal, sin poder examinar, por su propia iniciativa, otros motivos distintos de los invocados, aunque realmente existieran; pero esta regla general impuesta por la naturaleza esencialmente rogada del proceso civil, tiene la única excepción de que, al estudiar lo actuado se evidencie la existencia de alguna infracción que, por afectar a la observancia de las leyes procesales, de tan marcado interés público, deba ser examinada de oficio, para obrar en consecuencia y sujetándose así al mandato legal que no permite dirimir las contiendas privadas entre las partes, ni ante jurisdicción distinta ni por cauce diferente a lo prevenido al efecto.

2. PRUEBA: CARGA: *A la actora incumbe probar que el demandado ocupaba dos viviendas y al demandado probar que a su vez esta doble ocupación le era necesaria.* (Sentencia de 8 de julio de 1961; no ha lugar.)

## 2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

### I. Derecho civil.

1. MUJER CASADA ARRENDADORA: MARIDO ADMINISTRADOR: FACULTADES: CESIÓN: *Aunque el inmueble sea propiedad de la mujer, no hay óbstatulo a que la misma, en cualquier momento, confiera expresa o tácitamente a su marido la facultad de administrarlo. Entre los actos de administración figura el de cesión arrendaticia contratada directamente por el marido.* [S. 23 de mayo de 1961; no ha lugar.]

2. ACCIONES BASADAS EN LA LAU: PRESCRIPCIÓN: DERECHO FORAL CATALÁN: *Por ser la LAU una ley de emergencia y de vigencia en todo el territorio español, es aplicable al ejercicio de las acciones basadas en la misma, el plazo general de prescripción de quince años del C. c. y no el de treinta años de la Compilación de Derecho catalán, aunque se trate de acciones ejercitadas en Cataluña.* [S. 16 de junio de 1961; no ha lugar.]

3. HOSPEDAJE: *Existe contrato de hospedaje si, además de ceder el inquilino una parte de la vivienda, realiza prestaciones complementarias en favor del usuario de dicha parte, tales como lavado y planchado de ropa, arreglo de la habitación, desayuno y, en ocasiones, la preparación de cenas contra pago de un precio determinado.* [S. 26 de septiembre de 1961; no ha lugar.]

4. SUPUESTA TRANSFORMACIÓN DE SUBARRIENDO EN ARRIENDO: PRUEBA: *El hecho de que, fallecido el inquilino de una vivienda, el arrendador percibiera, durante las dos mensualidades siguientes, la renta del arriendo, de un subarrendatario del difunto inquilino, no basta para considerar establecido un nuevo arrendaticio con dicho subarrendatario.* [S. 6 de julio de 1961; no ha lugar.]

5. PRÓRROGA FORZOSA: TÁCITA RECONDUCCIÓN: *Al finalizar el plazo de arriendo pactado se inicia la prórroga legal y no entra en juego la tácita reconducción.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PROYECTO DE MATRIMONIO: *Basta para la denegación de prórroga el propósito de contraer matrimonio.* [S. 28 de septiembre de 1961; no ha lugar.]

6. SUCESIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA": LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL SUCESOR: *El sucesor del arrendatario se halla legitimado para ejercitar las acciones derivadas del subarriendo concertado por su causante, acreditando los presupuestos de su derecho a suceder y el requisito de la notificación. Sólo al arrendador incumbe combatir la realidad de la subrogación.* [S. 23 de mayo de 1961; no ha lugar.]

7. RESOLUCIÓN POR FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA": CONSENTIMIENTO TÁCITO DEL ARRENDADOR: *Del hecho de haberse extendido los recibos de alquiler a nombre del subrogado, durante cerca de tres años, se desprende que el arrendador tuvo pleno conocimiento del fallecimiento del antiguo titular arrendatario y de la subrogación operada, por lo que es improcedente la resolución basada en el defecto de notificación.* [S. 6 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

8. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA": CARÁCTER Y FUNCIÓN DE LA NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *La notificación exigida por la LAU tiene la finalidad de que el arrendador conozca el hecho del fallecimiento y la identidad del sucesor, a efectos del libramiento de recibos y establecimiento del orden de sucesión del inquilino. El simple conocimiento de la muerte del arrendatario y aun el aviso de la continuación del arriendo, no basta para suplir la notificación legalmente requerida.* [S. 4 de octubre de 1961; ha lugar.]

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRESUNCIONES DE NECESIDAD: ALEGACIÓN Y PRUEBA: *Aunque en la demanda no se haya mencionado los extremos relativos a la residencia y trabajo del beneficiario de la denegación de prórroga, ésta producirá su efecto, si dichas circunstancias resulta de la prueba.* [S. 18 de octubre de 1961; no ha lugar.]

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO: *La presunción de necesidad por matrimonio no deriva sólo del acto de contraer matrimonio, sino de la existencia de un matrimonio sin vivienda independiente. Existe necesidad por el hecho de tener constituida una familia y habitar en vivienda ajena, por lo que cabe la denegación de prórroga para dotar de vivienda independiente a un matrimonio aunque este se celebrara hace nueve años y haya vivido durante dicho tiempo en el hogar de los padres de uno de los cónyuges.* [S. 12 de diciembre de 1961; no ha lugar.]

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A HOGAR INDEPENDIENTE: *No obsta a la denegación de prórroga por necesidad, la posibilidad de que la beneficiaria de la misma, que carece de hogar independiente, siga viviendo pacíficamente con su hija política en la vivienda de esta última ya que ni legal ni moralmente puede imponerse a una persona una convivencia no deseada.* [S. 11 de octubre de 1961; no ha lugar.]

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PERSONA OBLIGADA A DESALOJAR SU VIVIENDA: *Cabe la denegación de prórroga por necesidad, si la arrendadora se ve obligada a desalojar la vivienda que ocupaba, al extinguirse la relación laboral que vinculaba al esposo de la misma con la empresa propietaria de dicha vivienda, ocupada por razón de la relación laboral.* [S. 15 de mayo de 1961; no ha lugar.]

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NECESIDAD EXISTENTE AL TIEMPO DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA: *No procede la denegación de prórroga, si la situación de hecho en que se basa la necesidad existía ya al tiempo de concertarse el arriendo cuya prórroga se pretende deegar o si dimana de un acto del arrendador, posterior, voluntario y libre.* [S. 19 de junio de 1961; no ha lugar.]

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: POBLACIÓN DE TRABAJO DISTINTA DE LA DE RADICACIÓN DE LA FINCA: *No procede la denegación de prórroga por necesidad dimanada del hecho de tener que trabajar en Barcelona, si la finca en que radicaba la vivienda objeto de denegación de prórroga se halla en Sabadell, ya que ambos términos municipales son físicamente independientes y se hallan separados, incluso, por otros términos municipales.* [S. 26 de junio de 1961; no ha lugar.]

NOTA: Aunque la propia Sala ha entendido, acertadamente, que a los efectos de la presunción 3.<sup>a</sup> de necesidad del art. 63 de la LAU, cabe denegar la prórroga del arriendo de una finca situada en término municipal distinto del de lugar de trabajo, cuando ambos términos municipales son contiguos y los respectivos cascos urbanos no ofrecen solución de continuidad, no cabe proyectar dicha doctrina tan extensivamente como se pretendió en el caso de autos en que las dos poblaciones distan entre sí más de 20 kilómetros y no pueden considerarse como una unidad física urbanística.

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DE VIVIENDA: ABANDONO ANTERIOR DE VIVIENDA ANEJA A LOCAL DE NEGOCIO: *El hecho de que el arrendador hubiera tenido a su disposición, con anterioridad, vivienda, en un local de negocio que regentaba y que traspasó voluntariamente, no es obstáculo a la ulterior denegación de prórroga por necesidad de vivienda; de entenderlo de otro modo, se vulneraría el principio de libertad en el ejercicio de las actividades personales.* [S. 4 de octubre de 1961; no ha lugar.]

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: TRANSFORMACIÓN ANTERIOR DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: *El hecho de que, con mucha anterioridad al nacimiento de una situación de necesidad de vivienda, el arrendador hubiera destinado una de sus viviendas a local de negocio no es obstáculo a la denegación de prórroga por necesidad. El incumplimiento de la disposición adicional de la LAU, prohibitiva de la conversión de viviendas en locales de negocio, no lleva aparejada la pérdida del derecho de denegación de prórroga por necesidad.* [S. 2 de octubre de 1961; ha lugar.]

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LEGISLACIÓN DE PRÉSTAMOS A INQUILINOS: *Al decir el arrendador, en el requerimiento, que precisaba la vivienda por insuficiencia de la que ocupaba en casa de sus padres cumplió con los requisitos previstos en la Ley de 24 abril 1958,*

*artículo 2, sobre todo si el demandado no contestó al requerimiento ni negó la necesidad.*

**RECURSO DE SUPLICACIÓN: DECISIÓN SOBRE EL FONDO SUPLENDO LA DEL ÓRGANO "A QUO":** *Desestimada la excepción apreciada por el órgano "a quo", que no decidió sobre el fondo del asunto, la Sala debe resolver sobre la acción ejercitada y, si estima probada la necesidad, decretar la resolución.* [S. 29 de mayo de 1961; ha lugar.]

NOTA: Se trataba de la Ley de Préstamos a inquilinos.

**18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO PREVIO:** *Si en el requerimiento previo se dice que se realiza la denegación de prórroga por causa del próximo matrimonio de la nieta del actor, es claro que la vivienda se reclama para ésta y no existe imprecisión en el requerimiento.*

**DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: OMISIÓN DE ALEGACIONES EN LA DEMANDA:** *No obsta a la viabilidad de la denegación de prórroga la circunstancia de que se omita, en la demanda, la alegación del deber de residencia del beneficiario de aquélla en la población en que radica la vivienda, si en el juicio se demuestra la efectividad de tal residencia. No es preciso acreditar la clase de relación familiar, laboral, profesional o utilitaria por la que se produce la residencia.* [S. 18 de octubre de 1961; no ha lugar.]

**19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO PREVIO:** *No es preciso que en el requerimiento denegatorio de prórroga basado en el proyecto de matrimonio se exprese el nombre de la persona con la que se va contraer el enlace.* [S. 2 de octubre de 1961; no ha lugar.]

**20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CÓMPUTO DEL TIEMPO:** *El cómputo del plazo de no uso ha de hacerse por meses completos y no por días; las mensualidades han de computarse por períodos de treinta días.* [S. 12 de junio de 1961; no ha lugar.]

**21. REDUCCIÓN DE RENTAS AL TIPO FISCAL: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DURANTE MORATORIA TRIBUTARIA:** *Es improcedente el ejercicio de la acción de reducción de renta arrendaticia al nivel de la base fiscal, durante el período de moratoria tributaria establecido por el Decreto-Ley de 15 de diciembre de 1960.* [S. 2 de octubre de 1961; no ha lugar.]

NOTA: En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se invocaba también, como causa de desestimación de la demanda, la circunstancia de que, al ejercitarse la acción, el arrendador había ya declarado al órgano fiscal correspondiente la renta realmente percibida.

**22. RESOLUCIÓN PARCIAL DEL ARRENDAMIENTO:** *No se halla prevista, en nuestro ordenamiento, la resolución parcial de un contrato de arrendamiento, por lo que no cabe estimar la acción resolutoria relativa a parte de*



*la cosa arrendada, con base en la ruina de dicha parte.* [S. 31 de octubre de 1961; no ha lugar.]

23. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO IRREGULAR: DERECHO TRANSITORIO: *No ha lugar a decretar la resolución de arrendamiento basada en el hecho de que con la arrendataria, anciana de ochenta años de edad, convivía, desde hace más de veinte años, un matrimonio que cuida de la misma.* [S. 16 de octubre de 1961; no ha lugar.]

NOTA: Las disposiciones transitorias 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> de la LAU abonan dicha doctrina.

24. RESOLUCIÓN POR DEFECTO DE NOTIFICACIÓN DEL SUBARRIENDO: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: *La acción resolutoria de arrendamiento por defecto de notificación del subarriendo prescribe a los quince años, siendo inaplicable, a este supuesto, la norma sobre caducidad de la resolución por cesión.* [S. 20 de octubre de 1961; no ha lugar.]

25. RESOLUCIÓN POR DEFECTO DE NOTIFICACIÓN DEL SUBARRIENDO: *El incumplimiento, por el inquilino, de su deber de notificar la existencia de uno o dos subarrendatarios, faculta al arrendador para resolver el arriendo, sin que pueda obstar a la resolución la ineultura o desamparo del inquilino.*

PRUEBA DEL SUBARRIENDO: *El arrendador que ejercita la acción resolutoria, por subarriendo, sólo necesita probar el disfrute por un tercero de la cosa arrendada, siendo al inquilino a quien incumbe la prueba que destruya, en su caso, la presunción de subarriendo.* [S. 24 de octubre de 1961; no ha lugar.]

26. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIONES: ALEGACIÓN DE CONCUBINATO COMO RAZÓN DE CONVIVENCIA CON EL INQUILINO: *La LAU no permite que conviva con el inquilino persona extraña a la familia, y menos que, al amparo de aquélla, pueda invocarse una relación ilícita de concubinato para que, excluyendo la existencia del subarriendo, pueda evitarse la pérdida de la vivienda por el inquilino.* [S. 23 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

NOTA: La sentencia dictada en la primera instancia entendió acreditado que la razón de convivencia con el inquilino de la persona extraña habitante en el mismo era la de concubinato y no la de subarriendo; los órganos de apelación y suplicación, sin abordar el tema de si se daba o no la relación concubinaría, entienden que la misma, aun de existir, no podría ser invocada por el inquilino para oponerse a una acción resolutoria por subarriendo.

27. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: EFECTO DE LA AUTORIZACIÓN PARA TRASPASAR: *No es causa de resolución el que el inquilino de un piso, facultado para traspasarlo con destino industrial o de vivienda, subarriende parte del mismo para su dedicación a local de negocio.* [S. 18 de octubre de 1961; no ha lugar.]

28. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: OCUPACIÓN PARCIAL POR EL SUPUESTO CEDENTE: *El hecho de que el arrendatario, funcionario destinado a otra población, abandone la vivienda arrendada, dejando en ella a una hijastra y utilizando dicha vivienda como residencia de temporada para las ocasiones en que se traslada al lugar de su antigua residencia es causa de resolución por cesión.* [S. 13 de junio de 1961; ha lugar.]

29. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN POR EL MARIDO DE LA PROPIETARIA: *No procede la resolución si se prueba que el inquilino realizó las obras con autorización del esposo de quien era propietaria del inmueble al tiempo de su realización, quien había sido, además, el que, en nombre de su esposa, perfeccionó el contrato de arriendo.* [S. 16 de junio de 1961; no ha lugar.]

30. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *El derribo de un tabique, por el arrendatario, convirtiendo en una habitación lo que antes eran dos piezas, es causa de resolución, si se realiza sin consentimiento del arrendador.* [S. 9 de octubre de 1961; no ha lugar.]

31. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: TAPIADO DE PUERTA: *El hecho de tapiar una puerta de comunicación de la cocina y el comedor de la vivienda, aunque se trate de una puerta secundaria, supone alteración de la configuración.* [S. 13 de octubre de 1961; no ha lugar.]

32. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO Y SUBARRIENDO POR RENUNCIA DEL INQUILINO: *Si el inquilino, por carta dirigida al arrendador, renuncia a su derecho arrendaticio, procede decretar la resolución del arriendo y del subarriendo concertado por el inquilino, con base en los arts. 114 causa 11.<sup>a</sup> y 117 de la LAU.* [S. 6 de septiembre de 1961; no ha lugar.]

33. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO CONCERTADO POR EL USUFRUCTUARIO: CONDICIONES GRAVOSAS: *A efecto de determinar si las condiciones pactadas para el arrendamiento son gravosas para la propiedad, por lo exiguo de la renta, es preciso, tener en cuenta, cuando se trate de arriendos concertados bajo la vigencia de la LAU de 1946 que, con arreglo a esta última Ley, las rentas de viviendas antiguas venían predeterminadas por las satisfechas en 1936, con muy ligeros aumentos.* [S. 19 de mayo de 1961; ha lugar.]

## II. Derecho procesal.

1. SENTENCIAS RESOLUTORIAS: COSA JUZGADA: *Si bien las sentencias dictadas en los juicios de desahucio no producen la excepción de cosa juzgada, sí la produce la sentencia dictada en juicio en que se ejercitó*

*una acción de resolución contractual. Si la acción resolutoria ejercitada en anterior juicio, se desestimó por falta de prueba de los requisitos indispensables para apreciar la necesidad, debe estimarse la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado al renovarse el ejercicio de la acción, en ulterior juicio.* [S. 7 de julio de 1961; ha lugar.]

2. ABUSO DE DERECHO Y RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *No cabe hablar de error en materia de abuso de derecho en el recurso de suplicación si no se aplicó dicho principio en la sentencia recurrida.* [S. 25 de octubre de 1961; no ha lugar.] (Análogamente una S. de 26 de octubre de 1961 ha afirmado que el recurso de suplicación se da por aplicación indebida, no por inaplicación, de la doctrina del abuso del derecho).

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NORMAS INVOCABLES COMO MOTIVO DE RECURSO: *El recurso sólo puede motivarse en infracción de precepto sustantivo de la LAU o de otra norma de igual rango íntimamente ligada a la LAU.* [S. 13 de octubre de 1961; no ha lugar.] (En S. de 13 de diciembre de 1961 se ha dicho que no se da el recurso por infracción del art. 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 sobre procedimiento en la Justicia Municipal, ni por la del art. 840 de la L. E. C.).

### 3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

A cargo de Julio BONED SOPENA,  
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción.

#### I. Derecho civil.

1. SUBROGACIÓN («MOREIS CAUSA»): NOTIFICACIÓN EFICAZ: *Aunque la jurisprudencia estima insuficiente, por punto general, la notificación verbal, cuando en confesión judicial se reconoce por el arrendador que la pretendiente a la subrogación le hizo saber que extendiera los recibos a su nombre, lo que debe interpretarse en el sentido de subrogarse en el arrendamiento, es evidente que se efectuó tal notificación y así lo ha reconocido el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 15-4-53, al decir que «la notificación es eficaz cuando en juicio se reconoce la verdad de la misma por las partes interesadas».* (Sentencia de 15 de noviembre de 1961: desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PISO ADQUIRIDO POR COMPRAVENTA CON PACTO DE QUE LAS VENDEDORAS SEGUIRÁN OCUPÁNDOLO MIENTRAS LES CONVENGA: IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A SU NULIDAD PIDIÉNDOSE LA RESOLUCIÓN, QUE TAMPOCO PROCEDE: *Estipulado en la escritura de compraventa por las vendedoras de la vivienda en cuestión con el comprador que acciona ahora de resolución por necesidad, la continuación en la ocupación mientras a ellas les convenga, previo pago del alquiler mensual que ambas partes fijen, habiendo manifestado el actor en la demanda ser el de 125 pesetas mensuales, está claro que la palabra «ellas» se refiere a las vendedoras, y no puede accederse a la nulidad del pacto —que reviste sin género de dudas, las apariencias de un contrato de arrendamiento— con base en su arbitraria duración, pues no debe olvidarse que sólo son resolubles los contratos válidamente celebrados, de suerte que la causa invocada no puede operar para su resolución, sino para su nulidad y ésta no se ha pedido.*

*Tampoco procede la resolución por necesidad, pues los preceptos en que pretende apoyarse el actor —artículos 62 al 65 y 114, causa número 11 LAI— están dictados para el supuesto de que el contrato haya vencido por expiración del término para el que fué convenido y como causas oponibles a la prórroga forzosa del mismo, mas el de autos no consta que haya expirado, ni se halle, por tanto, en período de prórroga legal.* (Sentencia de 22 de diciembre de 1961: desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE: *Cuando pidiéndose la resolución por necesidad, en la escritura aportada por la actora sólo aparece una vivienda respecto de la cual ha consolidado el dominio por renuncia de su madre al usufructo, aunque ésta pudo recuperar vivienda para su nieto, por razón de reciente matrimonio, y de no haber*

existido la renuncia serían más de una y procedente la selección con posible postergación de la ocupada por el demandado, pues para que se dé abuso de derecho es preciso la inmoralidad o antisocialidad del acto encubierto, que no aparece en el presente caso, porque el fin primordial de la vivienda es que surta a su dueño por razón de propiedad y no por causa de arrendamiento. (Sentencia de 25 de noviembre de 1961: desestimatoria.)

4. VIVIENDAS BONIFICABLES: REPERCUSIONES POR SERVICIOS DISTINTOS DEL DE CALEFACCIÓN: *Mientras que en el apartado C) de la norma 6.ª de la Orden ministerial de 10-7-54 se establece un régimen especial para el servicio de calefacción, autorizando la percepción de dos sobretasas, una permanente y otra temporal, en la Disposición Transitoria 3.ª se dispone que hasta pasados tres años desde la primera ocupación de la vivienda no podrán hacerse las repercusiones por los demás conceptos establecidos en la legislación de Arrendamientos urbanos, y solamente para gravámenes posteriores a enero de 1949.* (Sentencia de 11 de noviembre de 1961: estimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: INEFICACIA DE LA SUBROGACIÓN («INTER VIVOS») DE LA ARRENDATARIA EN FAVOR DE SU HIJO. VERIFICADA DESPUÉS DE SER REQUERIDA AQUELLA DE DESALOJO: FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA: *Requerida la arrendataria a los efectos de denegarle la prórroga legal por necesitar el propietario la vivienda para un hijo suyo, es indudable que el contrato entra en una fase de liquidación que termina con la sentencia firme en el juicio entablado para conseguir aquel propósito y por ello no es dado admitir ningún acto de la arrendataria que, como la subrogación en favor de un conviviente que ejerce profesión colegiada en la vivienda, tuerza o trasmute los términos en que la resolución viene planteada.*

*No puede pretenderse que la demandada carezca de personalidad en el proceso entablado por seguir siendo la misma la arrendataria y no su hijo.* (Sentencia de 5 de marzo de 1962: desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO ACOMPAÑAMIENTO CON LA DEMANDA DE LA CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO CIVIL ACREDITATIVA DE LA FILIACIÓN DE LA PERSONA PARA QUIEN SE RECLAMA LA VIVIENDA: *Si la representación de la demandada en la contestación a la demanda reconoce la certificación expedida por el mismo Registro civil del matrimonio del hijo del actor, viene a reconocer, como en la misma consta, que es hijo precisamente del mismo y, además, la relación paterno-filial es la base de la acción ejercitada que no se desconoce y el documento es solamente su prueba, pero no título para su ejercicio.* (Sentencia de 5 de marzo de 1962: desestimatoria.)

7. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES: CUÁNDO PUEDE EJERCITARSE LA ACCIÓN: *El artículo 163 de la LAU introduce una modificación a la libertad contractual de las partes en cuanto a la fijación de la renta, al disponer que el arrendatario podrá reducir la que satisface a la cuantía declarada a la Hacienda por el arrendador cuando ésta sea inferior, subsistiendo esta reducción hasta la nueva declaración y, en todo caso, durante el plazo de dos años. Relacionando este precepto con lo establecido en las Leyes de Reforma tributaria de 16 de diciembre de 1940,*

de Presupuestos de 31 de diciembre de 1946 y en el Decreto de 21 de mayo de 1943, se llega a la conclusión de que si el arrendador no lleva a efecto la declaración real de la renta percibida dentro del trimestre natural subsiguiente al alquiler de la vivienda (Sentencias del T. S. de 9-7-53, 28-6-54, 21-1-56 y 8-6-57, entre otras), el arrendatario puede ejercitar la acción de reducción correspondiente en cualquier tiempo a partir del momento en que nació el derecho que la sirve de fundamento. (Sentencia de 31 de enero de 1962: estimatoria.)

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABSTENCIÓN INDEBIDA DEL JUZGADOR DE ENTRAR A RESOLVER SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: *La pendencia de recurso administrativo contra la calificación como bonificable de una vivienda no puede motivar la abstención del juzgador a resolver sobre la licitud de unas elevaciones de renta, en concepto de repercusiones por servicios, para decretar o no la resolución del contrato, pues ni encaja en las excepciones de incompetencia de jurisdicción o de litispendencia (art. 533, núms. 1.º y 5.º LEC), ni cabe admitirla como excepción de fondo al no obstar a la resolución pretendida. Ello, porque, fijada con carácter definitivo una renta por la Dirección General de la Vivienda a ella ha de estarse, como renta legal, sin perjuicio de ulteriores resoluciones administrativas que puedan dictarse sobre la clasificación de la vivienda, para determinar si proceden o no aquellas repercusiones.* (Sentencia de 11 de noviembre de 1961: estimatoria.)

2. COSTAS: ESTIMACIÓN PARCIAL DE LA DEMANDA: *Pedida por el actor la declaración de la ilegalidad de determinadas repercusiones, derivadas de aumentos en el costo de los servicios en vivienda bonificable y sentado por la sentencia que la no repercusión se admite solamente hasta 1 de febrero de 1962, hay una estimación parcial de la demanda, por lo que no procede hacer expresa imposición de costas en primera instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la LAU.* (Sentencia de 11 de noviembre de 1961: estimatoria.)

3. EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA: NO SE PRODUCE EN JUICIO DE RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO A CAUSA DE LA PENDENCIA DE OTRO PROCESO ANTERIOR EN EL QUE EL HIJO DE LA DEMANDADA PRETENDE SE LE DECLARE INQUILINO, POR SUBROGACIÓN: *Si en el contrato figura como arrendataria la madre, circunstancia que determina la competencia del Juzgado Municipal, pues no ejerce profesión colegiada en la vivienda, la resolución que pueda recaer en el otro juicio nunca puede producir excepción de litispendencia en el presente, porque aun siendo declarado arrendatario, por subrogación, el hijo de la demandada esta circunstancia no impediría que prosperase la acción resolutoria entablada, por darse todos los requisitos que exigen los artículos 62 y siguientes de la LAU.* (Sentencia de 5 de marzo de 1962: desestimatoria.)

#### 4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Albacete

A cargo de JULIO BONED SOPEÑA  
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

##### I. Derecho civil.

1. ARRENDAMIENTO COMPLEJO: VIVIENDA Y HUERTO: UNIDAD DEL OBJETO ARRENDATICIO: NATURALEZA URBANA DEL CONTRATO: *Si el huerto no se dedica exclusivamente al aprovechamiento rústico por la escasa entidad de su arbolado y además está unido a la vivienda y rodeado de edificaciones urbanas e industriales, a modo de corral o patio de la casa donde el arrendatario cuida al propio tiempo aves y ganado doméstico, sin que en el contrato se establezca nada sobre tal explotación, es lógico concluir que la relación arrendaticia no tiene la complejidad que se aduce por el recurrente y que no puede sustraérsele al ámbito de la legislación especial para enmarcarla en la común, pues en definitiva el huerto o patio es un elemento de la vivienda.* [S. 7 de marzo de 1961; desestimatoria.]

2. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: REQUISITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO: *El artículo 4.º de la LAU impone dos requisitos: uno real—que sea pequeña—de valoración cuantitativa en la dimensión de la empresa, que no se cumple cuando se destinan a la actividad industrial tres habitaciones del inmueble arrendado; y otro—que sea doméstica—, de carácter subjetivo, no concurrente tampoco, aún más que por la cooperación en su desenvolvimiento de una persona extraña a la arrendataria, porque la mercería instalada en el local, por la publicidad del rótulo con que se anuncia y la frecuencia y número de compradores, implica una proyección fuera del hogar que veda calificarla de doméstica.* [S. 15 de junio de 1961; desestimatoria.]

3. ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE: *En el actor, casi septuagenario y enfermo, titular de un negocio de peluquería de escaso rendimiento económico, arrendado juntamente con la vivienda que ocupaba, que en tirantes relaciones con el propietario decide traspasar el negocio, se queda sin vivienda y tiene que acogerse a la que por favor le proporcionan, sin pagar renta, si por estar requerido de desalojo de la que disfruta en precario, pretende recuperar una de su propiedad, pues está claro que el traspaso no lo verificó con intención de perjudicar al demandado ni sin un fin serio y legítimo y, por otro lado, tampoco ha desbordado con el uso de ese derecho los límites que le impone en favor*

de tercero la norma que lo concede. [S. 20 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

4. ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE EN QUIEN PRETENDE LA RESOLUCIÓN POR NECESIDAD, AUNQUE ESTA SITUACIÓN DERIVE DE HABER INFRINGIDO LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 1.<sup>a</sup> DE LA LAU, POR DESTINAR DE MODO PRINCIPAL UN LOCAL QUE HABÍA SERVIDO DE HOGAR FAMILIAR A OTROS FINES: *En términos generales, no puede estimarse abusivo el propósito de romper una relación arrendaticia y recobrar la posesión material de una vivienda para habitarla, utilizando las normas legales que regulan el derecho de denegar la prórroga y el que haya infringido abiertamente el precepto prohibitivo, contenido en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la LAU, que veda destinar, de modo principal, un local dedicado a hogar familiar a otros fines y no pueda luego obtener consecuencias favorables. no es un argumento convincente del todo, si se tiene en cuenta que la infracción de dicha norma lleva consigo la sanción del desahucio por necesidad social, sin que sea lícito acumularle otras sanciones como la de privar para siempre al arrendador de su derecho a resolver el contrato por necesidad propia como pretende, aplicando por analogía lo dispuesto en el número 3.<sup>o</sup> del artículo 63 de la LAU.* [S. 30 de septiembre de 1961; estimatoria.]

5. ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE EN QUIEN RECLAMA A CAUSA DE NECESIDAD PROPIA EL PISO ADQUIRIDO POR DONACIÓN SIN HABERSE GUARDADO EL ORDEN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 64, DADAS SUS DISTINTAS CARACTERÍSTICAS: DONACIÓN SIMULADA: RECIBOS EXTENDIDOS POR PERSONAS AJENAS AL PROPIETARIO: *No concurre abuso de derecho en quien pretende la resolución del arrendamiento de un piso adquirido por donación de su madre, pues tal conducta no puede reputarse antisocial, ni subjetivamente, porque no va guiada con la malsana intención de originar un perjuicio, sino con el legítimo y serio propósito de proporcionarse hogar familiar en la ciudad donde se halla destinado como funcionario, ni objetivamente, porque no existe exceso o anormalidad en la acción deducida, aunque su objeto, el piso arrendado, lo adquiriera, como queda dicho, máxime cuando está probado idéntica liberalidad con otro hijo soltero, cuya condición justifica la desigualdad en el tamaño de los pisos donados; así como tampoco procede estimar simulada una donación verificada con todos los requisitos legales, ante la fe notarial, porque algunos recibos se extendieran por personas ajenas al actual propietario.* [S. 22 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

6. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA AMUEBLADA: NO ES NECESARIO QUE SUBSISTA EL CONTRATO PARA PEDIR EL REINTEGRO DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE ABONADAS POR EL ARRENDATARIO A CAUSA DE INSUFICIENCIA DEL MOBILIARIO: *Si bien la norma del artículo 45 de la LAU expresa claramente que la facultad de pedir el complemento del mobiliario insuficiente sólo corresponde al inquilino "mientras subsiste el contrato", la de que se le reintegren las cantidades que indebidamente abonó por esa causa, como*



*fundada en un derecho adquirido al que no puede afectar la resolución ulterior del vínculo arrendaticio, no requiere para su estimación la subsistencia del contrato en el momento de dictar la resolución. [S. 10 de febrero de 1961; estimatoria.]*

7. PARTES INTEGRANTES DE UNA FINCA URBANA: CRITERIOS PARA DETERMINAR SU SUSTANTIVIDAD: APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES SOBRE RETRACTO Y PRÉSTAMOS A LOS INQUILINOS: *Si bien la inscripción registral de dos o más fincas agrupadas, no puede ser decisiva, sino que habrá que estar en cada caso a la realidad y naturaleza de las mismas y, principalmente, a su divisibilidad material, ni el tener números de policía distintos, ni el estar accidentalmente separadas con entradas diferentes, ni siquiera el tributar por separado son elementos suficientes a destruir la unidad esencial que desde su origen, y no solamente en el Registro, tienen las dos pretendidas fincas, que no son tales, sino partes integrantes de una sola, de las cuales, una —la que quedó fuera del contrato— no es más que un accesorio de la vivienda principal (la arrendada).*

*Las disposiciones vigentes sobre retracto y préstamos a los inquilinos sólo son aplicables a los arriendos de viviendas completas o pisos o apartamentos separados e independientes, nunca cuando el objeto del contrato es parte de una finca urbana con unidad propia. [S. 7 de abril de 1961; estimatoria.]*

8. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: DERECHO POTESTATIVO QUE CORRESPONDE A LOS PARIENTES DETERMINADOS EN EL ART. 58 DE LA LAU: OBLIGATORIEDAD DE LA NOTIFICACIÓN: EXCEPCIONES: *La subrogación mortis causa no se produce «ope legis» sino a través del ejercicio de un derecho potestativo que corresponde al cónyuge viudo o a determinados parientes próximos del inquilino fallecido, pues cuando fuesen varios sólo podrá ser utilizado por uno de ellos, estableciéndose la obligatoriedad de la notificación fehaciente para dar firmeza a la relación jurídica, aunque la jurisprudencia de los Tribunales la ha excusado cuando concurren estas dos circunstancias: que el arrendador conocía el fallecimiento del inquilino y que no haya quedado más que un sólo pariente con facultad de subrogarse en el contrato, pues entonces no es precisa la individualización ulterior de la relación arrendaticia; o bien, en otros casos, por estimar haberse producido una novación subjetiva deducida del hecho de girar los recibos del alquiler a nombre de la viuda o de otro pariente próximo. [S. 15 de mayo de 1961; desestimatoria.]*

9. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 58 DE LA LAU EN CUANTO A LA OBLIGATORIEDAD DE LA NOTIFICACIÓN: *La interpretación del art. 58 de la ley que rige las locaciones urbanas en cuanto afecta a la notificación a que se refiere su párrafo 3.º para dar eficacia a la subrogación, lo ha de ser en individualizada relación con las circunstancias del caso, dada su finalidad de evitar maliciosas ocultaciones con ánimo abusivo, ante el límite que en tales subrogaciones fija el artículo siguiente. [S. 18 de mayo de 1961; desestimatoria.]*

10. SUBROGACIÓN EN VIVIENDA ARRENDADA: INNECESIDAD DE LA NOTIFICACIÓN REHACIENTE CUANDO SE EXTIENDEN RECIBOS A NOMBRE DE LA SUBROGADA: *El hecho de haberse extendido recibos a nombre de la demandada implica clara aceptación de la subrogación, con una fuerza igual o superior incluso, que la propia notificación, pues pone de manifiesto la intención de autorizar la subrogación que la ley establece, sin esperar que se requiera, relevándole de la obligación de notificar que, en tal circunstancia, deviene innecesaria.* [S. 25 de enero de 1961; desestimatoria.]

11. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PROCEDE SI LA NECESIDAD HA SIDO PROVOCADA VOLUNTARIAMENTE POR LA ARRENDADORA: *Si se declara probado no ser cierto que los descendientes de la actora para quienes se solicita la vivienda fueran requeridos para su desalojo por el arrendador de la que constituía su hogar familiar, produciéndose su abandono sólo un mes antes de interponerse el acto de conciliación, estuvo bien desestimada la demanda amparada en necesidad que, cualquiera que sea la calificación de su existencia actual, no ha surgido espontánea como consecuencia impuesta por las circunstancias y azares de la vida, sino voluntariamente provocada.* [S. 12 de julio de 1961; desestimatoria.]

12. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PROCEDE CUANDO TRANSCURRE CON EXCESO EL AÑO DEL REQUERIMIENTO SIN QUE SE PRODUZCA EL HECHO DETERMINANTE DE LA NECESIDAD: *No habiéndose acreditado por el actor que al cumplirse el año del requerimiento hubiera contraído matrimonio el hijo para quien reclamaba la vivienda, ni tampoco que al menos existiera el propósito de contraerlo en fecha inmediata, exteriorizado por hechos evidentes, la sentencia que desestima la demanda ha aplicado correctamente lo dispuesto en el art. 65 de la LAU.* [S. 22 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

13. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: TRASLADO DE RESIDENCIA PARA FACILITAR LA ASISTENCIA MÉDICA: INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE NECESIDAD: *Sentado que la actora, anciana de setenta y un años, padece desde hace tiempo una afección cardiovascular, cuyo tratamiento requiere su traslado a la capital, evitando así los frecuentes desplazamientos desde un poblado anejo, situado a unos seis kilómetros, donde residía con anterioridad, y que la vivienda que ocupa su hijo en aquélla es insuficiente para convivir con él y su familia, se da una situación de verdadera necesidad.*

*No hay ningún principio legal que obligue a interpretar el concepto de necesidad restrictivamente, sino que los Tribunales deben valorar en conciencia las circunstancias de cada caso.* [S. 5 de octubre de 1961; desestimatoria.]

14. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: LA PRESUNCIÓN DEL NÚM. 1.º DEL PÁRRAFO 2.º DEL ART. 63 DE LA LAU BENEFICIA A LAS PERSONAS SUJETAS A RELACIÓN LABORAL: *Si la persona para quien se pide la vivienda reside y*

*convive con su suegro en la población de M. teniendo necesidad de domiciliarse en la de C. R., por prestar allí sus servicios como obrero fijo en determinada empresa, es lógico que este cambio de residencia viene impuesto por las circunstancias sin que a ello obste la condición de obrero del beneficiario, ni la inestabilidad o fragilidad del contrato laboral, pues si se interpretara de otra forma el núm. 1.º del párrafo 2.º del art. 63 de la LAU llevaría únicamente a que sólo los funcionarios que tienen el deber de residencia así entendido, podrían beneficiarse de esa presunción.* [S. 13 de enero de 1961; desestimatoria.]

15. NECESIDAD: NO CONCURRE: *En el actor cuya casa posee además del conyugal, dos dormitorios de amplias dimensiones en los que sin promiscuidad ni falta de higiene pueden acomodarse los cuatro restantes miembros de la familia, separados por sexos; por lo que la pretensión de extenderse al piso ocupado por la demandada constituye sólo una comodidad que rebasa lo estrictamente necesario.* [S. 24 marzo de 1961; desestimatoria.]

16. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: NO PROCEDE CUANDO LAS TRES VIVIENDAS DEL ACTOR AUNQUE CONSTITUYERON ORIGINARIAMENTE UN SÓLO INMUEBLE, FUERON INDEPENDIZADAS REGISTRALMENTE ANTES DE COMPRARLAS AQUÉL. *Segregadas las tres fincas que se dice constituyen un sólo inmueble por el anterior propietario, de una anterior matriz e independizadas registralmente antes de ser compradas por el actor, quien después concertó el arriendo de la que es objeto de autos con independencia de las demás, es indudable que no venía obligado a observar prelación alguna.* [S. 7 de marzo de 1961; desestimatoria.]

17. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: NO DEBE ENTRAR LA OCUPADA POR UNO DE LOS HIJOS DE LA ARRENDADORA: *No hay razón legal alguna para exigir a la arrendadora que obligue a desalojar la vivienda a uno de sus hijos en beneficio de otro habiendo arrendatarios extraños ocupando otras en el mismo inmueble elegido para tal fin.* [S. 12 de julio de 1961; desestimatoria.]

18. SELECCIÓN EN LAS DONACIONES DE PISOS: NO ES APLICABLE EL ARTÍCULO 54 DE LA LAU CUANDO NO GUARDAN ANALOGÍA ENTRE SÍ: CONSECUENCIAS DE SU INFRACCIÓN: *El artículo 54 de la LAU que tiene por finalidad prohibir la elección caprichosa en las rentas o donaciones de pisos causando un perjuicio injustificado a los inquilinos protegidos por la selección, es lógico que no limite el derecho de libre disposición en los propietarios, sino sobre los pisos de condiciones idénticas, únicos que pueden prestarse a la arbitrariedad, y por tanto, no es aplicable cuando el que ha sido objeto de donación al actor no guarda relación con los demás, especialmente en su superficie que dobla la del más amplio.*

*Aunque tras la expresión de que «deberá respetarse el orden selectivo» el artículo 54 no determina, como era necesario, la sanción de su incumplimiento.*

*miento, dada la finalidad común a los preceptos del capítulo en que está encuadrado y su colocación sistemática a continuación de la regulación de la acción impugnatoria, hay que concluir en el sentido de que producirá un efecto análogo al que se determina en el artículo precedente, o sea, no poder el adquirente negar la prórroga del contrato con base en la causa 1.<sup>a</sup> del artículo 62 [S. 22 de septiembre de 1961; desestimatoria.]*

19. RESOLUCIÓN POR TENER EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICIÓN UNA VIVIENDA APTA PARA SER OCUPADA, DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS, EN PLAZO LEGAL ANTERIOR A LA DEMANDA: CONVIVENCIA NO DESEADA DE MADRE E HIJO SOLTERO: *Habiendo tenido la demandada a su libre disposición una vivienda de análogas características a la que ocupa un mes antes de la presentación de la demanda, debe accederse a la resolución con base en el número 5.º del artículo 62 de la LAU, aunque alegue que aquélla la necesita para su hijo que desea vivir con independencia, mientras no se justifiquen otras circunstancias extraordinarias que aconsejen e impongan como necesaria la cesación de la convivencia normal entre padres e hijos [S. 13 de enero de 1961; desestimatoria.]*

20. NO CONSTITUYE SUBARRIENDO PARCIAL, SINO CONVIVENCIA EL ACOGIMIENTO DE UN PARIENTE DENTRO DEL TERCER GRADO DEL INQUILINO: *El artículo 4.º de la LAU ampara la situación de convivencia familiar que se produce por el acogimiento en el hogar del arrendatario, de un pariente del tercer grado, septuagenario, sin familia, en línea recta, sin recursos económicos y en deficiente estado físico, no pudiendo ser estimada como cesión o subarriendo [S. 21 de septiembre de 1961; desestimatoria.]*

21. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDOS SUCESIVOS: NO ES APLICABLE LA CAUSA 4.<sup>a</sup> DEL ART. 114 DE LA LAU CUANDO NO HIA QUEDADO PROBADA LA REALIDAD DE UN SEGUNDO SUBARRIENDO: *La excepción basada en la falta de requerimiento al arrendatario para que ejercitara dentro del plazo de dos meses la acción resolutoria, como requisito previo para dirigir la acción directa contra el arrendatario sólo juega en el supuesto en que existiendo un primer subarriendo consentido se concierte otro posterior que el propietario no hubiere autorizado; más no en el de autos, en el que aparece probado un solo subarriendo, pues la situación jurídica del otro demandado no tiene tal concepto al faltar el requisito esencial del precio que en el presente caso, por presentar su demostración grandes facilidades frente al propietario, no habría razón alguna para dejar de atribuirle a la parte demandada que basaba su excepción en la realidad de tal precio [S. 27 de septiembre de 1961; desestimatoria.]*

22. CESIÓN DE VIVIENDA ENTRE HERMANOS NO CONVIVENTES: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN: *Ejercitada la acción transcurrido el plazo de dos años desde la ocupación de la vivienda por el cesionario, procede estimar su caducidad, pues la falta de convivencia desplaza la ce-*

sión al artículo 25 de la LAC [S. 16 de diciembre de 1961; desestimatoria.]

23. TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: NO CONCURRE CUANDO EL TITULAR ARRENDATICIO, BUDONERO DE PROFESIÓN, UTILIZA LOCALES INHABITABLES E INHABITADOS DE LA VIVIENDA QUE OCUPA PARA GUARDAR BARATIJAS PROPIAS DE SU ACTIVIDAD INDUSTRIAL: *Si aparece probado que el destino primordial del edificio arrendado sigue siendo el de la vivienda, el desenvolvimiento de la actividad industrial de budonero, por virtud del cual utiliza el arrendatario esos locales para guardar baratijas y chucherías propias de esa actividad, no transforma la vivienda en local de negocio, pues, a lo sumo, constituirá una pequeña industria doméstica cuando, además de la venta ambulante—que es su verdadera profesión—realice cambio o venta de objetos en su domicilio, sin intervención de asalariados y sin entidad bastante para darle categoría de establecimiento abierto al público.* [S. 18 de mayo de 1961; desestimatoria.]

24. TRANSFORMACIÓN DE LA VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL DE SASTRE POR EL ARRENDATARIO: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *Si el mismo Juzgado de Primera Instancia, al conocer en pleito anterior de la pretensión de resolución por necesidad, calificó de local de negocio el que ahora pretende reclamar la misma actora en base a una sedicente transformación de la vivienda arrendada en tal local, el problema a resolver por la Sala es el de si esa calificación jurídica ha de producir excepción de cosa juzgada en el presente juicio, y a este respecto tomando en consideración la seguridad de los litigantes, los antecedentes de hecho probados y principalmente que el contrato cuya resolución se pide fué concertado en el año 1930, sirviendo desde el primer momento el objeto locado para el desempeño de la profesión de sastre del demandado, sin que se haya cambiado en ningún momento esta situación, es indudable que no se ha dado tal transformación.* [S. 27 de mayo de 1961; estimatoria.]

25. TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: NO CONCURRE SI DESDE EL INICIO DEL CONTRATO EL INQUILINO, ADEMÁS DE INSTALAR SU VIVIENDA EN EL INMUEBLE ARRENDADO, HA VENIDO ATENDIENDO UN PEQUEÑO DESPACHO DE COMESTIBLES: *Sentado en la sentencia suplicada que en el inmueble objeto del litigio y desde el comienzo del contrato de arrendamiento, a más de haber instalado su vivienda el demandado ha venido desarrollando una actividad mercantil, cual es el pequeño despacho de comestibles, que con anterioridad tenía instalado en otro local distinto, es claro que no se ha producido la pretendida transformación de la vivienda en local de negocio, pues todo aquello que indudablemente ostenta el mismo carácter que lo ulterior en modo alguno puede transformarse.* [S. 23 de junio de 1961; desestimatoria.]

26. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: REPARACIONES URGENTES: NO TIENEN ESTE CARÁCTER LAS OBRAS QUE SE REALIZAN PARA DAR MAYOR AMPLITUD Y COMODIDAD A LA COCINA: *Sentado como hechos probados por la sentencia de instancia y aceptados por la de apelación, que el inquilino, sin permiso de las arrendadoras, demolió un tabique que cerraba por un lado la cocina y construyó uno nuevo en lo que antes era pasillo, que, sirviendo de fondo al nuevo emplazamiento del fregadero, vino a dar mayor comodidad y amplitud a la cocina, obras que han alterado la configuración de la vivienda, no puede oponer aquél que el juzgador ha infringido el párrafo segundo del artículo 110 de la LAU, pues es claro que esas obras no constituyen reparaciones urgentes encaminadas a evitar daño inminente o incomodidad grave.* [S. 21 de junio de 1961; desestimatoria.]

27. DECLARACIÓN DE INTERÉS SOCIAL DE UNA FINCA A EFECTOS DE RESOLVER LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO: DERECHOS DE LOS ARRENDATARIOS: *Obtenida la declaración de interés social a favor de una finca urbana al amparo de la Ley de 15 de julio de 1954 y Decreto de 25 de marzo siguiente, para construir sobre ella un edificio que satisfaga el interés de la enseñanza, con la singularidad de que es propiedad del beneficiario de la declaración, con lo que surge la imposibilidad de que éste actúe en expediente de expropiación, como para cumplir la función asignada ha de quedar libre de inquilinos, procede la resolución de los arrendamientos existentes, si bien por aplicación subsidiaria de la Ley de Expropiación Forzosa—artículo 51—no podrán ser desalojados mientras no se les indemnice en la cuantía que fije el Jurado de Expropiación.* [S. 27 de marzo de 1961; estimatoria.]

28. DISPOSICIÓN ADICIONAL 1.<sup>a</sup>: NO PUEDE PRETENDERSE EL DESAHUCTO POR NECESIDAD SOCIAL PARA INSTALAR EN EL INMUEBLE DEDICADO A VIVIENDA UN ESTABLECIMIENTO DE BEBIDAS: *Es aplicable la Disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la LAU si el actor intenta denegar la prórroga legal basándose en la necesidad de instalar en el domicilio que ocupa el demandado, y como medio primordial de vida, un establecimiento de bebidas, calificándolo equivocadamente de pequeña industria doméstica, en atención a que pretende constituir allí su vivienda, sin tener en cuenta que aquél tiene una proyección al público con fines lucrativos, característica de los locales industriales.* [S. 20 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INEFICACIA DE LOS HECHOS NO ACEPTADOS EN LA SENTENCIA DE APELACIÓN: *Si los hechos de que parte el recurrente fueron admitidos en la sentencia dictada en primera instancia en razonamientos no aceptados por el juez de apelación, como la suplicación sólo se*

da contra la sentencia de éste, no pueden servir de base para sostener el recurso. [S. 26 de enero de 1961; desestimatoria.]

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NO JUEGA EL ARTÍCULO 148 DE LA LAU CUANDO EL RECORRENTE YA NO ES INQUILINO: *Es evidente que resuelto el contrato de inquilinato por sentencia firme anterior a la que es objeto del recurso y recobrada por el arrendador la posesión material de la vivienda arrendada, al ex inquilino recurrente no podía afectarle la norma del artículo 148 de la LAU, cuya finalidad no es otra que la de evitar la permanencia abusiva de los arrendatarios en la vivienda sin siquiera cumplir con la obligación esencial del pagar puntualmente el precio, cosa que aquí no puede suceder puesto que en el momento de recurrir el arrendatario había dejado de serlo.* [S. 10 de febrero de 1961; estimatoria.]

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NO PROCEDE CONTRA ERRORES "IN PROCEDENDO": DENUNCIA DE LA INCONGRUENCIA: *Los vicios de falta de claridad y precisión en la sentencia suplicada constituyen defectos procesales que, aparte ser subsanables por el remedio del artículo 363 de la LEC, no pueden motivar un recurso como el de suplicación, que no procede contra los errores en cuestiones procesales o equivocadas interpretaciones de normas adjetivas. Y aunque sustantivando el artículo 359 de aquella Ley la jurisprudencia admita recurso de casación contra la incongruencia de la sentencia, su necesario encauzamiento por los números 2.º y 3.º del artículo 1.692, demuestra la imposibilidad de fundamentar en él, recurso de suplicación que sólo puede apoyarse en la infracción de leyes sustantivas o de su doctrina interpretativa.* [S. 16 de mayo de 1961; desestimatoria.]

4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NO PUEDE APOYARSE EN INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.214 DEL C. C. QUE REGULA EL "ONUS PROBANDI": *Como reiteradamente tiene declarado el TS, el art. 1214 del C. c., precepto legal que regula el problema del «onus probandi», o sea, sobre quien pesa la carga de la prueba de las obligaciones y, por tanto, las que se derivan de la relación jurídico-procesal, no puede servir de base al recurso de casación y, por analogía, bien pudiera decirse del de suplicación, por su carácter genérico y no referente a la apreciación de la prueba, ni tampoco regular su eficacia, sino sólo a quien incumbe realizarla.* [S. 20 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

5. COSTAS: ESTIMACIÓN PARCIAL DE LA DEMANDA: *Aunque se estime la acción resolutoria entablada, al no prosperar en su totalidad, puesto que el arrendador no puede obtener el desalojo de los inquilinos hasta que les satisfaga la indemnización prevista en los artículos 4, 44 y 51 de la Ley de Expropiación Forzosa, aplicable subsidiariamente en el presente supuesto, no procede, de conformidad con lo dispuesto en el*

artículo 149 de la LAU, imponer las costas de primera instancia al demandado. [S. 27 de marzo de 1961; estimatoria.]

6. COSTAS: TEMERIDAD: Concorre en la recurrente arrendadora que, tras fracasar en las dos instancias, pretende la ineficacia de la subrogación "mortis causa" por defecto de notificación fehaciente, si en la sentencia suplicada se da como probado, tanto el conocimiento que tuvo del fallecimiento del arrendatario como de la subsistencia del único familiar convivente y, por ello, único beneficiario de la subrogación, cual era su esposa, hoy la viuda demandada. [S. 18 de mayo de 1961; desestimatoria.]

7. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN: CONDOMINIO MINORITARIO: La jurisprudencia tiene declarado con reiteración, partiendo de la facultad que concede el artículo 394 del C. c. a cada partícipe para servirse de la cosa común sin menoscabo de su natural destino, que los comuneros están facultados para ejercitar la acción de desahucio en nombre y beneficio de la comunidad, sin que, pese al carácter de administración que de dicha acción dimana, incumban al arrendatario los efectos y consecuencias de tal acto para los restantes condóminos, únicos que podrían oponerse en tiempo y forma; y como no consta tal oposición, sino antes bien la conformidad de los que en calidad de testigos depusieron, es visto que está legitimada la actora a la que solamente pertenece una cuarta parte indivisa. [S. 20 de septiembre de 1961; desestimatoria.]



## 5. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Pamplona

A cargo de Julio BONED SOPENA,  
Jefe de Primera Instancia e Instrucción

### I. Derecho civil

1. RESOLUCIÓN POR DEDICAR LA VIVIENDA ARRENDADA A ACOGER HUÉSPEDES: INEFICACIA DE LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO VERIFICADA POR DUEÑO ACTUAL: EFICACIA DE LA COSA JUZGADA PRODUCIDA POR SENTENCIA DE DESAHUCIO INTENTADO POR LA MISMA CAUSA: *Habiendo admitido como hecho probado la sentencia de esta misma Sala de 30-9-58 que el negocio de hospedería venía explotándose en el piso objeto de autos, con consentimiento de los dueños del edificio que se han sucedido desde 1939 y desde 1948, del actor que adquirió entonces su propiedad, cuyo consentimiento existe por venir desenvolviéndose el negocio a ciencia y paciencia de los dueños, y su posterior revocación unilateral por el arrendador no puede ser eficaz en derecho, por el principio de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 C. c.), y además juega aquí la cosa juzgada producida por aquella resolución, pues al ser ineficaz la revocación, la situación de hecho no ha variado con relación a dicha causa de desahucio.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1961: desestimatoria.)

2. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: EL CONOCIMIENTO POR EL ARRENDADOR DE LA SUBROGACIÓN PUEDE SUPLIR A LA NOTIFICACIÓN FENACIENTE: *Lo que importa a la Ley es que se satisfaga el interés del arrendador en conocer la voluntad de subrogación y la persona subrogada y si este conocimiento existe de un modo indubitado, como resulta en este caso, de la sentencia recurrida a través de la vehemente presunción de las relaciones de vecindad existentes entre actor y demandados y del conocimiento por aquél de la situación y ocupaciones de la madre e hijos domiciliados en la vivienda litigiosa y de la prueba testifical que demuestra la existencia de actos de la subrogada, evidenciadores de expresar su decisión con ánimo de que llegara al arrendador, como así ocurrió por medio de tercero, la finalidad del legislador queda cumplida aunque no haya intervenido funcionario alguno de los que ostentan la fe pública.* (Sentencia de 30 de enero de 1961: desestimatoria.)

### II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CUÁNDO CABE IMPUGNAR LA APRECIACIÓN POR EL JUEZ «A QUO» DE LA PRUEBA DE PRESUNCIONES: *La apreciación de esta*

*prueba, esto es el juicio lógico en cuya virtud se remonta, partiendo de unos hechos conocidos a otros que entiendo deducirse de ellos, sólo puede impugnarse— como sientan, entre otras, las sentencias del T.S. de 23 de marzo y 28 de junio de 1961— cuando se niega la realidad del hecho base o cuando la deducción no se sujete a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando ilógica, absurda o inverosímil. (Sentencia de 20 de diciembre de 1961; desestimatoria.)*

# SUMARIO

## 1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

ROCA SASTRE, Ramón: *La acción revocatoria de donaciones en la Compilación.*

CONDOMINES, Francisco de A.: *El problema de la libre disposición de los bienes parafernales por la mujer casada catalana en los contratos bancarios.*

VIRGILI SORRIBES, Francisco: *El régimen legal de separación de bienes en la compilación del Derecho civil especial de Cataluña.*

CASTRO LUCINI, Francisco: *La adopción en la compilación del Derecho civil especial de Cataluña.*

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La filiación en el Derecho Civil de Cataluña.*

HERNÁNDEZ-CANUT Y ESCRIVÁ, Juan: *La deuda de alimentos en el Derecho especial de Cataluña.*

MELÓN INFANTE, Carlos: *Luces y vistas en la Compilación foral catalana.*

## 2. VIDA JURÍDICA

## 3. BIBLIOGRAFÍA

## 4. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## 5. JURISPRUDENCIA.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *De nuevo sobre reclamación de la filiación natural.*